

Vergaderjaar 2021–2022

35 950

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)

Nr. 3

MEMORIE VAN TOELICHTING

ALGEMEEN

§ 1. Inleiding

Dit wetsvoorstel is een verzamelwetsvoorstel dat onderdeel uitmaakt van een in beginsel jaarlijkse wijzigingscyclus van wet- en regelgeving op het terrein van de financiële markten. In deze cyclus worden, in het kader van onderhoud, kleinere onderwerpen opgenomen die geen separaat voorstel rechtvaardigen. Dit voorstel bevat wijzigingen van de Wet op het financieel toezicht (Wft), de Wet bekostiging financieel toezicht 2019 (Wbft), de Wet op het giraal effectenverkeer (Wge), de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme BES (Wwft BES), de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft), de Wet toezicht trustkantoren 2018 (Wtt), de Wet toezicht accountantsorganisaties (Wta), de Pensioenwet (Pw), de Wet verplichte beroepspensioenregeling (Wvbpr) en Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek (BW).

Het wetsvoorstel wijzigt de Wft om te voorzien in de mogelijkheid voor afwikkelondernemingen, betaalinstanties, elektronischgeldinstellingen (EGI's) en beleggingsondernemingen om gebruik te maken van een rekening met afgescheiden vermogen (paragraaf 2). De voorgestelde wijzigingen van de Wbft hebben tot doel de stabiliteit van de heffingen van de Autoriteit Financiële Markten (AFM) en De Nederlandsche Bank (DNB) aan onder toezicht staande personen te vergroten. Daarnaast wordt het bedrag aan boetes en dwangsommen dat terugvloeit naar de sector verhoogd, aangezien de kosten voor handhaving in de afgelopen jaren zijn gestegen (paragraaf 3).

Het wetsvoorstel bevat verder een aantal andere wijzigingen waarvan een vijftal in paragraaf 4 wordt uitgelicht. Het gaat hierbij om de introductie van de verplichte accountantscontrole op financiële staten van betaalinstanties en EGI's, het voorzien in een lichter regime voor bepaalde buitenlandse beheerders van beleggingsinstellingen, een regeling voor het beheren van een instelling voor collectieve belegging in effecten (icbe) met zetel in Nederland door beheerders met zetel in een andere lidstaat,

de introductie van een doorlopend reputatievereiste voor houders van een verklaring van geen bezwaar (vvgb) voor de verwerving of vergroting van een gekwalificeerde deelneming in een financiële onderneming, en het herstel van de mogelijkheid om het opleggen van een last onder dwangsom door de toezichthouder wegens het overtreden van de medewerkingsplicht van artikel 5:20 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) te publiceren. Hiertoe worden wijzigingen van de Wft voorgesteld en, in verband met het als laatste genoemde onderwerp, ook van de Wwft, de Wtt en de Wta. De overige wijzigingen in het wetsvoorstel, die een meer technisch karakter hebben, worden in het artikelsgewijze deel toegelicht.

In verband met de wijziging van de Wbft wordt deze toelichting mede gegeven namens de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.

§ 2. Vermogensscheiding middels een rekening met afgescheiden vermogen

DNB en de AFM hebben in hun wetgevingsbrieven meermaals gepleit voor de invoering van een «wettelijke kwaliteitsrekening».¹ Ook in de praktijk bestaat hier vraag naar.² Een belangrijke reden voor het openen van de mogelijkheid van een rekening met afgescheiden vermogen is dat de stichting derdengelden – een veelgebruikte vorm van vermogensscheiding door Nederlandse financiële ondernemingen – in het buitenland een onbekend fenomeen is, waardoor de afwikkeling van grensoverschrijdende transacties wordt bemoeilijkt.³ Constructies gericht op vermogensscheiding zoals de Nederlandse stichting derdengelden worden in het buitenland niet altijd begrepen, en buitenlandse partijen weigeren soms aan een stichting derdengelden te betalen omdat zij vrezen dat een betaling aan een ander dan de financiële onderneming niet bevrijdend zal zijn. Daarnaast bevordert de figuur van de rekening met afgescheiden vermogen cross-sectorale uniformiteit van financiële regelgeving met betrekking tot het zekerstellen van gelden van cliënten van financiële ondernemingen, hetgeen bijdraagt aan de transparantie van die regelgeving.

In onderhavig voorstel wordt uitgegaan van een rekening met afgescheiden vermogen, waarmee bij de bestaande vermogensscheidingsregelingen in het financiële recht wordt aangesloten. Er wordt dus niet gekozen voor de figuur van de wettelijke kwaliteitsrekening waarbij de gelden op de rekening toekomen aan de gezamenlijke belanghebbenden, zoals wettelijk geregeld is voor notarissen (artikel 25 Wet op het notarisambt) en gerechtsdeurwaarders (artikel 15 Gerechtsdeurwaarderswet). In de financiële wetgeving wordt wat betreft vermogensscheiding gekozen voor de figuur van het afgescheiden vermogen. Zo bepalen de artikelen 4:37j, vijfde lid, aanhef, en 4:45, eerste lid, aanhef, Wft dat het vermogen van een beleggingsinstelling respectievelijk een icbe een afgescheiden vermogen vormt dat uitsluitend dient tot voldoening van bepaalde vorderingen, en bepaalt artikel 4:71a, eerste lid, aanhef, Wft dat het pensioenvermogen een afgescheiden vermogen is waarop slechts bepaalde vorderingen verhaald kunnen worden. Ook wordt gewezen op artikel 123, eerste lid, van de Pensioenwet in

¹ Zie de bijlage bij Kamerstukken II 2015/16, 32 545, nr. 55, en de bijlagen bij Kamerstukken II 2016/17, 32 545, nr. 64.

² Zie bijvoorbeeld J. Reijmer, «De noodzaak van een safeguarding account voor betaalinstanties en EGI's», FRP 2016(6), p. 549 e.v.

³ Een stichting derdengelden is een stichting die uitsluitend tot taak heeft de bewaring van geldmiddelen en eventueel financiële instrumenten (economisch) toebehorend aan de cliënten van – bijvoorbeeld – een financiële onderneming.

samenhang met artikel 1 van die wet, waarin is bepaald dat een algemeen pensioenfonds een of meerdere pensioenregelingen of beroepspensioenregelingen uitvoert en daarvoor een afgescheiden vermogen aanhoudt per collectiviteitkring. Nog een ander voorbeeld biedt artikel 49g, eerste lid, Wge. Dat artikel luidt als volgt: «In afwijking van artikel 276 van boek 3 van het Burgerlijk Wetboek dient het derivatenvermogen uitsluitend tot voldoening van vorderingen die voortvloeien uit de met de corresponderende posities samenhangende cliëntposities, en vorderingen met betrekking tot de in verband met die cliëntposities gestelde zekerheden.» Dit wetsvoorstel sluit bij deze vormgeving aan en gaat uit van een rekening met afgescheiden vermogen.

Het wetsvoorstel maakt het voor afwikkelondernemingen, betaalinstellingen, EGI's en beleggingsondernemingen mogelijk om de aan hun cliënten of derden toebehorende geldmiddelen die zij onder zich houden, afgescheiden van hun vermogen aan te houden. De rekening met afgescheiden vermogen staat op naam van een van de voornoemde financiële ondernemingen (hierna ook: de rekeninghouder), waarbij uit de tenaamstelling van de rekening blijkt dat deze door de rekeninghouder wordt gehouden in eigen naam ten behoeve van een of meer derden, met vermelding van de hoedanigheid van de rekeninghouder (een «inzake»-rekening). Het wetsvoorstel bepaalt dat de geldmiddelen op deze rekening een afgescheiden vermogen vormen dat uitsluitend dient tot voldoening van vorderingen van derden voor wie geldmiddelen op de rekening met afgescheiden vermogen zijn gestort en de bank waar de rekening met afgescheiden vermogen wordt aangehouden, voor zover het gaat om vorderingen die verband houden met het beheer van de rekening (hierna: belanghebbenden) en voor zover die vorderingen verband houden met het toevertrouwen van de geldmiddelen aan de rekeninghouder.⁴ Deze verhaalsexclusiviteit brengt mee dat een curator in geval van faillissement van de financiële onderneming bij de verdeling medewerking moet verlenen aan effectuering van de positie van de belanghebbenden op het afgescheiden vermogen en dat de overige schuldeisers van de financiële onderneming zich niet op het saldo van de rekening met afgescheiden vermogen kunnen verhalen (bijvoorbeeld door het leggen van beslag). Het brengt ook mee dat enkel de belanghebbenden onder de bank waar de rekening met afgescheiden vermogen wordt aangehouden derdenbeslag kunnen leggen op het saldo van de rekening met afgescheiden vermogen ten belope van hun vordering.

De rekening met afgescheiden vermogen biedt een alternatief voor de bestaande regelingen in de Wft inzake het zekerstellen van geldmiddelen die worden aangehouden door financiële ondernemingen en die toekomen aan hun cliënten of derden. Afwikkelondernemingen, betaalinstellingen, EGI's en beleggingsondernemingen kunnen dus de reeds bestaande wijzen van vermogensscheiding, zoals de mogelijkheid van vermogensscheiding via een stichting derdengelden, blijven gebruiken.

⁴ In artikel 3:29a, eerste en tweede lid, Wft wordt het begrip «geldmiddelen» gebezigd. Dit begrip wordt in artikel 1:1 van die wet gedefinieerd als chartaal geld, giraal geld of elektronisch geld. In deel 4 Wft (gedragstoezicht financiële ondernemingen) wordt in artikel 4:87 het begrip «gelden» gebezigd. Dit begrip wordt in de Wft niet nader toegelicht, maar uit de strekking van artikel 4:87 kan worden opgemaakt dat het begrip «gelden» overeenkomt met het begrip «geldmiddelen» in deel 3 Wft (prudentieel toezicht financiële ondernemingen). In de bepalingen van onderhavig voorstel van wet die betrekking hebben op deel 3, alsmede in het algemeen deel van de toelichting wordt het begrip «geldmiddelen» gebezigd, terwijl in de bepalingen van dit voorstel van wet die betrekking hebben op deel 4 Wft het begrip «gelden» wordt gebezigd.

De gekozen vormgeving van de rekening met afgescheiden vermogen noopt ertoe om een regeling op te nemen op wetsniveau. Die vormgeving wijkt af van het in artikel 3:276 BW neergelegde beginsel op grond waarvan een schuldeiser zijn vordering op alle goederen van zijn schuldenaar kan verhalen. Enkel bepaalde schuldeisers kunnen immers aanspraak maken op het tegoed op de rekening met een afgescheiden vermogen, terwijl de overige schuldeisers van de financiële onderneming dit niet kunnen. Een dergelijke uitzondering op het uitgangspunt van artikel 3:276 BW kan volgens de Hoge Raad alleen worden aanvaard als dit bij wet is bepaald.⁵

Tot slot wordt opgemerkt dat de middelen op een rekening met afgescheiden vermogen kwalificeren als een «deposito» in de zin van artikel 29.02, derde lid, van het Besluit bijzondere prudentiële maatregelen, beleggerscompensatie en depositogarantie Wft (Bbpm) en dat de derden ten behoeve van wie geldmiddelen worden aangehouden op de rekening met afgescheiden vermogen voor de toepassing van het Nederlandse depositogarantiestelsel (DGS) als bedoeld in artikel 3:259, tweede lid, Wft, elk afzonderlijk als depositohouders worden aangemerkt.⁶ Het DGS biedt garantie voor aanspraken tot een bedrag van € 100.000 per depositohouder per bank als de situatie zich voordoet dat de bank waar de rekening met afgescheiden vermogen wordt aangehouden, niet meer in staat is om aan haar verplichtingen die voortvloeien uit vorderingen uit deposito's te voldoen.

Voor een dergelijke aanspraak is wel vereist dat de identiteit van de belanghebbenden ten behoeve van wie de geldmiddelen worden aangehouden, is vastgesteld of kan worden vastgesteld voorafgaand aan het tijdstip waarop besloten is tot toepassing van het DGS. Aan dit vereiste kan worden voldaan via een door de rekeninghouder (zijnde de financiële onderneming) gevoerde professionele administratie, mits uit de administratie van de bank waar de rekening wordt aangehouden blijkt dat de rekening door de financiële onderneming ten behoeve van één of meer derden wordt gehouden.⁷ Bij een rekening met afgescheiden vermogen zal aan dit vereiste in de regel zijn voldaan, doordat (i) de financiële onderneming gehouden is een administratie bij te houden van de gelden die haar door derden zijn toevertrouwd en (ii) uit de tenaamstelling van de rekening met afgescheiden vermogen blijkt dat deze door de rekeninghouder wordt aangehouden in eigen naam ten behoeve van één of meer derden (met vermelding van de hoedanigheid van de rekeninghouder).

§ 3. Vergroten stabiliteit heffingen toezichthouders

In de afgelopen periode is gebleken dat incidentele kosten van de toezichthouders niet altijd goed op te vangen zijn in de heffingen voor de instellingen, of dat deze leiden tot grote fluctuaties in de heffingen. Dit komt onder andere door onvoorziene gebeurtenissen, omvangrijke (tijdelijke) projecten en door de toetreding van nieuwe partijen waarvoor wel al kosten worden gemaakt maar aan wie nog geen volledige heffingen in rekening kunnen worden gebracht. Dit gaat ten koste van het uitgangspunt van voorspelbare en stabiele heffingen voor de betrokken instellingen. Om grote schommelingen in de heffingen door incidentele

⁵ HR 13 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3413, NJ 2004/196 m.nt. W.M. Kleijn.

⁶ Artikel 29.02, derde lid, luidt: «Indien een depositohouder een deposito aanhoudt op eigen naam doch ten behoeve van een derde krachtens overeenkomst of wettelijk voorschrift, geldt de garantie voor deze derde en wordt deze voor de toepassing van deze paragraaf als depositohouder aangemerkt, mits diens identiteit kan worden vastgesteld voorafgaand aan het tijdstip waarop op grond van artikel 3:260, eerste lid, van de wet besloten is tot toepassing van het depositogarantiestelsel».

⁷ Zie artikel 2.1 Beleidsregel Reikwijdte en Uitvoering Depositogarantiestelsel.

kosten op te vangen, introduceert dit wetsvoorstel twee instrumenten. Ten eerste krijgen de toezichthouders de mogelijkheid tot de vorming van een reserve voor het opvangen van incidentele kosten. Ten tweede wordt de mogelijkheid geïntroduceerd om een exploitatiesaldo dat is ontstaan door incidentele posten, over meerdere jaren te spreiden en niet direct het opvolgende jaar in één keer door te belasten aan de onder toezicht staande personen. In het licht van de reserve en het vullen daarvan met inkomsten uit boetes en dwangsommen is tevens gekeken naar het deel van die inkomsten dat terugvloeit naar de sector ter compensatie van handhavingskosten. Dit bedrag wordt met twee miljoen verhoogd, van € 2,5 naar € 4,5 miljoen.

De huidige systematiek van de bekostiging van het financieel toezicht is erop gericht om de kosten van het toezicht zo direct mogelijk door te berekenen aan de personen die hier profijt van hebben. Om te voorkomen dat kruissubsidiëring ontstaat, worden de begrote kosten van de toezichthouders aan toezichtcategorieën toegerekend en vervolgens verdeeld over de onder toezicht staande personen binnen die categorieën. Een eventueel exploitatiesaldo (positief of negatief) wordt in het opvolgende jaar direct verrekend. Tegelijkertijd beoogt het systeem voor voorspelbare en stabiele kosten voor de sector te zorgen. Om dit te bewerkstelligen wordt enerzijds een meerjarig kostenkader opgesteld waarbinnen de begroting van de toezichthouders moet blijven. Anderzijds wordt bij de AFM, waar het toezicht meer themagericht is en voor instellingen van jaar op jaar kan fluctueren, voorzien in een procentuele verdeling van de begroting onder de toezichtcategorieën. Deze verdeling wordt in beginsel eens in de vijf jaar tegen het licht gehouden om te bezien of deze nog in lijn is met de gemiddelde toezichtinspanningen. In deze systematiek kan echter beperkt rekening worden gehouden met (omvangrijke) incidentele kosten. Dit leidt vooral tot problemen in situaties waarbij nieuwe partijen onder het toezicht gaan vallen en (aanzienlijke) voorbereidingskosten gemaakt moeten worden. Deze incidentele kosten worden in de regel in het jaar voorafgaand of in het eerste jaar van het toezicht gemaakt. Het gaat dan om het opbouwen van kennis en ervaring en investeringen in bijvoorbeeld ICT. Dit speelt bijvoorbeeld als een geheel nieuwe activiteit onder het toezicht gaat vallen, maar ook ingeval een groot aantal nieuwe partijen tegelijk toetreedt tot de markt. Aan de nieuwe partijen kunnen pas kosten in rekening worden gebracht als zij onder toezicht staan en in het eerste jaar dat zij onder toezicht staan, kan alleen een basisbedrag in rekening gebracht worden omdat er nog geen maatstafgegevens van het voorafgaande jaar van de partijen bekend zijn. Dit leidt ertoe dat of een hoog basisbedrag voor alle partijen in rekening gebracht moet worden, of dat de kosten bij de bestaande partijen in de categorie vallen dan wel via het exploitatiesaldo bij de gehele sector. Dit leidt vervolgens tot grote fluctuaties in de heffingen van jaar tot jaar.

Omdat bovengenoemde incidentele kosten ook in de toekomst voorzienbaar zijn, is het wenselijk om instrumenten te hebben om fluctuaties in de heffingen te beperken.

Reserve

De reserve heeft tot doel voorziene kosten op te vangen die niet in rekening kunnen worden gebracht bij de onder toezicht staande partijen waarvoor de kosten worden gemaakt of die zouden leiden tot onevenredig hoge heffingen bij die partijen. Met de reserve kunnen in incidentele gevallen dergelijke situaties worden ondervangen.

De reserve wordt opgebouwd uit opbrengsten uit boetes en verbeurde dwangsommen, en niet uit andere middelen. Dit beperkt kruissubsidiëring, hetgeen de belangrijkste reden was om eerder niet in een reserve te voorzien. Het betreft derhalve geen egaliseringsreserve in de zin van artikel 33 van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen. De uitzondering dat de toezichthouders geen egaliseringsreserve aanhouden, blijft daarmee bestaan. Hiermee blijft het zo dat een teveel aan opgehaalde heffingen in enig jaar direct in het opvolgende jaar wordt teruggegeven. Inkomsten uit boetes en dwangsommen zijn geen heffingen en behoren in die zin ook niet toe aan een bepaalde toezichtcategorie. Bovendien is de omvang onzeker en worden deze inkomsten ook niet meegenomen in de begroting. De toezichthouder besluit over het toevoegen van deze inkomsten aan de reserve.

Omdat de inkomsten uit boetes en verbeurde dwangsommen de bron voor vulling van de reserve vormen, is bezien of het huidige bedrag dat terugvloeit naar de sector nog actueel is. Het bedrag van € 2,5 miljoen is bij de totstandkoming van de Wbft vastgesteld ter compensatie van de handhavingskosten. Bij de voorbereiding van de Wbft 2019 in 2017 bleek dat dit bedrag nog steeds representatief was voor de gemiddelde handhavingskosten van de toezichthouders. Uit de gegevens van de toezichthouders over de jaren 2017 tot en met 2020 is echter gebleken dat de handhavingskosten zijn gestegen en nu gemiddeld over de beide toezichthouders uitkomen op € 4,5 miljoen. Dit is deels het gevolg van jaarlijkse indexeringen en deels van uitbreiding van deze activiteiten. Dit is aanleiding om het bedrag dat terugvloeit naar de sector met onderhavig wetsvoorstel bij te stellen.

Het voorgaande betekent dat maximaal € 4,5 miljoen per jaar kan worden toegevoegd aan de reserve, uiteraard onder de voorwaarde dat dit bedrag aan inkomsten in dat jaar is verkregen. De maximale hoogte van de reserve wordt bij algemene maatregel van bestuur vastgesteld. Gedacht wordt aan een bedrag van € 5 miljoen. Als het maximum is bereikt, vloeien de overige jaarlijkse inkomsten uit boetes en dwangsommen tot maximaal het nieuwe bedrag van € 4,5 miljoen terug naar het exploitatiesaldo, overeenkomstig de huidige systematiek. Voor het voorzien maximum van € 5 miljoen is gekozen, omdat hiermee zowel aanzienlijke voorbereidingskosten kunnen worden opgevangen, terwijl het niet dusdanig hoog is dat onnodig middelen worden opgepot die anders direct terug zouden vloeien naar de sector. In het geval dat de incidentele kosten niet (volledig) kunnen worden gedekt met de reserve, worden de (overige) kosten via de gebruikelijke systematiek gedragen. De reserve zorgt er dan voor dat de (stijging van de) heffingen in ieder geval gedempt worden.

De reserve is bedoeld voor incidentele situaties waarbij problemen in de doorberekening van de kosten ontstaan. Dit zal met name samenhangen met nieuwe wettelijke taken of incidentele gebeurtenissen die een grote impact hebben op het toezicht. Aan de inzet van de reserve is goedkeuring van de Ministers van Financiën en van Sociale Zaken en Werkgelegenheid verbonden. Deze goedkeuring heeft enerzijds tot doel te garanderen dat de doorberekening van de toezichtkosten zoveel mogelijk op de reguliere manier plaatsvindt en de inzet voorbehouden is voor incidentele gevallen, en anderzijds wordt hiermee beoogd om de beschikbaarheid van de reserve voor toekomstige taken en onzekerheden te bewaken. Aan de hand van een verzoek van de desbetreffende toezichthouder toetsen de Ministers of aan de criteria wordt voldaan en bezien zij hoe deze inzet zich verhoudt tot andere incidentele uitgaven die voorzien zijn. De goedkeuring kan in het reguliere proces van (goedkeuring van) de

begroting en verantwoording en het vaststellen van de jaarlijkse tarieven worden ingebouwd. Hier hoeft geen separaat proces voor ingericht te worden.

Spreiding exploitatiesaldo

In het geval sprake is van incidentele kosten die voorzienbaar zijn, kunnen deze worden opgenomen in de begroting en kan inzet van de reserve een onwenselijke fluctuatie in de heffingen beperken of voorkomen. Daarnaast is de situatie mogelijk dat gedurende het jaar incidentele kosten ontstaan of dat incidentele kosten aanzienlijk hoger uitvallen. Deze kosten landen dan in het exploitatiesaldo. Dit saldo moet op grond van de Wbft in het opvolgende jaar bij de onder toezicht staande personen in rekening worden gebracht. Bij een omvangrijk saldo kan dit voor onwenselijke fluctuaties zorgen. Onderdeel van de bekostigingssystematiek is dat begrote kosten worden doorberekend aan de onder toezicht staande personen en dat het verschil met de daadwerkelijk gemaakte kosten direct in het opvolgende jaar wordt verrekend. Te veel of te weinig betaalde kosten worden op deze wijze zo direct mogelijk verrekend met de partijen die deze middelen hebben opgebracht. Om kruissubsidiëring zo veel mogelijk te voorkomen, is het van belang dit in stand te houden. Een uitzondering wordt gemaakt voor gevallen waarin het saldo van dusdanige omvang is dat directe verrekening tot aanzienlijke fluctuaties in de kosten voor de onder toezicht staande instellingen zou leiden. In een dergelijk geval weegt het belang van voorspelbare en stabiele kosten zwaarder. Daarom wordt de mogelijkheid geïntroduceerd om bij een dusdanig hoog saldo de verrekening over meerdere jaren te spreiden.

Eigenschappen en voorwaarden spreiding

Spreiding van het exploitatiesaldo is alleen toegestaan na instemming van de Ministers van Financiën en van Sociale Zaken en Werkgelegenheid. De toezichthouders doen hiertoe een verzoek. In de regel zal dit verzoek gelijktijdig met de goedkeuring van de jaarrekening, waaruit het saldo volgt, worden gedaan. Voor verlening van toestemming gelden twee criteria. Ten eerste moet het saldo ontstaan zijn door een post van incidentele aard. Ten tweede moet dit ertoe leiden dat een aanzienlijke fluctuatie in de heffingen zal ontstaan. Hierbij moet worden gedacht aan ten minste 5 procent. Het kan zowel een positief als negatief saldo betreffen. Ook bij een aanzienlijke teruggave aan de sector kunnen onwenselijke fluctuaties ontstaan. Als het saldo dan in het opvolgende jaar negatief is, kan dit tot grote verschillen in de heffingen leiden en dus afbreuk doen aan de voorspelbaarheid.

Bij de beoordeling van een verzoek tot spreiding zullen de Ministers ook de mogelijke inzet van de reserve meenemen. De reserve zou ook een deel van een negatief saldo op kunnen vangen. In geval de Ministers instemmen, zullen zij bij het besluit tot instemming bepalen in hoeveel jaren het saldo bij de sector in rekening wordt gebracht. De Ministers bepalen dit na overleg met de toezichthouder die het verzoek heeft ingediend.

§ 4. Overige wijzigingen

Op vijf andere, meer inhoudelijke wijzigingen wordt hierna ingegaan. Voor de overige wijzigingen, die een meer technisch karakter hebben, wordt verwezen naar het artikelsgewijze deel van deze toelichting.

Uitbreiding accountantscontrole op financiële staten

Dit wetsvoorstel introduceert een accountantscontrole op financiële staten van betaalinstellingen en elektronischgeldinstellingen (EGI's). Deze verplichting bestaat op dit moment al voor afwikkelondernemingen, banken, beheerders, clearinginstellingen, premiepensioeninstellingen en verzekeraars (artikel 3:72, zevende lid, Wft). DNB heeft in de afgelopen jaren ervaren dat de financiële gegevens in de financiële staten van betaalinstellingen en EGI's niet altijd betrouwbaar bleken. Daarom wordt er nu voor gekozen accountantscontrole op deze staten verplicht te stellen, zodat de betrouwbaarheid van de financiële gegevens wordt vergroot en DNB beter op die gegevens kan vertrouwen bij de uitoefening van haar prudentieel toezicht.

Bepaalde buitenlandse beheerders van beleggingsinstellingen: lichter regime

Artikel 2:66a Wft voorziet in een lichter regime voor beheerders van beleggingsinstellingen waarvan het totaal van de activa onder beheer niet meer bedraagt dan € 100 miljoen of niet meer dan € 500 miljoen. Ten aanzien van de drempel van € 500 miljoen wordt opgemerkt dat de beleggingsinstellingen geen gebruik mogen maken van hefboomfinanciering en geen recht tot inkoop of terugbetaling van rechten van deelneming kan worden uitgeoefend gedurende een periode van vijf jaar. Op dit moment kunnen alleen beheerders met zetel in Nederland die rechten van deelneming aanbieden, onder voorwaarden gebruik maken van het lichtere regime. Voor beheerders waarop het lichtere regime van toepassing is, geldt geen vergunningplicht.

Op grond van onderhavig wetsvoorstel kunnen ook buitenlandse beheerders van beleggingsinstellingen gebruikmaken van het lichtere regime. De mogelijkheid daartoe wordt beperkt tot beheerders van beleggingsinstellingen die rechten van deelneming aan professionele beleggers aanbieden, omdat de richtlijn beheerders van alternatieve beleggingsinstellingen⁸ alleen op die beheerders ziet. Op grond hiervan kan worden aangenomen dat in de lidstaat van herkomst van de buitenlandse beheerder dezelfde regels als in Nederland van toepassing zijn. De regels voor beheerders van beleggingsinstellingen die rechten van deelneming aan niet-professionele beleggers aanbieden, zijn niet Europees geharmoniseerd. Om die reden wordt voorgesteld om buitenlandse beheerders die rechten van deelneming aan niet-professionele beleggers aanbieden, geen gebruik te kunnen laten maken van het lichtere regime.

Vanuit een andere lidstaat beheren van een icbe met zetel in Nederland

Het wetsvoorstel regelt voorts dat een beheerder met zetel in een andere lidstaat een icbe met zetel in Nederland mag beheren, indien de beheerder in de lidstaat van herkomst een vergunning heeft voor het beheer van het desbetreffende type icbe. Op deze manier is duidelijk dat die beheerder geen aparte vergunning hoeft aan te vragen voor het beheren van een icbe met zetel in Nederland, indien hij al een vergunning heeft voor het beheer van het desbetreffende type icbe. Hiermee wordt een onjuiste implementatie van artikel 16, tweede lid, van de richtlijn

⁸ Richtlijn 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).

instellingen voor collectieve belegging in effecten⁹ hersteld. De AFM dient wel met het voornemen van de beheerder te hebben ingestemd op grond van artikel 2:72, eerste en vierde lid.

Reputatievereiste vvgb-houders

Bij de verwerving of vergroting van een gekwalificeerde deelneming in een financiële onderneming waarvoor ingevolge artikel 3:95 Wft een verplichting tot het verkrijgen van een verklaring van geen bezwaar (vvgb) geldt, beoordeelt de bevoegde toezichthouder (DNB of de ECB) de reputatie van de (rechts)persoon die de vvgb aanvraagt. Binnen Europees-rechtelijke context gaat het bij de beoordeling van reputatie om zowel de betrouwbaarheid («*integrity*») als de vakbekwaamheid («*professional competence*»)¹⁰. De grondslag voor deze aanvangstoetsing is te vinden in artikel 3:100, eerste lid, onderdelen a en b, Wft.

De vvgb-houder dient reeds niet alleen bij aanvang van het vvgb-houderschap maar doorlopend aan het vereiste van betrouwbaarheid te voldoen, zo volgt uit artikel 3:99 Wft. Dit wetsvoorstel voorziet erin om ook het andere element van reputatie, de vakbekwaamheid, een doorlopend vereiste te maken. De toezichthouder wordt hierdoor in staat gesteld om een volle beoordeling van reputatie te maken van personen die na de vvgb-verlening tot het bestuur van de rechtspersoon toetreden, alsmede om de reputatie van zittende bestuursleden opnieuw te beoordelen, ook op vakbekwaamheid, als gewijzigde feiten of omstandigheden hiertoe aanleiding geven. Ook uit de regeling voor gekwalificeerde deelnemingen in de richtlijn kapitaalvereisten kan worden afgeleid dat het reputatievereiste, en niet enkel het element betrouwbaarheid, als een doorlopend vereiste kan worden beschouwd, dat dient te worden meegenomen in het kader van het doorlopend toezicht op de prudente en gezonde bedrijfsvoering van de betreffende doelonderneming.¹¹

Publicatiemogelijkheden bij overtreden medewerkingsplicht 5:20 Awb

Met de Wet van 3 maart 2021 tot wijziging van de Algemene wet bestuursrecht en enkele andere wetten in verband met het nieuwe omgevingsrecht en nadeelcompensatierecht (Stb. 2021, 135) is de in artikel 5:20, eerste lid, Awb vervatte medewerkingsplicht aan toezichthouders aangevuld met de mogelijkheid om overtreding van deze medewerkingsplicht bestuurlijk te handhaven door middel van een last onder bestuursdwang door toevoeging van een derde lid aan artikel 5:20. Aangezien veel bijzondere wetten al voorzagen in de mogelijkheid tot oplegging van een bestuurlijke sanctie wegens overtreding van de medewerkingsplicht, zijn deze bijzondere wetten aangepast. Zo is onder meer sanctionering van overtreding van de medewerkingsplicht in de bijzondere wetten komen te vervallen.

⁹ 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) (herschikking) (PbEU 2009, L 302).

¹⁰ Zie titel II, hfd. 3, par. 10, van de *Joint Guidelines on the prudential assessment of acquisitions and increases of qualifying holdings in the financial sector*, 20 December 2016, JC/GL/2016/01, te raadplegen via: https://esas-joint-committee.europa.eu/Publications/Guidelines/JC_QH_GLs_EN.pdf. De beoordeling van vakbekwaamheid zoals hier bedoeld moet overigens worden onderscheiden van de vakbekwaamheidseisen die ingevolge artikel 4:9, tweede tot en met vierde lid, Wft worden gesteld aan klantmedewerkers van financiële dienstverleners en beleggingsondernemingen.

¹¹ Zie artikel 23, eerste lid, aanhef en onder a, en artikel 26, tweede lid, van Richtlijn 2013/36/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende toegang tot het bedrijf van kredietinstellingen en het prudentieel toezicht op kredietinstellingen en beleggingsondernemingen, tot wijziging van Richtlijn 2002/87/EG en tot intrekking van de Richtlijnen 2006/48/EG en 2006/49/EG (PbEU 2013, L 176).

In een aantal wetten op het gebied van financiële markten – de Wft, de Wwft, de Wtt en de Wta – is door de aanpassingswet onbedoeld een kleine omissie ontstaan. In genoemde wetten hebben de bestuursorganen belast met de handhaving van de wet de bevoegdheid om opgelegde bestuurlijke sancties openbaar te maken of te publiceren. In de desbetreffende artikelen wordt specifiek verwezen naar de bestuurlijke sancties opgelegd «*ingevolge deze wet*». De aanpassingswet heeft evenwel tot gevolg gehad dat sanctionering met een last onder dwangsom van de medewerkingsplicht niet langer op grond van de betreffende bijzondere wet gebeurt, maar op grond van de Awb. Daardoor is de situatie ontstaan dat de oplegging van een last onder dwangsom wegens overtreding van 5:20 Awb, waar het gaat om de publicatie of openbaarmaking van sancties, niet langer kwalificeert als een sanctie «*ingevolge deze wet*». Dit wordt met de voorgestelde bepalingen gerepareerd.

Naast deze algemene bevoegdheid om bij overtreding van de medewerkingsplicht op grond van 5:20, eerste en tweede lid, Awb een last onder dwangsom op te leggen, beschikken de AFM en DNB op grond van de Wft en andere bijzondere wetten over de bevoegdheid om inlichtingen te vorderen¹² of een last onder dwangsom te leggen ten behoeve van derden¹³ waarbij 5:20 Awb van overeenkomstige toepassing is. Deze inlichtingenplicht en de mogelijkheid om bij overtreding een last onder dwangsom op te leggen zijn bij de aanpassingswet gehandhaafd in de Wft en andere bijzondere wetten zelf. De AFM en DNB kunnen een als bestuursorgaan opgelegde last onder dwangsom voor overtreding van de inlichtingenplicht op grond van deze bepalingen dus nog steeds publiceren. Hierdoor zijn de gevolgen veroorzaakt door de omissie in de aanpassingswet minimaal gebleven.

§ 5. Regeldruk

In deze paragraaf wordt ingegaan op de onderdelen in het wetsvoorstel die effect hebben op de regeldrukkosten. Onder regeldrukkosten worden verstaan alle investeringen en inspanningen (uitgedrukt in euro's) die burgers, bedrijven of professionals moeten doen of verrichten om te voldoen aan verplichtingen uit regelgeving afkomstig van de rijksoverheid. Het gaat hierbij om kosten die voortvloeien uit informatieverplichtingen en inhoudelijke verplichtingen, waaronder toezichtgerelateerde verplichtingen op basis van regelgeving. Deze kosten worden verdeeld in eenmalige en structurele kosten.

Een voorontwerp van het wetsvoorstel is voorgelegd aan het Adviescollege toetsing regeldruk. Het college heeft geen aanvullende opmerkingen of adviespunten met betrekking tot de gevolgen voor de regeldruk gemaakt.

Uitbreiding accountantscontrole op financiële staten

De verplichte accountantscontrole op financiële staten van betaalinstanties en EGI's veroorzaakt nalevingskosten. Deze kosten worden zoveel mogelijk beperkt door te regelen dat een betaalinstantie of EGI er ook voor kan kiezen om de jaarrekening inclusief accountantsverklaring in te dienen bij DNB. Op die manier kunnen accountantskosten worden bespaard.

¹² Onder meer: artikelen 1:52, derde lid, 1:56, elfde lid, 1:68, derde lid en 1:74, derde lid, van de Wet op het financieel toezicht en artikel 51 van de Wet toezicht accountantsorganisaties.

¹³ Onder meer artikel 1:57 van de Wet op het financieel toezicht.

Er zijn op dit moment volgens het DNB-register 52 vergunninghoudende betaalinstanties en vijf EGI's. De grotere betaalinstanties en EGI's zullen reeds op grond van Boek 2 BW verplicht zijn om de jaarrekening te voorzien van een accountantscontrole. Ruim tachtig procent van de instanties levert al een jaarrekening inclusief accountantsverklaring aan DNB aan en kan hiermee blijven volstaan. In de overgebleven twintig procent zijn inbegrepen de betaalinstanties die enkel rekeninginformatiediensten verlenen, waarvoor onderhavige verplichting niet zal gaan gelden. Dit betreft op dit moment vijf instanties. Daarmee veroorzaakt de verplichte accountantscontrole voor ongeveer zes instanties extra accountantskosten. De kosten daarvan worden geschat op € 20.000 per instantie, waarmee de totale kosten van dit onderdeel van het wetsvoorstel worden geschat op € 120.000.

Vanuit een andere lidstaat beheren van een icbe met zetel in Nederland

Het wetsvoorstel regelt dat beheerders met zetel in een andere lidstaat een icbe met zetel in Nederland mogen beheren indien de beheerder in de lidstaat van herkomst een vergunning voor het beheer van het desbetreffende type icbe heeft. Derhalve hoeven deze beheerders geen vergunning aan te vragen bij de AFM. De kosten voor het aanvragen van een vergunning (in dit geval gemiddeld € 6.500) worden hiermee bespaard. Het aantal beheerders dat een vergunning aanvraagt voor het beheren van een icbe met zetel in Nederland, is beperkt. In 2019 waren er vier vergunningaanvragen. De beheerder zal nog wel kosten moeten maken om de instemming van de AFM te verkrijgen.

Reputatievereiste vvgb-houders

Het doorlopend reputatievereiste voor vvgb-houders voor een gekwalificeerde deelneming in een financiële onderneming leidt tot structurele kosten als gevolg van mogelijke wisselingen binnen het bestuur van rechtspersonen die houder zijn van een vvgb, waarbij nieuwe bestuurders zullen moeten worden getoetst.¹⁴

De extra benodigde tijd voor het verzamelen van de voor het toetsen van de vakbekwaamheid benodigde informatie, zal per te toetsen persoon naar verwachting 1,5 uur zijn. Aangezien de werkzaamheden gedeeltelijk kunnen worden verricht door personeelsmedewerkers, zullen er verschillende uurtarieven van toepassing zijn. Uitgaande van een gemiddeld uurtarief van € 69,33¹⁵, gaat het om een gemiddelde lastenverzwaring van € 104 per toetsing (1,5 uur gemiddeld x € 69,33 per uur). Daarnaast zal een toetsing van een houder naar schatting tussen € 300 extra bedragen (eenmalige toezichthandeling). Hiermee komt de lastenverzwaring uit op € 404 per toetsing (€ 104 + € 300). Uitgaande van een naar schatting gemiddeld aantal van 35 toetsingen op jaarbasis zal dit onderdeel naar verwachting leiden tot een lastenverzwaring van in totaal € 14.140 (€ 404 x 35).

§ 6. Consultatie

Een voorontwerp van dit wetsvoorstel is openbaar geconsulteerd. De consultatiedocumenten zijn zes weken, van 6 november tot 18 december 2020, ter consultatie voorgelegd op de website www.internetconsultatie.nl.

¹⁴ Vanwege de overgangsbepaling (artikel VI) leidt dit onderdeel niet tot incidentele kosten.

¹⁵ Bron: bijlage IV bij het Handboek meting regeldrukkosten, versie d.d. 1 januari 2018, gewogen gemiddelde van het intern uurtarief voor managers (2/3) en hoogopgeleide medewerkers (1/3).

Naar aanleiding van de consultatie zijn in totaal tien reacties ontvangen, waarvan negen openbaar. De openbare reacties zijn afkomstig van de Nederlandse Vereniging van Banken (NVB), de Verenigde Betaalinstellingen Nederland (VBIN), Intersolve Payments B.V. (Intersolve), BNP Paribas Securities Services SCA, Amsterdam branch (BNP Paribas), de vereniging van gebruikers en aanbieders in Nederland van de effecteninfrastructuur (DACSI), Electronic Money Association (EMA), Van Zaal Advocatuur (Van Zaal), de Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht Nederlandse Orde van Advocaten en Koninklijke Notariële beroepsorganisatie (GCV), en de Kamer van Koophandel (KvK). De reacties zijn in hun geheel te raadplegen op <https://www.internetconsultatie.nl/wijzigingswetfm2022/reacties>, en worden in hoofdlijnen behandeld in het consultatieverslag dat op de consultatiewebsite is gepubliceerd.

De reacties van de GCV en de KvK 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. Na afloop van de internetconsultatie is besloten om dit onderdeel te temporiseren, omdat over deze wijziging in nader overleg wordt getreden met stakeholders in relatie tot de in de praktijk bestaande vragen. De reactie die op dit onderdeel ziet, zal worden verwerkt in de memorie van toelichting op het voorstel waarin dit onderdeel alsnog zal worden opgenomen.

In deze paragraaf wordt ingegaan op (de verwerking van) de acht overige consultatiereacties. Deze reacties zien op de introductie van de mogelijkheid van vermogensscheiding voor bepaalde financiële ondernemingen middels een rekening met afgescheiden vermogen en op het voorstel tot het vergroten van de stabiliteit van de heffingen van DNB en de AFM aan onder toezicht staande personen. Naar aanleiding van de reacties is een aantal wijzigingen in het wetsvoorstel en de toelichting aangebracht.

Daarnaast is na afloop van de consultatie een aantal onderdelen aan het wetsvoorstel toegevoegd. Het gaat om artikel I, onderdelen A, B, D, E, F, G, Q, W, X, CC, FF, HH, LL, MM, OO, PP, alsmede de artikelen II, onderdelen C en D, IV en VI tot en met XI. De onderdelen die al onderdeel uitmaakten van het geconsulteerde voorontwerp, zijn als gevolg hiervan deels vernummerd.

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 een rekening met het afgescheiden vermogen wordt aangehouden, dient te vervallen of dient te worden uitgebreid tot banken met zetel in een EER-lidstaat. Overwogen is dit zetelvereiste uit te breiden tot banken met zetel in een andere lidstaat dan Nederland, maar gekozen is voor het vereiste dat de bank waar de rekening wordt aangehouden, haar zetel in Nederland heeft.¹⁶ Deze beperking ten aanzien van de geografische locatie van de bank waar een rekening met afgescheiden vermogen kan worden aangehouden, is

¹⁶ Deze beperkte zeteleis was al opgenomen in de consultatieversie. Na de consultatie is het verruimd, maar naar aanleiding van het advies van de Raad van State is het weer beperkt tot banken met zetel in Nederland.

ingegeven door het feit dat de goederenrechtelijke en verhaalsrechtelijke aspecten mogelijk niet of niet exclusief (vanwege de mogelijke toepasselijkheid van het recht van die andere lidstaat) aan Nederlands recht onderworpen zijn wanneer de rekening met afgescheiden vermogen wordt aangehouden bij een bank met zetel in een andere lidstaat dan Nederland. Wanneer de rekening met afgescheiden vermogen wordt aangehouden bij een bank met zetel in een andere lidstaat dan Nederland, wordt de vraag welke goederenrechtelijke rechten gevestigd kunnen worden op die rekening en wie beslag kan leggen op die rekening – op grond van het internationaal privaatrecht – (mogelijk) niet beheerst door Nederlands recht, maar door het recht van het land waar die rekening gelokaliseerd moet worden (de *lex rei sitae*-regel). Dit is in de regel het recht van het land waar de bank haar zetel heeft, met andere woorden: buitenlands recht. Wanneer de betaalinstantie, EGI of beleggingsonderneming naar dat buitenlandse recht bijvoorbeeld een zekerheidsrecht zou (kunnen) vestigen op of verrekeningsrechten zou (kunnen) verlenen ten aanzien van de rekening met afgescheiden vermogen – iets wat niet mogelijk is als Nederlands recht van toepassing zou zijn omdat de verhaalsexclusiviteit daaraan in de weg staat – kan dit de rechten van de klanten van de betaalinstantie, EGI of beleggingsonderneming die hun gelden aan deze ondernemingen toevertrouwd hebben, doorkruisen.¹⁷ Ook zou beslag door andere crediteuren van de betaalinstantie, EGI of beleggingsonderneming dan de derden die hun gelden toevertrouwd hebben aan de betaalinstantie, EGI of beleggingsonderneming, de aanspraken van laatstgenoemden kunnen doorkruisen. Ten slotte zou het toepasselijke buitenlandse recht kunnen bepalen dat de bank waar de rekening met afgescheiden vermogen wordt aangehouden van rechtswege een zekerheidsrecht op die rekening heeft. Een dergelijke regeling kan kortom niet bewerkstelligen dat een afgescheiden vermogen in een andere lidstaat dan Nederland wordt gecreëerd. Hierdoor kan niet worden gegarandeerd dat de positie van de derden die hun gelden toevertrouwd hebben aan de betaalinstantie, EGI of beleggingsonderneming, in gelijke mate is beschermd indien het zetelvereiste wordt losgelaten. Gelet hierop is in het wetsvoorstel het vereiste gehandhaafd dat de bank waar de rekening met afgescheiden vermogen wordt aangehouden, haar zetel in Nederland heeft.

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, betaalinstanties 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

¹⁷ Op grond van artikel 8 Insolventieverordening en 21 Bankeninsolventierichtlijn zouden de belanghebbenden het pandrecht tegen zich moeten laten gelden.

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 betaalinstanties, EGI's, afwikkelondernemingen en beleggingsondernemingen. De in dit 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.¹⁸

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 dit wetsvoorstel de rekening met afgescheiden vermogen binnen het Nederlandse recht regelt. Of de rekening met afgescheiden vermogen kwalificeert als «trust» in de zin van het Haags Trustverdrag, zal moeten worden vastgesteld aan de hand van de definities van dat verdrag.

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 dit 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. Dit zal worden uitgewerkt in de nadere regels bij of krachtens algemene maatregel van bestuur als bedoeld in artikel 3:29aa, achtste lid, 3:29d, achtste lid, en 4:87aa, achtste lid.

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 memorie van toelichting is reeds opgemerkt

¹⁸ 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.

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.¹⁹ 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 geen uitzondering wordt gemaakt op de hoofdregel van 1:23 Wft. Voor het opnemen van een afwijkende regeling bestaat geen aanleiding. De wet voorziet ook niet in een dergelijke regeling bij andere in de wet gereguleerde vormen van vermogensscheiding. Uiteraard staat het partijen vrij om, indien er in strijd wordt gehandeld met de wet, via het civiele recht eventuele schade te verhalen.

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.²⁰ 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.²¹ Om die reden behoeft het onderwerp van verjaring geen aparte regeling voor het afgescheiden vermogen.

Intersolve verzoekt om in het onderhavige voorstel van wet 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 dit 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

¹⁹ Zie Kamerstukken II 2014/15, 34 198, nr. 3, p. 42.

²⁰ HR 23 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1139, NJ 2017/436, m.nt. S. Perrick.

²¹ Zie ook paragraaf 2 van het algemeen deel van deze toelichting.

betaalinstellingen als bedoeld in artikel 3:29a, eerste lid, Wft: betaalinstellingen met zetel in Nederland. Voor een betaalinstelling 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 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 betaalinstelling, 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 betaalinstellingen 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 betaalinstellingen) 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 betaalinstellingen, 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 betaalinstelling 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.

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 bekostigings-systematiek 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 laatst in 2017 gezien. 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.

ARTIKELSGEWIJS

ARTIKEL I (Wft)

A (artikel 1:1)

De definities van Agentschap, elektronischecommunicatiedienst en elektronischecommunicatienetwerk bevatten abusievelijk nog verwijzingen naar een verordening, respectievelijk richtlijn, die inmiddels is vervallen en vervangen door een nieuwe verordening, respectievelijk richtlijn. Met de eerste drie opdrachten worden deze verwijzingen verbeterd.

In de definitie van registerhouder is bepaald wanneer welke toezichthouder (DNB of de AFM) de registerhouder is. Voor de ondernemingen die worden genoemd in de afdelingen 2.2.a1 tot en met 2.2.4b is DNB op dit moment aangemerkt als de registerhouder. Daaronder vallen ook de artikelen over het uitoefenen van het bedrijf van bewaarder die zijn opgenomen in afdeling 2.2.0a (de artikelen 2:3g tot en met 2:3i). De AFM (als vergunningverlener aan bewaarders) moet echter de registerhouder

voor bewaarders zijn. De definitie van registerhouder wordt om deze reden aangepast, waarbij afdeling 2.2.0A in onderdeel b van het begrip registerhouder wordt ingevoegd, zodat de AFM de registerhouder wordt voor bewaarders. Tevens wordt afdeling 2.3.4b opgenomen in onderdeel b, zodat de AFM als registerhouder wordt aangemerkt voor het beheren van beleggingsinstellingen en aanbieders van rechten van deelneming in beleggingsinstellingen. Overigens worden in de praktijk beheerders van beleggingsinstellingen en aanbieders van rechten van deelneming in beleggingsinstellingen die over een vergunning beschikken, reeds door de AFM ingeschreven in het openbaar register. Van de gelegenheid is tevens gebruikgemaakt om afdeling 2.2.4c toe te voegen aan onderdeel a, zodat DNB voor wisselinstellingen als registerhouder wordt aangemerkt. Ook hier geldt dat in de praktijk wisselinstellingen die over een vergunning of ontheffing beschikken, reeds door DNB worden ingeschreven in het openbaar register.

De definitie van richtlijn markten voor financiële instrumenten vervalt, omdat met onderhavig wetsvoorstel alle verwijzingen naar die richtlijn zijn vervangen door haar opvolger, de richtlijn markten voor financiële instrumenten 2014.

B (artikel 1:13a)

Artikel 1:13a, eerste lid, onderdeel f, bevat abusievelijk nog een verwijzing naar een verordening die inmiddels is vervallen en vervangen door een nieuwe verordening. Onderhavig onderdeel verbetert deze verwijzing.

C (artikel 1:19)

In artikel 1:19, tweede lid, Wft wordt in de opsomming van artikelen van de Wft een verwijzing naar het nieuwe artikel 4:87aa Wft (zie onderdeel KK) ingevoegd. Laatstgenoemd artikel bepaalt dat beleggingsondernemingen als bedoeld in artikel 4:87, eerste lid, Wft gebruik kunnen maken van een rekening met afgescheiden vermogen als bedoeld in artikel 4:87aa, eerste lid, teneinde geldmiddelen van derden die aan hen zijn toevertrouwd veilig te stellen. De voorgestelde wijziging van artikel 1:19, tweede lid, bewerkstelligt dat artikel 4:87aa van overeenkomstige toepassing is op het verlenen van beleggingsdiensten of het verrichten van beleggingsactiviteiten door een beheerder van een beleggingsinstelling of een beheerder van een icbe waaraan het op grond van artikel 2:67a, tweede lid, Wft, onderscheidenlijk artikel 2:69c, tweede lid, Wft, is toegestaan beleggingsdiensten te verlenen of beleggingsactiviteiten te verrichten.

D (artikel 1:19a)

Artikel 1:19a, eerste lid, aanhef en onder 2, bevat abusievelijk nog verwijzingen naar een richtlijn, respectievelijk verordening, die inmiddels is vervallen en vervangen door een nieuwe richtlijn, respectievelijk verordening. Met onderhavig onderdeel worden die verwijzingen verbeterd.

E (artikel 1:74)

Dit betreft het herstel van een omissie waarbij de verwijzing naar enkele leden in het artikel niet is aangepast na vernummering van de leden via de Wijziging van de Algemene wet bestuursrecht en enkele andere wetten in verband met het nieuwe omgevingsrecht en nadeelcompensatierecht (zie paragraaf 4 van de algemene toelichting).

F (artikel 1:97)

Op grond van artikel 1:97 is het met toezicht belaste bestuursorgaan bevoegd sancties te publiceren. Middels voorgestelde aanpassing wordt een omissie hersteld waarbij het met toezicht belaste bestuursorgaan een sanctie op grond van overtreding van de medewerkingsplicht niet kan publiceren. Hiertoe wordt een specifieke verwijzing ingevoegd naar een sanctie opgelegd door een toezichthouder op grond van artikel 5:20, derde lid, van de Algemene wet bestuursrecht. Verwezen wordt naar paragraaf 4 van de algemene toelichting.

G (artikel 1:102)

Artikel 1:102 bevat abusievelijk tweemaal een zevende lid. Dat wordt hersteld door vernummering van het laatste lid tot achtste lid.

H (artikel 1:103)

Bij wijziging van artikel 3:95, eerste lid, zijn onderdelen verletterd maar is de verwijzing in artikel 1:103, eerste lid, naar de onderdelen in artikel 3:95 nooit aangepast. De foutieve verwijzing in artikel 1:103, eerste lid, wordt hersteld.

I (artikel 1:107)

In artikel 1:107, tweede lid, onderdeel a, onder 1, wordt een verkeerde verwijzing aangepast. Daarnaast wordt het tweede lid, onderdeel c, aangepast. Op grond van het huidige artikel 1:107, tweede lid, onderdeel c, dient de AFM marktexploitanten waaraan een vergunning of ontheffing op grond van artikel 5:26 Wft is verleend, in te schrijven in het openbaar register. Met onderhavig voorstel wordt tevens bepaald dat de AFM daarnaast registreert welke activiteiten deze marktexploitanten mogen verrichten. Het kan dan gaan om het verlenen van datarapporteringsdiensten op grond van artikel 2:103e, tweede lid, of om het exploiteren van een georganiseerde handelsfaciliteit of multilaterale handelsfaciliteit op grond van artikel 2:97, zevende lid.

J (artikel 2:3i)

In artikel 2:3i, eerste lid, onderdeel f, wordt een verwijzing opgenomen naar artikel 4:62na. Het dagelijks beleid van een bewaarder dient op grond van artikel 4:62na te worden bepaald door ten minste twee natuurlijke personen. Door de verwijzing naar artikel 4:62na wordt dit ook een vergunningvereiste.

K (artikel 2:54h)

In verband met het vernummern van de artikelliden van artikel 4:75 (zie onderdeel II) dient ook de verwijzing in artikel 2:54h, tweede lid, onderdeel c, naar de leden van artikel 4:75 te worden aangepast.

L (artikel 2:66a)

Buitenlandse beheerders met zetel in een andere lidstaat die een Nederlandse beleggingsinstelling beheren of rechten van deelneming in een beleggingsinstelling in Nederland aanbieden, kunnen op dit moment geen beroep doen op het zogenaamde *light regime* op grond van artikel 2:66a. Door toevoeging van het voorgestelde achtste lid kunnen ook zij gebruikmaken van het lichtere regime indien de portefeuilles van beleggingsinstellingen waarvan het totaal van beheerde activa niet groter

is dan € 100.000 of niet groter is dan € 500.000.000 indien de beleggingsinstellingen geen gebruikmaken van hefboomfinanciering en ten minste vijf jaar *closed end* zijn. Buitenlandse beheerders kunnen alleen gebruikmaken van artikel 2:66a indien de rechten van deelneming worden aangeboden aan professionele beleggers, aangezien de regels voor het aanbieden van deelnemingsrechten aan retailbeleggers niet op Europees niveau zijn geharmoniseerd.

M (artikel 2:69b)

Ingevolge artikel 16, tweede lid, van de richtlijn instellingen voor collectieve belegging in effecten mogen lidstaten beheerders met een Europees paspoort niet een vergunningplicht opleggen of aanvullende eisen stellen. Artikel 2:69b, eerste lid, Wft bepaalt dat het verboden is om zonder vergunning in Nederland een recht van deelneming in een icbe aan te bieden. Artikel 2:69b, derde lid, bepaalt dat onder bepaalde voorwaarden er geen vergunningplicht is voor de beheerder die het voornemen heeft rechten van deelneming in een icbe met zetel in een andere lidstaat aan te bieden in Nederland. Artikel 2:69b bevat echter geen uitzondering op de vergunningplicht voor een beheerder met zetel in een andere lidstaat die een vergunning heeft en het voornemen heeft om in Nederland een icbe te beheren. Deze beheerder zou gelet op artikel 16, tweede lid, van de richtlijn instellingen voor collectieve belegging in effecten op basis van het Europees paspoort een icbe met zetel in Nederland moeten kunnen beheren. In 2:69b, vierde lid, wordt daarom bepaald dat een beheerder met zetel in een andere lidstaat in Nederland een icbe mag beheren indien de beheerder in de lidstaat van herkomst een vergunning heeft voor het beheer van het desbetreffende type icbe. De AFM dient wel met het voornemen van de beheerder te hebben ingestemd op grond van artikel 2:72, eerste en vierde lid.

N (artikel 2:69d)

In de onderdelen n en o van artikel 2:69d worden de verwijzingen aangepast aangezien deze niet meer kloppen. Artikel 4:59 bestaat niet meer uit artikelleden, zodat de verwijzing in onderdeel n naar artikel 4:59, eerste lid, kan worden vervangen door een verwijzing naar artikel 4:59. De inhoud van het oude artikel 4:59, tweede lid, is thans opgenomen in artikel 2:69c. In artikel 2:69c zijn de activiteiten opgenomen die een beheerder van een icbe kan verrichten. In onderdeel o wordt daarom een verwijzing naar artikel 2:69c opgenomen.

O (artikel 2:72)

Artikel 2:72 implementeert de artikelen 5, eerste en derde lid, en 20, eerste en derde lid, van de richtlijn instellingen voor collectieve belegging in effecten. In artikel 2:72, eerste lid, wordt nu verwezen naar artikel 2:69b (vergunningplicht voor het aanbieden van deelnemingsrechten in een icbe). Daardoor kan de indruk ontstaan dat een beheerder met zetel in een andere lidstaat die voornemens is een icbe met zetel in Nederland te beheren, zowel aan de notificatieplicht als aan de vergunningplicht moet voldoen. Indien die beheerder echter reeds een vergunning heeft voor het beheren van een icbe in zijn lidstaat van herkomst, dan is notificatie en instemming van de AFM voldoende. Beheerders met zetel in een andere lidstaat kunnen een icbe met zetel in Nederland beheren (beheren omvat het beheer van de icbe, het aanbieden van deelnemingsrechten en de administratie) na instemming van de AFM op grond van artikel 2:72, eerste lid. De icbe-beheerder dient daartoe een instemmingsaanvraag in bij de AFM. Na ontvangst van de gegevens verleent de AFM instemming, tenzij de beheerder geen vergunning heeft voor het beheren van de

desbetreffende icbe die de beheerder voornemens is te beheren. De AFM verleent eveneens geen instemming indien de beheerder of de icbe niet zal kunnen voldoen aan het bij of krachtens het deel Gedragstoezicht financiële ondernemingen bepaalde. Voordat de AFM besluit om geen instemming te verlenen, raadpleegt zij de toezichthoudende instantie van de andere lidstaat overeenkomstig artikel 1:60a, eerste lid.

P (artikel 2:83)

In verband met de vernummering van de artikelleden van artikel 4:75 (zie onderdeel II) dient ook de verwijzing in artikel 2:83, eerste lid, onderdeel g, naar de leden van artikel 4:75 te worden aangepast.

Q (artikel 2:128a)

Dit onderdeel corrigeert een foutieve verwijzing in artikel 2:128a door «de richtlijn *in* financiële instrumenten 2014» te vervangen door «de richtlijn markten *voor* financiële instrumenten 2014».

R

De in dit onderdeel opgenomen wijziging herstelt een onjuiste verwijzing naar artikel 2:10b Wft.

S en T (artikelen 3:29a en 3:29aa)

De in deze onderdelen opgenomen wijzigingen houden verband met de introductie van de rekening met afgescheiden vermogen die in paragraaf 2 van het algemeen deel is toegelicht.

Artikel 3:29aa Wft bepaalt dat een betaalinstelling of elektronischgeldinstelling (EGI) als bedoeld in artikel 3:29a van die wet gebruik kan maken van een rekening met afgescheiden vermogen. Uit artikel 3:29aa, eerste lid, volgt dat het gebruik van een dergelijke rekening is voorbehouden aan betaalinstellingen en EGI's die verplicht zijn tot het «zekerstellen» van geldmiddelen van derden die aan hen zijn toevertrouwd.²²

In artikel 3:29aa, eerste lid, is opgenomen dat betaalinstellingen en EGI's een rekening met afgescheiden vermogen kunnen openen teneinde aan hun verplichting tot het zekerstellen te voldoen. Het is ook mogelijk om meerdere rekeningen met afgescheiden vermogen te openen, denk bijvoorbeeld aan de optie om voor een bepaalde cliënt een aparte rekening met afgescheiden vermogen te openen, of om (concentratie)risico's te mitigeren door de geldmiddelen in kwestie aan te houden op rekeningen bij meerdere banken.

Uit artikel 3:29aa, tweede lid, eerste zin, blijkt dat een rekening met afgescheiden vermogen moet worden aangehouden bij een bank met zetel in Nederland die beschikt over een vergunning voor de uitoefening van het bedrijf van bank, welke is verleend door de ECB of DNB. Dit zetelvereiste is noodzakelijk omdat ingeval de rekening met afgescheiden vermogen wordt aangehouden bij een bank met zetel in een andere lidstaat dan Nederland, de goederenrechtelijke en verhaalsrechtelijke aspecten mogelijk niet of niet exclusief (vanwege de mogelijke toepasselijkheid van het recht van die andere lidstaat) aan Nederlands recht onderworpen zijn en derhalve de gelden van de cliënt niet voldoende

²² Een met artikel 3:29aa Wft vergelijkbare bepaling is opgenomen in artikel 3:29d Wft voor afwikkelondernemingen en artikel 4:87a Wft voor beleggingsondernemingen.

beschermd zijn. Zie voor een nadere toelichting paragraaf 6 van deze toelichting.

De tweede zin van artikel 3:29aa, tweede lid, bepaalt dat uit de tenaamstelling van een rekening met afgescheiden vermogen kenbaar dient te zijn dat deze wordt aangehouden door de betaalinstelling of EGI in zijn hoedanigheid van betaalinstelling respectievelijk EGI, ten behoeve van een of meer derden (een «inzake»-rekening). Het kwaliteitskarakter van de rekening (en de vermogensscheiding) is aldus kenbaar voor schuldeisers van de rekeninghouder. Aan de hand van de administratie van de betaalinstelling of EGI zal moeten worden vastgesteld wie de derden zijn voor wie gelden op deze rekening zijn geadmistreerd.

Uit de tenaamstelling volgt dat de rekening wordt aangehouden in eigen naam en dus «toebehoort» aan de betaalinstelling of EGI, zij het dat dit een afgescheiden vermogen is. Dit volgt uit de tweede zin van artikel 3:29aa, tweede lid. Het feit dat de rekening op naam van de betaalinstelling of EGI staat en een afgescheiden vermogen vormt, heeft een aantal gevolgen. Ten eerste is de rekeninghouder bij uitsluiting bevoegd tot het beheer van en de beschikking over de rekening met afgescheiden vermogen. Ten tweede worden de tot het afgescheiden vermogen behorende goederen niet getroffen door een eventueel faillissement van de betaalinstelling of EGI (in andere hoedanigheid dan als houder van de rekening met afgescheiden vermogen), en kunnen de overige schuldeisers van de betaalinstelling of EGI geen beslag leggen noch anderszins verhaal nemen op de goederen die tot het afgescheiden vermogen behoren, ondanks het feit dat hun schuldenaar rechthebbende is op de rekening met afgescheiden vermogen. Op het afgescheiden vermogen kan alleen verhaal worden genomen door derden ten behoeve van wie geldmiddelen op de rekening zijn gestort (de belanghebbenden) ten belope van hun vordering die verband houdt met het toevertrouwen van deze geldmiddelen. Er is met andere woorden sprake van «verhaals-exclusiviteit». Ten slotte zal – zoals hierboven opgemerkt – een curator in geval van faillissement van de financiële onderneming bij de verdeling van het afgescheiden vermogen medewerking moeten verlenen aan effectuering van de positie van de belanghebbenden. Hierbij wordt aangetekend 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 met betrekking tot de rekening met afgescheiden vermogen te verrichten.²³

Het derde lid van artikel 3:29aa geeft aan welke schuldeisers hun vorderingen op het afgescheiden vermogen kunnen verhalen. Het betreft (i) de derden voor wie geldmiddelen op deze rekening zijn geadmistreerd, voor zover die vorderingen verband houden met het toevertrouwen van de geldmiddelen aan de betaalinstelling of EGI, en (ii) de bank bij wie de rekening met afgescheiden vermogen wordt aangehouden voor de vorderingen die verband houden met het beheer van de rekening en die volgens de overeenkomst tussen de bank en de betaalinstelling of EGI ten laste kunnen worden gebracht van het afgescheiden vermogen. Essentieel voor een goede werking van het afgescheiden vermogen is dat uit de administratie van de betaalinstelling of EGI te allen tijde blijkt wie welke aanspraak heeft. Daarom bevat artikel 3:29aa, vierde lid, de verplichting voor de betaalinstelling of EGI 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 welk moment op het afgescheiden vermogen heeft. Eenzelfde administra-

²³ Zie Kamerstukken II 2014/15, 34 198, nr. 3, p. 42.

tieverplichting bestaat bij het (afgescheiden) derivatenvermogen, bedoeld in artikel 49g, tweede lid, Wge en artikel 3:33c Wft.

Artikel 3:29aa, vijfde en zesde lid, dat overeenkomt met de artikelen 4:37j, zesde en zevende lid, en 4:45, tweede en derde lid, Wft, biedt een regeling voor de situatie dat het saldo bij vereffening ontoereikend is voor voldoening van de bovengenoemde vorderingen respectievelijk wat er dient te gebeuren met het saldo indien vaststaat dat de bovengenoemde vorderingen kunnen worden voldaan en dat in de toekomst dergelijke vorderingen niet meer zullen ontstaan.

Artikel 3:29aa, zevende lid, bevat een regeling voor de situatie dat zich een tekort voordoet in het afgescheiden vermogen. Er is sprake van een tekort wanneer het verschil tussen het totaal van de vorderingen van derden voor wie geldmiddelen op de rekening met afgescheiden vermogen zijn gestort minus het totaal van de geldmiddelen op de rekening kleiner is dan nul. Indien zich een tekort voordoet, is de financiële onderneming gehouden om het tekort aan te vullen. Hieruit volgt dat het verhaalsrecht van degene ten behoeve van wie gelden op de rekening met afgescheiden vermogen zijn gestort, niet is beperkt tot die rekening, maar dat zo nodig ook de betaalinstelling of EGI op het tekort in het afgescheiden vermogen kan worden aangesproken. De betreffende derden kunnen dus ook verhaal nemen op het overige vermogen van de betaalinstelling of EGI in het geval van een tekort. Het beschermingskarakter dat de rekening met afgescheiden vermogen in het kader van de Wft heeft, strookt niet met een beperking van de verhaalsrechten van deze derden als gevolg van de invoering van de rekening met afgescheiden vermogen.

In het zevende lid van artikel 3:29aa is ook opgenomen dat ingeval een tekort niet is aangevuld, de betaalinstelling of EGI bij een verzoek van een in het derde lid bedoelde derde om uitkering van zijn aandeel in het saldo van de rekening met afgescheiden vermogen, slechts zoveel uitkeert aan deze derde als in verband met de rechten van andere in het derde lid bedoelde derden mogelijk is. In dat geval wordt het saldo naar evenredigheid van een ieders vordering verdeeld. Dus wanneer het saldo van de rekening met afgescheiden vermogen 100 is en er twee belanghebbenden (derden in de zin van het derde lid) zijn met beide een aanspraak van 60, zal de betaalinstelling of EGI niet meer dan 50 uitkeren aan de betreffende derde op zijn verzoek.

Bij algemene maatregel van bestuur zal worden uitgewerkt hoe in de praktijk invulling moet worden gegeven aan de rekening met afgescheiden vermogen. Daarom is in het achtste lid opgenomen dat bij of krachtens algemene maatregel van bestuur nadere regels kunnen worden gesteld met betrekking tot de inrichting, de administratie en het beheer van de rekening als bedoeld in het eerste lid. Ook zullen de artikelen 40a en 40b van het Besluit prudentiële regels Wft aangepast worden om het voorgestelde artikel 3:29aa aan te laten sluiten bij deze bepalingen. Voorts dient de financiële onderneming het invoeren van de rekening met afgescheiden vermogen als wijziging in de vermogensscheiding op grond van artikel 3:29 Wft (respectievelijk artikel 4:26 Wft voor beleggingsondernemingen) te melden bij de toezichthouder.

De wijziging van artikel 3:29a, eerste en tweede lid, Wft houdt verband met het voorgestelde artikel 3:29aa Wft dat ziet op de veiligstelling middels een rekening met afgescheiden vermogen van gelden die toebehoren aan cliënten van bepaalde categorieën financiële ondernemingen.

Het nieuwe artikel 3:29d, eerste lid, Wft bepaalt dat een afwikkelonderneming gebruik kan maken van een rekening met afgescheiden vermogen. In de praktijk kan het namelijk voorkomen dat afwikkelondernemingen gelden van hun cliënten (vaak banken of betaalinstanties) onder zich houden. Van afwikkelondernemingen wordt verwacht dat voor zover zij in de uitoefening van hun bedrijf of in de uitoefening van de daaruit voortvloeiende werkzaamheden geldmiddelen van cliënten onder zich houden, zij als onderdeel van een beheerste bedrijfsvoering zorgdragen voor het zekerstellen van deze geldmiddelen. In de praktijk betreft het vaak afwikkelondernemingen wier werkzaamheden gericht zijn op het vaststellen van geldelijke vorderingen of verplichtingen van betaalinstanties uit hoofde van betaalopdrachten van betaaldienstgebruikers – gedefinieerd als «salderen» in de Wft – en die in het verlengde daarvan de betalingsverplichtingen tussen de betrokken banken of betaalinstanties tevens vereffenen.

In artikel 3:29d, tweede lid, is opgenomen dat afwikkelondernemingen een rekening met afgescheiden vermogen kunnen aanhouden bij DNB. Het achtste lid van artikel 3:29d bepaalt dat bij of krachtens algemene maatregel van bestuur regels worden gesteld met betrekking tot de voorwaarden die aan de in het eerste lid van dat artikel bedoelde rekeningen kunnen worden verbonden. Eén van deze voorwaarden zal zijn dat de afwikkelonderneming voldoet aan de toelatingsvoorwaarden van TARGET2-NL. Alleen in dat geval is het namelijk mogelijk om een TARGET2-rekening bij DNB te openen.

TARGET2 is een interbancair betalingssysteem voor de real-time verwerking van grensoverschrijdende betalingen binnen de Europese Unie (de tweede generatie *Trans European Automated Real-time Gross settlement Express Transfer system*). TARGET2-NL is het TARGET2-deelsysteem dat door DNB wordt beheerd. Om een rekening te kunnen aanhouden in TARGET2-NL moet een partij aan verschillende voorwaarden voldoen. Een afwikkelonderneming kan een rekening in TARGET2-NL aanhouden als zij tevens een «aangesloten systeem» in de zin van het TARGET2-richtsnoer²⁴ beheert en in die hoedanigheid optreedt. Een afwikkelonderneming die tevens kwalificeert als aangesloten systeem in voornoemde zin en is toegelaten tot TARGET2-NL, zou op grond van de algemene maatregel van bestuur ter uitvoering van artikel 3:29d, achtste lid, een rekening met afgescheiden vermogen kunnen aanhouden bij DNB voor de geldmiddelen die haar klanten aan haar toevertrouwen.

De inhoud van het derde tot en met achtste lid van artikel 3:29d is vergelijkbaar met die van artikel 3:29aa, derde tot en met achtste lid, Wft. Derhalve wordt hier verwezen naar de artikelsgewijze toelichting op laatstgenoemd artikel (onderdeel S).

Bepaalde categorieën financiële ondernemingen zijn op grond van lagere wet- en regelgeving uitgezonderd van een in deel 2 Wft (markttoegang financiële ondernemingen) opgenomen vergunningplicht. Die financiële ondernemingen zijn wel onderworpen aan de in deel 3 Wft (prudentieel toezicht financiële ondernemingen) opgenomen regels inzake vermogensscheiding en de integere en beheerste bedrijfsuitoefening. Zo zijn kleinschalige betaaldienstverleners en EGI's vrijgesteld van de vergunningplicht ingevolge de Wft, maar moeten zij wel voldoen aan het

²⁴ Richtsnoer 2012/27 van de Europese Centrale Bank van 5 december 2012 betreffende een geautomatiseerd trans-Europees realtime-brutovereenkomstssysteem (TARGET2) (herschikking) (PbEU 2013, L 30).

bepaalde ingevolge artikel 3:29a Wft (bescherming eigendomsrechten cliënten). Het nieuwe artikel 3:29e Wft regelt dat dergelijke categorieën financiële ondernemingen bij algemene maatregel van bestuur kunnen worden aangewezen, waardoor artikel 3:29aa Wft op hen van overeenkomstige toepassing is. Een vergelijkbare bepaling wordt voor deel 4 Wft (gedragstoezicht financiële ondernemingen) voorgesteld (zie onderdeel KK).

V (artikel 3:72)

In artikel 3:72, zevende lid, worden betaalinstellingen en EGI's ingevoegd, waarmee ook deze instellingen verplicht worden om de financiële staten te laten voorzien van een accountantscontrole. Deze wijziging is toegelicht in paragraaf 4. Betaalinstellingen die uitsluitend rekeninginformatiediensten verlenen, zijn uitgezonderd van solvabiliteitseisen maar moeten wel voldoen aan de eisen inzake een beroepsaansprakelijkheidsverzekering of een daarmee vergelijkbare waarborg. Gelet op deze beperkte prudentiële verplichtingen hoeven zij geen andere financiële staten te verstrekken dan de halfjaarlijkse staten die DNB nodig heeft voor het toezicht op de naleving van de eisen inzake een beroepsaansprakelijkheidsverzekering of een daarmee vergelijkbare waarborg. Met het oog daarop wordt niet proportioneel geacht dat zij onder de verplichte accountantscontrole komen te vallen.

In het Besluit prudentiële regels zal geregeld worden dat de staten één keer per jaar gewaarmerkt dienen te worden, tenzij de betaalinstelling of EGI haar jaarrekening voorzien van een accountantsverklaring naar DNB toestuurt. Deze uitzonderingsregel heeft als doel om de lasten van de verplichting zoveel mogelijk te beperken. Betaalinstellingen en EGI's dienen veelal op grond van het BW hun jaarrekening reeds te voorzien van een accountantsverklaring. Indien zij deze opsturen naar DNB, hoeven ze geen extra kosten te maken voor het jaarlijks waarmerken van de verslagstaten.

W (artikel 3:99a)

Met dit onderdeel wordt bewerkstelligd dat ook het element vakbekwaamheid, als onderdeel van reputatie, als een doorlopend vereiste gaat gelden voor de rechtspersoon die houder is van een vvgb voor een gekwalificeerde deelneming in een financiële onderneming. Met de gekozen formulering («de vvgb-houder is, gelet op zijn reputatie, geschikt») wordt aangesloten bij de formulering van artikel 3:100, eerste lid, onderdeel b, Wft, waarin dit vereiste reeds voor de vvgb-aanvrager is neergelegd. Deze formulering brengt tot uitdrukking dat het reputatievereiste voor de aanvrager en houder van een vvgb zich onderscheidt van het geschiktheidsvereiste zoals geldt voor personen die, als gevolg van de verworven deelneming, het dagelijks beleid van de instelling gaan bepalen. Voor nadere toelichting op dit onderdeel wordt verwezen naar paragraaf 4 van het algemeen deel van deze toelichting.

X (artikel 3A:52)

Artikel 3A:52, vierde lid, onderdeel c, bevat abusievelijk nog een verwijzing naar de oorspronkelijke richtlijn markten voor financiële instrumenten. Deze verwijzing wordt met onderhavig onderdeel bijgewerkt.

Y (artikel 4:11)

Bij de implementatie van de richtlijn beheerders van alternatieve beleggingsinstellingen is «bewaarder» vervangen door «bewaarder van een icbe». Hierdoor is het voorschrift dat een adequaat beleid dient te worden gevoerd om een integere bedrijfsuitoefening te waarborgen niet van toepassing op een bewaarder van een beleggingsinstelling. Een bewaarder van een beleggingsinstelling dient echter ook een dergelijk beleid te hebben. Daarom wordt artikel 4:11 aangepast. Het voeren van een adequaat beleid ter waarborging van een integere bedrijfsuitoefening kan namelijk niet los worden gezien van artikel 4:14 dat betrekking heeft op de inrichting van de bedrijfsvoering ter waarborging van een beheerste en integere bedrijfsuitoefening. In artikel 2:3i wordt verwezen naar artikel 4:11, eerste en derde lid. Hierdoor dient de aanvrager van een vergunning voor het uitoefenen van het bedrijf van bewaarder aan te tonen dat wordt voldaan aan artikel 4:11, eerste en derde lid.

Z (artikel 4:26)

In de opsomming van artikelen in artikel 4:26, eerste lid, worden de artikelen 2:3i en 2:69d, vierde lid, opgenomen. Wijzigingen in gegevens die op grond van de artikelen 2:3i en 2:69d, vierde lid, moeten worden aangeleverd, dienen te worden gemeld bij de AFM.

AA (artikel 4:26a)

Een datarapporteringsdienstverlener moet op grond van het voorgestelde artikel 4:26a aan de AFM wijzigingen melden in gegevens die zijn verstrekt bij de aanvraag van de vergunning als bedoeld in artikel 2:104b, eerste lid. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kan worden bepaald welke gegevens daarbij dienen te worden verstrekt en, indien van toepassing, onder welke voorwaarden de wijzigingen ten uitvoer mogen worden gelegd.

BB (artikel 4:37l)

Artikel 4:37l Wft bevat voorschriften voor beheerders van een beleggingsinstelling met betrekking tot het prospectus. Het vijfde lid verwijst naar de verplichting van de beleggingsinstelling ingevolge het deel Gedragstoezicht financiële markten (deel 5 Wft) om een prospectus op te stellen. Omdat de regels over het prospectus inmiddels zijn opgenomen in een rechtstreeks werkende verordening, moet naar deze verordening worden verwezen, en niet meer naar deel 5 Wft. Bij de Wet implementatie prospectusverordening²⁵ is abusievelijk nagelaten om artikel 4:37l, vijfde lid, aan te passen. Onderhavig onderdeel voorziet daar alsnog in.

CC (artikelen 4:37v en 4:37z)

De artikelen 4:37v en 4:37z bevatten abusievelijk nog een verwijzing naar een richtlijn die inmiddels is komen te vervallen en vervangen door een nieuwe richtlijn. Onderhavig onderdeel verbetert deze verwijzing in beide artikelen.

DD (artikel 4:38)

Het eerste lid van artikel 4:38 regelt dat paragraaf 4.3.1.4.c met betrekking tot rechten van deelneming in een icbe niet van toepassing is op een beheerder met zetel in een andere lidstaat die via dienstverrichting

²⁵ Stb. 2019, 190.

deelnemingsrechten in een icbe in Nederland aanbiedt. Het gaat dan om een icbe met zetel in een andere lidstaat. Verder is deze paragraaf niet van toepassing op icbe's met zetel in een andere lidstaat en eventueel aan die instellingen verbonden bewaarders. Op grond van artikel 19, derde lid, onderdeel h, van de richtlijn instellingen voor collectieve belegging in effecten dient een beheerder met zetel in een andere lidstaat die een icbe met zetel in Nederland beheert of rechten van deelneming in icbe's met zetel in Nederland aanbiedt, te voldoen aan regels met betrekking tot openbaarmaking en rapportageverplichtingen die gelden in Nederland. In artikel 4:38 ontbreken de artikelen 4:46 tot en met 4:52. Deze artikelen hebben betrekking op het openbaar maken van informatie over de door de beheerder beheerde icbe. Een voorbeeld is het beschikbaar stellen van het registratiedocument en een prospectus op de website. De artikelen 4:46 tot en met 4:52 worden aan artikel 4:38 toegevoegd.

In het derde lid wordt bepaald dat paragraaf 4.3.1.4.c (met uitzondering van de artikelen 4:53, aanhef en onderdeel b, en 4:62) niet van toepassing is op beheerders met zetel in een andere lidstaat die vanuit een in Nederland gelegen bijkantoor rechten van deelneming in icbe's in Nederland aanbieden.

EE (artikel 4:39)

Paragraaf 4.3.1.4.c heeft betrekking op de rechten van deelneming van een icbe en niet op een bewaarder. Artikel 4:39 wordt aangepast zodat het artikel alleen betrekking heeft op een beheerder van een icbe of een maatschappij voor collectieve belegging in effecten. Voor de bewaarder en de pensioenbewaarder wordt in artikel 4:62na voorgeschreven dat zij ten minste twee natuurlijke personen dienen te hebben die het dagelijks beleid bepalen.

FF (artikel 4:62n)

Deze wijziging herstelt een omissie door «2014» in te voegen na «richtlijn voor financiële instrumenten».

GG (artikel 4:62na)

Artikel 4:39 Wft bepaalt dat het dagelijks beleid van een bewaarder van een icbe en een pensioenbewaarder wordt bepaald door ten minste twee natuurlijke personen. Dit voorschrift is niet van toepassing op een bewaarder van een beleggingsinstelling, omdat artikel 4:37h, eerste lid, onderdeel c, is vervallen bij de implementatie van richtlijn UCITS V²⁶. Op grond van artikel 4:37h, eerste lid, onderdeel c, waren alle artikelen die van toepassing waren op een bewaarder van een icbe, ook van toepassing op een bewaarder van een beleggingsinstelling. Aangezien artikel 4:39 is opgenomen onder paragraaf 4.3.1.4.c met betrekking tot rechten van deelneming in een icbe, wordt voorgesteld om een nieuw artikel 4:62na op te nemen in paragraaf 4.3.1.4.e met betrekking tot bewaarders. Artikel 4:62na is opgesteld dat het voorschrift dat het dagelijks beleid van een bewaarder door ten minste twee natuurlijke personen wordt bepaald, van toepassing wordt op een bewaarder van een icbe, bewaarder van een beleggingsinstelling en pensioenbewaarder.

²⁶ Richtlijn 2014/91/EU van het Europees Parlement en de Raad van 23 juli 2014 tot wijziging van Richtlijn 2009/65/EG tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende bepaalde instellingen voor collectieve belegging in effecten (icbe's) wat bewaartaken, beloningsbeleid en sancties betreft (PbEU 2014, 257).

HH (artikel 4:70)

Artikel 4:70, vierde lid, bevat abusievelijk nog een verwijzing naar een verordening die inmiddels is komen te vervallen en vervangen door een nieuwe verordening. Onderhavig onderdeel verbetert deze verwijzing.

II en JJ (artikelen 4:75 en 4:76)

Het derde lid van de artikelen 4:75 en 4:76 kan vervallen aangezien de hoogte van de dekking van de beroepsaansprakelijkheidsverzekering en de daarmee vergelijkbare voorziening voor een adviseur, bemiddelaar of herverzekeringbemiddelaar is opgenomen in een gedelegeerde verordening²⁷. Derhalve hoeven deze bedragen niet langer te worden opgenomen in een ministeriële regeling en kan de grondslag daarvoor vervallen.

KK (artikelen 4:87aa en 4:87ab)

Voor beleggingsondernemingen die op grond van artikel 4:87, aanhef en eerste lid, onderdeel a, Wft zijn gehouden adequate maatregelen te treffen ter bescherming van de rechten van cliënten op de aan hen toebehorende gelden en financiële instrumenten, wordt naar analogie van de regeling in het nieuwe artikel 3:29aa Wft, dat ziet op betaalinstellingen en EGI's, voorzien in de mogelijkheid om gelden van cliënten die deze beleggingsondernemingen onder zich houden aan te houden op één of meer rekeningen met afgescheiden vermogen. Voor een nadere toelichting op artikel 4:87aa wordt verwezen naar paragraaf 2 van het algemeen deel van deze toelichting en de artikelsgewijze toelichting op artikel 3:29aa (onderdeel T), en voor een toelichting op artikel 4:87ab wordt verwezen naar de toelichting op artikel 3:29e Wft (onderdeel U).

LL (artikel 5:46)

Artikel 5:46, tweede lid, onderdeel c, en derde lid, onderdeel d, bevat abusievelijk nog verwijzingen naar een verordening respectievelijk richtlijn die inmiddels zijn komen te vervallen en vervangen door een nieuwe verordening respectievelijk richtlijn. Onderhavig onderdeel verbetert deze verwijzingen.

MM (artikel 5:89a)

Onderhavige wijziging van artikel 5:89, tweede lid, Wft herstelt een foutieve verwerking van artikel 57, tweede lid, MiFID II²⁸, door «*kwalitatieve drempel*» te vervangen door «*kwantitatieve drempel*».

NN (artikel 5:89b)

Dit onderdeel wijzigt het eerste lid van artikel 5:89b Wft.²⁹ Dit artikel bevat een verbod voor in Nederland gevestigde personen om nettoposities in grondstoffenderivaten aan te houden, die de op deze financiële instrumenten toepasselijke positielimieten overschrijden. Verduidelijkt wordt

²⁷ Gedelegeerde Verordening (EU) 2019/1935 van de Commissie van 13 mei 2019 tot wijziging van Richtlijn (EU) 2016/97 van het Europees Parlement en de Raad wat betreft technische reguleringsnormen voor het aanpassen van de basisbedragen in euro voor de beroepsaansprakelijkheidsverzekering en de financiële draagkracht van verzekerings- en herverzekeringstussenpersonen (PbEU 2019, L 301).

²⁸ Richtlijn 2014/65/EU van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 betreffende markten voor financiële instrumenten en tot wijziging van richtlijn 2002/92/EG en richtlijn 2011/61/EU (PbEU 2014, L 173) (MiFID II).

²⁹ Artikel 5:89b, eerste lid, Wft verwerkt artikel 57, eerste en veertiende lid, MiFID II.

dat het in artikel 5:89b, eerste lid, neergelegde verbod enkel ziet op positielimieten die door de AFM zijn vastgesteld. Door toezichthoudende instanties van andere lidstaten vastgestelde positielimieten vallen derhalve buiten het toepassingsbereik van artikel 5:89b, eerste lid. Verder wordt verduidelijkt dat de vaststelling van positielimieten door de AFM dient te geschieden overeenkomstig het bepaalde in artikel 5:89a, eerste lid, Wft. Dat artikel bepaalt niet alleen dat de AFM bij deze vaststelling de berekeningsmethode van artikel 57, eerste lid, en de procedure van artikel 57, vijfde lid, MiFID II in aanmerking moet nemen, maar tevens dat het daarbij gaat om positielimieten voor grondstoffenderivaten die worden verhandeld op een in Nederland gelegen of beheerd handelsplatform.

Gebleken is dat (ook) buiten Nederland gevestigde personen nettoposities aanhouden in grondstoffenderivaten die worden verhandeld op een in Nederland gelegen of beheerd handelsplatform, en dat tot deze categorie behorende personen daarbij enige malen de door de AFM (voor de betreffende grondstoffenderivaten) vastgestelde positielimieten hebben overschreden. Omdat het in artikel 5:89b, eerste lid, neergelegde verbod thans uitsluitend ziet op «in Nederland gevestigde personen» kan de AFM op basis van dat artikel niet handhavend optreden tegen buiten Nederland gevestigde personen die een nettopositie in een grondstoffenderivaat aanhouden die de toepasselijke positielimiet overschrijdt. Aangezien deze situatie onwenselijk is, wordt voorgesteld om artikel 5:89b, eerste lid, zodanig te wijzigen dat ook buiten Nederland gevestigde personen onder het toepassingsbereik van het in dat artikel neergelegde verbod vallen. Als gevolg van deze wijziging kan de AFM op grond van artikel 5:89b, eerste lid, handhavend optreden tegen een buiten Nederland gevestigde persoon ingeval diens nettopositie in een grondstoffenderivaat de toepasselijke, door de AFM vastgestelde, positielimiet overschrijdt.

OO (artikel 5:89f)

Deze wijziging herstelt een omissie door «2014» in te voegen na «artikel 58, vijfde lid, van de richtlijn voor financiële instrumenten».

PP (artikel 5:89i)

Artikel 5:89i, vijfde lid, bevat abusievelijk nog een verwijzing naar een verordening die inmiddels is komen te vervallen en vervangen door een nieuwe verordening. Onderhavig onderdeel verbetert deze verwijzing.

QQ (bijlagen bij 1:79 en 1:80)

Dit onderdeel bevat enkele wijzigingen van de bijlage bij artikel 1:79 Wft en de bijlage bij artikel 1:80 Wft in verband met de in dit voorstel opgenomen voorschriften inzake de rekening met afgescheiden vermogen. In beide bijlagen worden verwijzingen naar de (nieuwe) artikelen 3:29aa, vierde, zevende en achtste lid, 3:29d, vierde, zevende en achtste lid, en 4:87aa, vierde, zevende en achtste lid, ingevoegd. Hiermee wordt bewerkstelligd dat het niet naleven van de in die artikelen neergelegde verplichting tot het zorgdragen voor een adequate administratie van het in die artikelen bedoelde afgescheiden vermogen kan worden gesanctioneerd via een last onder dwangsom, onderscheidenlijk een bestuurlijke boete. Ook wordt het (nieuwe) artikel 3:99a ingevoegd, waarmee het niet naleven van het doorlopende reputatievereiste voor vvgb-houders eveneens op genoemde wijze kan worden gesanctioneerd. Voorts wordt in de bijlagen de verwijzing naar de artikelen 4:75 en 4:76 aangepast, omdat deze artikelen met dit wetsvoorstel worden vernummerd.

ARTIKEL II (Wbft 2019)

A (artikel 8)

Dit onderdeel regelt ten eerste dat de toezichthouders in de jaarrekening opnemen welk deel van de opbrengsten uit boetes en dwangsommen het bedrag van € 4,5 miljoen te boven gaat, in plaats van het huidige bedrag van € 2,5 miljoen. Daarnaast wordt geregeld dat de toezichthouders in de jaarrekening opnemen welk deel van dat bedrag zij toevoegen aan de reserve. Dit bedrag is jaarlijks ten hoogste € 4,5 miljoen.

B (artikel 8a)

Dit artikel regelt dat de toezichthouders een reserve kunnen aanhouden. Het maximum van de reserve wordt bij algemene maatregel van bestuur bepaald, waarbij op dit moment aan een bedrag van € 5 miljoen wordt gedacht. De reserve heeft tot doel om ingezet te worden bij incidentele kosten waarbij de kosten niet of beperkt toegerekend kunnen worden aan de partijen waarvoor de kosten worden gemaakt of ingeval dit ertoe zou leiden dat disproportioneel hoge kosten in rekening gebracht worden. Bij incidentele kosten wordt vooral gedacht aan voorbereidingskosten en eenmalige investeringen.

Het is aan de toezichthouder om te bepalen wat de hoogte van de toevoeging in enig jaar zou moeten zijn. Middelen die niet ingezet worden voor de reserve, vloeien in het exploitatiesaldo en worden verrekend met de sector in het opvolgende jaar. De bestaande omvang van de reserve kan hierbij een rol spelen evenals de verwachte inzet in de komende jaren. Aan de inzet van de reserve is goedkeuring van de Ministers van Financiën en van Sociale Zaken en Werkgelegenheid verbonden.

C (artikel 11)

Met de wijziging van artikel 11, eerste lid, wordt geregeld dat het bedrag tot € 4,5 miljoen aan inkomsten uit boetes en verbeurde dwangsommen ter compensatie van de handhavingskosten terugvloeit via het exploitatiesaldo naar de sector. Het bedrag boven € 4,5 miljoen wordt afgedragen aan de Staat.

D (artikel 12a)

Dit artikel regelt de mogelijkheid dat de Ministers van Financiën en van Sociale Zaken en Werkgelegenheid op verzoek van de AFM of DNB toestemming kunnen geven om een exploitatiesaldo over meerdere jaren te verrekenen met de sector. Het kan gaan om een positief of negatief saldo. Verder kan het ook zien op een deel van het saldo en hoeft niet per se het gehele bedrag in de tijd gespreid te worden. Voorwaarden voor toestemming zijn het feit dat het om incidentele baten of inkomsten moet gaan en dat directe doorberekening tot aanzienlijke fluctuaties in de heffingen zou leiden.

Bij het verlenen van de toestemming bepalen de Ministers in hoeveel jaren het saldo verrekend moet worden met de sector. Hierover vindt vooraf overleg met de desbetreffende toezichthouder plaats.

E (artikel 13)

Dit betreft een technische aanpassing die verband houdt met het feit dat het exploitatiesaldo in bepaalde gevallen met toestemming van de Ministers gespreid in rekening gebracht kan worden.

F (artikel 15)

Dit onderdeel wijzigt het jaarlijks aan de onder toezicht staande personen door te berekenen bedrag. De basis voor hetgeen in enig jaar doorberekend moet worden, is de begroting van de toezichthouder. Vervolgens wordt het exploitatiesaldo verrekend. Met de twee nieuwe instrumenten moeten ten aanzien van dit exploitatiesaldo twee aanpassingen worden gedaan. Ten eerste moet de toerekening aan de reserve worden afgetrokken van het exploitatiesaldo. Feitelijk wordt dit bedrag afgetrokken van het deel van de inkomsten uit boetes en dwangsommen dat terug zou vloeien naar de onder toezicht staande instellingen. Daarnaast moet in het geval toestemming is gegeven om het exploitatiesaldo over meerdere jaren te spreiden, het bedrag waarvoor toestemming is gegeven, afgetrokken worden van het door te berekenen exploitatiesaldo. In het geval een overschot over meerdere jaren gespreid wordt, moet dit te spreiden bedrag in de berekening van dit onderdeel worden opgeteld. Bij een overschot is het exploitatiesaldo een minusbedrag (het wordt afgetrokken van de begrote kosten voor het jaar). Twee rekenvoorbeelden:

- Bij een tekort van € 15 miljoen en toestemming om € 10 miljoen te spreiden, wordt in de berekening het exploitatiesaldo met € 10 miljoen verminderd voor door berekening in het opvolgende jaar en wordt uitgekomen op een plus van € 5 miljoen.
- Bij een overschot van € 15 miljoen (= – € 15 miljoen) en toestemming om € 10 miljoen gespreid terug te geven aan de sector, wordt € 10 miljoen opgeteld bij het exploitatiesaldo en wordt uitgekomen in de berekening van het in het opvolgende jaar in rekening te brengen exploitatiesaldo op – € 5 miljoen.

Als er voor het saldo van het voorafgaande jaar geen toestemming tot spreiding is gegeven, geldt uiteraard dat in dat jaar dit onderdeel geen toepassing vindt.

Daarnaast worden twee nieuwe elementen opgenomen. Ten eerste wordt geregeld dat van het totaal in rekening te brengen bedrag in enig jaar het bedrag van de reserve dat in dat jaar wordt ingezet, wordt afgetrokken. Ten tweede wordt het deel van het exploitatiesaldo uit een eerder jaar, waarvoor toestemming is gegeven om dit te spreiden, toegevoegd. Het gaat dan om het bedrag dat specifiek in het toestemmingsbesluit is aangemerkt om in het desbetreffende jaar door te berekenen. Als toestemming is gegeven om het exploitatiesaldo van € 10 miljoen uit jaar X over vijf jaar te spreiden, zal op grond van onderhavig onderdeel in de vijf jaren na X telkens € 2 miljoen worden toegevoegd aan het in die jaren door te berekenen bedrag. Ook voor dit onderdeel geldt dat het enkel toepassing vindt als er voor het desbetreffende jaar is bepaald dat een deel van een eerder exploitatiesaldo in rekening wordt gebracht.

ARTIKEL III (Wge)

A (artikel 49a)

Bij de implementatie van de richtlijn beheerders van alternatieve beleggingsinstellingen is de definitie van «beleggingsinstelling» zodanig beperkt dat daaronder niet langer icbe's vallen. Dit heeft als gevolg dat in artikelen waarin de term «beleggingsinstelling» voorkomt en waarvan de beoogde reikwijdte zich niet alleen uitstrekt tot beleggingsinstellingen maar ook tot icbe's, laatstbedoelde categorie apart moet worden genoemd naast beleggingsinstellingen. Dat is evenwel ten onrechte niet gebeurd in artikel 49a, onderdelen c, onder 2°, en d, Wge. De voorgestelde wijziging past deze onderdelen alsnog aan.

B (artikel 49b)

In artikel 49b, eerste lid, onderdeel b, Wge komt de term «bewaarder van een beleggingsinstelling als bedoeld in artikel 1:1 van de Wet op het financieel toezicht» voor. Bedoeld is evenwel dat deze bepaling ook betrekking heeft op de bewaarder van een icbe. Bovendien is in artikel 1:1 Wft niet de term «bewaarder van een beleggingsinstelling» gedefinieerd, maar de term «bewaarder», namelijk als «degene die belast is met de bewaring van een beleggingsinstelling of een icbe». Door de zinsnede «van een beleggingsinstelling» te laten vervallen heeft artikel 49b, eerste lid, onderdeel b, betrekking op zowel de bewaarder van een beleggingsinstelling als de bewaarder van een icbe.

ARTIKEL IV (Wwft BES)

De Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme BES (Wwft BES) is in 2021 gewijzigd.³⁰ Het wetsvoorstel ingediend bij de Tweede Kamer voorzag in de doorbreking van de geheimhoudingsplicht van notarissen bij het toezicht op hun Wwft verplichtingen middels artikel 3.10, derde lid.³¹ Bij nota van wijziging is deze bepaling uitgebreid tot advocaten middels artikel 3.9a.³² Daarbij is verzuimd om artikel 3.10, derde lid, te laten vervallen, waardoor de doorbreking van de geheimhoudingsplicht van notarissen twee maal in de wet is opgenomen. Deze omissie wordt nu hersteld.

ARTIKEL V (Boek 7 BW)

Dit onderdeel voorziet in een technische verbetering van de artikelen 118, eerste lid, aanhef, 119, eerste lid, aanhef, 119, tweede lid, aanhef, 128b en 128c.

ARTIKELN VI TOT EN MET VIII (Wwft, Wtt 2018, Wta)

Op grond van de artikelen 32f Wwft, 61 Wtt en 69 Wta zijn de met toezicht belaste bestuursorganen bevoegd sancties te publiceren. Middels de voorgestelde aanpassingen wordt een omissie hersteld die tot gevolg heeft dat deze bestuursorganen een sanctie op grond van overtreding van de medewerkingsplicht niet kunnen publiceren. Hiertoe wordt een specifieke verwijzing ingevoegd naar een sanctie opgelegd door een toezichthouder op grond van artikel 5:20, derde lid, Awb. Zie de algemene toelichting, paragraaf 4, voor nadere toelichting.

ARTIKELN IX EN X (Pw, Wvbpr)

Dit betreft het herstel van een omissie waarbij de verwijzing naar leden in de artikelen niet is aangepast na vernummering van deze leden via de Wijziging van de Algemene wet bestuursrecht en enkele andere wetten in verband met het nieuwe omgevingsrecht en nadeelcompensatierecht (zie paragraaf 4 van de algemene toelichting).

ARTIKEL XI (Overgangsrecht)

Om te voorkomen dat houders van een vvgb na inwerkingtreding van artikel I, onderdeel W, in strijd met de wet handelen, worden zij vermoed, gelet op hun reputatie, geschikt te zijn in de zin van het nieuwe artikel 3:99a Wft. Dit kan bijvoorbeeld relevant zijn voor gevallen waarin

³⁰ Stb. 2021, 304.

³¹ Kamerstukken II 2000/21, 35 458, nr. 2.

³² Kamerstukken II 2000/21, 35 458, nr. 7.

zittende bestuursleden van de houder zijn aangetreden na de vvgb-aanvraag, of vóór de invoering op 1 juli 2019 van het reputatiever-eiste van artikel 3:100, eerste lid, onderdeel b, Wft. Dit geldt dan enkel voor zover het gaat om de rechtspersoon waarvan zij op het moment van inwerkingtreding van artikel 3:99a reeds bestuurder zijn; mochten zij daarna bestuurder worden bij een andere rechtspersoon die vvgb-houder is, dan geldt het artikel onverkort en dienen de betrokken bestuurders onderworpen te worden aan de bijbehorende toetsing.

De Minister van Financiën,
W.B. Hoekstra