

Wijziging van de Wet op het financieel toezicht en enige andere wetten (Wijzigingswet financiële markten 2014)

MEMORIE VAN TOELICHTING

ALGEMEEN

§ 1. Inleiding

Het wetsvoorstel Wijzigingswet financiële markten 2014 bevat zowel inhoudelijke wijzigingen als technische, niet-inhoudelijke wijzigingen van de Wet op het financieel toezicht (Wft), het Burgerlijk Wetboek (BW), de Faillissementswet (Fw), de Wet bekostiging financieel toezicht (Wbft), de Wet inkomstenbelasting 2001, de Wet op de economische delicten (Wed), de Wet op het accountantsberoep (Wta), de Wet toezicht accountantsorganisaties (Wta), Wet toezicht financiële verslaggeving (Wtfv) en de Wet tuchtrechtspraak accountants (Wtra). Dit wetsvoorstel maakt onderdeel uit van de jaarlijkse Wijzigingscyclus, waarbij als uitgangspunt wordt gehanteerd dat daarin alle nationale wet- en regelgeving op het terrein van de financiële markten wordt opgenomen. Het wetsvoorstel heeft een beoogde inwerkingtredingdatum van 1 januari 2014.

Aangezien het wetsvoorstel betrekking heeft op een aantal wetten die mede tot het beleidsterrein van de minister van Veiligheid en Justitie behoren, wordt dit wetsvoorstel mede namens de minister van Veiligheid en Justitie ingediend. Een aanzienlijk deel van dit wetsvoorstel heeft betrekking op afwikkelondernemingen en strekt ertoe deze ondernemingen onder de Wft te brengen. In paragraaf 2 zal uitgebreider stil worden gestaan bij dit onderwerp. Ten aanzien van de overige meer inhoudelijke onderwerpen uit dit wetsvoorstel zal in de paragrafen daarna een nadere toelichting worden gegeven.

§2. Toezicht op afwikkelondernemingen

1. Inleiding

Elke dag vinden in het kader van het girale retailbetalingsverkeer miljoenen girale betalingstransacties plaats door middel van betalingen met pinpassen, internet, incasso's, overboekingen en anderszins. Hierbij zijn veel partijen betrokken, die tezamen worden aangeduid als afwikkelondernemingen. Twee factoren maken direct toezicht op deze afwikkelondernemingen noodzakelijk. In de eerste plaats is het gebruik van elektronisch betalen, zoals pinnen in winkels, zeer wijdverbreid in Nederland. Dit heeft tot gevolg dat de maatschappij in toenemende mate afhankelijk wordt van het girale retail betalingsverkeer. Zou het girale retailbetalingsverkeer niet goed functioneren, dan heeft dat vergaande consequenties. Indien de ene betaaldienstverlener niet aan zijn verplichtingen zou kunnen voldoen doordat het girale retailbetalingsverkeer niet goed functioneert, kan dat gevolg hebben door het gehele systeem van girale betalingstransacties. Een eventueel disfunctioneren van het girale retail-

betalingen dat enige tijd duurt kan tot maatschappelijke ontwrichting leiden aangezien er op korte termijn onvoldoende alternatieven zijn voor de girale betalingen. Voorts ontstaat er economische schade voor degenen aan wie moet worden betaald: zij ontvangen immers geen betaling. In de tweede plaats zijn de partijen die verantwoordelijk zijn voor het goed functioneren van het retail betalingsverkeer veranderd. Zo zijn vanwege de zogeheten Single Euro Payment Area (SEPA) nieuwe, vaak buitenlandse instellingen delen van het Nederlandse retail betalingsverkeer gaan verwerken. Dit leidt ertoe dat de mogelijkheden voor de Nederlandse Bank (DNB) voor het toezicht op het retail betalingsverkeer worden beperkt. In de praktijk wordt het type toezicht dat betrekking heeft op het betalings- en effectenverkeer als geheel 'oversight' genoemd. Het huidige oversight met betrekking tot betalingsverkeer is gebaseerd op vrijwilligheid en een langdurige relatie met de desbetreffende ondernemingen. Met de bedoelde nieuwe, vaak buitenlandse instellingen, is deze relatie er niet of onvoldoende. Op dit moment is het toezicht op de afwikkeling van girale betalingstransacties dan ook nog onvoldoende geregeld. Dit wetsvoorstel beoogt een wettelijke basis voor oversight in te voeren.

Hieronder zal worden ingaan op de voorgeschiedenis, de noodzaak van toezicht op afwikkelondernemingen, de Europese context, de internationale standaarden en de vormgeving van het toezicht. Eerst zal echter worden ingegaan op de wijze waarop girale betalingen worden afgewikkeld.

2. Afwikkeling van girale betalingstransacties

De afwikkeling van girale betalingstransacties bestaat in grote lijnen uit vier fasen. Deze vier fasen zijn genoemd in de voorgestelde definitie van 'afwikkelonderneming' in artikel 1:1 van de Wft. De eerste fase betreft het uitgeven of licenseren van betaalproducten. In het wetsvoorstel wordt dit het 'aanbieden' van betaalproducten genoemd. Het retail betalingsverkeer maakt gebruik van betaalproducten. Een betaalproduct bestaat uit een geheel van regels waaraan alle gebruikers van het product zich dienen te houden. Voorbeelden van een betaalproduct zijn Maestro, Incasso, Acceptgiro, iDEAL, SEPA Overschrijving en V-Pay. De rechthebbende van een betaalproduct biedt aan betaaldienstverleners het betaalproduct aan. De banken en andere betaaldienstverleners zijn de cliënten van de productrechthebbende en krijgen het betaalproduct in licentie. Deze werkzaamheden, het aanbieden, staan beschreven in onderdeel a van de definitie van "afwikkelonderneming". Door het nemen van een licentie op een betaalproduct committeert de betaaldienstverlener zich aan de regels van dat betaalproduct. De betaaldienstverlener geeft op zijn beurt de betaalmiddelen waarop hij een licentie heeft, uit aan zijn klanten die daarmee vervolgens kunnen betalen. Voorbeelden van betaalmiddelen zijn debet- en creditbetaalpassen. Ook voor de uiteindelijke betaaldienstgebruikers kunnen regels gelden omtrent het gebruik van het betaalproduct. De gebruikers van deze producten zijn zowel consumenten als bedrijven die ermee onderling betalingen uitvoeren.

Banken die een licentie op SDD hebben genomen, hebben zich gecommitteerd aan de regels van de SDD en kunnen incassanten de mogelijkheid bieden om bedragen af te schrijven van de betaalrekeningen van consumenten en bedrijven. De regels die de eigenaar van het betaalproduct SDD voorschrijft, hebben betrekking op zowel de betaaldienstverlener die het product in licentie heeft als de eindgebruikers. De betaaldienstverlener dient bijvoorbeeld de incassanten

te beoordelen op betrouwbaarheid, om zich er zo van te vergewissen dat deze geen intentie hebben om het product te misbruiken. Tevens is de participant verantwoordelijk voor een veilige en snelle verwerking van de incassoverzoeken die door de incassant worden ingezonden. Een voorbeeld van een regel waaraan de gebruikers van het betaalproduct zich dienen te houden, is dat de incassant een mandaat van de consument dient te verkrijgen en de consument vooraf dient te informeren over de incasso.

Als gevolg van het betalen met een giraal betaalproduct dienen de betaalrekeningen van de betrokken betaaldienstgebruikers te worden gemuteerd. De betaaldienstverlener die de betaalrekening van de betaler beheert, zal moeten mededelen of een betaling doorgang kan vinden. Deze zal daarvoor ten minste een controle wensen uit te voeren op het beschikbare saldo van de betaler. Het is mogelijk dat een lange keten van intermediairs bestaat om de diensten aan de betaaldienstgebruikers mogelijk te maken door middel van de daadwerkelijke mutaties van de betaalrekeningen en de finale settlement van de betaling. De werkzaamheden die deze intermediairs verrichten, staan beschreven in onderdeel b van de definitie van "afwikkelonderneming".

Een voorbeeld waarin relatief lange ketens van intermediairs voorkomen, zijn betalingen met betaalpassen. Indien een betaaldienstgebruiker in een winkel wil betalen met een betaalpas, zal hij de betaalpas en de pincode aanbieden aan de betaalterminal in de winkel. Voordat de transactie kan plaatsvinden, zal namens of door de bank of andere beheerder van de te debiteren betaalrekening akkoord moeten worden gegeven. De betaalterminal staat evenwel niet in direct contact met alle beheerders van betaalrekeningen. Het autorisatieverzoek dat de betaalterminal genereert, zal daarom via derde partijen, al dan niet in een keten, worden doorgeleid naar de betaaldienstverlener die de betaalrekening van de betaler beheert. Indien zich in deze keten van derde partijen operationele verstoringen voordoen, kan, afhankelijk van de omvang van de betreffende derde partij, mogelijk een groot deel van de pinpasbetalingen onmogelijk worden. Naast operationele verstoringen kunnen zich ook problemen voordoen met de integriteit en de vertrouwelijkheid van de betalingen. Daarmee wordt bedoeld dat betalingen tijdens het betaalproces niet kunnen worden gewijzigd en toegang tot de betaalinformatie voldoende beperkt is. Het eventuele akkoord voor de betaling wordt normaliter via dezelfde keten van intermediairs weer teruggeleid naar de betaalterminal, waarop het akkoord zichtbaar wordt.

In voorkomende gevallen wijst een beheerder van een betaalrekening een derde partij aan, die namens hem betalingsverzoeken mag autoriseren. Deze functie, ook wel 'stand-in' genoemd, maakt het bijvoorbeeld mogelijk om betalingen te autoriseren wanneer de systemen van de beheerder van de betaalrekening om technische redenen niet beschikbaar is. In deze gevallen wordt een autorisatieverzoek afgehandeld door één van de partijen in de betaalketen. Deze werkzaamheden zijn beschreven in onderdeel c van de definitie van "afwikkelonderneming".

Nadat een betaaltransactie is geautoriseerd, dient deze nog geëffectueerd te worden. Hiertoe dient de betaalrekening van de betaler te worden gedebiteerd en de betaalrekening van de ontvanger te worden gecrediteerd. Indien deze betaalrekeningen bij verschillende betaaldienstverleners worden aangehouden, zal ook tussen de betreffende betaalinstellingen moeten worden verrekend.

Omdat retailbetalingen zich kenmerken door hun hoge volume en gemiddeld lage waarde, worden deze betalingen veelal over een dag geaggregeerd en batchgewijs verwerkt. Dit aggregeren is begrepen in de werkzaamheden, beschreven in onderdeel d van de definitie van "afwikkelonderneming". Deze werkzaamheden worden salderen genoemd, waarbij het erom gaat dat betalingen tussen betaaldienstverleners onderling worden genetteerd.

3. Voorgeschiedenis

Op 29 september 2009 is bij de Tweede Kamer een wetsvoorstel inzake het verlenen van afwikkeldiensten en het toezicht daarop ingediend (wetsvoorstel afwikkeldiensten).¹ Dat wetsvoorstel heeft betrekking op de afwikkeling van zowel geldtransacties als transacties in financiële instrumenten. Op 16 oktober 2009 heeft de Tweede Kamer haar verslag vastgesteld.² Nadien, op 20 oktober 2009, heeft de Europese Commissie een mededeling het licht doen zien.³ Met deze mededeling maakte de Europese Commissie kenbaar dat zij voornemens was diverse voorstellen te doen teneinde de handel in derivaten waar mogelijk te laten verschuiven van de overheersende bilaterale over-the-counter-markten naar een meer gecentraliseerde handel en clearing. Een belangrijk onderdeel van het destijds aangekondigde voorstel was de introductie van toezicht op centrale tegenpartijen die afwikkeldiensten verlenen met betrekking tot financiële instrumenten. Tevens deelde de Europese Commissie mee voornemens te zijn medio 2010 voor te stellen om centrale tegenpartijen die op financiële instrumenten gerichte afwikkeldiensten verrichten vergunningplichtig te maken. De nadere bevoegdheidsverdeling tussen de toen nog op te richten *European Securities and Markets Authority* (ESMA) en nationale toezichthouders wat betreft de vergunningverlening en het lopende toezicht moest nog worden uitgewerkt. De destijds aangekondigde plannen van de Europese Commissie hadden deels betrekking op de onderwerpen die in het wetsvoorstel afwikkeldiensten worden geregeld. Om die reden heeft mijn voorganger besloten de beantwoording van het verslag van de Tweede Kamer inzake het wetsvoorstel afwikkeldiensten, en daarmee de voortgang van dat wetsvoorstel, op te schorten, totdat duidelijk zou zijn in hoeverre de door de Europese Commissie aangekondigde communautaire regels overbodig zouden maken. Die duidelijkheid is er inmiddels. Op 4 juli 2012 is de Verordening betreffende over-the-counter-derivaten, centrale tegenpartijen en transactieregisters gepubliceerd.⁴ In de wandeling wordt deze verordening wel aangeduid met "EMIR" (zonder lidwoord): European Market Infrastructure Regulation. Ook hierna zal dit acroniem worden gebruikt. EMIR introduceert toezicht op, kort gezegd, systemen voor de afwikkeling van financiële instrumenten.

Het wetsvoorstel afwikkeldiensten beoogde eveneens een dergelijk toezicht in te voeren, maar gaat verder: het wetsvoorstel beoogt tevens toezicht op systemen voor de afwikkeling van girale betalingen, kortweg betalingssystemen, in te voeren. Door de komst van EMIR kan het wetsvoorstel afwikkeldiensten niet ongewijzigd worden gehandhaafd: de in dat wetsvoorstel opgenomen regels betreffende toezicht op systemen voor afwikkeling van financiële instru-

¹ Kamerstukken II 2008/09, 32 025, nr. 2.

² Kamerstukken II 2008/09, 32 025, nr. 5.

³ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee of the Regions and the European Central Bank, ensuring efficient, safe and sound derivatives markets: future policy actions, COM (2009) 563 definitief, te vinden op: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0563:FIN:EN:PDF>.

⁴ Verordening (EU) nr. 648/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 4 juli 2012 betreffende otc-derivaten, centrale tegenpartijen en transactieregisters (PbEU 2012, L 201) gestelde regels

menten dienen te vervallen. Bovendien is inmiddels het inzicht ontstaan dat het wenselijk is dat direct toezicht op de gehele afwikkelingsketen van het girale retailbetalingsverkeer wordt gehouden. Deze twee factoren - aanpassing aan EMIR en uitbreiding tot de gehele afwikkelingsketen - maken het wenselijk het wetsvoorstel afwikkeldiensten binnenkort in te trekken en de resterende bepalingen inzake het toezicht op afwikkeldiensten in het thans voorliggende wetsvoorstel op te nemen. Er is dus niet voor gekozen wetsvoorstel afwikkeldiensten te wijzigen. De omvang van een nota van wijziging zou zo groot zijn dat het voor de leesbaarheid nodig was geweest tevens een nieuwe, integrale versie van het wetsvoorstel te schrijven. Bovendien zou de tijdwinst van een wijziging van wetsvoorstel afwikkeldiensten ten opzichte van een opname van de bepalingen in een geheel nieuw wetsvoorstel beperkt zijn: ook voor een dergelijke ingrijpende wijziging is het horen van de Afdeling advisering van de Raad van State geïndiceerd.

4. Noodzaak van toezicht op afwikkelondernemingen

De huidige situatie met betrekking tot het oversight/toezicht op de afwikkeling van transacties in financiële instrumenten en girale retailbetalingen kent tekortkomingen. EMIR en de CSDR beogen de tekortkomingen met betrekking tot de systemen voor afwikkeling van transacties in financiële instrumenten te verhelpen. De thans voorliggende bepalingen beogen de tekortkomingen met betrekking tot de systemen voor de afwikkeling van girale betalingen te redden.

De ernst van de risico's vraagt om onafhankelijk en direct toezicht

In 2011 zijn in Nederland 2,2 miljard transacties met betaalpassen verricht. In geval van een storing is het niet mogelijk om snel over te schakelen op een alternatief. Sinds de geleidelijke afschaffing van cheques is het enige alternatief chartaal geld. Echter, mede juist vanwege het omvangrijke gebruik van betaalpassen in Nederland, houdt het publiek relatief weinig chartaal geld aan. Daarbij komt dat de distributieketen van chartaal geld is afgestemd op het huidige gebruik van chartaal geld en de omvang daarvan niet snel kan worden vergroot. Een complicerende factor daarbij is nog dat een deel van de infrastructuur die wordt gebruikt voor transacties met betaalpassen ook wordt gebruikt voor de distributie van chartaal geld. Zo maken geldautomaten voor de autorisatie van een gelduitgifte veelal gebruik van dezelfde netwerkinfrastructuur. Het functioneren van afwikkelondernemingen is hierdoor van groot maatschappelijk belang. Indien door uitval van ondernemingen die afwikkeldiensten aanbieden het betalen met betaalpassen enkele dagen of weken niet meer mogelijk is, zullen problemen ontstaan bij het grote publiek met het doen van de dagelijkse boodschappen. Immers, alternatieve betaalmethoden in het bijzonder chartaal geld, zijn slechts beperkt voorhanden omdat de distributie van chartaal geld deels gebruik maakt van dezelfde infrastructuur en daarnaast niet is afgestemd op een sterk verhoogde vraag. Sommige onderdelen van de detailhandel, zoals onbemande tankstations, hebben zelfs in het geheel geen mogelijkheid om alternatieve betaalmethoden aan te nemen. Het niet functioneren van de afwikkelondernemingen kan derhalve leiden tot maatschappelijke ontwrichting. Dit maakt het wenselijk dat afwikkelondernemingen onder toezicht staan van een onafhankelijke toezichthouder die is uitgerust met een adequaat instrumentarium.

De risico's die zich kunnen voordoen kunnen worden onderverdeeld in financiële risico's, juridische risico's en operationele risico's. Het financiële risico is nader onder te verdelen in kredietrisico en liquiditeitsrisico. Het kredietrisico vloeit voort uit de mogelijkheid dat een betaaldienstverlener aan het afwikkelstelsel zijn verplichtingen niet nakomt. Van liquiditeitsrisico is sprake wanneer een partij onvoldoende direct beschikbare middelen heeft om aan zijn of haar betalingsverplichtingen te voldoen. Het juridische risico is het risico dat vorderingen niet juridisch afdwingbaar zijn, bijvoorbeeld omdat een van de partijen achteraf beschikkingsonbevoegd blijkt te zijn. Onder operationeel risico worden begrepen de risico's op slecht of niet functioneren als gevolg van tekortschietende interne procedures en systemen of als gevolg van externe gebeurtenissen. Operationele risico's kunnen voortvloeien uit de mogelijkheid dat de afwikkelonderneming door menselijk of technisch falen niet naar behoren functioneert. Bovenstaande risico's kunnen zich manifesteren in een systeemrisico; door problemen bij een partij in de keten ontstaan ook problemen bij andere partijen in de keten.

Met de thans in dit wetsvoorstel opgenomen bepalingen wordt het toezicht op afwikkelondernemingen wettelijk verankerd. In de huidige situatie is er wel toezicht, maar, zoals hierboven al is opgemerkt, dit toezicht is vrijwillig. Het toezicht functioneert als volgt.⁵ DNB ziet toe op betalingssystemen, bijvoorbeeld op Equens, op grond van een Oversightkader dat privaatrechtelijk is overeengekomen tussen DNB en Equens. Op andere systemen, waaronder dat van Mastercard, wordt in Europees verband oversight gehouden op basis van een stilzwijgende overeenkomst zonder wettelijk of contractuele basis. Het huidige toezicht heeft als nadeel dat partijen er zich niet aan behoeven te onderwerpen en als ze zich er wel aan onderwerpen, door het aangaan van een overeenkomst) er geen handhavinginstrumentarium is in het geval zij zich niet aan de regels houden.

Het maatschappelijk belang dat gemoeid is met een goede werking van het girale retailbetalingsverkeer is groot. De overheid dient de bescherming van dit publieke belang als haar taak op te vatten, gelijk zij dat ook heeft gedaan bij de bescherming van in het bijzonder banken en clearinginstellingen. Nadrukkelijk zij opgemerkt dat het thans voorliggende wetsvoorstel de soliditeit en de continuïteit van de afwikkelondernemingen beoogt te bevorderen, niet zozeer omwille van de afwikkelondernemingen als wel - nog meer dan bij het toezicht op andere ondernemingen - omwille van het voorkomen van maatschappelijke ontwrichting die het gevolg kan zijn van verstoringen bij de afwikkelondernemingen. Het belang dat het wetsvoorstel beoogt te beschermen overstijgt het belang van de individuele afwikkelonderneming verre. In die zin is een afwikkelonderneming niet op één lijn te stellen met een willekeurige privaatrechtelijke onderneming met de bedrijfsuitoefening waarvan de overheid in beginsel geen bemoeienis behoort te hebben, en zelfs niet op één lijn te stellen met een willekeurige financiële onderneming of een onderneming die werkzaam is op financiële markten. Ten aanzien van een 'gewone' onderneming geldt dat een deconfiture in beginsel de verwerkelijking van het bedrijfsrisico is, die weliswaar ongewenste gevolgen kan hebben, maar die niet noopt tot toezicht. Een zelfde houding ten aanzien van afwikkelondernemingen zou niet duiden op een adequate taakopvatting van de overheid. Het toezicht dient daarom bij wet te worden geregeld en te worden opgedragen aan onafhankelijke toezichthouders.

⁵ Zie voor een overzicht van de oversight-activiteiten de jaarlijkse Oversight publicatie van de Nederlandsche Bank, te vinden op www.dnb.nl.

Het bevorderen van de positie van Nederlandse afwikkelondernemingen

De invoering van toezicht op afwikkelondernemingen is bevorderlijk voor de positie van Nederlandse afwikkelondernemingen. Nederlandse afwikkelondernemingen worden in het buitenland minder positief worden ontvangen zolang zij niet onder wettelijk toezicht staan. Het achterwege blijven van wetgeving op dit punt in Nederland vormt in de praktijk een belemmering voor de internationale ontplooiing van Nederlandse afwikkelondernemingen. Het ontbreken van wettelijk toezicht betekent een mindere waarborg van hun soliditeit. Het feit dat een afwikkelonderneming in de staat van haar zetel onder toezicht staat, wordt in de markt en door andere financiële toezichthouders buiten Nederland als een soort keurmerk ervaren. Nederlandse afwikkelondernemingen kunnen dit keurmerk thans niet tonen. Het ontbreken van het keurmerk leidt ertoe dat Nederlandse afwikkelondernemingen die willen opereren op een buitenlandse markt minder vertrouwen genieten en daarom gebruik maken van lokale intermediairs die in de desbetreffende staat wel onder toezicht staan. Het toevoegen van een dergelijke schakel in de keten heeft ten minste twee nadelen: het is duurder en het werkt vertragend. Het ontbreken van toezicht heeft daardoor voor Nederlandse afwikkelondernemingen een ongunstige invloed op het gelijke speelveld. Het invoeren van toezicht past dan ook in het streven het vestigingsklimaat voor financiële ondernemingen in Nederland te verbeteren.

5. Vormgeving van het toezicht

Uitgangspunten en doelstellingen

Gezien het feit dat de huidige kaders voor het vrijwillige toezicht grotendeels op internationale standaarden zijn gebaseerd, ligt het voor de hand bij de wettelijke regeling van het toezicht op de retailbetalingsinfrastructuur deze standaarden als basis te nemen. Daarop wordt hieronder, in subparagraaf 9, ingegaan. Daarnaast gelden ook de algemene uitgangspunten van de Wft: inzichtelijkheid, doelgerichtheid en marktgerichtheid.

Het primaire doel van het stellen van regels voor de uitoefening van het bedrijf van afwikkelonderneming is het beperken van het risico van maatschappelijke ontwrichting. Daartoe wordt bepaald dat afwikkelondernemingen dienen te verzekeren dat hun afwikkelingsystemen voldoen aan randvoorwaarden inzake financiële stabiliteit, veiligheid en betrouwbaarheid. Binnen die randvoorwaarden is een afwikkelonderneming vrij in de keuze van systeemontwerp, zoals de keuze tussen een nettosysteem of brutosysteem. De regels mogen de vrijheid niet beperken, maar moeten zich richten op de wijze waarop de risico's van het gebruik van afwikkelingsystemen worden afgedekt of beheerst.

Een tweede doel van het stellen van regels voor de infrastructuur is het bevorderen van een ordelijk en transparant marktproces, zuivere verhoudingen tussen marktpartijen en de zorgvuldige behandeling van consumenten. Deze gedragsregels betreffen vooral de relatie tussen de afwikkelonderneming en de betaaldienstverleners.

Reikwijdte

De voorschriften zijn gericht tot de afwikkelonderneming. De financiële infrastructuur omvat in principe meer dan de in deze wet onder toezicht gestelde afwikkelondernemingen. Onder financiële infrastructuur kunnen bijvoorbeeld ook de communicatiekanalen en de interne systemen van de financiële onder-

nemingen worden verstaan. Deze vallen niet onder de reikwijdte van het onderhavige wetsvoorstel.

Het in te trekken wetsvoorstel afwikkeldiensten richt zich eveneens tot "afwikkelondernemingen". Een verschil in formulering is evenwel dat het op grond van het wetsvoorstel afwikkeldiensten verboden is zonder vergunning "afwikkeldiensten te verlenen" terwijl in het thans voorliggend wetsvoorstel wordt verboden zonder vergunning "het bedrijf van afwikkelonderneming uit te oefenen". Een inhoudelijk verschil is niet beoogd. De in het thans voorliggende wetsvoorstel gebruikte wetgevingstechniek verdient de voorkeur omdat daarmee de systematiek van de bestaande Wft wordt gevolgd, waarin bijvoorbeeld het verboden is om zonder vergunning "het bedrijf van bank uit te oefenen" (artikel 2:11, eerste lid, van de Wft). Waar nodig zal in de memorie van toelichting nog een enkele keer worden gesproken over de diensten die een afwikkelonderneming verricht.

In dit verband is het goed erop te wijzen dat het thans voorliggende wetsvoorstel de term "afwikkelonderneming" aan de ene kant een engere betekenis heeft maar aan de andere kant juist een ruimere betekenis dan in het wetsvoorstel afwikkeldiensten. In het onderhavige wetsvoorstel is de term "afwikkelonderneming" beperkt tot een onderneming die zich bezighoudt met de afwikkeling van het girale retailbetalingsverkeer. In het wetsvoorstel afwikkeldiensten betreft het een onderneming die zich bezighoudt met de afwikkeling van zowel transacties met financiële instrumenten als girale geldtransacties. Anderzijds heeft het begrip "afwikkelonderneming" een ruimere betekenis dan in het wetsvoorstel afwikkeldiensten. Naast clearing en settlement van retailbetalingsverkeer heeft het begrip "afwikkelonderneming" ook betrekking op andere infrastructuur die noodzakelijk is voor een goede afwikkeling, zoals de autorisatie.

De bepalingen hebben in de eerste plaats betrekking op afwikkelondernemingen met zetel in Nederland, ook wanneer zij haar bedrijf gedeeltelijk buiten Nederland uitoefent. Voorts gelden zij voor in Nederland gelegen bijkantoren van afwikkelondernemingen met zetel in een niet-aangewezen staat en voor dienstverlening naar Nederland door afwikkelondernemingen met zetel in een niet-aangewezen staat. Niet doorslaggevend is waar de afwikkelonderneming haar zetel heeft: het gaat erom dat de afwikkelonderneming haar bedrijf in Nederland uitoefent, ook wanneer dat gebeurt door middel van dienstverrichting naar Nederland. Ook degene ten behoeve van wie de afwikkelonderneming haar bedrijf uitoefent, behoeft niet in Nederland te zijn gevestigd. Uitgangspunt is dat toezicht moet kunnen worden gehouden op de naleving van de wettelijke regels door afwikkelondernemingen die in Nederland het bedrijf van afwikkelondernemingen uitoefenen. In het wetsvoorstel wordt gepreciseerd wanneer kan worden gezegd dat een afwikkelonderneming haar bedrijf in Nederland uitoefent.

Taakverdeling toezichthouders

Voorgesteld wordt het functionele toezichtmodel dat de basis vormt van de Wft door te voeren bij het toezicht op afwikkelondernemingen. Conform deze systematiek vervult DNB ingevolge de bepalingen in het Deel Markttoegang financiële ondernemingen en het Deel Prudentieel toezicht financiële ondernemingen de toezichtstaken die gericht zijn op de stabiliteit van de financiële infrastructuur: het prudentiële toezicht op afwikkelondernemingen. De Autoriteit Financi-

ele Markten (AFM) is verantwoordelijk voor het toezicht op de regels inzake een ordelijk en transparant marktproces, zuivere verhoudingen tussen marktpartijen en een zorgvuldige behandeling van consumenten: het gedragstoezicht. In de kern komt de taakverdeling er op neer dat DNB toeziet op de systeemaspecten, zoals de standaarden ten aanzien van de beperking van de juridische, krediet- en liquiditeitsrisico's en operationele risico's. DNB is daarbij ook de vergunningverlenende instantie en het aanspreekpunt voor afwikkelondernemingen. Evenals dat het geval is bij het toezicht op financiële ondernemingen dat reeds is geregeld in de Wft, is bij het toezicht op afwikkelondernemingen afstemming tussen de toezichthouders vereist, in het bijzonder wanneer de toezichthouders gebruik kunnen maken van elkaars expertise of juist rekening moeten houden met de taken van de ander. Voor de exacte verdeling van de toezichthouderstaken verwijs ik naar de bijlage van de brief van mijn ambtsvoorganger van 17 februari 2004.⁶

Inhoud van het toezicht

Het toezicht wordt gestalte gegeven door middel van een vergunningstelsel. Een ieder die voornemens is het bedrijf van afwikkelonderneming uit te oefenen, dient daartoe over een vergunning te beschikken. Voor degenen die nu reeds het bedrijf van afwikkelonderneming uitoefenen jegens betaaldienstverleners met wie zij niet in een groep zijn verbonden in Nederland, wordt een overgangsregeling getroffen. Deze overgangsregeling behelst dat het de afwikkelondernemingen die al actief zijn op de markt is toegestaan hun werkzaamheden zonder vergunning voort te zetten. Zij beschikken van rechtswege over een vergunning; deze mogen zij behouden indien zij binnen zes maanden na de inwerkingtreding van deze wet aantonen dat aan de gegeven voorschriften is voldaan. Indien de afwikkelonderneming niet binnen drie maanden aantoont dat aan de gegeven voorschriften is of zal zijn voldaan, kan DNB de vergunning intrekken.

Aangezien de regels voor afwikkelondernemingen primair tot doel hebben het risico op ontwrichting van de financiële infrastructuur te beperken, wordt DNB de vergunningverlenende toezichthouder. De AFM voert een preventieve toetsing op de gedragsaspecten uit bij de beoordeling van de vergunningaanvraag. Omdat bij de preventieve toets ook gedragsaspecten een rol spelen, vraagt DNB de AFM ter zake om advies, overeenkomstig artikel 1:48 van de Wft. DNB betreft het advies van de AFM in haar besluitvorming omtrent de vergunningverlening. Voor wat betreft de aanvraagprocedure en het toezichtinstrumentarium zijn de algemene bepalingen van het Algemeen Deel van de Wft van toepassing. De onderwerpen die preventief worden getoetst zullen ook tijdens het lopend toezicht worden getoetst.

6. Invoeging in de Wft en de verhouding tot andere wetten

Algemeen deel

De bepalingen van het Algemeen deel zien vooral op onderwerpen die voor alle andere delen gelijk zijn. Het betreft onder meer de definities, institutionele bepalingen over de toezichthouders, DNB en AFM, de samenwerking tussen hen, toezicht- en handhavingsbevoegdheden, alsmede algemene procedurebepalingen. Deze bepalingen zijn in beginsel tevens van toepassing op afwikkelondernemingen.

⁶ Kamerstukken II 2003/04, 28 122, nr. 19.

Deel Markttoegang financiële ondernemingen

Aan het Deel Markttoegang financiële ondernemingen wordt een afdeling toegevoegd, die betrekking heeft op de uitoefening van het bedrijf van afwikkelonderneming. Hierbij is de structuur van de andere afdelingen in dit Deel gevolgd: eerst de bepaling dat een vergunningplicht nodig is voor de uitoefening van het bedrijf van afwikkelondernemingen met zetel in Nederland en de bepaling waarin wordt geregeld wat moet worden overgelegd bij de aanvraag voor een dergelijke vergunning, en vervolgens de bepalingen met betrekking tot de uitoefening vanuit een in Nederland gelegen bijkantoor en dienstverrichting naar Nederland.

Mededingingstoezicht

In het kader van de Mededingingswet en, in samenwerking met de Europese Commissie, de Europese mededingingswetgeving oefent de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) het karteltoezicht, het toezicht op misbruik van economische machtsposities en het concentratietoezicht uit. Sinds 1 januari 2000 is het concentratietoezicht van de Mededingingswet ook op de financiële sector van toepassing. In beginsel brengen de voorgestelde bepalingen geen wijziging in de bestaande competentieverdeling tussen het financieel toezicht en het mededingingstoezicht.

7. Europese context

Thans wordt ingegaan op de Europeesrechtelijke aspecten in verband met het vrije verkeer van diensten. Voordat aandacht wordt geschonken aan de juridische aspecten, wordt gewezen op het verwachte feitelijke effect op de omvang van het grensoverschrijdende verkeer. Zoals hierboven in subparagraaf 4 reeds opgemerkt, genieten afwikkelondernemingen die niet onder wettelijk direct toezicht staan minder vertrouwen bij aspirant-wederpartijen van afwikkelondernemingen. Deze aspirant-wederpartijen zullen daarom de behoefte kunnen hebben om andere wegen te zoeken waarlangs het vertrouwen wordt vergroot. Gedacht kan worden aan de mogelijkheid dat aspirant-wederpartijen verlangen dat afwikkelondernemingen die niet onder wettelijk direct toezicht staan, gebruik maken van lokale afwikkelondernemingen waarin zij wel vertrouwen hebben, bijvoorbeeld omdat deze afwikkelondernemingen in de eigen staat wel onder wettelijk direct toezicht staan. Een andere mogelijkheid is dat de voorwaarden waarop de aspirant-wederpartijen bereid zijn zaken te doen met afwikkelondernemingen die niet onder wettelijk direct toezicht staan zwaarder zijn dan de voorwaarden waarop zaken worden gedaan met onder toezicht staande ondernemingen. Dat geldt zowel voor Nederlandse afwikkelondernemingen die voornemens zijn activiteiten te verrichten op buitenlandse markten als voor buitenlandse afwikkelondernemingen die actief willen zijn op de Nederlandse markt. Een van de effecten van het invoeren van toezicht op afwikkelondernemingen zal dan ook zijn dat het grensoverschrijdende verkeer van diensten toeneemt. Aldus bezien is het ontbreken van wettelijk toezicht *de facto* eerder een belemmering dan een bevordering van het grensoverschrijdende verkeer van diensten.

Thans wordt aandacht besteed aan *de iure* aspecten van het grensoverschrijdende verkeer van diensten. De hier voorgestelde vorm van toezicht zou *prima facie* vanuit juridisch oogpunt kunnen worden opgevat als een beperking van het vrij verrichten van diensten. Immers, de bepalingen inzake een selectieve vergunningplicht gelden in beginsel ook voor afwikkelondernemingen met zetel

in niet-aangewezen staten, tot welke categorie staten ook lidstaten kunnen behoren. Dit heeft tot gevolg dat sommige instellingen uit bepaalde lidstaten geen vergunning behoeven aan te vragen in Nederland, terwijl andere ondernemingen – namelijk die met zetel in een niet-aangewezen lidstaat – deze vergunning wel dienen aan te vragen. Hieronder wordt ingegaan op de rechtvaardiging van dit verschil in benadering.

De vrijheid van diensten kan slechts worden beperkt door regelingen die aan een aantal voorwaarden voldoen.⁷ Ten eerste dient de regeling haar rechtvaardiging te vinden in dwingende redenen van algemeen belang. Daarbij kan gezegd worden op de rechtspraak van de voorloper van het Hof van Justitie van de Europese Unie, het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen. In de zaak *Alpine Investments* overwoog het Hof dat de handhaving van de goede reputatie van de nationale financiële sector een dwingende reden van algemeen belang kan zijn, die beperkingen op het vrij verrichten van financiële diensten kan rechtvaardigen.⁸ Hierboven is reeds gewezen op het primordiale belang van een stabiele financiële infrastructuur.

Vervolgens moet de regeling geschikt zijn om de verwezenlijking van het gestelde doel te waarborgen. Het doel is het voorkomen van een instabiele financiële infrastructuur. Voor het bereiken van dit doel is de invoering van een vergunningstelsel het noodzakelijke middel. Het ontstaan van maatschappelijke ontwrichting en het verwezenlijken van systeemrisico zou zulke desastreuze gevolgen hebben, dat alles eraan moet worden gedaan om dit te voorkomen; daarom is repressief toezicht niet op zijn plaats en past slechts preventief toezicht. Immers, controle achteraf zou te laat komen om werkelijk doeltreffend te zijn vanwege de onmogelijkheid de gebreken van de betrokken diensten achteraf vast te stellen en de risico's en gevaren die zonder controle vooraf zouden bestaan. Zoals hierboven reeds uiteengezet, is de huidige vorm van oversight ontoereikend.

Een derde voorwaarde is dat de regeling niet verder mag gaan dan ter bereiking van het doel noodzakelijk is. In dit verband wordt opgemerkt dat de voorschriften die worden gegeven niet verder gaan dan de internationale standaarden. De vergunningplicht geldt slechts voor die staten die geen adequaat toezicht uitoefenen op afwikkelingsystemen, inclusief lidstaten, zo er al lidstaten zijn die geen adequaat toezicht uitoefenen. De regeling gaat dus niet zo ver dat onnodig een dubbele vergunningplicht wordt opgelegd. In dit verband zij erop gewezen dat bij algemene maatregel van bestuur nadere regels worden gesteld met betrekking tot het aanwijzen van staten. Het voornemen bestaat in bedoelde algemene maatregel van bestuur als objectief criterium voor het aanwijzen van staten het antwoord op de vraag te gebruiken of staten internationale standaarden hanteren. Ook zij in dit verband gewezen op het bestaan van *Memoranda of Understanding* (MoU's) of andere samenwerkingsverbanden. DNB en de AFM kunnen op dit punt samen met andere betrokken Europese toezichthouders MoU's opstellen om zo op efficiënte wijze toezicht te kunnen uitoefenen op afwikkelondernemingen. Waar eventuele omissies bestaan, dient het buitenlandse afwikkelingsysteem uiteraard wel aan de Nederlandse vergunningvereisten te voldoen. In beginsel wordt het bestaan van een MoU betrokken bij de vraag of een bepaalde staat wordt aangewezen.

⁷ Zie bijvoorbeeld HvJ EG 20 februari 2001, zaak C-205/99, NJ 2001, 461 (Analir).

⁸ HvJ EG 10 mei 1995, zaak C-384/93, NJ 1995, 703 (*Alpine Investments*).

Tot slot geldt de voorwaarde dat de regeling van toepassing dient te zijn op alle personen of ondernemingen die een activiteit uitoefenen op het grondgebied van een lidstaat. Deze voorwaarde moet aldus worden opgevat dat de regeling geldt voor alle personen of ondernemingen die in Nederland het bedrijf van afwikkelonderneming uitoefenen. De voorgestelde regeling geldt evenzeer voor ondernemingen met zetel in Nederland en ondernemingen met zetel in een niet-aangewezen staat.

De conclusie is dat het vergunningstelsel is gebaseerd op objectieve criteria die niet-discriminatoir en vooraf kenbaar zijn, en dus dat de voorgestelde regeling voldoet aan de criteria die door het Hof van Justitie van de Europese Unie zijn ontwikkeld. Het stelsel van voorafgaande administratieve vergunningen is noodzakelijk en evenredig in verhouding tot het beoogde doel.

Samen met de AFM en DNB is inmiddels een begin gemaakt te onderzoeken welke staten voor aanwijzing in aanmerking komen. Vooralsnog beperkt het onderzoek zich tot die staten die op dit moment relevant zijn op het terrein van de werkzaamheden van afwikkelondernemingen. Overigens zij erop gewezen dat deze regeling toestaat dat ook andere staten dan lidstaten van de Europese Unie worden aangewezen.

8. Ingevolge het wetsvoorstel op te nemen criteria voor aanwijzing van staten en de gevolgen daarvan

Voorgesteld wordt te bepalen dat bij algemene maatregel van bestuur nadere regels worden gesteld met betrekking tot het aanwijzen van staten. Daarmee wordt aangesloten bij de systematiek die in andere artikelen is gevolgd, bijvoorbeeld artikel 2:6, tweede lid, van de Wft. Een verschil met dat artikel is dat in het thans voorliggende voorstel is bepaald dat nadere regels *worden* gesteld, in plaats van *kunnen* worden gesteld. De bepaling met betrekking tot de nadere regels is dus niet facultatief; indien het wetsvoorstel wordt aanvaard, zullen nadere regels worden gegeven.

Na overleg met de AFM en DNB bestaat het voornemen om in het Besluit prudentiële regels Wft twee voorwaarden op te nemen, waaraan een staat moet voldoen, wil die staat door mij kunnen worden aangewezen als staat waar adequaat toezicht op afwikkelondernemingen bestaat. Het betreft in ieder geval de volgende twee voorwaarden:

1. Deze staat dient, voor zover beschikbaar, de internationale standaarden voor die relevant zijn voor de betreffende afwikkeldienst in acht te nemen. Dit zijn onder andere de Principles for Financial Market Infrastructures (hierna: PFMI) – waarvoor nog verbijzonderingen in voorbereiding zijn – en de ECB standaarden voor betaalproducten.⁹
2. In beginsel dienen de AFM, DNB, of beiden, afspraken te hebben gemaakt met de toezichthouder of toezichthouders van de desbetreffende staat, inzake informatie-uitwisseling, samenwerking en bevoegdheidsverdeling, zodat de AFM en DNB de belangen die de wet beoogt te beschermen, ook daadwerkelijk in voldoende mate kunnen beschermen. Dit zijn de eerder genomen MoU's. Het bestaan van een MoU wordt 'in beginsel' als voorwaarde gesteld, omdat in uitzonderlijke gevallen de mogelijkheid moet bestaan dat een staat wordt aangewezen zonder dat met de toezichthouders daarvan een MoU is gesloten. Welke uitzonderlijke gevallen dat zijn, kan nu nog niet worden gezegd. De Minister

⁹ Te vinden op de website van de Bank of International Settlements: www.bis.org.

van Financiën hoort de AFM en DNB alvorens hij een staat aanwijst; dit zal in het Besluit markttoegang financiële ondernemingen worden geregeld.

De gevolgen van de aanwijzing van een staat zijn dat afwikkelondernemingen met zetel in die staat geen vergunning van DNB behoeven te hebben voor het verlenen aan betaaldienstverleners met wie degene die de afwikkeldiensten verleent niet in een groep is verbonden vanuit een in Nederland gelegen bijkantoor. Wel dienen zij te voldoen aan bepaalde voorschriften tijdens lopend toezicht, voornamelijk gedragsvoorschriften. DNB en de AFM worden gehoord alvorens een staat wordt aangewezen.

9. Internationale standaarden

De toenemende mondialisering van het betalingsverkeer heeft ertoe geleid dat in verscheidene internationale fora ruime aandacht is besteed aan het toezicht op afwikkelssystemen. Het is de Bank voor Internationale Betalingen (BIB) geweest die de afwikkeling van transacties in afwikkelssystemen internationaal onder de aandacht heeft gebracht. In 1990 heeft de BIB zes minimumstandaarden geformuleerd waaraan afwikkelssystemen zouden moeten voldoen.¹⁰ De standaarden bevatten normen ten aanzien van de juridische basis, de operationele betrouwbaarheid, de toelatingscriteria en de financiële risico's van afwikkelssystemen. Deze zogenoemde Lamfalussystandaarden zijn de basis voor de latere onderzoeken en rapporten met betrekking tot het toezicht op afwikkelssystemen. Ook de genoemde Oversightkaders zijn hierop gebaseerd.

De enigszins algemeen geformuleerde Lamfalussystandaarden zijn na 1990 verder uitgewerkt en toegespitst op betalingssystemen (en trouwens ook voor systemen voor de afwikkeling van financiële instrumenten). Het "Committee on Payment and Settlement Systems" (CPSS) van de BIB heeft de Lamfalussystandaarden in het rapport "Core Principles for Systemically Important Payment Systems" uit 2001 verfijnd tot tien kernbeginselen die toepasbaar zijn in het toezicht op betalingssystemen.¹¹ Een overzicht van de standaarden zijn in de bijlagen opgenomen. Het ESCB heeft specifiek voor retailbetaalsystemen "Oversight Standards for Euro Retail Payments systems opgesteld" en bepalingen voor de operationele betrouwbaarheid (Business Continuity Oversight Expectations).¹² De standaarden worden in de genoemde comités en organisaties regelmatig geëvalueerd en daar waar nodig aangepast en aangevuld. In april 2012 heeft de BIB de PFMI gepubliceerd. Deze zijn van toepassing op systeemrelevante betaalsystemen. In ESCB-verband wordt gewerkt aan een classificatie van retailbetaalsystemen, waarin onder andere systeemrelevantie zal worden gedefinieerd en gedeeltelijke toepassing van de PFMI op niet-systeemrelevante retailbetaalsystemen zal worden uitgewerkt. Dit krijgt naar verwachting zijn beslag vanaf nu tot uiterlijk medio 2013.

¹⁰ Bank voor Internationale Betalingen, *Report of the Committee on Interbank Netting Schemes of the Central Banks of the Group of Ten Countries*, November 1990, Basel.

¹¹ Te vinden op de website van de Bank of International Settlement: www.bis.org.

¹² Te vinden op de website van de Europese Centrale Bank: www.ecb.int

§3. Algemene zorgplicht voor financiële dienstverleners

1. Inleiding

Onderdeel AAA van het wetsvoorstel strekt ertoe om een algemene zorgplicht voor financiële dienstverleners vast te leggen in de Wft. De AFM heeft in haar wetgevingsbrief van 10 oktober 2011 de wens geuit om een zogenaamde generieke zorgplicht op te nemen in de Wft in aanvulling op de regels voor zorgvuldige advisering en de toekomstige bevoegdheden met betrekking tot het productontwikkelingsproces.¹³ In reactie op de wetgevingbrief van de AFM is aan de Tweede Kamer toegezegd om de voor- en nadelen van een dergelijke zorgplicht nader te onderzoeken en hierover in overleg met de AFM treden.¹⁴ Het onderhavige voorstel betreffende de vastlegging van een algemene zorgplicht is het resultaat van dit onderzoek.

2. Noodzaak tot regelgeving

Voor een goed functioneren van de markt is het van belang dat de consument in staat wordt gesteld zich een oordeel te vormen over de verschillende financiële producten en de mogelijkheid heeft om deze producten te vergelijken. Er is echter sprake van informatiescheefheid tussen de klant en de financiële dienstverlener. De financiële dienstverlener beschikt in de regel over meer kennis en informatie dan de klant. Door deze informatiescheefheid kan een klant geen volledig geïnformeerde beslissing nemen over de aanschaf van een financieel product. Daarbij geldt dat naarmate het financieel product complexer wordt, de informatiescheefheid groter wordt omdat de gemiddelde consument de complexiteit van een product vaak niet goed kan doorzien. In de relatie tussen de klant en de (financieel) adviseur is de informatiescheefheid vaak nog groter dan bij andere financiële diensten; deze informatiescheefheid ligt immers vaak ten grondslag aan de reden dat de klant een adviseur inhuurt.

De afgelopen jaren is op verschillende punten wet- en regelgeving vastgesteld en aangekondigd om de transparantie van en informatievoorziening over financiële producten en diensten te vergroten, verkeerde prikkels bij financiële dienstverleners tegen te gaan, en consumenten in staat te stellen om effectief tegenwicht te bieden aan financiële dienstverleners. Enkele voorbeelden zijn het provisieverbod voor financiële dienstverleners, nieuwe eisen voor de vakbekwaamheid van financiële dienstverleners en regels ten aanzien van geschillenbeslechting. Echter, veel financiële producten zijn dermate ingewikkeld dat volledige transparantie, oftewel complete en tegelijkertijd begrijpelijke informatie voor de consument, moeilijk is te realiseren. Daarnaast zorgt niet alleen de complexiteit, maar ook de lange looptijd van veel financiële producten ervoor dat vaak pas na enkele jaren duidelijk wordt of het product voldoet aan de doelstelling en behoefte van de klant. Verder blijkt dat zelfs wanneer een consument over alle voorhanden informatie beschikt en deze informatie tot zich heeft genomen, daaruit niet per definitie kan worden geconcludeerd dat een consument vervolgens op rationele wijze voor hem of haar passende beslissingen neemt. Hierdoor hebben zich situaties voorgedaan waarbij aan consumenten niet passende producten zijn verkocht met (grote) financiële risico's voor de consument van dien. De markt functioneert in dit opzicht niet optimaal, nu

¹³ Bijlage bij Kamerstukken II 2011/12, 31 980, nr. 55.

¹⁴ Kamerstukken II 2011/12, 31 980, nr. 55, blz. 33 en Kamerstukken II 2011/12, 31 980, nr. 58, blz. 25.

de vraagzijde (klant) de aanbodzijde (financiële dienstverlener) vaak onvoldoende kan corrigeren. Het is daarom wenselijk dat financiële dienstverleners ook een zekere zorgplicht jegens hun klanten hebben.

Daarnaast is de afgelopen jaren duidelijk geworden dat in de praktijk de ontwikkelingen in de financiële sector soms sneller gaan dan de ontwikkeling van regelgeving. Hierdoor kan bij gebreke van een wettelijke basis niet altijd tijdig worden ingegrepen op schadelijk marktgedrag dat voortkomt uit de bovengenoemde informatiescheefheid, terwijl dit marktgedrag vergaande (financiële) gevolgen kan hebben voor consumenten en uiteindelijk voor het vertrouwen in de financiële markten. Een vangnet achter de verschillende specifieke normen die consumenten beogen te beschermen is daarom wenselijk.

3. Doelstelling en gekozen oplossing

Omdat aan de aanschaf van financiële producten doorgaans risico's zijn verbonden, moet de consument worden gewaarschuwd voor deze risico's en moet hij in staat worden gesteld om te beoordelen of het financiële product in zijn behoeften voorziet. Door de informatiescheefheid tussen de klant en de financiële dienstverlener en het beperkte vermogen van de klant om de verstrekte informatie volledig te beoordelen, wordt dit echter niet altijd voldoende gerealiseerd. Gezien de langetermijnpact die keuzes met betrekking tot (de aanschaf van) financiële producten of diensten hebben op de financiële positie van consumenten, is bescherming van de consument dan ook noodzakelijk en wenselijk. Daarnaast dient de bescherming van de consument ook nog een bredere doelstelling. Onregelmatigheden in het optreden van financiële dienstverleners brengen negatieve externe effecten met zich mee omdat alle financiële dienstverleners (reputatie)schade oplopen door schadelijk gedrag van enkele financiële dienstverleners. Door een zorgvuldige behandeling van de klant en zijn belangen wordt bijgedragen aan het publieke vertrouwen in de financiële markten.

De gekozen oplossing om de problemen zoals uiteengezet in subparagraaf 2 te adresseren, is tweeledig. Omdat de consument wordt geconfronteerd met informatiescheefheid, is het wenselijk en noodzakelijk dat ook de financiële dienstverlener nagaat of zijn handelen of nalaten geen afbreuk doet aan de belangen van zijn klant. De consument is vaak niet in staat om zich een volledig oordeel te vormen over (de risico's van) financiële producten en een volledig geïnformeerde beslissing te nemen over de aanschaf van een financieel product. Hoewel deze informatiescheefheid deels ook ten grondslag ligt aan de economisch toegevoegde waarde van financiële dienstverleners, hebben financiële dienstverleners vanwege deze informatiescheefheid ook een zekere zorgplicht jegens hun klanten. Daarbij moet als uitgangspunt gelden dat financiële dienstverleners te allen tijde op een zorgvuldige wijze om moeten gaan met de belangen van de klant. Het onderhavige voorstel voor een algemene zorgplicht voor financiële dienstverleners verankert dit uitgangspunt expliciet in de Wft. Explicitering van het uitgangspunt dat te allen tijde op een zorgvuldige wijze moet worden omgegaan met de belangen van de klant kan daarnaast ook bijdragen aan de gewenste cultuuromslag in de financiële sector. Dit uitgangspunt laat de specifieke regels die gelden ten behoeve van de bescherming van consumenten onverlet. Als deze specifieke regels niet van toepassing zijn, geldt de algemene zorgplicht als vangnet.

Een wettelijk verankerde algemene zorgplicht kan een handvat bieden voor de AFM om tijdig in te grijpen bij onvoorziene en evidente misstanden op de markt die schadelijke gevolgen kunnen hebben voor consumenten. De introductie van deze norm zal de AFM in staat stellen om handhavend op te treden ook voordat de schade voor de consument, cliënt of begunstigde zich daadwerkelijk verwezenlijkt. Dit betekent ook dat de concrete normstelling ter invulling van de algemene zorgplicht in beginsel plaatsvindt door de toezichthouder. Indien wenselijk, zal de AFM haar handhavingsbeleid kenbaar maken aan marktpartijen. Daarnaast heeft de wetgever de mogelijkheid om concrete normen ter invulling van de zorgplicht wettelijk te verankeren. Het uitgangspunt is en blijft echter dat AFM optreedt op grond van de bestaande specifieke voorschriften voor financiële dienstverleners. Slechts in uitzonderlijke gevallen, wanneer sprake is van onvoorzien marktgedrag dat kan resulteren in schade voor consumenten zal de AFM op grond van de algemene zorgplicht handhaven. Gezien het open karakter van deze norm zal de invulling van de algemene zorgplicht afhangen van concrete gevallen van onvoorzien schadelijk marktgedrag. Indien de AFM schendingen van de algemene zorgplicht signaleert zal zij haar (voorgenomen) handhavingsbeleid kenbaar maken door middel van beleidslijnen en andere instrumenten die zich daartoe lenen. Uiteraard heeft de wetgever vervolgens de mogelijkheid om naar aanleiding van een schending van de algemene zorgplicht specifieke voorschriften vast te stellen.

De bevoegdheid van de toezichthouder om in te grijpen bij onvoorziene en evidente misstanden op de markt doet geen afbreuk aan de eigen verantwoordelijkheid van consumenten om zich naar mogelijkheid te informeren over en op een prudente wijze om te gaan met het afnemen van financiële producten. Daarbij mag in redelijkheid worden verwacht dat de consument tracht de door een financiële dienstverlener verstrekte informatie, bijvoorbeeld in de vorm van financiële bijsluiters, tot zich te nemen.

Ook het Burgerlijk Wetboek kent een algemene zorgplicht. Artikel 401 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek bepaalt dat een opdrachtnemer bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht moet nemen. Tezamen met de artikelen 2 en 248 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek (toepassing van redelijkheid en billijkheid) geldt deze norm eveneens voor financiële ondernemingen. Door een algemene zorgplicht in de Wft te verankeren, ontstaat een zekere overlap in (consumenten)bescherming. Echter, waar het civiele recht het primaat voor aanhangig maken van een geschil bij de partijen zelf legt, maakt het publiekrecht handhaving door een toezichthouder mogelijk. Omdat de weg naar de civiele rechter voor de individuele consument vaak moeilijk is, kan een publiekrechtelijke algemene zorgplicht een wezenlijke aanvulling leveren op het systeem van consumentenbescherming dat reeds bestaat op grond van de civielrechtelijke zorgplicht.

Met de algemene zorgplicht wordt voorzien in een vangnet voor situaties waarin sprake is van gedrag of nalaten van financiële dienstverleners dat leidt tot evidente schade voor consumenten, maar dat (nog) niet wordt gedekt door specifieke publiekrechtelijke regels voor financiële dienstverleners. In reactie op dergelijke situaties in het verleden heeft de wetgever de afgelopen jaren een breed palet aan wet- en regelgeving vastgesteld. Zoals aangegeven in subparagraaf 2, is het echter moeilijk, zo niet onmogelijk om met uitsluitend specifieke regels te allen tijde maat te houden met de ontwikkelingen binnen de financiële markten. Dit terwijl zich ook ten aanzien van deze producten of

diensten misstanden als gevolg van onzorgvuldige dienstverlening kunnen voordoen. Het gevolg is dat bij gebreke van een wettelijke basis niet altijd tijdig kan worden ingegrepen in deze situaties, terwijl deze vergaande (financiële) gevolgen kunnen hebben voor consumenten en (uiteindelijk) het vertrouwen in de financiële markten. Derhalve wordt met het onderhavige voorstel voorzien in een grondslag om in te grijpen in die situaties waarin het handelen of nalaten van financiële dienstverleners kennelijk nadelige gevolgen voor de consument veroorzaakt of kan veroorzaken.

4. Strekking en systematiek van de voorgestelde zorgplicht

Het onderhavige voorstel strekt ertoe een algemene zorgplicht voor financiële dienstverleners vast te leggen in de Wft. Deze zorgplicht, zoals geformuleerd in het eerste lid van het voorgestelde artikel 4:24a van de Wft, houdt in dat een financiële dienstverlener op een zorgvuldige wijze de belangen van de klant in acht moet nemen. De algemene zorgplicht uit het eerste lid wordt in het tweede lid nader ingevuld voor adviseren. Indien een financiële dienstverlener adviseert, behoort hij bij zijn dienstverlening ingevolge het tweede lid in het belang van de klant te handelen. Voor een verdere toelichting op het tweede lid wordt verwezen naar de artikelsgewijze toelichting.

4.1. Reikwijdte

De algemene zorgplicht is van toepassing op financiële dienstverleners. Ingevolge de definitie van "financiële dienstverlener" is dit degene die een ander financieel product dan een financieel instrument aanbiedt, die adviseert over een ander financieel product dan een financieel instrument of die bemiddelt, herverzekeringbemiddelt, optreedt als gevolmachtigd agent of optreedt als ondergevolmachtigd agent. Hiermee is de algemene zorgplicht dus niet van toepassing op het verlenen van beleggingdiensten, nu deze diensten specifiek zien op financiële instrumenten. Dit is ook niet nodig, nu voor beleggingsondernemingen ingevolge artikel 4:90 van de Wft al een soortgelijke algemene zorgplicht geldt. Op grond van artikel 4:90 van de Wft zet een beleggingsonderneming zich bij het verlenen van beleggingsdiensten of nevendiensten op eerlijke, billijke en professionele wijze in voor de belangen van haar cliënten en handelt ook bij het verrichten van beleggingsactiviteiten eerlijk, billijk en professioneel. De algemene zorgplicht voor financiële dienstverleners is bedoeld als aanvullende norm naast de reeds bestaande (specifieke) zorgplichten en voorschriften voor financiële ondernemingen en heeft dus geen derogerende werking ten opzichte van bestaande specifieke voorschriften.

4.2. Handhaving

Er is voor gekozen om een deel van de handhavingsbevoegdheden, namelijk de bevoegdheid tot het opleggen van een last onder dwangsom (artikel 1:79 van de Wft) of een bestuurlijke boete (artikel 1:80 van de Wft), alleen te koppelen aan overtreding van de norm in het derde lid. Hierdoor kan de AFM deze handhavingsbevoegdheden alleen inzetten in die gevallen waarin sprake is van een evidente schending van de algemene zorgplicht. Deze keuze sluit nauw aan bij de gedachte dat de algemene zorgplicht vooral functioneert als een vangnet voor schadelijk marktgedrag op het gebied van financiële dienstverlening dat (nog) niet wordt gedekt door bestaande regelgeving. Er is sprake van een evidente schending indien het handelen of nalaten van de financiële

dienstverlener kennelijk nadelige gevolgen voor de consument, cliënt of begunstigde veroorzaakt of kan veroorzaken. Daarbij geldt dat niet perse sprake hoeft te zijn van schade bij grote groepen consumenten; ook schendingen van de zorgplicht op een beperkte schaal, zij het structureel en evident, vallen onder de zorgplicht. De overige handhavingsbevoegdheden in de Wft, waaronder de bevoegdheid tot het geven van een bindende aanwijzing (artikel 1:75 van de Wft) kunnen door de AFM ingezet worden ter zake van een overtreding van de voorschriften gesteld in het eerste, tweede en derde lid van het artikel. Voor een nadere toelichting op de handhavingsbevoegdheden ten aanzien van de verschillende leden van het artikel wordt verwezen naar de artikelsgewijze toelichting.

4.3. Inwerkingtreding en overgangsrecht

Voorgesteld wordt dat artikel 4:24a onmiddellijke werking heeft waardoor de algemene zorgplicht per datum van inwerkingtreding van toepassing is op de gedragingen van financiële dienstverleners. Er is geen overgangsrecht noodzakelijk.

§4. Financiële verslaggeving

Met betrekking tot de financiële verslaggeving zijn in het onderhavige wetsvoorstel enkele voorstellen opgenomen die enerzijds de effectiviteit van het toezicht dat door de AFM wordt gehouden op de financiële verslaggeving zullen verbeteren en anderzijds de informatievoorziening naar beleggers toe zullen verbeteren.

Verbetering van de effectiviteit van het toezicht op de financiële verslaggeving

De Wtftv is op 1 januari 2007 in werking getreden. In de zomer van 2010 heeft een eerste evaluatie van de Wtftv plaatsgevonden. Uit het evaluatierapport, dat bij brief van 13 september 2011 aan de Tweede Kamer is aangeboden, blijkt dat de Wtftv een positieve bijdrage heeft geleverd aan de kwaliteit van verslaggeving. Het door AFM uitgeoefende toezicht disciplineert ondernemingen IFRS correct toe te passen wat een gunstige uitwerking heeft op de kwaliteit van verslaggeving in Nederland.¹⁵ Volgens het evaluatierapport vervult de AFM als toezichthouder op de verslaggeving een zeer nuttige rol. In het evaluatierapport wordt een aantal suggesties gedaan waarmee de doeltreffendheid van het toezicht door de AFM verder kan worden vergroot, waaronder een tweetal wetswijzigingen.

Eén van de twee gesuggereerde wetswijzigingen, namelijk het verlengen van de periode waarbinnen de AFM na publicatie van de jaarrekening een verzoekschrift tot herziening bij de Ondernemingskamer kan indienen van zes naar negen maanden, is opgenomen in de per 1 juli 2011 in werking getreden Wijzigingswet financiële markten 2010. De verlenging van de termijn is ingegeven door de gedachte dat de kans dat frauduleuze praktijken in de verslaggeving door de AFM ontdekt worden, significant groter wordt wanneer de AFM meer tijd krijgt om onderzoek te doen. In de bij brief van 13 september 2011 aan de Tweede Kamer gezonden Visie op accountancy en toezicht financiële verslaggeving (Visie accountancy) is aangegeven dat het kabinet het wenselijk acht

¹⁵ Kamerstukken II 2010/11, 32 681, nr. 1.

om vanuit oogpunt van consistentie bij de andere privaatrechtelijke bevoegdheden van de AFM dezelfde termijn van negen maanden te hanteren.¹⁶ Zowel voor het indienen van een verzoek bij de Ondernemingskamer om een instelling te bevelen een nadere toelichting omtrent de financiële verslaggeving aan de AFM te doen als voor het indienen van een verzoek bij de Ondernemingskamer tot naleving van een door de AFM gedane aanbeveling inzake het toezicht op de financiële verslaggeving zal de termijn van zes naar negen maanden verlengd worden. De artikelen 2:452, tweede lid, en 2:454, vierde lid, BW worden in die zin aangepast.

De andere suggestie van de onderzoekers betreft het afdwingbaar maken van de aanbeveling die de AFM in het kader van het toezicht op de financiële verslaggeving aan een instelling kan doen. In de Visie accountancy is aangegeven dat het kabinet voornemens is deze suggestie over te nemen. Daartoe wordt artikel 2:454 BW aangepast.

De hierboven genoemde aanbeveling betreft de aanbeveling die de AFM op grond van artikel 3, tweede lid, van de Wtffv aan een effectenuitgevende instelling kan doen wanneer de AFM twijfels heeft over de juiste toepassing van de voorschriften betreffende de financiële verslaggeving en een nadere toelichting als bedoeld in artikel 2, eerste lid, van de Wtffv die twijfel niet heeft kunnen wegnemen. In dat geval kan de AFM een effectenuitgevende instelling aanbevelen een openbare mededeling te doen waarin de effectenuitgevende instelling of uitlegt op welke wijze de voorschriften in de toekomst zullen worden toegepast en wat daarvan de gevolgen zijn voor de financiële verslaggeving of uitlegt op welke onderdelen de financiële verslaggeving niet voldoet aan de voorschriften. De effectenuitgevende instelling is echter niet verplicht de aanbeveling van de AFM op te volgen.

Voor effectenuitgevende instellingen die niet naar Nederlands recht zijn opgericht, biedt artikel 2:454 BW de AFM de mogelijkheid om via de Ondernemingskamer de openbare mededeling af te dwingen. Voor naar Nederlands recht opgerichte effectenuitgevende instellingen biedt artikel 2:454 BW die mogelijkheid niet. De enige optie die de AFM dan nog heeft, is om bij de Ondernemingskamer een verzoekschrift als bedoeld in artikel 2:447 BW in te dienen tot herziening van de gehele jaarrekening. Dat is een zware maatregel met verstrekende gevolgen voor de effectenuitgevende instelling en haar stakeholders. Wanneer het probleem in de jaarrekening zich beperkt tot bijvoorbeeld één post, kan de vraag worden gesteld of het starten van een herzieningsprocedure wel proportioneel is. Dit heeft als gevolg dat de AFM in enkele gevallen heeft afgezien van het starten van een dergelijke procedure wanneer aanbevelingen niet of onvoldoende werden nageleefd. Daarom wordt het wenselijk geacht om de AFM de wettelijke bevoegdheid te geven om via de Ondernemingskamer de aanbeveling af te dwingen.

Naast de in de Visie accountancy beschreven maatregelen om de effectiviteit van het toezicht op de financiële verslaggeving te verbeteren, zijn uit de toezichtpraktijk nog enkele andere kwesties naar voren gekomen die eenvoudig kunnen worden aangepakt en waarmee de effectiviteit van het toezicht verbeterd wordt. Deze punten worden meegenomen in het wetsvoorstel. De AFM heeft eerder al aandacht gevraagd voor deze onderwerpen in haar wetgevings-

¹⁶ Kamerstukken II 2010/11, 32 681, nr. 2.

brief van 10 oktober 2011, die op 20 oktober 2011 aan de Tweede Kamer is gezonden.¹⁷

De eerste wijziging betreft de nadere toelichting in de financiële verslaggeving die de AFM van een onder toezichtstaande instelling kan vragen. Op grond van artikel 2, eerste lid, van de Wtfov kan de AFM aan een effectenuitgevende instelling een nadere toelichting vragen als zij twijfel heeft of de financiële verslaggeving van de effectenuitgevende instelling voldoet aan de in artikel 2, eerste lid, van de Wtfov genoemde voorschriften betreffende de financiële verslaggeving. Wanneer de effectenuitgevende instelling naar mening van de AFM onvoldoende meewerkt aan het verzoek om een nadere toelichting kan de AFM ingevolge artikel 2:452, eerste lid, BW de Ondernemingskamer verzoeken om de effectenuitgevende instelling te bevelen een nadere toelichting te verschaffen. De AFM kan het verzoek aan de Ondernemingskamer thans alleen doen wanneer het verzoek ziet op een statutair in Nederland gevestigde effectenuitgevende instelling. Ook effectenuitgevende instellingen die niet statutair in Nederland zijn gevestigd, kunnen ingevolge artikel 1, onderdeel b, van de Wtfov onder toezicht van de AFM vallen. Er zit derhalve een discrepantie tussen de mogelijkheden die de AFM op basis van de Wtfov heeft en de mogelijkheden die de AFM op basis van het BW heeft. Deze discrepantie is onwenselijk. Om de effectiviteit van het toezicht te vergroten, maakt dit wetsvoorstel het mogelijk dat de AFM ten aanzien van alle effectenuitgevende instellingen die onder Wtfov-toezicht staan een verzoek om een nadere toelichting via de Ondernemingskamer kan afdwingen.

De tweede wijziging ziet op de informatie-uitwisseling met de International Organization of Securities Commissions (IOSCO). Het huidige artikel 6, eerste lid, maakt het mogelijk dat de AFM gegevens en inlichtingen die zij heeft verkregen bij de vervulling van haar taken onder de Wtfov mag verstrekken aan een bij algemene maatregel van bestuur aangewezen instantie die als taak heeft om een consistente toepassing en handhaving van de standaarden voor de jaarrekening binnen de Europese Unie te bevorderen. De AFM participeert daartoe in de European Securities and Markets Authority.

Ter bevordering van een consistente toepassing en handhaving van de standaarden voor de jaarrekening in internationaal verband participeert de AFM in IOSCO. Deze organisatie beschikt over twee instrumenten om de doelstelling te bereiken: een digitaal forum om kwesties met betrekking tot de financiële verslaggeving te bediscussiëren en een database met toezichtbeslissingen omtrent het toezicht op financiële verslaggeving. IOSCO verwacht van de gebruikers van deze instrumenten dat zij ook informatie aanleveren. De AFM mag deze informatie op dit moment niet aanleveren, daar het aan een wettelijke grondslag ontbreekt. IOSCO maakt daarom een tijdelijke uitzondering voor de AFM. Aangezien het wenselijk wordt geacht dat de AFM kan blijven participeren in IOSCO, wordt voorgesteld om artikel 6 van de Wtfov zodanig te wijzigen dat het mogelijk wordt dat bij algemene maatregel van bestuur ook een internationale instantie aangewezen kan worden waaraan de AFM gegevens en inlichtingen mag verstrekken. Samen met deze wijziging zal ook het Besluit financiële verslaggeving worden aangepast. De waarborgen die thans van toepassing zijn op de informatie-uitwisseling met ESMA zullen ook in acht worden genomen bij de informatie-uitwisseling met IOSCO.

¹⁷ Kamerstukken II 2011/12, 31 980, nr. 55.

Verbetering informatievoorziening beleggers

Op grond van artikel 5:25c van de Wft zijn uitgevende instellingen verplicht om binnen vier maanden na afloop van het boekjaar de jaarlijkse financiële verslaggeving algemeen verkrijgbaar te stellen. De doelstelling van deze verplichting en van de andere transparantieplichtingen die zijn opgenomen in hoofdstuk 5.1a van de Wft is het zo goed mogelijk informeren van beleggers, zodat deze een verantwoord oordeel kunnen vormen over de resultaten en het vermogen van een uitgevende instelling. Het kan echter voorkomen dat er na opmaking nog wijzigingen in de financiële verslaggeving worden aangebracht, bijvoorbeeld door de algemene vergadering van aandeelhouders wanneer deze de jaarrekening vaststelt. Voor dit soort situaties is er echter geen verplichting voor de uitgevende instelling om gebruikers van de informatie uit de verslaggeving op een eenduidige wijze te informeren. Vanuit de doelstelling van de transparantieregels is dat niet wenselijk. Wanneer niet elke gebruiker op de hoogte is van relevante wijzigingen in de jaarlijkse financiële verslaggeving kan dit leiden tot informatieasymmetrie tussen gebruikers onderling en tussen de gebruiker en de uitgevende instelling. Dit wetsvoorstel introduceert daarom een verplichting voor uitgevende instellingen om de gebruiker van de informatie uit de verslaggeving op een eenduidige wijze te informeren over wijzigingen in of gebeurtenissen met betrekking tot de jaarlijkse financiële verslaggeving die zich voordoen nadat deze is opgemaakt. Daartoe wordt artikel 5:25c van de Wft aangepast.

§5. Vermogensscheiding beleggingsinstellingen

In onderhavig wetsvoorstel worden de regels voor vermogensscheiding van beleggingsinstellingen en instellingen voor collectieve beleggingen in effecten (icbe's) op de volgende onderdelen aangepast:

1. De regeling voor vermogensscheiding wordt van toepassing op alle beleggingsinstellingen en icbe's.
 2. De verplichting om de juridisch eigendom van de activa onder te brengen in een afzonderlijke entiteit die de juridisch eigendom houdt wordt beperkt tot risicovolle beleggingsinstellingen en icbe's die vatbaar zijn voor vorderingen op grond van buitenlands recht.
 3. De uitzondering voor subfondsen met betrekking tot een afzonderlijke entiteit die de juridisch eigendom van de activa houdt komt te vervallen.
- Voorts zijn er nog enkele technische wijzigingen die worden toegelicht in het artikelsgewijze deel.

De vermogensscheidingsregeling voor beleggingsinstellingen is opgenomen in artikelen 4:37j, van de Wft en voor icbe's in de artikelen 4:44 en 4:45 van de Wft. Het onderscheid tussen beleggingsinstellingen en icbe's wordt geïntroduceerd in het wetsvoorstel tot implementatie van de AIFM-richtlijn,¹⁸ dat op 22 juli 2013 in werking zal treden. Derhalve wordt in voorliggend wetsvoorstel en memorie van toelichting uitgegaan van de Wft zoals die wordt gewijzigd bij de implementatie van de AIFM-richtlijn.

¹⁸ Kamerstukken II 2011/12, 33 235, nr. 2.

Huidige systematiek vermogensscheiding

De vermogensscheidingsregeling voor de activa van beleggingsinstellingen en icbe's zorgt ervoor dat de schuldeisers van een beleggingsfonds of fondsen voor collectieve belegging in effecten hun vorderingen niet kunnen verhalen op andere (sub)fondsen, dan wel de beheerder van het fonds. Tegelijk zorgt het er ook voor dat vorderingen van derdenschuldeisers niet kunnen worden verhaald op het vermogen van de fondsen. Op deze wijze worden besmettingsrisico's tussen de fondsen voorkomen en draagt een adequaat regime voor vermogensscheiding bij aan de bescherming van de belegger.

De huidige Wft bevat twee afzonderlijke waarborgen voor vermogensscheiding bij beleggingsinstellingen en icbe's:

1. De rangregeling regelt dat de activa van een beleggingsfonds of een fonds voor collectieve belegging in effecten uitsluitend mogen worden aangewend voor vorderingen die betrekking hebben op het beheer en het bewaren van het beleggingsfonds en op de rechten van deelneming. De facto leidt dit ertoe dat het vermogen van een beleggingsfonds afgescheiden is van het vermogen van de entiteit die de juridisch eigendom van de activa houdt. Deze rangregeling is voor de beleggingsfondsen opgenomen in het voorgestelde artikel 4:37j, vierde tot en met achtste lid, van de Wft en voor de fondsen voor collectieve belegging in effecten in artikel 4:45, eerste tot en met vierde lid, van de Wft.

2. Aanvullend op de rangregeling moeten de activa van een beleggingsfonds of een fonds voor collectieve belegging in effecten worden ondergebracht in een afzonderlijke juridische entiteit, als er op grond van het beleggingsbeleid een reëel risico is dat het fondsvermogen en het eigen vermogen van de entiteit die de juridisch eigendom van de activa houdt ontoereikend zullen zijn om te voldoen aan vorderingen met betrekking tot de kosten van beheer en bewaring, en de rechten van deelneming. Dit betreft in ieder geval een zogenoemd *leveraged* fonds, dat gebruik maakt van een hefboomconstructie voor het realiseren van de beleggingsdoelen. In dat geval is er sprake van een reëel risico dat er niet voldaan kan worden aan de vorderingen die rechtstreeks betrekking hebben op het fonds. Deze waarborg wordt voor beleggingsfondsen geregeld in artikel 4:37j, eerste en tweede lid, van de Wft en voor de fondsen voor collectieve belegging in effecten in artikel 4:44, eerste en tweede lid, van de Wft.

De eerste waarborg, de rangregeling, is adequaat zolang het fonds uitsluitend bloot staat aan vorderingen waarop het Nederlands recht van toepassing is. In het geval het buitenlands recht van toepassing is op een vordering, bestaat het risico dat het recht van die staat de Nederlandse rangregeling niet erkent en de vermogensscheiding teniet wordt gedaan. Dit risico doet zich vooral voor bij fondsen die een hefboomconstructie gebruiken. In dat geval is er een reëel risico dat het vermogen van het desbetreffende fonds ontoereikend is om te voldoen aan openstaande vorderingen. De schuldeiser zal zijn vorderingen dan willen verhalen op het gehele vermogen van de houder van de activa. Om dit besmettingsgevaar naar activa van andere beleggingsfondsen te voorkomen is er geregeld dat het vermogen van een *leveraged* fonds moet worden opgenomen in een afzonderlijke entiteit die de juridisch eigendom van de activa houdt.

Uitbreiding naar beleggingsmaatschappijen

Om de belangen van de beleggers van beleggingsmaatschappijen beter te beschermen wordt voorgesteld de reikwijdte van de vermogensscheidingregeling te verbreden tot alle beleggingsinstellingen en icbe's. Tot nog toe is de regeling voor vermogensscheiding uitsluitend van toepassing op beleggingsfondsen en fondsen voor collectieve belegging in effecten en niet op beleggingsmaatschappijen en maatschappijen voor collectieve belegging in effecten. In de wetsgeschiedenis wordt over dit onderscheid opgemerkt dat:

“de beleggingsmaatschappij aan het vennootschapsrecht is onderworpen, dat voldoende onderscheid van vermogens mogelijk maakt. Hierdoor, en doordat het vennootschapsrecht in inspraak door aandeelhouders voorziet, is er bij beleggingsmaatschappijen, anders dan bij fondsen, geen noodzaak voor het voorschrijven van een verdere bewaking van hun handelingen door een bewaarder.”¹⁹

Deze redenering neemt niet weg dat de bescherming van de belegger en de positie van schuldeisers van een beleggingsmaatschappij door het ontbreken van de rangregeling en de vermogensscheiding substantieel zwakker is dan bij een beleggingsfonds. De regeling voor subfondsen bij beleggingsmaatschappijen en beleggingsfondsen heeft de ratio voor het onderscheid tussen beleggingsmaatschappijen en beleggingsfondsen ten aanzien van de vermogensscheidingregels nog verder ondergraven. Door de toepassing van artikel 1:13, zesde lid van de Wft is de rangregeling wel van toepassing op subfondsen, zowel binnen een beleggingsmaatschappij als binnen een beleggingsfonds.²⁰ Maar de rangregeling is niet van toepassing op een beleggingsmaatschappij. Dit onderscheid is ook niet in lijn met de vermogensscheidingregeling voor premiepensioeninstellingen. Een vergelijkbare vermogensscheidingregeling is wel van toepassing op een premiepensioeninstelling, terwijl deze evenals de beleggingsmaatschappij rechtspersoonlijkheid heeft (zie de artikelen 4:71a en 4:71b van de Wft). De premiepensioeninstelling is vergelijkbaar met een beleggingsmaatschappij, omdat beide entiteiten rechtspersoonlijkheid hebben en collectief vermogens beheren.

Beperking voor de verplichting om de juridisch eigendom van de activa onder te brengen in een afzonderlijke entiteit die de juridisch eigendom houdt tot risicovolle beleggingsinstellingen en icbe's die vatbaar zijn voor vorderingen op grond van buitenlands recht

De huidige verplichting voor afzonderlijke entiteit die de juridische eigendom van de activa van een beleggingsinstelling of icbe houdt (artikelen 4:37j, eerste lid, en 4:44, eerste lid, van de Wft), is wat te ruim geformuleerd, omdat de verplichting van toepassing is op alle *leveraged* beleggingsinstellingen of icbe's. Hiervoor is aangegeven dat de verplichte afzonderlijke juridische entiteit die de activa van een *leveraged* beleggingsinstelling of icbe houdt alleen noodzakelijk is wanneer er een reëel risico bestaat dat de rangregeling niet effectief is. Hiervan is sprake wanneer die beleggingsinstelling bloot staat aan vorderingen op grond van buitenlands recht. Het is echter ook goed denkbaar is dat een *leveraged* beleggingsinstelling of icbe niet bloot staat aan vorderingen waarop buitenlands recht van toepassing is, omdat de activiteiten van de beleggingsinstel-

¹⁹ Kamerstukken II 1988/89, 21 127 nr. 3, p. 9.

²⁰ Kamerstukken II 2010/11, 32 622, nr. 3, onderdeel AP.

ling zich tot Nederland beperken, dan wel dat Nederlands recht van toepassing is op overeenkomsten. Ook de huidige mogelijkheid voor een ontheffing van de AFM, als bedoeld in het tweede lid van die artikelen kan niet worden toegepast, omdat de aanvrager voor de ontheffing moet aantonen dat hij niet kan voldoen aan het vereiste van een afzonderlijke entiteit die de juridisch eigendom van de activa houdt. Deze uitzondering is doorgaans niet aan de orde wanneer de activa van het beleggingsfonds zich in Nederland bevinden.

Daarom wordt voorgesteld aan het eerste lid van de artikelen 4:34j en 4:44 van de Wft, toe te voegen dat de afzonderlijke entiteit voor het houden van de juridisch eigendom van de activa uitsluitend is vereist wanneer er een reëel risico bestaat dat andere vorderingen dan die zijn toegestaan onder de rangregeling verhaald kunnen worden op het vermogen van de beleggingsinstelling of icbe. Hieruit volgt dat de afzonderlijke entiteit niet verplicht is als een *leveraged* beleggingsinstelling of icbe op grond van zijn beleggingsbeleid kan aantonen dat hij uitsluitend activiteiten verricht binnen Nederland of uitsluitend overeenkomsten aangaat waarop Nederlands recht van toepassing is. In dat geval wordt de vermogensscheiding voldoende bewerkstelligd door de rangregeling.

De uitzondering voor subfondsen met betrekking tot een afzonderlijke entiteit die de juridisch eigendom van de activa houdt vervalt

De artikelen 4:37j, derde lid (oud), en 4:44, derde lid, van de Wft regelen een uitzondering voor subfondsen aangaande de verplichting de activa onder te brengen in een afzonderlijke entiteit. Deze uitzondering is geregeld bij introductie van de subfondsen bij de wet ter implementatie van de UCITS IV-richtlijn²¹. De wetsgeschiedenis vermeldt over deze keuze dat het niet uitzonderen zou leiden tot hoge kosten en dat dit niet nodig zou zijn vanwege de toepassing van de rangregeling.²²

De kosten waren vooral gelegen in het feit dat de houder van de juridisch eigendom tevens de bewaarder was van de activa. Voor een bewaarder van een beleggingsinstelling geldt een eigenvermogens eis op basis van artikel 3:53 van de Wft. Ieder afzonderlijk *leveraged* subfonds zou dan een eigen bewaarder moeten hebben die een eigen vermogen aanhoudt van € 112.500. In het wetsvoorstel ter implementatie AIFM-richtlijn zijn het bewaren van de activa en het houden van de juridisch eigendom van de activa voortaan onderscheiden.²³ De entiteit die de juridisch eigendom van de activa houdt hoeft voortaan niet tegelijk de bewaarder van het fonds te zijn. Aan de entiteit die de juridisch eigendom van de activa houdt worden ook geen verdere prudentiële eisen gesteld, waardoor de administratieve last zeer beperkt is. Immers het oprichten van een stichting is voldoende voor het houden van de juridisch eigendom. Dit tezamen met het gegeven dat het beslist niet ondenkbaar is dat de rangregeling

²¹ Wet van 8 juli 2011 tot wijziging van de Wet op het financieel toezicht en het Burgerlijk Wetboek ter implementatie van richtlijn nr. 2009/65/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 13 juli 2009 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende bepaalde instellingen voor collectieve belegging in effecten (icbe's) (herschikking) (PbEU L 302) en de daarbij behorende uitvoeringsrichtlijnen per 22 juli 2011, (Stb. 2011, 357).

²² Kamerstukken II 2010/11, 32 622, nr. 3, onderdeel AP.

²³ Kamerstukken II 2011/12, 33 235, nr. 2, Wijziging van de Wet op het financieel toezicht, het Burgerlijk Wetboek, de Wet op de economische delicten en enige fiscale wetten ter implementatie van richtlijn nr. 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. 1095/2011 (PbEU 2011, L 174).

niet van toepassing is door de toepassing van buitenlands recht, vormde voldoende aanleiding om de onderhavige uitzondering voor subfondsen te laten vervallen.

§6. Informatie uitwisseling binnen het Financieel Expertise Centrum

Diversie partijen werken samen binnen het samenwerkingsverband "Financieel Expertise Centrum" (FEC), met als doel de integriteit van de financiële sector te versterken. Aan dit samenwerkingsverband nemen in ieder geval deel: de AIVD, de AFM, de Belastingdienst, DNB, de FIOD-ECD, het Regiokorps Amsterdam-Amstelland, het Korps landelijke politiediensten, en het Openbaar Ministerie. Daarnaast kunnen met instemming van het FEC ook andere organisaties tot het FEC toetreden of deelnemen aan bepaalde activiteiten van het FEC.

De participanten binnen het FEC beogen de versterking van de integriteit van de financiële sector te realiseren door de onderlinge samenwerking tussen de partners te stimuleren, te coördineren en te vergroten door het uitwisselen van informatie en het delen van inzicht, kennis en vaardigheden. Essentieel voor het goed functioneren van het samenwerkingsverband is dan ook dat er tussen de verschillende participanten voldoende mogelijkheden bestaan om informatie uit te wisselen. Informatie die in het kader van het FEC-samenwerkingsverband voor uitwisseling in aanmerking komt is informatie over (actuele) ontwikkelingen op het gebied van de integriteit van de financiële sector, over bedreigingen van de integriteit van de financiële sector of over concrete casussen van (een) FEC-partner(s) waarvoor een besluit tot handhaving gewenst is. De informatie is van algemene, operationele, tactische of strategische aard. Het kan hier gaan om algemene en subject specifieke informatie.

De mogelijkheden voor informatie-uitwisseling zijn op dit moment echter niet toereikend, waardoor het samenwerkingsverband niet optimaal kan functioneren. Thans is namelijk binnen het samenwerkingsverband geregeld dat, gelet op artikel 1:92 van de Wft, DNB en de AFM vertrouwelijke gegevens of inlichtingen kunnen delen met een instantie die is belast met de uitvoering van strafvorderlijke bevoegdheden (o.a. het OM of de FIOD-ECD) maar is ten aanzien van een uitwisselingsmogelijkheid van DNB en de AFM met de overige partners uit het samenwerkingsverband niets geregeld. Dit bemoeilijkt de samenwerking binnen het FEC doordat slechts met bepaalde partijen uitwisseling mogelijk is, terwijl het voor een efficiënte samenwerking nodig is met alle participanten informatie te kunnen uitwisselen.

Om de samenwerking binnen het FEC efficiënt te laten verlopen en zo het samenwerkingsverband een kwaliteitsimpuls te geven zodat zij haar belangrijke rol als versterker van de integriteit van de financiële sector gestalte kan geven, wordt voorgesteld dat, onder voorwaarden, de geheimhoudingsplicht, zoals neergelegd in artikel 1:89 van de Wft, er niet aan in de weg staat dat vertrouwelijke gegevens gedeeld worden tussen enerzijds DNB en de AFM en anderzijds de overige participanten van het samenwerkingsverband, niet zijnde de participanten die zijn belast met de uitvoering van strafvorderlijke bevoegdheden.

Wanneer de vertrouwelijke gegevens of inlichtingen door de toezichthouders verstrekt worden aan de participanten van het FEC is het van belang dat een

aantal waarborgen in acht worden genomen. Zo dienen de gegevens strikt noodzakelijk te zijn om de in artikel 3 het convenant omschreven taak van het FEC uit te oefenen. Anders gezegd dient het doel waarvoor de vertrouwelijke gegevens of inlichtingen zullen worden gebruikt voldoende bepaald te zijn en tevens dient voldoende te zijn gewaarborgd dat de vertrouwelijke gegevens of inlichtingen niet zullen worden gebruikt voor een ander doel dan waarvoor deze worden verstrekt. Het samenwerkingsverband heeft hiervoor zelf ook maatregelen getroffen. In het Informatieprotocol FEC²⁴ introduceert het zogenaamde 'gazo-principe': geen actie zonder overleg. Dit principe is van belang bij de informatie-uitwisseling en houdt in dat de informatie die bij het FEC-informatieplatform is ingebracht en is verstrekt aan andere FEC-partners niet op een andere manier mag worden gebruikt door de FEC-partners dan voor het doel waarvoor de informatie is verstrekt. Voordat de FEC-partners deze informatie mogen gebruiken, toetst de verstrekende FEC-partner nog of de beoogde verwerking in overeenstemming is met het oorspronkelijke doel waarvoor de (persoons)gegevens zijn verzameld en of de beoogde verwerking om andere redenen op bezwaren stuit. Op deze wijze wordt geborgd dat de informatie wordt gebruikt voor het doel waarvoor deze verstrekt is.

Gedurende het uitwisselingsproces overlegt het FEC-informatieplatform met de betrokken partners en wordt de informatie in beginsel gezamenlijk geanalyseerd. Dit gebeurt onder andere door middel van datarooms (bijeenkomsten met experts van de FEC-partners om een signaal te analyseren en een FEC-advies op te stellen) en het organiseren van kennisbijeenkomsten. Hierna wordt een FEC-advies opgesteld. Het advies kan onder andere inhouden dat de aangeleverde informatie wordt doorverstrekt of dat afspraken worden gemaakt over de mogelijkheid tot strafrechtelijke handhaving, bestuursrechtelijk handhaving, fiscale handhaving, een combinatie van voorgaande drie, dan wel dat geen follow-up is gewenst.

§7. Bankspaardeposito's eigen woning

Op grond van het depositogarantiestelsel keert DNB vergoedingen uit aan depositohouders die een deposito aanhouden bij een bank die, kort gezegd, in een insolventiesituatie is komen te verkeren. Voor het overgrote deel van de deposito's bestaan daar goede gronden voor. Het depositogarantiestelsel draagt bij aan het voorkomen van een verstoring van het betalingsverkeer. Doordat depositohouders weten dat zij in geval van een deconfiture van hun bank op korte termijn een vergoeding van DNB zullen ontvangen, hebben zij minder de behoefte snel het deposito op te nemen of naar een andere bank over te maken. Aldus wordt de kans op een bankrun verkleind. Een bankrun zou niet alleen de teloorgang van de bank kunnen bewerkstelligen of bespoedigen, maar ook een eventuele afwikkeling minder controleerbaar maken. Daarnaast voorkomt het depositogarantiestelsel dat depositohouders hun deposito's in rook zien opgaan: in plaats van een vordering op de boedel waarop zij wellicht slechts een percentage uitgekeerd zullen krijgen, ontvangen zij een vergoeding tot maximaal € 100.000 van het depositogarantiestelsel.

²⁴ Staatscourant 2011, nr. 21708 op 2 december 2011, en herplaatst in Stcrt. 2011, 21708 (rectificatie) op 9 december 2011. Het Informatieprotocol FEC 2011 dateert van 14 november 2011 en is te vinden op de FEC website: <www.fec-partners.nl>.

Deze gronden gaan niet op voor de zogeheten bankspaardeposito's voor zover zij zijn verbonden met een schuld van de depositohouder. In de zin van dit wetsvoorstel is een "bankspaardeposito's eigen woning" een spaarrekening eigen woning in de zin van artikel 3:116a, tweede lid, van de Wet op de inkomstenbelasting 2001. Van een spaarrekening eigen woning in de zin van die wet is sprake indien het betreft een rekening bij een bank waarbij de volgende voorwaarden in acht worden genomen:

- a. de rekeninghouder heeft een eigen woning met een eigenwoningschuld;
- b. de rekening is geblokkeerd en wordt slechts eenmalig gedeblokkeerd ter aflossing van de eigenwoningschuld;
- c. ten minste 15 jaar, of tot het overlijden van de rekeninghouder of zijn partner, wordt jaarlijks een bedrag naar de rekening overgemaakt waarbij het hoogste totaal van in een jaar overgemaakte bedragen niet meer bedraagt dan het tienvoud van het laagste totaal van in een jaar overgemaakte bedragen; ingeval een spaarrekening met ingang van enig tijdstip wordt aangeduid als spaarrekening eigen woning wordt het op dat tijdstip aanwezige tegoed aangemerkt als eerste overmaking;
- d. de op de rekening genoten inkomsten worden bijgeboekt op de rekening; bij deblokking in de loop van het tijdvak waarover inkomsten worden genoten, vindt eerst nog bijboeking van die inkomsten plaats voordat tot deblokking wordt overgegaan;
- e. de bank is een financiële onderneming die in Nederland het bedrijf van bank mag uitoefenen.

De depositohouder en de bank zijn overeengekomen dat het saldo wordt verrekend met de specifieke verplichtingen jegens de bank. Anders gezegd: de depositohouder bouwt een deposito op dat voor de bank als zekerheid dient tot nakoming van de verplichtingen jegens de bank.

De redenen waarom de genoemde gronden niet gelden voor bankspaardeposito's eigen woning zijn de volgende. Ten eerste is in overeenkomsten tussen de banken en de depositohouders overeengekomen dat de depositohouder niet vrijelijk kan beschikken over een bankspaardeposito's eigen woning. Een depositohouder kan dus niet snel zijn bankspaardeposito opnemen, ook niet wanneer hij een deconfiture van zijn bank vreest. Afhankelijk van de met de bank overeengekomen voorwaarden en eventueel op straffe van een boete kan een bankspaardeposito eigen woning wel worden overgesloten naar een andere financiële instelling. Anders dan bij gewone deposito's is het echter in de praktijk niet mogelijk om door middel van internetbankieren een bankspaardeposito eigen woning zeer snel naar een andere bank over te maken. Verbonden bankspaardeposito's spelen dus geen grote rol bij een bankrun of bij het verkleinen van de kans daarop. Ten tweede dient een bankspaardeposito eigen woning als zekerheid voor de bank voor de nakoming door de depositohouder van verplichtingen jegens de bank uit anderen hoofde dan de deposito-overeenkomst. Wanneer de depositohouder een vergoeding zou krijgen in geval van de toepassing van het depositogarantiestelsel, waarover hij vrijelijk zou kunnen beschikken, verliest de bank de zekerheid dat de middelen worden aangewend voor de nakoming van de verplichtingen jegens haar. Ten derde speelt ook het argument dat de depositohouder zijn deposito in rook ziet opgaan in de gekozen oplossing niet: indien het bankspaardeposito wordt verrekend met de eigenwoning schuld gaat weliswaar het saldo van het bankspaardeposito omlaag, maar daar staat tegenover dat zijn hypotheekschuld met hetzelfde bedrag wordt verminderd. De netto-schuldenpositie van de depositohouder blijft dus gelijk.

Tot 30 juli 2011 hield DNB bij de vaststelling van de vergoeding rekening met de verrekeningsbevoegdheid van een depositohouder.²⁵ Bij een bankspaardeposito eigen woning met een daartegenover staande verplichting jegens de bank werd per saldo dus geen vergoeding uitgekeerd door DNB. Vanaf 30 juli 2011 wordt bij de vaststelling van de vergoeding geen rekening meer gehouden met de verrekeningsbevoegdheid van een depositohouder in verband met de inkorting van de termijn waarbinnen tot uitkering van de vergoeding moet worden overgegaan. Bij nader inzien verdienen de bankspaardeposito's eigen woning, gezien hun bijzondere karakter, een bijzondere behandeling, zowel vanuit het oogpunt van het depositogarantiestelsel als vanuit het oogpunt van de overdrachtsregeling, de noodregeling en het faillissement. Daarbij gelden drie uitgangspunten. (1) Het ligt niet voor de hand dat bankspaardeposito's eigen woning voor vergoeding op grond van het depositogarantiestelsel in aanmerking komen. (2) De depositohouders dienen wel beschermd te zijn in de zin dat zij niet slechts een gedeelte uit de boedel ontvangen voor zijn bankspaardeposito eigen woning terwijl zij hun met het deposito verbonden schuld aan de bank wel volledig zouden moeten voldoen. (3) De zekerheidsfunctie die het bankspaardeposito eigen woning voor de bank vervult, dient onverlet te worden gelaten.

Gekozen is voor de volgende oplossing. Op het tijdstip waarop zich een bepaalde gebeurtenis voordoet (vaststelling door DNB van betalingsonmacht, noodregeling of faillissement), worden het bankspaardeposito's eigen woning en de daarmee verbonden schuld tot hun gemeenschappelijk beoepelbaar en worden zij met elkaar verrekend, ook wanneer het bankspaardeposito eigen woning bij een andere bank wordt aangehouden dan de bank waaraan de depositohouder de verbonden schuld heeft. In het normale geval zal het bankspaardeposito eigen woning kleiner zijn dan de verbonden schuld. Dit betekent dat het bankspaardeposito eigen woning op € 0 zal worden gesteld en de verbonden schuld met hetzelfde bedrag zal worden verminderd als het bedrag waarmee het bankspaardeposito eigen woning is verlaagd. Het gevolg is dat de depositohouder geen aanspraak kan maken op een vergoeding van het depositogarantiestelsel ter zake van het verbonden bankspaardeposito: het saldo van het bankspaardeposito eigen woning bedraagt immers nihil. Voor de goede orde wordt opgemerkt dat de depositohouder wel een aanspraak op het depositogarantiestelsel heeft voor andere deposito's die hij bij de probleeminstelling aanhoudt. Het maximum van € 100.000 geldt voor de deposito's die de depositohouder bij de probleeminstelling aanhoudt nadat de verrekening van het bankspaardeposito eigen woning met de verbonden schuld heeft plaatsgevonden. In de praktijk is het zo goed als uitgesloten dat een bankspaardeposito eigen woning groter is dan de verbonden schuld, maar mocht dat onwaarschijnlijke geval zich toch voordoen, dan heeft de depositohouder een aanspraak op het depositogarantiestelsel voor het gedeelte van het bankspaardeposito eigen woning dat resteert na de verrekening.

Een en ander lijkt vanuit praktisch oogpunt zeer sterk op een terugkeer naar de situatie van vóór 30 juli 2011 met betrekking tot verbonden bankspaardeposito's eigen woning. Tot die datum was in artikel 26, derde lid, Besluit bij-

²⁵ Besluit van 8 juli 2011, houdende wijziging van het Besluit bijzondere prudentiële maatregelen, beleggerscompensatie en depositogarantie Wft in verband met de uitvoering van Richtlijn nr. 2009/14/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 11 maart 2009 tot wijziging van Richtlijn 94/19/EG inzake de depositogarantiestelsels wat dekking en uitbetalingstermijn betreft (*Stb.* 2011, 374); in werking getreden op 30 juli 2012.

zondere prudentiële maatregelen, beleggerscompensatie en depositogarantie Wft (hierna: Besluit Bpmbd Wft) bepaald dat bij het vaststellen van de waarde van een vastgestelde vordering (het deposito) DNB rekening houdt met de mogelijke bevoegdheden om die vordering en andere vorderingen onderling op grond van de wet of overeenkomst te verrekenen. Deze bepaling kwam erop neer dat DNB ervan uitging dat de depositohouder zijn vorderingen op de bank en zijn schulden aan de bank met elkaar verrekende. Vervolgens vergoedde DNB aan de depositohouder het bedrag dat na een dergelijke verrekening aan deposito's zou resteren. In de praktijk was de schuld aan de bank altijd groter dan het deposito, zodat het saldo van het deposito op nihil werd gesteld en DNB geen bedrag uitkeerde. Ofschoon dat niet uitdrukkelijk in de wet was bepaald, lag het in die situatie voor de hand dat de depositohouder vervolgens inderdaad gebruik maakte van zijn verrekeningsbevoegdheid. Anders zou hij immers het volledige openstaande bedrag aan schuld nog aan de bank moeten aflossen zonder daarvoor vergoeding van DNB te hebben ontvangen. Anders dan in de situatie vóór 30 juli 2012 wordt in het thans voorliggende voorstel uitdrukkelijk bepaald dat er wordt verrekend, maar voor de praktijk maakt dat weinig tot geen verschil nu het in de situatie vóór 31 juli 2012 voor de hand lag dat de depositohouder gebruik zou maken van zijn verrekeningsbevoegdheid.

Overwogen is te bepalen dat bankspaardeposito's eigen woning geen gegarandeerde deposito's zijn, met andere woorden, dat zij niet onder de dekking van het depositogarantiestelsel vallen. Daarvan is afgezien. In de eerste plaats laat de techniek van de EU richtlijn depositogarantiestelsels²⁶ dat niet toe: bankspaardeposito's eigen woning worden niet genoemd in Bijlage 1 bij de richtlijn met toegestane uitsluitingen. In dit verband wordt erop gewezen dat tijdens de voorbereidingen van de wijzigingen van de richtlijn depositogarantiestelsels de problematiek met betrekking tot de bankspaardeposito's eigen woning is onderkend. Het Europees Parlement heeft een amendement voorgesteld, dat bepaalt dat bankspaardeposito's eigen woning worden uitgesloten van de dekking, waarbij "op grond van de wet of de contractuele overeenkomst het bedrag van de deposito's in omstandigheden waarin het deposito anders een niet-beschikbaar deposito zou zijn geworden, door de deposant kan worden verrekend of automatisch wordt verrekend met die verplichtingen". In de onderhandelingen over de wijziging van de richtlijn en in de triloog tussen het Europees Parlement, de Raad van de Europese Unie en de Europese Commissie is evenwel geen overeenstemming bereikt over het richtlijnvoorstel als geheel, hetgeen overigens niets van doen had met de problematiek inzake de bankspaardeposito's eigen woning. Het is onzeker of en wanneer er overeenstemming wordt bereikt over de wijzigingen van de richtlijn. Het is niet wenselijk daarop te wachten. Daarom wordt nu al een wijziging voorgesteld. Overigens zou een uitsluiting van bankspaardeposito's eigen woning niet voldoende zijn om aan alle drie de genoemde uitgangspunten te voldoen. Daarmee zou immers nog niet zijn bereikt dat deze deposito's dienen als zekerheid en worden aangewend om een schuld van de depositohouder aan de bank te voldoen. Dat wordt in het wetsvoorstel wel bepaald.

De middelen van het depositogarantiestelsel kunnen niet alleen worden aangewend voor vergoedingen aan de depositohouders, maar ook voor de overdracht van deposito-overeenkomsten op grond van een overdrachtsplan in het kader van een overdrachtsregeling, noodregeling of faillissement (artikel

²⁶ Richtlijn 94/19/EG van het Europees Parlement en de Raad van 30 mei 1994 inzake depositogarantiestelsels (PbEG L135, blz. 5).

3:159h). Nu bankspaardeposito's eigen woning om hiervoor genoemde redenen in nationaal recht niet kunnen worden uitgesloten van de categorie 'deposito's', is in het thans voorliggende wetsvoorstel eveneens bepaald dat DNB geen middelen uit het depositogarantiestelsel beschikbaar kan stellen voor de overgang van bankspaardeposito's eigen woning. Bepaald is dat, indien het overdrachtsplan betrekking heeft op bankspaardeposito's eigen woning, de daarmee verbonden eigenwoningschuld aan de probleeminstelling eveneens overgaat, tenzij anders is bepaald in het overdrachtsplan. Is in het overdrachtsplan niet anders bepaald, dan neemt de overnemer dus ook de verbonden schulden aan de probleeminstelling over. Er is dan geen reden meer om hem ook nog eens middelen uit het depositogarantiestelsel ter beschikking te stellen, naast de andere redenen waarom het depositogarantiestelsel niet is bedoeld voor bankspaardeposito's eigen woning die zijn verbonden met een schuld aan de bank. Volgt uit het overdrachtsplan dat de verbonden eigenwoningschulden aan de probleeminstelling niet worden overgedragen, dan blijven zij achter bij de probleeminstelling.

In dit verband moet onderscheid worden gemaakt tussen enerzijds de overdrachtsregeling en anderzijds de noodregeling en het faillissement. In geval van een overdrachtsregeling vindt de overdracht plaats zonder dat tegelijkertijd de noodregeling of het faillissement wordt uitgesproken. Dat is de situatie, besproken in de vorige alinea: de overnemer neemt de bankspaardeposito's eigen woning en de verbonden schulden over en er vindt geen verrekening plaats, tenzij anders is bepaald in het overdrachtsplan. Ingeval de goedkeuring van het overdrachtsplan tegelijkertijd wordt gevraagd met het verzoek om de noodregeling of het faillissement uit te spreken, zou zonder nadere regeling de situatie onduidelijk zijn wanneer in het overdrachtsplan geen speciale aandacht is besteed aan bankspaardeposito's eigen woning. Op grond van het overdrachtsplan gaan ook de bankspaardeposito's eigen woning over en op grond van het thans voorliggende wetsvoorstel zullen de bankspaardeposito's eigen woning en de verbonden schuld terstond opeisbaar worden en tot hun gezamenlijke beloop worden verrekend. De vraag is wat er dan gebeurt: (a) neemt de overnemer zowel de bankspaardeposito's als de eigenwoningschulden over, en worden deze niet verrekend, of (b) worden de bankspaardeposito's eigen woningen de verbonden schulden met elkaar verrekend, waardoor er geen bankspaardeposito's eigen woning meer zijn om te worden overgenomen? In beginsel wordt dit aan de probleeminstelling en de overnemer overgelaten. Wanneer het overdrachtsplan daarover evenwel niets bepaalt, dient de wet de onduidelijkheid weg te nemen. Daarom is in het wetsvoorstel in de eerste plaats bepaald dat indien het overdrachtsplan ook op de bankspaardeposito's eigen woning betrekking heeft, de verbonden schuld eveneens overgaat en artikel 3:265d van de Wet op het financieel toezicht buiten toepassing blijft, tenzij in het overdrachtsplan anders is bepaald. Voor de goede orde wordt in de tweede plaats opgemerkt dat, indien enerzijds in het overdrachtsplan is bepaald dat de verbonden schulden niet overgaan dan wel niet is bepaald dat de verbonden schulden overgaan, maar anderzijds niets is bepaald omtrent de toepassing van artikel 3:265d, dit impliceert dat artikel 3:265d toch van toepassing is. Anders gezegd: wanneer de verbonden schulden niet overgaan, wordt er verrekend.

Aandacht verdient nog dat het voornemen bestaat de nu nog bestaande ex post financiering van het depositogarantiestelsel op 1 juli 2013 te wijzigen in een ex ante financiering. Een conceptbesluit daartoe is in het kader van een

zogeheten voorhangprocedure aan beide Kamers der Staten-Generaal gezonden. Mede daarom sta ik nu in het kort stil bij de verhouding tussen het thans voorliggende voorstel en de invoering van een ex ante financiering van het DGS. Banken zullen elk kwartaal een bijdrage storten in het depositogarantiefonds, dat wordt beheerd door de op te richten Stichting depositogarantiefonds. De bankspaardeposito's eigen woning dienen niet te worden meegeteld voor de berekening van de hoogte van de depositobasis en de individuele doelomvang. De depositobasis is het bedrag van de bij een bank aangehouden gegarandeerde deposito's. Het basisbedrag dat een bank elk kwartaal dient te betalen aan de nog op te richten Stichting Depositogarantiefonds totdat de individuele doelomvang is bereikt, is 1 $\frac{2}{3}$ basispunt van de depositobasis. Het is niet redelijk dat banken een bijdrage aan de Stichting Depositogarantiefonds zouden moeten betalen over de bij hen aangehouden bankspaardeposito's eigen woning, nu in de praktijk het depositogarantiestelsel geen vergoedingen zal betalen ter zake van die deposito's; deze zullen immers door de verrekening met de verbonden schuld teniet zijn gegaan. Indien het thans voorliggende wetsvoorstel door beide Kamers van de Staten-Generaal wordt aangenomen en het wetsvoorstel tot wet wordt verheven, zal in het Besluit BPMBD Wft worden opgenomen dat bankspaardeposito's eigen woning niet meetellen voor de depositobasis.

Iets soortgelijks geldt voor de individuele doelomvang. Dat is het bedrag dat door een bank in het depositogarantiefonds moet worden opgebouwd, en bedraagt een procent van de bij die bank aangehouden deposito's. Omdat ter zake van bankspaardeposito's eigen woning in de praktijk geen beroep zal worden gedaan op het depositogarantiestelsel, is het niet redelijk dat deze deposito's wel in beschouwing zouden worden genomen bij de berekening van de hoogte van het bedrag dat een bank in het depositogarantiefonds moet opbouwen.

Tot slot verdient aandacht de situatie waarin een cliënt een hypotheekschuld heeft aan A, en een daarmee bankspaardeposito's eigen woning aanhoudt bij bank B. Twee situaties kunnen zich voordoen. De eerste situatie is die waarin DNB het depositogarantiestelsel in werking stelt. Stel dat een cliënt een hypotheekschuld heeft aan verzekeraar A van € 100.000 en bij bank B een bankspaardeposito eigen woning van € 30.000 aanhoudt. In de praktijk heeft B het bedrag van € 30.000 weer geleend aan A of zijn A en B op een andere wijze overeengekomen dat bij een eventuele deconfiture van A er in zijn netto schuldenpositie niet wordt benadeeld. Op het tijdstip dat DNB het depositogarantiestelsel in werking stelt vindt er verrekening plaats op dezelfde wijze als in de situatie waarin het bankspaardeposito eigen woning wordt aangehouden bij dezelfde onderneming als die waaraan de verbonden eigenwoningsschuld moet worden voldaan. Het saldo van het deposito dat wordt aangehouden bij B wordt op nihil gesteld en de vordering van A op de cliënt wordt verminderd tot € 70.000. De schuld die A aan B heeft uit hoofde van de overeenkomst van lening aan A wordt eveneens op nihil gesteld. Op die wijze blijven de nettoposities van de depositohouder, A en B gelijk.

De tweede situatie is die waarin DNB wenst dat de bij B aangehouden deposito's in een overdrachtsregeling als bedoeld in artikel 3:159ij worden overgedragen aan bank C in verband met tekenen van een gevaarlijke ontwikkeling bij bank B. Het overdrachtsplan kan slechts betrekking hebben op de bankspaardeposito's eigen woning die worden aangehouden bij de probleeminstel-

ling, in het voorbeeld dus bank B. De eigenwoningschuld aan A kan niet op grond van het overdrachtsplan dat betrekking heeft op B worden overgedragen. Zonder nadere bepaling zou de overnemer in dat geval een bankspaardeposito eigen woning overnemen maar daarvoor geen "compensatie" krijgen, noch in de vorm van een verbonden eigenwoningschuld, noch in de vorm van een vergoeding van het depositogarantiestelsel. Het ligt om die reden niet voor de hand dat het overdrachtsplan mede betrekking heeft op bankspaardeposito's eigen woning waarmee eigenwoningschulden aan een ander dan de probleeminstelling zijn verbonden. Daarom is bepaald dat het overdrachtsplan geen betrekking heeft op bankspaardeposito's eigen woning waarmee eigenwoningschulden aan een ander dan de probleeminstelling zijn verbonden, tenzij in het overdrachtsplan anders is bepaald. Is in het overdrachtsplan niet anders bepaald, dan blijven dus de bankspaardeposito's eigen woning achter bij de probleeminstelling, en vindt de verrekening met de eigenwoningschuld aan de derde plaats, vergelijkbaar met de situatie zoals in het hierboven gegeven voorbeeld. Indien er ook ten aanzien van A tekenen van een gevaarlijke ontwikkeling zijn (bijvoorbeeld in het geval waarin A en B tot dezelfde groep behoren), zou op grond van een overdrachtsplan dat betrekking heeft op A de eigenwoningschuld aan C kunnen worden overgedragen. Daarnaast is het niet uitgesloten dat A op basis van vrijwilligheid ermee instemt dat de eigenwoningschuld wordt overgedragen aan C. Daarom wordt de mogelijkheid geboden om in het overdrachtsplan anders te bepalen.

Fiscale consequenties

Voor wat betreft de fiscale consequenties van het thans voorliggende wetsvoorstel geldt dat de verplichte verrekening op grond van artikel 3:265d van de Wet op het financieel toezicht als een deblokkering van de spaarrekening eigen woning als bedoeld in artikel 3.116a van de Wet inkomstenbelasting 2001 vormt met mogelijk een in de inkomstenbelasting belastbare uitkering tot gevolg. De vrijstelling spaarrekening eigen woning is immers aan voorwaarden gebonden, waaronder de voorwaarde dat een belastingplichtige ten minste 15 of 20 jaar bedragen heeft overgemaakt naar de spaarrekening eigen woning. Indien de verplichte verrekening voor het verlopen van deze termijnen plaats zou vinden, zou de rentecomponent in de uitkering (zijnde de verplichte verrekening) belast zijn in box 1 van de inkomstenbelasting als voordeel uit spaarrekening eigen woning. Dit acht het kabinet ongewenst. Om deze situatie te voorkomen wordt daarom in het onderhavige wetsvoorstel bepaald dat bij een verrekening op grond van artikel 3:265d van de Wet op het financieel toezicht – die geldt als een aflossing van de eigenwoningschuld – wordt geacht te zijn voldaan aan de als hoofdregel geldende voorwaarde voor de vrijstelling spaarrekening eigen woning dat tenminste 15 of 20 jaar bedragen zijn overgemaakt. Een andere fiscale consequentie van het onderhavige wetsvoorstel is dat als gevolg van de verplichte verrekening de eigenwoningschuld wordt verminderd. Dit is doorgaans in het nadeel van de belastingplichtige, die, doordat hij minder hypotheekrente betaalt, een lagere hypotheekrenteafrek geniet terwijl hij niet het oogmerk had zijn lening (deels) af te lossen. Als de belastingplichtige vervolgens zou overgaan tot verkoop van zijn eigen woning en aankoop van een nieuwe woning zou de belastingplichtige voor het bedrag waarmee de eigenwoningschuld door de verplichte verrekening is afgenomen, worden geconfronteerd met de bijleenregeling.

Onder het huidige recht, op grond waarvan de spaarrekening eigen woning niet verplicht wordt verrekend in een situatie als genoemd in artikel 3:265d van de Wet op het financieel toezicht, zou deze ofwel als vordering in de boedel van de failliete bank achter blijven ofwel op grond van het depositogarantiestelsel uitgekeerd worden. In het laatste geval zou de curator mogelijk van de hypotheekgever (de depositohouder / schuldenaar) eisen dat hij de uitgekeerde gelden gebruikt ter aflossing van de hypotheek. In dat geval zou de belastingplichtige fiscaal in eenzelfde situatie komen als die waarin hij door dit wetsvoorstel wordt gebracht. De fiscaal onaantrekkelijke gevolgen van dit wetsvoorstel - die zich dus ook kunnen voordoen in de huidige situatie - kunnen echter door de belastingplichtige ongedaan worden gemaakt door bij een andere bank de lening te herfinancieren. In een beleidsbesluit van de Belastingdienst²⁷ wordt namelijk met toepassing van de hardheidsclausule goedgekeurd dat bij herfinanciering de oude fiscale situatie in ere mag worden hersteld. Dat betekent dat de lening tot maximaal het bedrag van de schuld ten tijde van de toegepaste verrekening kan worden aangemerkt als eigenwoningsschuld. De huidige tekst van dat beleidsbesluit staat deze goedkeuring slechts toe bij verrekening op grond van artikel 53 van de Faillissementswet, dus in het kader van de afwikkeling van een faillissement. Bij aanvaarding van dit wetsvoorstel zal deze goedkeuring derhalve worden uitgebreid tot situaties van verplichte verrekening op grond van artikel 3:265d van de Wet op het financieel toezicht.

Daarnaast wordt in dit wetsvoorstel geregeld dat in een situatie dat een belastingplichtige een kapitaalverzekering eigen woning, een spaarrekening eigen woning of een beleggingsrecht eigen woning, afsluit ter vervanging van een verplicht verrekende spaarrekening eigen woning, het nieuw afgesloten product voor de eigenwoningregeling in de Wet inkomstenbelasting 2001 geacht wordt een voortzetting te zijn van de oude spaarrekening eigen woning.

§8. Overige wijzigingen

Naast de hierboven separaat beschreven inhoudelijke onderwerpen, zijn er in dit wetsvoorstel ook andere onderwerpen opgenomen. Onder andere worden wijzigingen in de Wta en de Wtra aangebracht en wordt de Postbankwet ingetrokken.

De Wta wordt gewijzigd om de handhaving te optimaliseren van het verbod om onbevoegd een accountantstitel te dragen dan wel om zich onbevoegd als accountant te profileren. De huidige strafrechtelijke handhaving zal worden vervangen door een bestuursrechtelijke handhaving. Hierbij zal de mogelijkheid worden gecreëerd om toezichthouders aan te wijzen.

Op het gebied van accountantstuchtrechtspraak worden twee wijzigingen voorgesteld: (i) een aanpassing van de verjaringstermijn van drie jaar in artikel 22, eerste lid, van de Wtra, zodat deze termijn pas begint te lopen op het moment dat de klager op de hoogte is van het verwijtbare karakter van de gedragingen van de accountant en (ii) het creëren van een bevoegdheid voor de accountantskamer om klachten ambtshalve aan te vullen, ook in klachtzaken die geen betrekking hebben op wettelijke controles.

²⁷ Besluit van 10 juni 2010, DGB2010/921, onderdeel 3.5.

Tevens bevat dit voorstel een bepaling waarmee de Postbankwet wordt ingetrokken. Met die wet werd in 1985 de minister van Financiën gemachtigd om de rechtspersoon Postbank NV op te richten. Verder bevat de Postbankwet een aantal bepalingen die met name de rechtsbetrekkingen en financiële huishouding van de op te richten bank regelen en haar enkele taken en bevoegdheden toebedelen. Nu er sinds een aantal jaar geen (financiële of zeggenschaps-) relatie meer bestaat tussen de Staat en de Postbank en de rechtspersoon Postbank NV bovendien in 2009 geheel is verdwenen ten gunste van de verkrijgende entiteit ING, is het belang aan de Postbankwet ontvallen. Voor een nadere toelichting bij deze bepalingen wordt verwezen naar de artikelsgewijze toelichting.

§9. Administratieve lasten, nalevingkosten en toezichtkosten

Onderstaand zal inzicht worden gegeven in de gevolgen voor de administratieve lasten, nalevingskosten en toezichtkosten voor zover relevant bij de verschillende onderwerpen uit dit wetsvoorstel.

a. Toezicht op afwikkelondernemingen

Nalevingskosten

Naar verwachting zullen er initieel maximaal tien partijen onder de reikwijdte van deze wet vallen. Zoals eerder opgemerkt vindt het toezicht op afwikkelondernemingen nu indirect plaats door middel van oversightkaders of stilzwijgende overeenkomsten. Deze kaders zijn gebaseerd op internationale normen die ofwel gelijk zijn aan de normen die ten grondslag liggen aan het thans voorliggende wetsvoorstel, de hierboven reeds genoemde de PFMI, ofwel in hoge mate inhoudelijk vergelijkbaar zijn. Inhoudelijk betekent dit dat de normen uit de bestaande toezichtkaders vrijwel ongewijzigd worden overgenomen. Het wettelijk verankeren van deze normen leidt niet tot meer kosten in de naleving ten opzichte tot de situatie onder de thans bestaande oversightkaders en stilzwijgende overeenkomsten.

Overzicht administratieve lasten

In onderstaande tabel wordt een overzicht gegeven van de additionele administratieve lasten die voortvloeien uit het wetsvoorstel. Vervolgens worden deze hieronder toegelicht.

- (1) Bestaande lasten uit hoofde van Oversightkader CSS € 71.250.
 - (2) Additionele administratieve lasten voortvloeiend uit het wetsvoorstel € 1.900.
- Totaal: € 73.150.

Ad 1: Bestaande lasten voortvloeiend uit toezichtkaders

In het kader van de nulmeting die is verricht in 2004 van de administratieve lasten voor het wetgevingsdomein van de financiële markten, zijn de administratieve lasten van het toezicht op afwikkelondernemingen in een bijlage bij

het eindrapport meegenomen. Bij de betalingssystemen gaat het om administratieve lasten die voortvloeien uit:

- A. Risicoanalyses die door DNB worden verricht. Hiertoe verstrekt Equens informatie in de vorm van het aanleveren van documentatie en het beantwoorden van vragen tijdens overleggen en interviews.
- B. Initiële en reguliere toetsingen die DNB uitvoert. Hiertoe verstrekt Equens informatie door middel van het aanleveren van documentatie (bijv. een risicomangementplan) en het laten afnemen van interviews. Bovendien kan DNB onderzoek ter plaatse verrichten.
- C. Overleg dat DNB voert met Equens. Dit overleg bestaat uit overleg met de directie van Equens, tripartiet overleg in aanwezigheid van de directie van Equens met de externe accountant van Equens, periodiek overleg met het lijnmanagement (in beginsel eens per jaar) en de interne Accountantsdienst (in beginsel eens per kwartaal) en ad hoc overleg bij calamiteiten.
- D. Documentatie en rapportages die DNB analyseert. Equens levert hiertoe maandelijkse rapportages aan evenals ad hoc rapportages in het geval van storingen andere incidenten.

Het tijdsbeslag van bovenstaande handelingen is geschat op 750 uren. Uitgaande van het vastgestelde uurtarief vastgesteld ad € 95, bedragen de administratieve lasten voor Equens onder het Toezichtskader Interpay in geld uitgedrukt € 71.250.

Ad 2: Additionele administratieve lasten voortvloeiend uit de voorgestelde bepalingen in het Deel Prudentieel toezicht financiële ondernemingen

De additionele administratieve lasten als gevolg van het voorgestelde toezicht kunnen worden onderverdeeld naar lasten, gemoeid met de vergunningaanvraag en lasten, gemoeid met de informatiebehoefte van de toezichthouders in het kader van het lopende toezicht.

Een van de belangrijkste wijzigingen ten opzichte van de huidige situatie is dat afwikkelondernemingen een vergunning zullen moeten hebben voor het verlenen van afwikkeldiensten aan betaaldienstverleners met wie zij niet in een groep zijn verbonden. De aanvraag van een dergelijke vergunning leidt tot een zeer lichte eenmalige toename van de administratieve lasten. Voor bestaande afwikkelondernemingen zal dit gering zijn omdat zij reeds actief zijn op de Nederlandse markt. In het overgangsrecht is bepaald dat zij zich binnen drie maanden na inwerkingtreding van de wetschriftelijk bij DNB melden en de gegevens verstrekken die DNB en AFM nodig hebben om te bepalen of zij voldoen aan het bij dit deel bepaalde. Gelet op het huidige toezicht en overleg dat in het kader hiervan plaatsvindt tussen overseers en afwikkelondernemingen, zal dit niet veel moeite kosten. Deze gegevens zullen nu reeds bij de afwikkelondernemingen intern beschikbaar zijn en hooguit intern bewerkt en gecontroleerd moeten worden. De afwikkelondernemingen zullen hier naar schatting eenmalig 20 uur aan kwijt zijn tegen een tarief van € 95, dat wil zeggen een administratieve lastenstijging van € 1.900 per afwikkelonderneming.

Een versie van het wetsvoorstel afwikkeldiensten is, voordat het was ingediend bij de Tweede Kamer, voorgelegd aan het Adviescollege Toetsing Administratieve Lasten (Actal). Actal heeft op grond van haar selectiecriteria geen aanleiding gezien advies uit te brengen. Op grond van de versie van genoemd wets-

voorstel zou toezicht zou worden gehouden op drie afwikkelondernemingen: Equens, LCH Clearnet en Euroclear Nederland. Op grond van het thans voorliggende wetsvoorstel wordt van deze drie partijen alleen op Equens toezicht uitgeoefend. Daarnaast zal toezicht worden uitgeoefend op initieel minder dan tien andere partijen die afwikkeldiensten verrichten voor de Nederlandse retail markt. Het is op dit moment nog niet zeker welke staten zullen worden aangegeven als staten met een adequaat toezicht en hoeveel afwikkelondernemingen dientengevolge een vergunning dienen te hebben.

b. Algemene zorgplicht voor financiële dienstverleners

Omdat het onderhavige voorstel geen specifieke informatieverplichtingen bevat, brengt dit voorstel geen gevolgen voor de administratieve lasten met zich mee. Wat betreft de inhoudelijke nalevingskosten geldt dat de algemene zorgplicht geen specifieke eisen met betrekking tot het gedrag van financiële dienstverleners vastlegt, maar een open norm die fungeert als vangnet indien specifieke regels ontbreken. Hierdoor zullen de inhoudelijke nalevingskosten voor financiële dienstverleners beperkt zijn en zich niet structureel voordoen. Ten aanzien van de toezichtskosten is de verwachting dat het onderhavige voorstel niet zal leiden tot een significante en structurele verhoging van de toezichtskosten, nu de algemene zorgplicht fungeert als vangnet. Het is dan ook de verwachting dat de AFM in haar toezichtstaak beperkt gebruik zal maken van dit instrument.

c. Financiële verslaggeving

De wijzigingen die verband houden met de verbetering van de informatievoorziening aan beleggers, zorgen voor extra lasten bij uitgevende instellingen. Het gaat hier in eerste instantie om informatieverplichtingen aan derden en niet aan de overheid. Deze informatieverplichtingen worden derhalve beschouwd als inhoudelijke nalevingskosten.

Uitgevende instellingen worden verplicht om een persbericht op te stellen wanneer de vastgestelde jaarrekening afwijkt van de opgemaakte jaarrekening. Een dergelijk bericht moet op de website van de uitgevende instelling geplaatst worden. Dit kost een medewerker ongeveer een half uur. De kosten van plaatsing op de website bedragen, uitgaande van standaardpersoneelskosten van € 62 per uur ($0,5 \text{ uur} * € 62 =$) € 31 per instelling. De kosten van de opstelling van een persbericht hangen samen met de complexiteit van de materie. Het is gebruikelijk bij uitgevende instellingen dat als de tekst van een persbericht in concept is opgesteld er nog een juridische toets plaatsvindt alvorens het bericht wordt uitgebracht. Gemiddeld genomen zal een uur worden besteed aan het opstellen en toetsen van het persbericht. De kosten van het persbericht bedragen daarmee ($1 \text{ uur} * € 62 =$) € 62 per uitgevende instelling.

Op grond van artikel 5:25m, zesde lid, van de Wft dient het persbericht ook te worden toegezonden aan de AFM. Toezending aan de AFM per e-mail kost ongeveer vijf minuten. De kosten bedragen daarmee ($5/60 * € 62 =$) € 5 per uitgevende instelling. Het valt lastig in te schatten bij hoeveel instellingen dit jaarlijks gebeurt. In het uiterst theoretisch geval dat de vastgestelde jaarrekening elk jaar bij alle 266 onder toezichtstaande instellingen afwijkt van de opgemaakte jaarrekening, zullen de inhoudelijke nalevingskosten ($266 * € 98 =$) € 23.647 per jaar bedragen. Aangezien dit het absolute maximum is, zullen de

inhoudelijke nalevingskosten in werkelijkheid veel lager liggen. Wanneer jaarlijks bij bijvoorbeeld vijf instellingen de vastgestelde jaarrekening afwijkt van de opgemaakte, bedragen de inhoudelijke nalevingskosten € 490.

De andere nieuwe verplichting betreft het algemeen verkrijgbaar stellen van de mededeling als bedoel in artikel 362, zesde lid, van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek. De kosten bestaan uit het op de website plaatsen van de mededeling en het toezenden aan de AFM. Ook hier is echter niet duidelijk om hoeveel gevallen het gaat. Het algemeen verkrijgbaar stellen van een mededeling als bedoeld in artikel 362, zesde lid, van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek kan alleen worden gedaan door uitgevende instellingen die de verslaggevingsvoorschriften van het Burgerlijk Wetboek toepassen. Het valt lastig in te schatten hoeveel instellingen dat zijn. In het uiterst theoretisch geval dat alle uitgevende instellingen elk jaar een dergelijke mededeling doen, zullen de inhoudelijke nalevingskosten ($266 * € 36$) = € 9.576 per jaar bedragen. Dit maximum zal echter nooit gehaald worden, omdat niet alle onder toezichtstaande instellingen de voorschriften uit het BW toepassen. Onder toezichtstaande instellingen met zetel in een andere lidstaat passen bijvoorbeeld ingevolge artikel 5:25c, vierde lid, van de Wft de voorschriften uit de desbetreffende lidstaat toe (welke zijn gebaseerd op Europese regelgeving). De inhoudelijke nalevingskosten zullen in werkelijkheid derhalve veel lager liggen. Wanneer jaarlijks bijvoorbeeld vijf instellingen een mededeling omtrent het ernstig tekort schieten van de jaarrekening doen, bedragen de inhoudelijke nalevingskosten € 180.

d. Bankspaardeposito's eigen woning

Het voorstel om de bankspaardeposito's eigen woning een bijzondere positie te geven in het kader van het depositogarantiestelsel en de overdrachtsregeling brengt geen administratieve lasten met zich mee. Voor de volledigheid wordt opgemerkt dat dit voorstel leidt tot een verlichting van andere dan administratieve lasten; banken zullen als gevolg van dit voorstel minder behoeven te voldoen aan het depositogarantiestelsel

ARTIKELSGEWIJS

ARTIKEL I

A

In artikel 1:1 worden zes definities ingevoegd:

afwikkelonderneming

In de onderdelen a tot en met d zijn de vier werkzaamheden opgenomen waaruit de afwikkeling van een betalingstransactie kan bestaan. Zie daarover subparagraaf 2 van de paragraaf betreffende afwikkelondernemingen in het algemene gedeelte van deze toelichting. Onderdeel e biedt de grondslag om bij algemene maatregel van bestuur andere werkzaamheden aan te wijzen.

afwikkelonderneming met zetel in een niet-aangewezen staat

Nu ook voor de begrippen "clearinginstelling in een niet-aangewezen staat", "herverzekeraar in een niet-aangewezen staat" en "natura-uitvaartverzekeraar

in een niet-aangewezen staat een definitie is opgenomen, wordt nu een definitie van "afwikkelonderneming met zetel in een niet-aangewezen staat" voorgesteld. Een staat die is aangewezen in het kader van het toezicht op bijvoorbeeld clearinginstellingen behoeft niet tevens te zijn aangewezen in het kader van toezicht op afwikkelondernemingen. Zie voor de grensoverschrijdende aspecten van het toezicht op afwikkelonderneming het algemene gedeelte van deze toelichting.

bankspaardeposito eigen woning

Voor de definitie van bankspaardeposito's eigen woning is aansluiting gezocht bij de Wet inkomstenbelasting 2001. Overwogen is de term «spaarrekening eigen woning» in artikel 3:116a van de Wet inkomstenbelasting 2001 over te nemen in de Wft. Daarvan is afgezien, nu de terminologie in de Wft niet "rekening" is maar "deposito", overeenkomstig de richtlijn depositogarantiestelsels.

betaalproduct

Een betaalproduct is het geheel van verbintenissen die zijn overeengekomen tussen de afwikkelonderneming en een betaaldienstverlener op basis waarvan aan de betaaldienstgebruiker betaalinstrumenten worden aangeboden. Het begrip "betaalinstrument" is reeds gedefinieerd. Tot de overeengekomen voorwaarden kunnen bepaalde processen, procedures, technische middelen en licenties worden gerekend. De bekendste betaalproducten zijn de pinpas en de incasso. Een pinpas is een door de uitgevende bank aan de houder verstrekte pas die tezamen met een persoonlijk identificatie nummer – de pincode – geschikt is voor gebruik in geautomatiseerde systemen in het betalingsverkeer. Het verschaft de houder langs elektronische weg direct toegang tot zijn betaalrekening. Met dit betaalproduct kan via geldautomaten geld worden opgenomen van de eigen bankrekening en kunnen in winkels via betaalautomaten aankopen worden betaald. De incasso is een betaalproduct waarmee de begunstigde een bedrag van de rekening van debiteuren - consumenten en bedrijven - naar zijn rekening laat overschrijven.

eigenwoningschuld

Evenals voor de definitie bankspaardeposito eigen woning is voor de definitie eigenwoningschuld aansluiting gezocht bij de Wet inkomstenbelasting 2001.

saldere

Een van de werkzaamheden die de afwikkelonderneming kan verrichten is het vaststellen van geldelijke vorderingen of verplichtingen van betaaldienstverleners uit hoofde van betaalopdrachten van betaaldienstgebruikers. In het dagelijkse spraakgebruik wordt dit ook wel "verrekenen" genoemd, maar onzeker is of het ook "verrekenen" in de zin van artikel 6:127 BW is. Zo kan worden betwijfeld of deze "verrekening" plaatsvindt door middel van een verklaring van de schuldenaar, nu het de afwikkelonderneming is die de vorderingen over en weer vaststelt. Daarom is gekozen voor de term "saldere".

Voorts worden in artikel 1:1 vier definities aangepast:

aangewezen staat

Deze wijziging houdt verband met de invoering van toezicht op afwikkelondernemingen. De wijziging houdt verband met de regeling inzake grensoverschrijdende aspecten daarvan. Zie het algemene gedeelte van de toelichting en de toelichting op artikel 2:30.c.

co-assurantie binnen de Unie

Met deze wijziging wordt de Wft in overeenstemming gebracht met de terminologie na de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon.

financiële onderneming

De term financiële onderneming is een generiek begrip in de Wft. Op de naleving van de Wft door financiële ondernemingen die een vergunning op grond van een van de bijzondere delen hebben, wordt toezicht gehouden door de AFM en DNB. De bevoegdheden die de toezichthouders daartoe ingevolge het Algemeen deel hebben, kunnen, tenzij anders bepaald, worden uitgeoefend jegens alle financiële ondernemingen. Door ook afwikkelondernemingen als financiële onderneming aan te merken, kunnen de toezichthouders deze bevoegdheden ook jegens hen uitoefenen.

registerhouder

De voorgestelde wijzigingen houden verband met de invoeging van nieuwe afdelingen in de Wft in het kader van het toezicht op afwikkelondernemingen.

B

In het opschrift van de paragraaf wordt afwikkelondernemingen ingevoegd.

C

Met de aanvulling van artikel 1:4 van de Wft wordt duidelijk gemaakt dat DNB geen afwikkelonderneming is in de zin van deze wet. Zonder deze bepaling zou DNB, strikt genomen, kunnen worden aangemerkt als afwikkelonderneming omdat zij het zogenaamde Target 2 afwikkelstelsel hanteert voor het afwikkelen van betalingsverkeer tussen de verschillende banken.

D

Met de voorgestelde wijziging wordt de Wft in overeenstemming gebracht met de terminologie na de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon.

E

De wijzigingen van artikel 1:18 van de Wft houden verband met de implementatie van Richtlijn nr. 2004/39/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 april 2004 betreffende markten voor financiële instrumenten, tot wijziging van de Richtlijnen nr. 85/611/EEG en 93/6/EEG van de Raad en van Richtlijn nr. 2000/12/EG van het Europees Parlement en de Raad en houdende intrekking van Richtlijn 93/22/EEG van de Raad (PbEU L 145) (hierna: MiFID). Artikel 2, eerste lid, van deze richtlijn bepaalt welke personen, instellingen en ondernemingen zijn vrijgesteld van de reikwijdte van MiFID. Enkele onderdelen van artikel 2, eerste lid, van de MiFID zijn echter niet geheel conform de richtlijn geïmplementeerd in de Wft, waardoor de reikwijdte van de Wft op deze onderdelen afwijkt van de reikwijdte van MiFID. De onderhavige wijzigingen in artikel 1:18, onderdelen a, b, en h, van de Wft herstellen dit.

De onderdelen a, b, en h van artikel 1:18 van de Wft betreffen de implementatie van artikel 2, eerste lid, onderdelen a, e, en d van de MiFID. In de desbetreffende bepalingen van de MiFID, wordt bepaald dat de MiFID niet van toe-

passing is op personen die uitsluitend beleggingsdiensten of –activiteiten verlenen binnen een groep, uitsluitend een werknemersparticipatieplan beheren, of uitsluitend handelen voor eigen rekening. In artikel 1:18, onderdelen a, b en h, van de Wft wordt door de systematiek van de Wft niet de persoon maar de activiteit uitgesloten van de reikwijdte van de Wft. Hierdoor zijn de wettelijke uitzonderingen in de Wft ruimer dan in de MiFID. Immers, volgens de MiFID zijn alleen de personen die uitsluitend die diensten verlenen of activiteiten verrichten uitgezonderd van het toezicht, terwijl onder de Wft die diensten en activiteiten zijn uitgezonderd van de reikwijdte, ook als zij in combinatie met andere beleggingsdiensten of –activiteiten worden verleend of verricht. De onderhavige wijziging van artikel 1:18 van de Wft herstelt dit. Deze wijziging heeft een beperkt effect op de onderneming die deze activiteiten verricht. De reikwijdte van de wet wordt uitsluitend uitgebreid voor beleggingsondernemingen die al andere beleggingsdiensten verlenen of beleggingsactiviteiten verrichten waarvoor zij reeds onder toezicht staan. Het verschil is dat de toepassing van de wet wordt uitgebreid zodat voor die ondernemingen ook de activiteiten als bedoeld in artikel 1:18, onderdelen a, b en h, van de Wft onder toezicht komen te staan.

De wijziging van de aanhef van artikel 1:18 van de Wft houdt verband met het vervallen van artikel 4:90e, negende lid, van de Wft (zie onderdeel JJJ).

F

Artikel 1:48 van de Wft bepaalt dat indien DNB voor de verlening van een vergunning dient te beoordelen of de aanvrager voldoet aan hetgeen is bepaald bij of krachtens het Deel Gedragstoezicht financiële ondernemingen, zij daarover eerst advies vraagt aan de AFM alvorens te beslissen. DNB is de toezichthouder die het verzoek om de verlening van een vergunning aan een afwikkelonderneming beoordeelt: zie de artikelen 2:30b, 2:30d en 2:30g. Dat neemt evenwel niet weg dat bij de vergunningverlening gedragsaspecten zijn betrokken die door de AFM worden beoordeeld. De voorgestelde wijziging van artikel 1:48 strekt ertoe te bepalen dat DNB, alvorens te beslissen op een aanvraag als bedoeld in de artikelen 2:30b of 2:30d en 2:30g, hierover advies vraagt aan de AFM.

G

Bij Wet van 22 december 2011 tot wijziging van de Wet op het financieel toezicht en enige andere wetten ter implementatie van richtlijn nr. 2009/110/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende de toegang tot, de uitoefening van en het prudentieel toezicht op de werkzaamheden van instellingen voor elektronisch geld, tot wijziging van de Richtlijnen 2005/60/EG en 2006/48/EG en tot intrekking van Richtlijn 2000/46/EG (PbEU L 267) (Stb. 2011, 670) is in de Wft "EU-moederkredietinstelling" overal vervangen door "EU-moederbank". Verzuimd is toen deze wijziging ook in artikel 1:54c door te voeren. Deze omissie wordt hiermee hersteld.

H

De toevoeging van onderdeel i aan het eerste lid van artikel 1:93 van de Wft strekt ertoe dat de geheimhoudingsplicht, zoals neergelegd in artikel 1:89 van de Wft, er niet aan in de weg staat dat vertrouwelijke gegevens gedeeld wor-

den tussen enerzijds DNB en de AFM en anderzijds de overige participanten van het samenwerkingsverband FEC. Deze wijziging strekt ertoe de samenwerking binnen het samenwerkingsverband FEC efficiënt te laten verlopen, zodat zij haar belangrijke rol als versterker van de integriteit van de financiële sector gestalte kan geven. In het artikel wordt de term "de participanten" van het samenwerkingsverband FEC gebruikt en niet de term "partners" die in art. 1 van het Convenant FEC 2009 wordt gehanteerd. De reden hiervoor is dat het artikel niet alleen ziet op de huidige partners in het FEC, genoemd in lid 1 van art. 1 van het Convenant FEC 2009, maar ook op andere organisaties die met instemming van de FEC-raad mogen deelnemen aan bepaalde activiteiten van het FEC, zoals bijvoorbeeld aan specifieke FEC-projecten (lid 3 van artikel 1). De term "participanten" dekt zowel de organisaties die vast partner zijn van het FEC als de tijdelijk deelnemende organisaties. Deze laatste categorie mag, naast instemming van de FEC-raad, alleen tijdelijk aan het FEC deelnemen wanneer het Informatieprotocol FEC 2011 ook formeel op hen van toepassing is verklaard door ondertekening door de verantwoordelijke bestuurders van die organisaties. Voor de formulering van dit artikel is onder andere aangesloten bij artikel 43c, eerste lid, onderdeel u, van de uitvoeringsregeling Algemene wet inzake Rijksbelastingen 1994 en artikel 20 van de Wet politiegegevens. Zie voor een verdere toelichting van deze wijziging paragraaf 6 van het algemeen deel van deze toelichting.

I

Met de onderhavige wijziging van artikel 1:97 van de Wft wordt bepaald dat een besluit tot het opleggen van een bestuurlijke boete ter zake van overtreding van artikel 4:24a, derde lid, Wft (algemene zorgplicht voor financiële dienstverleners) na bekendmaking openbaar wordt gemaakt door de AFM. Omdat wordt voorgesteld om overtreding van artikel 4:24a, derde lid, van de Wft beboetbaar te stellen met boetecategorie 2, wordt het besluit tot het opleggen van een bestuurlijke boete in de regel niet openbaar gemaakt. Aangezien dit wel wenselijk wordt geacht, wordt artikel 4:24a, derde lid, van de Wft toegevoegd aan de opsomming in artikel 1:97, eerste lid, onderdeel c, van de Wft.

J

Artikel 2:23 van de Wft is bij de Wet van 22 december 2011 tot wijziging van de Wet op het financieel toezicht en enige andere wetten ter implementatie van richtlijn nr. 2009/110/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende de toegang tot, de uitoefening van en het prudentieel toezicht op de werkzaamheden van instellingen voor elektronisch geld, tot wijziging van de Richtlijnen 2005/60/EG en 2006/48/EG en tot intrekking van Richtlijn 2000/46/EG (PbEU L 267) (Stb. 2011, 670) vervallen. De verwijzing in artikel 1:105 is evenwel blijven staan. Deze omissie wordt thans hersteld.

De andere voorgestelde wijziging van artikel 1:105 beoogt dat hetgeen is bepaald bij of krachtens afdeling 1.6.1. met betrekking tot een vergunning van overeenkomstige toepassing is op een ontheffing met betrekking tot afwikkelondernemingen.

K

Met de voorgestelde wijzigingen wordt de Wft in overeenstemming gebracht met de terminologie na de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon.

L

Betreffende het vervallen van de verwijzing naar artikel 2:23 wordt verwezen naar de desbetreffende toelichting bij onderdeel J.

Indien DNB ontheffingen verleend aan een afwikkelonderneming voor het verrichten van activiteiten zonder een vergunning, dienen de desbetreffende ontheffingen te worden door de registerhouder te worden ingeschreven.

Aan artikel 1:107, derde lid, van de Wft is bij de Wet financiële markten 2012 een onderdeel k toegevoegd. De Wet van 22 december 2011 tot wijziging van de Wet op het financieel toezicht en enige andere wetten ter implementatie van richtlijn nr. 2009/110/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende de toegang tot, de uitoefening van en het prudentieel toezicht op de werkzaamheden van instellingen voor elektronisch geld, tot wijziging van de Richtlijnen 2005/60/EG en 2006/48/EG en tot intrekking van Richtlijn 2000/46/EG (PbEU L 267) (Stb. 2011, 670) heeft eveneens een onderdeel k toegevoegd. Derhalve bevat artikel 107, derde lid, thans twee onderdelen k. Het tweede onderdeel k wordt verletterd tot onderdeel l.

M

Op grond van de Wft kunnen lichte ontheffingen in het kader van markttoegang (ontheffing van bepaalde vergunningeisen) en lichte ontheffingen in het kader van lopend toezicht (ontheffing van bepaalde lopend-toezichteisen uit de Delen Prudentieel toezicht financiële ondernemingen en Gedragstoezicht financiële ondernemingen) worden aangevraagd. Indien in het kader van de markttoegang ontheffing wordt aangevraagd van bepaalde vergunningeisen en die eisen gelijkloend zijn aan lopend-toezichteisen, is de ontheffing van de vergunningeisen niet slechts beperkt tot de toegang tot de financiële markten. De vergunningaanvrager of vergunninghouder hoeft dus niet ook nog eens ontheffing aan te vragen in het kader van lopend toezicht. Om deze regel ook van toepassing te laten zijn op afwikkelondernemingen, wordt artikel 2:2 van de Wft aangepast.

Bij de Wet introductie premiepensioeninstellingen is artikel 2:54h in de Wft ingevoegd. Nagelaten is evenwel het desbetreffende artikel in te voegen in de opsomming van artikel 2:2. Deze omissie wordt hiermee hersteld.

N

Voor het toezicht op afwikkelondernemingen wordt een vergunningstelsel geïntroduceerd. Aangesloten wordt bij de systematiek van de overige bepalingen in het Deel Markttoegang financiële ondernemingen, die gelden voor financiële ondernemingen. De nieuwe afdeling vangt aan met bepalingen met betrekking tot afwikkelondernemingen met zetel in Nederland.

In het voorgestelde artikel 2:3.0a, eerste lid, is de vergunningplicht opgenomen. In het tweede lid wordt hetzelfde onderscheid aangebracht als in de definitie van 'afwikkelonderneming' in artikel 1:1 van de Wft. Dit betekent dat in de vergunning uitdrukkelijk moet worden vermeld voor welk van de genoemde typen bedrijf van afwikkelonderneming de vergunning wordt verleend. Met een vergunning die is beperkt tot het verlenen van het ene type uitoefening mogen geen andere typen van het bedrijf van afwikkelonderneming worden uitgeoefend.

In het voorgestelde artikel 2:3.0b worden de voorschriften genoemd ten aanzien waarvan de aanvrager in het kader van de markttoetreding moet aantonen dat daaraan zal worden voldaan tijdens lopend toezicht. Ook hiermee wordt het stelsel gevolgd dat eveneens geldt voor het toezicht op andere financiële ondernemingen. De meeste voorschriften spreken voor zich, zoals de voorschriften met betrekking tot deskundigheid en betrouwbaarheid.

In het voorgestelde artikel 2:3.0c wordt de vergunningplicht geïntroduceerd voor afwikkelondernemingen met zetel in een andere staat die het bedrijf van afwikkelonderneming uitoefent jegens betaaldienstverleners met wie zij niet in een groep zijn verbonden vanuit een in Nederland gelegen bijkantoor. In beginsel geldt de vergunningplicht voor alle afwikkelondernemingen met zetel in een andere staat, ongeacht of zij hun zetel hebben in een lidstaat dan wel een staat die geen lidstaat is. Een uitzondering op deze regel wordt gemaakt in het derde lid. Afwikkelondernemingen die hun zetel hebben in een staat die is aangewezen behoeven niet ook nog eens een vergunning op grond van de Wft te hebben. Een staat wordt aangewezen indien daar toezicht wordt uitgeoefend dat in voldoende mate waarborgen biedt ten aanzien van de belangen die de Wft beoogt te beschermen. Met de formulering van het derde lid is beoogd mede tot uitdrukking te brengen dat een staat ook dan kan worden aangewezen wanneer het toezicht in een andere staat niet identiek is aan het toezicht op grond van de Wft. Het gaat erom dat het toezicht 'in voldoende mate waarborgen biedt' ten aanzien van de belangen die de Wft beoogt te beschermen. Ook in dit artikel is hetzelfde onderscheid aangebracht als in de definitie van 'afwikkelonderneming' in artikel 1:1 van de Wft. Dit heeft als consequentie dat in de vergunning uitdrukkelijk moet worden vermeld voor de uitoefening van welk type afwikkelonderneming de vergunning wordt verleend. Met een vergunning die is beperkt tot de uitoefening van het bedrijf van één type afwikkelonderneming mag niet het bedrijf van een ander type afwikkelonderneming worden uitgeoefend. Het onderscheid heeft, in samenhang met hetgeen is bepaald in het vierde lid, voorts als consequentie dat het mogelijk is dat een staat wordt aangewezen als een staat waar het toezicht op het slechts één type afwikkelonderneming wel adequaat is, terwijl het toezicht op een ander type afwikkelonderneming niet adequaat is.

In het eerste lid is gepreciseerd wanneer sprake ervan is dat het bedrijf van afwikkelonderneming in Nederland wordt uitgeoefend door een afwikkelonderneming met zetel buiten Nederland. Er is sprake van de uitoefening van het bedrijf van afwikkelonderneming in Nederland sprake indien de afwikkelonderneming de afwikkeling verzorgt van minimaal 25% van de transacties van het in Nederland verrichte girale retailbetalingsverkeer. Of de 25%-drempel wordt overschreden, wordt berekend op jaarbasis. Eerst wanneer een afwikkelonderneming meer dan 25% verzorgt van alle transacties die gedurende een kalenderjaar in het Nederlandse girale retailbetalingsverkeer worden verricht, kan

worden gezegd dat zij voor de toepassing van artikel 2:3.0c haar bedrijf uitoefent in Nederland. Het achtste tot en met het tiende lid beoogt te regelen dat een incidentele schommeling, waardoor een afwikkelonderneming boven dan wel juist onder de 25%-drempel komt, niet ertoe leidt dat een afwikkelonderneming het ene jaar wel vergunningplichtig is, en het andere jaar niet. Daarbij moet worden onderscheiden aan de ene kant de situatie waarin een afwikkelonderneming zich onder de 25%-drempel bevindt en door een wijziging daarboven komt, en aan de andere kant de situatie waarin zij zich reeds boven de 25%-drempel bevindt – en dus onder toezicht staat – en door een wijziging daaronder komt.

Wanneer een onderneming in een bepaald kalenderjaar (jaar 1) boven de 25%-drempel komt, is zij niet direct vergunningplichtig. Eerst in het volgende kalenderjaar (jaar 2) zal bekend worden dat zij de grens heeft overschreden. In het kalenderjaar waarin bekend wordt dat zij het voorafgaande jaar de 25%-drempel heeft overschreden, heeft zij de tijd om een vergunning aan te vragen. Op haar rust een vergunningplicht met ingang van het daarop volgende jaar (jaar 3). Wanneer in jaar 2 de afwikkelonderneming meent dat de overschrijding van de 25%-grens incidenteel was, kan zij ontheffing vragen van de verplichting om met ingang van jaar 3 een vergunning aan te vragen. Wanneer DNB het verzoek om ontheffing zou afwijzen, maar in jaar 3 toch blijkt dat de afwikkelonderneming in jaar 2 onder de 25%-drempel is gezakt, is zij toch niet vergunningplichtig. Dit laatste wordt geregeld in het achtste lid, in de zinsnede die aanvangt met 'tenzij'.

De omgekeerde situatie is die, waarin een afwikkelonderneming zich boven de 25%-drempel bevindt en in een bepaald kalenderjaar (jaar 1) daaronder komt. De vergunningplicht en het toezicht worden in een dergelijk geval niet direct in het daaropvolgende jaar (jaar 2) beëindigd. Deze worden gehandhaafd indien de afwikkelonderneming gedurende de drie jaren na het zakken onder de 25%-drempel (jaren 3, 4 en 5) meer dan 20% van de transacties van het in Nederland verrichte girale retailbetalingsverkeer verzorgt. DNB kan op verzoek geheel of gedeeltelijk ontheffing verlenen indien de aanvrager aantoonbaar dat de afwikkelonderneming in de periode van drie jaren redelijkerwijs minder dan 25% van de transacties van het in Nederland verrichte girale retailbetalingsverkeer zal verzorgen. Dit is een zogeheten 'zware ontheffing' (een ontheffing van de vergunningplicht zelf) in tegenstelling tot een 'lichte ontheffing' (een ontheffing die erop neer komt een vergunning ook dan kan worden verleend indien de desbetreffende financiële onderneming niet aan een bepaalde vergunningeis voldoet). Normaal gesproken kan een zware ontheffing niet gedeeltelijk worden verleend. In het tiende lid wordt hierop een uitzondering gemaakt. Een gedeeltelijke ontheffing is in dit geval wel mogelijk. Deze komt neer op een verkorting van de termijn van drie jaar.

Verzorgt een afwikkelonderneming in de eerste drie jaren na het van kracht worden van het verbod tussen 20% en 25% van de transacties van het in Nederland verrichte girale retailbetalingsverkeer, dan is zij met ingang van jaar 6 niet langer vergunningplichtig. Verricht zij in de jaren 3, 4 of 5 minder dan 20% van de transacties van het in Nederland verrichte girale retailbetalingsverkeer, dan is zij niet langer vergunningplichtig vanaf het tijdstip waarop bekend is geworden dat zij onder de 20%-grens is gezakt; dit is bepaald in het negende lid.

In artikel 2:3.0d wordt bepaald aan welke voorschriften een afwikkelonderneming met zetel in een andere staat dient te voldoen om een vergunning te krijgen voor het uitoefenen van het bedrijf van afwikkelonderneming jegens betaaldienstverleners met wie de afwikkelonderneming niet in een groep is verbonden van vanuit een in Nederland gelegen bijkantoor. De voorschriften zijn dezelfde als die welke gelden voor de uitoefening van het bedrijf van afwikkelonderneming met zetel in Nederland jegens betaaldienstverleners met wie zij niet in een groep is verbonden, met uitzondering van de artikelen met betrekking tot de zeggenschapsstructuur (artikel 3:16) en de inrichting van de bedrijfsvoering (artikel 3:17); naar deze artikelen wordt wel verwezen in artikel 2:3.0b maar niet in artikel 2:3.0d.

Artikel 2:3.0e regelt de uitoefening van het bedrijf van afwikkelonderneming met zetel in een aangewezen staat vanuit een in Nederland gelegen bijkantoor. Voor deze afwikkelondernemingen geldt een notificatieplicht. De regeling is vergelijkbaar met bepalingen waarin de uitoefening vanuit een in Nederland gelegen bijkantoor wordt geregeld van het bedrijf van een door een Europese richtlijn geregelde type financiële onderneming (vergelijk bijvoorbeeld de artikelen 2:14 en 2:15 met betrekking tot banken en de artikelen 2:34 en 2:35 met betrekking tot verzekeraars).

Artikel 2:3.0f regelt de uitoefening van het bedrijf van afwikkelonderneming door middel van dienstverrichting naar Nederland. Dit is verboden voor afwikkelondernemingen met zetel in een niet-aangewezen staat. Er is niet voor gekozen dit zonder meer toe te staan, zoals is gebeurd bij bijvoorbeeld kredietinstellingen, noch dit geheel te verbieden, maar voor dit geval een vergunningplicht te introduceren. Op zichzelf is een vergunningplicht voor dienstverrichting naar Nederland vanuit een niet-aangewezen staat of derde land niet nieuw. Artikel 2:55 van de Wft bijvoorbeeld is zo geredigeerd dat ook voor het aanbieden van beleggingsobjecten naar Nederland door middel van dienstverrichting een vergunning is vereist. Het voorgestelde nieuwe artikel 3:35 van de Wft vormt het complement van artikel 2:3.0f. Zie ook de toelichting op dat artikel. In het tweede tot en met vijfde lid wordt bepaald wanneer diensten naar Nederland worden verricht.

In artikel 2:3.0g wordt bepaald aan welke voorschriften een afwikkelonderneming met zetel in een andere staat dient te voldoen om een vergunning te krijgen voor het uitoefenen van het bedrijf van afwikkelonderneming jegens betaaldienstverleners met wie de afwikkelonderneming niet in een groep is verbonden door middel van dienstverrichting naar Nederland. De voorschriften zijn dezelfde als die welke gelden voor de uitoefening van het bedrijf van afwikkelonderneming met zetel in Nederland jegens betaaldienstverleners met wie zij niet in een groep is verbonden.

O

De wijziging betreft een redactionele correctie.

P

Bij de Wet van 22 december 2011 tot wijziging van de Wet op het financieel toezicht, de Wet financiële markten BES en de Wet toezicht trustkantoren in verband met de introductie van de geschiktheidseis en de versterking van de

samenwerking tussen de toezichhouders in het kader van de geschiktheids- toets en de betrouwbaarheidstoets is "deskundigheid" vervangen door "ge- schiktheid". Verzuimd is toen deze wijziging ook door te voeren in de artikelen 2:10b en 5:29. Deze omissie wordt hiermee hersteld.

Q

Met de voorgestelde wijzingen wordt de Wft in overeenstemming gebracht met de terminologie na de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon.

R

In artikel 2:106.0a wordt het verlenen van afwikkeldiensten vanuit een buiten Nederland gelegen bijkantoor geregeld. Hiervoor is instemming van DNB nodig. De afwikkelonderneming dient bij of krachtens algemene maatregel van be- stuur te bepalen gegevens over te leggen. DNB stemt in indien de gegevens zijn overgelegd, tenzij de bedrijfsvoering of de financiële positie ontoereikend is.

S

Door toevoeging van "afwikkelondernemingen" in artikel 3:3 van de Wft wordt bereikt dat bij ministeriële regeling ook voor afwikkelondernemingen vrijstelling kan worden geregeld.

T

De artikelen 3:8 tot en met 3:93 van de Wft, met uitzondering van artikel 3:35 van de Wft, zien op goed bestuur door een afwikkelonderneming. Goed bestuur ziet vooral op de verhouding tussen het bestuur, de eigenaren en eventuele andere partijen, waaronder gebruikers en de autoriteiten die het publieke belang vertegenwoordigen. De kernbegrippen voor goed bestuur zijn een heldere organisatie- en verantwoordelijkheidsstructuur, transparantie, oog voor het maatschappelijke belang, oog voor de belangen van de afwikkelon- derneming, deelnemende instellingen en adviesorganen waarin deelnemende instellingen zijn vertegenwoordigd en de belangen van aandeelhouders worden behartigd.

Het belang van goed bestuur moet niet worden onderschat. De afwikkelonder- neming vormt het hart van het afwikkelproces. Doordat hun activiteiten on- derwerp zijn van "economies of scale", zijn typisch slechts enkele afwikkelon- dernemingen actief op een nationale of internationale markt. Het presteren van de afwikkelonderneming is daarom cruciaal voor de veiligheid en efficiëntie van de betreffende markten, hetgeen op zijn beurt een maatschappelijk belang dient.²⁸

Artikel 3:8 van de Wft bepaalt dat het dagelijks beleid van bepaalde financiële ondernemingen met zetel in Nederland wordt bepaald door personen die ge- schikt zijn. Aan de in dat artikel opgenomen opsomming van financiële onder- nemingen wordt de afwikkelonderneming toegevoegd. De geschiktheid wordt voorgeschreven 'in verband met de uitoefening van het bedrijf van de financië- le onderneming'. In dit verband zij opgemerkt dat het toezicht op afwikkelon-

²⁸ Zie voor een toelichting op deze artikelen ook TK 2005/05, 29 708. nr. 10, blz. 238 tot en met 240.

ondernemingen is gericht op het voorkomen van maatschappelijke ontwrichting. De geschiktheid van de personen die het dagelijks beleid van een afwikkelonderneming bepalen, zal dan ook mede in dat licht moeten worden beoordeeld. Zij dienen geschikt te zijn, niet alleen in verband met de uitoefening van het bedrijf van afwikkelonderneming, maar ook in verband met de maatschappelijke risico's. Het is niet nodig dat uitdrukkelijk onder woorden te brengen.

U

Artikel 3:9 van de Wft bepaalt dat het beleid van bepaalde financiële ondernemingen met zetel in Nederland wordt bepaald door personen die betrouwbaar zijn. Aan de in dat artikel opgenomen opsomming van financiële ondernemingen wordt de afwikkelonderneming toegevoegd.

V

Artikel 3:10 van de Wft bepaalt dat financiële ondernemingen een adequaat beleid voeren dat een integere uitoefening van hun bedrijf waarborgt. Aan de in dit artikel opgenomen opsomming van financiële ondernemingen wordt de afwikkelonderneming toegevoegd.

W

Als gevolg van de wijziging van 3:13 van de Wft worden de artikelen 3:8 tot en met 3:10 van de Wft, met betrekking tot geschiktheid, betrouwbaarheid en integere bedrijfsvoering, van overeenkomstige toepassing op een in Nederland gelegen bijkantoor van een afwikkelonderneming met zetel in een niet-aangegeven staat.

X

Artikel 3:15, eerste lid, van de Wft bepaalt dat ten minste twee natuurlijke personen het dagelijks beleid bepalen van bepaalde financiële ondernemingen. Aan de in dat lid opgenomen opsomming van financiële ondernemingen wordt de afwikkelonderneming toegevoegd. Het derde lid bepaalt welke financiële ondernemingen ontheffing kunnen vragen. Aan de in dit lid opgenomen opsomming van financiële ondernemingen wordt de afwikkelonderneming toegevoegd.

Y

Artikel 3:16, eerste lid, van de Wft bepaalt dat bepaalde financiële ondernemingen met zetel in Nederland niet zijn verbonden met personen in een formele of feitelijke zeggenschapsstructuur die in zodanige mate ondoorzichtig is dat deze een belemmering vormt of kan vormen voor het adequaat uitoefenen van toezicht op die financiële onderneming. Aan de in dat lid opgenomen opsomming van financiële ondernemingen wordt de afwikkelonderneming toegevoegd.

In het derde lid van artikel 3:16 wordt bepaald dat bepaalde financiële ondernemingen met zetel in Nederland niet zijn verbonden met personen in een feitelijke of formele zeggenschapsstructuur indien het recht van het staat die geen lidstaat is, dat op die personen van toepassing is, een belemmering vormt

of kan vormen voor het adequaat uitoefenen van toezicht op die onderneming. Aan de in dat lid opgenomen opsomming van financiële ondernemingen wordt de afwikkelonderneming toegevoegd. Er is niet voor gekozen om in een apart lid te verwijzen naar het recht van een niet-aangewezen staat. Het betreft hier het recht dat op die personen van toepassing is; dat staat te ver af van de vraag of het toezicht in die staat op afwikkelondernemingen adequaat is.

Z

Artikel 3:17 van de Wft bepaalt dat financiële ondernemingen hun bedrijfsvoering zodanig inrichten dat deze een beheerste en integere uitoefening van hun bedrijf waarborgt. Aan de in dat artikel opgenomen opsomming van financiële ondernemingen wordt de afwikkelonderneming toegevoegd. Overwogen is om de voorschriften met betrekking tot de financiële waarborgen en de beheersing van financiële risico's op te nemen in een nieuwe afdeling 3.4A.1 maar daarvan is afgezien. De plaatsing van een dergelijke bepaling in een aparte afdeling zou niet stroken met de cross-sectorale aanpak waarvoor in de Wft is gekozen. De keuze van het regelen van deze onderwerpen in artikel 3:17 van de Wft en niet in afdeling 3.4A.1 heeft geen gevolgen voor de inhoud van de regels. Bij algemene maatregel van bestuur zullen de voorschriften op dit punt worden toegevoegd op afwikkelondernemingen. Daarover kan nu reeds het volgende worden opgemerkt.

Afwikkelondernemingen dienen over adequate financiële waarborgen te beschikken. Het eigen vermogen van de afwikkelonderneming dient toereikend te zijn met het oog op de financiële risico's die kunnen leiden tot maatschappelijke ontwrichting. Een afwikkelonderneming dient te beschikken over procedures die gericht zijn op het beheersen van risico's die voortvloeien uit de uitoefening van haar bedrijf. In de algemene voorwaarden voor deelname aan het afwikkelstelsel dienen ook de verantwoordelijkheden van de afwikkelonderneming en de betaaldienstverlener te blijken.

Artikel 3:17 van de Wft zal in het Besluit prudentiële regels Wft worden uitgewerkt specifiek voor afwikkelondernemingen. Het voornemen bestaat om in dat Besluit enkele bepalingen op te nemen.

Een bepaling zal zien op de juridische grondslag voor de relatie tussen de afwikkelonderneming en de betaaldienstverlener. Een degelijke juridische grondslag is onmisbaar voor een juiste uitoefening van het bedrijf van afwikkelonderneming. De juridische grondslag bestaat uit een geheel van specifieke wetgeving gericht op afwikkelondernemingen zoals het onderhavige wetsvoorstel, meer algemene wetgeving zoals contractenwetgeving en de overeenkomsten tussen de afwikkelonderneming en de betaaldienstverlener. De verplichting voor de afwikkelonderneming om een gedegen juridische grondslag te waarborgen voor de door haar aangeboden diensten ziet vooral op de algemene voorwaarden voor deelname die zij hanteert en de overeenkomsten tussen haar en de betaaldienstverleners.

Kern van deze voorgenomen bepaling is het voorkomen of zoveel mogelijk beperken van juridische risico's. Het is in de eerste plaats de verantwoordelijkheid van de afwikkelonderneming om de juridische risico's in kaart te brengen en zo veel mogelijk te beperken. Een effectieve uitoefening van het bedrijf van afwikkelonderneming vereist dat een afwikkelonderneming haar interne regels en procedures voor de afwikkeling ook kan afdwingen.

De algemene voorwaarden en de procedures die door de afwikkelonderneming worden gehanteerd, dienen openbaar en duidelijk te zijn voor de betaaldienstverleners zodat zij zicht hebben op de risico's die deelname aan het betalingsstelsel met zich brengt. De rechten en verplichtingen voor afwikkelonderneming en betaaldienstverleners dienen duidelijk te zijn en steeds te beantwoorden aan de eisen van de laatste ontwikkelingen.

Voorts zal de voorgenomen bepaling regelen dat een gedegen juridische grondslag in ieder geval inhoudt dat de respectieve rechten en verplichtingen van de betaaldienstverleners en de afwikkelonderneming duidelijk zijn en uniform. De afdwingbaarheid van de rechten en verplichtingen van de betaaldienstverleners en de afwikkelonderneming moeten zijn gewaarborgd. Voorts moet de onherroepelijkheid en de onvoorwaardelijkheid van opdrachten tot het uitvoeren van girale betalingstransacties zijn gewaarborgd. In geval van grensoverschrijdende transacties moet het toepasselijk recht zijn bepaald of kunnen worden bepaald. Welk recht van toepassing is, volgt uit het internationale privaatrecht.

Een volgende bepaling die zal worden opgenomen in het Besluit prudentiële regels Wft zal inhouden dat afwikkelondernemingen alle operationele risico's voor het afwikkelstelsel moeten beoordelen en in kaart brengen. De technische infrastructuur en daaraan gerelateerde functies moeten operationeel betrouwbaar zijn en beschikken over voldoende capaciteit en continuïteit. Afwikkelondernemingen moeten beschikken over procedures voor gegevensbeheer, controles, noodplannen, waarborgen voor ongeautoriseerde toegang, back-up en recovery faciliteiten die het dagelijkse afwikkelproces veiligstellen. Betaaldienstverleners rekenen op afwikkelstelsels onder andere voor het afwickelen van hun girale betalingsopdrachten. Teneinde de nauwkeurigheid en integriteit van deze transacties te verzekeren, dienen afwikkelondernemingen commercieel redelijke standaarden voor de veiligheid ten opzichte van de waarde van de transacties in hun systemen in te voeren. Deze standaarden zullen in de loop van de tijd en met de technologische vooruitgang wijzigen. Om dagelijkse afwikkeling te verzekeren, dienen afwikkelstelsels een hoge mate van operationele weerstand te hebben. Dit is niet alleen een kwestie van betrouwbare technologie en adequate back-up systemen. Het vereist tevens effectieve procedures en goed opgeleid personeel dat het afwikkelstelsel veilig en efficiënt kan bedienen en zich ervan verzekert dat de procedures juist worden gevolgd. Alles bij elkaar dient dit te verzekeren dat betalingen correct, tijdig en volledig worden verwerkt en dat risicobeheersingsmaatregelen zoals betalingslimieten in acht worden genomen.

Het vereiste niveau van veiligheid en betrouwbaarheid is afhankelijk van het belang van de afwikkelonderneming en andere relevante factoren. Het vereiste niveau van veiligheid kan, bijvoorbeeld, afhangen van de beschikbaarheid van alternatieven voor het doen van betalingen in noodsituaties.

Een derde bepaling die ik voornemens ben op te nemen in het Besluit prudentiële regels Wft zal inhouden dat een afwikkelonderneming in de overeenkomst met een betaaldienstverlener bedingt dat de betaaldienstverlener voldoet aan voorwaarden met betrekking tot zijn bedrijfsvoering ter beheersing van de risico's met het oog op de nakoming van zijn verplichtingen in verband met de uitoefening van het bedrijf van afwikkelonderneming. Het is aan de afwikkelonderneming hoe zij dat bedingt, maar het ligt in de lijn der verwachting dat zij een beding dienaangaande zal opnemen in de algemene voorwaarden.

Een vierde bepaling die zal worden opgenomen in het Besluit prudentiële regels Wft betreft het volgende. De eerste stap bij salderen is dat beide partijen het

eens zijn over de voorwaarden van de transactie; dit wordt bevestigd bij de zogenaamde transactiebevestiging. Het is van belang dat de voorwaarden van de transactie zo spoedig mogelijk duidelijk zijn tussen beide partijen en dat eventuele discrepanties worden gesignaleerd. Tijdige signalering hiervan kan helpen om fouten in registratie van transacties te voorkomen. Die fouten zouden kunnen leiden tot een toename in markt- en kredietrisico en tot een stijging van de kosten. Het voorgenomen artikel zal bepalen dat af te wikkelen transacties zonder uitstel, maar uiterlijk op de transactiedatum ('T+0') worden bevestigd. Het verdient de voorkeur transactiebevestiging meer dan een maal per dag plaats te laten vinden. Voor de goede orde wordt opgemerkt dat een transactie in geld kan leiden tot openstaande posities, bijvoorbeeld in het geval van valutahandel, waarbij het bedrag in de ene muntsoort al is betaald maar het bedrag in de andere muntsoort nog niet is ontvangen.

Op grond van een ander onderdeel van het voorgenomen artikel draagt de afwikkelonderneming ervoor zorg dat de afwikkeling van opdrachten tot salderen onverwijld wordt voltooid na het moment waarop de opdrachten zijn gegeven, maar in ieder geval conform voor de markt gebruikelijke afwikkelingstermijnen. Voor betalingssystemen wordt in de praktijk een termijn gehanteerd van 'T+0' (op de transactiedatum).

Afwikkelsystemen die gekoppeld zijn aan andere afwikkelssystemen om grensoverschrijdende transacties af te wikkelen, dienen dit te doen op een wijze die de risico's van grensoverschrijdende afwikkeling voldoende mitigeert. Het grensoverschrijdend uitoefenen van het bedrijf van afwikkelonderneming is naar zijn aard gecompliceerder en risicovoller dan nationale afwikkelingen in verband met verschillende tijdzones, jurisdicties en afwikkelssystemen. Koppelingen tussen afwikkelssystemen zullen zijn gelegen in verschillende rechtsgebieden, hetgeen juridische en operationele complicaties met zich brengt. De juridische risico's van dergelijke koppelingen houden verband met mogelijk conflicterende regelgeving. Koppelingen kunnen voorts operationele risico's met zich brengen als gevolg van de inefficiëntie die gepaard gaat met de uitvoering van het afwikkelstelsel. Deze inefficiënties kunnen bijvoorbeeld het resultaat zijn van variatie in 'openingstijden' van verschillende afwikkelssystemen. Grensoverschrijdende afwikkelssystemen kunnen ten slotte resulteren in een grotere krediet- en liquiditeitsafhankelijkheid van de verschillende systemen, vooral wanneer afwikkelssystemen operationele problemen ondervinden bij de afwikkeling. Een operationele tekortkoming in een systeem kan haar neerslag hebben in gekoppelde systemen en betaaldienstverleners blootstellen aan verliezen.

Ten slotte bestaat het voornemen in het Besluit prudentiële regels Wft een artikel op te nemen dat bepaalt dat een afwikkelonderneming met zetel in Nederland zorg ervoor draagt dat ter zake van de tegoeden die worden gebruikt voor de verevening van de verplichtingen van haar betaaldienstverleners zo weinig mogelijk kredietrisico en liquiditeitsrisico bestaat. Dit betekent dat er naar gestreefd moet worden dat er in het geheel geen kredietrisico en liquiditeitsrisico bestaat. Wanneer dit in de praktijk niet mogelijk is, dienen het kredietrisico en het liquiditeitsrisico zo klein mogelijk te zijn.

Afwikkelsystemen behelzen de overboeking van gelden tussen betaaldienstverleners voor het voldoen van betalingsverplichtingen. De meest voorkomende vorm, en ook de meeste wenselijke, is het gebruik van centralebankgelden. In het algemeen worden de gelden, tegoeden, gebruikt op de rekeningen van de

betaaldienstverleners bij een nationale centrale bank. Als dit een tegoed bij een commerciële bank zou zijn, bestaat het risico dat een dergelijke bank failliet gaat en de tegoeden niet meer beschikbaar zijn voor afwikkeling van de verplichtingen. Een centrale bank gaat in principe niet failliet, hetgeen vanuit de invalshoek van het toezicht op systeemrisico's belangrijke voordelen met zich brengt. Daarnaast dient het "rood staan" van betaaldienstverleners op een rekening bij een centrale bank altijd gedekt te zijn door onderpand. Daardoor bestaat geen kredietrisico, dat wil zeggen dat bij faillissement van een betaaldienstverlener die gebruik maakt van zijn kredietfaciliteiten om aan zijn verplichtingen te voldoen, de betaling gedekt is door het onderpand. De verschillen die vanuit risicoperceptie bestaan tussen betaling door middel van centralebankgeld en commerciële bankgeld zouden kunnen worden teruggebracht door het verbinden van voorwaarden aan betalingen in commerciële bankgeld.

De gelden voor de afwikkeling moeten worden geaccepteerd door alle betaaldienstverleners in het afwikkelingsysteem. Waar andere gelden dan centralebankgeld worden gebruikt, hangt de veiligheid van het afwikkelingsysteem vooral af van het krediet- en liquiditeitsrisico van deze gelden. Kredietrisico ontstaat hierbij wanneer het risico aanwezig is dat de betalende partij zijn verplichtingen niet zou kunnen nakomen. Liquiditeitsrisico ontstaat in dit verband wanneer de gelden niet meteen beschikbaar zijn. In beide gevallen kan het vertrouwen in het afwikkelingsysteem worden geschaad. Centralebankgeld is over het algemeen de meest voor de hand liggende gelden, omdat deze vrijwel vrij zijn van krediet- en liquiditeitsrisico. Kredietrisico ontbreekt doordat het "rood staan" bij een centrale bank, zoals gezegd, altijd gedekt moet zijn door onderpand.

In sommige afwikkelingsystemen wordt slechts in zeer beperkte mate gebruik gemaakt van gelden voor de afwikkeling. In plaats daarvan wordt gebruik gemaakt van het zogenaamde 'offsetten', het 'netteren', van verschillende Vorderingen tegen elkaar.

AA

Artikel 3:18 geeft voorschriften met betrekking tot uitbesteding. Het eerste lid spreekt van "een financiële onderneming". Dit lid hoeft niet te worden aangepast; als gevolg van de uitbreiding van de definitie van "financiële onderneming" met "afwikkelonderneming" valt dat type financiële onderneming daarvoor vanzelf onder het eerste lid. Het tweede lid bepaalt dat bepaalde financiële ondernemingen bij algemene maatregel van bestuur aan te wijzen werkzaamheden niet uitbesteden. Het derde lid geeft de grondslag om ten aanzien van bepaalde financiële ondernemingen bij algemene maatregel van bestuur nadere regels te stellen. Aan de in het tweede en derde lid opgenomen opsomming van financiële ondernemingen wordt de afwikkelonderneming toegevoegd.

BB

Tijdens het lopend toezicht dienen ook afwikkelondernemingen met zetel in een aangewezen staat te voldoen aan enkele voorschriften in de Wft. Een daarvan is artikel 3:17. Zoals in de toelichting op dat artikel reeds is opgemerkt, zal in het Besluit prudentiële regels Wft een aantal bepalingen worden opgenomen waarin dat artikel specifiek voor afwikkelondernemingen zal worden uitge-

werkt. Niet elk van die bepalingen dient van toepassing te zijn op afwikkelondernemingen met zetel in een aangewezen staat. Het voornemen bestaat om in dat Besluit een bepaling op te nemen dat een afwikkelonderneming er zorg voor draagt dat a) zij beschikt over adequate financiële waarborgen en b) zij beschikt over procedures die zijn gericht op het beheersen van risico's die voortvloeien uit de uitoefening van het bedrijf van afwikkelonderneming.

CC

Als gevolg van de voorgestelde wijziging van artikel 3:26 worden de artikelen 3:17 en 3:18 met betrekking tot inrichting van de bedrijfsvoering onderscheidenlijk het minimum aantal personen dat het dagelijks beleid van het bijkantoor bepaalt, van overeenkomstige toepassing op een afwikkelonderneming met een zetel in een niet-aangewezen staat die haar bedrijf uitoefent vanuit een in Nederland gelegen bijkantoor.

DD

Deze wijziging betreft een redactionele verbetering.

EE

Artikel 3:29, eerste lid, schrijft aan bepaalde ondernemingen voor van welke wijzigingen met betrekking tot eerder verstrekte gegevens kennis moet worden gegeven aan de Nederlandsche Bank. Aan de in dit artikel opgenomen opsomming van financiële ondernemingen wordt de afwikkelonderneming toegevoegd.

FF

Artikel 3:35 van de Wft is het complement van artikel 2:3.0f van de Wft, waarin het wordt verboden aan een ieder met zetel in een niet-aangewezen staat het bedrijf van afwikkelonderneming uit te oefenen door middel van het verrichten van diensten naar Nederland jegens betaaldienstverleners met wie hij niet in een groep is verbonden. De vraag kan worden gesteld in hoeverre handhaving van een verbod dat is gericht op afwikkelondernemingen met zetel in een niet-aangewezen staat op basis van het toezicht door de Nederlandse toezichthouder over de landsgrenzen kan worden geëffectueerd. Met artikel 3:35 van de Wft wordt de mogelijkheid versterkt dat het doel wordt bereikt dat met artikel 2:3.0f van de Wft wordt nagestreefd: geen uitoefening van het bedrijf van afwikkelonderneming door middel van dienstverrichting vanuit een niet-aangewezen staat. Dit doel wordt bereikt, niet alleen door een verbod op de uitoefening van het bedrijf van afwikkelonderneming, maar ook door een verbod op het gebruik maken van een afwikkelonderneming met zetel in een niet-aangewezen staat die haar bedrijf uitoefent door middel van dienstverrichting naar Nederland. Aldus worden de beide zijden van de ongewenste handeling verboden. Dit verbod past in het wezen van het systeemtoezicht op afwikkelondernemingen, dat meer is gericht op de stabiliteit van de infrastructuur van de financiële sector en het voorkomen van maatschappelijke ontwrichting als mogelijk gevolg van disrupties in het girale retailbetalingsverkeer dan het traditionele prudentiële toezicht. Het verbod om het bedrijf van afwikkelonderneming uit te oefenen vanuit een niet-aangewezen staat door middel van dienstverrichting vindt zijn primaire rechtvaardiging niet zozeer in de bescher-

ming van de afwikkelonderneming zelf, als wel in de bescherming van de infrastructuur. Daarin past het om ook een verbod op te leggen aan degenen die gebruik wensen te maken van de diensten van een afwikkelonderneming, dus aan degenen die tezamen deel uitmaken van die infrastructuur.

Voor de goede orde wordt opgemerkt dat het niet nodig is tevens een verbod op te nemen op het afnemen van diensten van een afwikkelonderneming die worden verleend door een afwikkelonderneming met zetel in een niet-aangewezen staat vanuit een in Nederland gelegen bijkantoor. Voor een bijkantoor is een vergunning nodig; daar kan de Nederlandse toezicht het toezicht wel worden geëffectueerd.

GG

Als gevolg van de wijziging van artikel 3:49 van de Wft wordt artikel 3:29 van de Wft, met betrekking tot de kennisgeving van gewijzigde gegevens, van overeenkomstige toepassing op het bijkantoor in Nederland van een afwikkelonderneming met zetel in een niet-aangewezen staat.

HH

Artikel 3:71 van de Wft schrijft aan bepaalde financiële ondernemingen voor dat zij de jaarrekening, het jaarverslag en overige gegevens aan de Nederlandse Bank verstrekken. Aan de in dit artikel opgenomen opsomming van financiële ondernemingen wordt de afwikkelonderneming toegevoegd.

II

Artikel 3:72 van de Wft schrijft aan bepaalde ondernemingen voor dat zij periodiek staten verstrekken aan DNB. Aan de in dit artikel opgenomen opsomming van financiële ondernemingen wordt de afwikkelonderneming toegevoegd.

JJ

Verstoring van de ordelijke afwikkeling van afwikkeldiensten levert systeemrisico op en kan tot maatschappelijke ontwrichting leiden. Met het oog op het voorkomen hiervan is het van belang dat afwikkelondernemingen DNB onverwijld informeren over gebeurtenissen of omstandigheden die de ordelijke uitoefening van het bedrijf van afwikkelonderneming kunnen bedreigen. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kunnen regels worden gesteld met betrekking tot de melding.

KK

Artikel 3:86 van de Wft verklaart artikel 3:72 van de Wft van overeenkomstige toepassing op bijkantoren van clearinginstellingen met zetel in een niet-aangewezen staat. Hieraan worden bijkantoren van afwikkelondernemingen met zetel in een niet-aangewezen staat toegevoegd.

LL

Ingevolge artikel 3:87a van de Wft wordt de verplichting om DNB onverwijld te informeren over gebeurtenissen of omstandigheden die de ordelijke uitoefening van het bedrijf van afwikkelonderneming kunnen bedreigen gelegd op de in Nederland gelegen bijkantoren van afwikkelondernemingen met zetel buiten Nederland. Deze verplichting geldt zowel voor afwikkelondernemingen met zetel in een niet-aangewezen staat als voor afwikkelondernemingen met zetel in een aangewezen staat. Ook wanneer een afwikkelonderneming haar zetel heeft in een aangewezen staat, is het voor de stabiliteit van de Nederlandse markt noodzakelijk dat zij DNB informeert over gebeurtenissen of omstandigheden die de ordelijke afwikkeling van afwikkelondernemingen kunnen bedreigen. Aangezien bij de wet waarbij de richtlijn herverzekeraars is geïmplementeerd het opschrift van § 3.3.9.4 is gewijzigd in "Financiële ondernemingen met zetel in een niet-aangewezen staat", is de onderhavige materie ondergebracht in een aparte paragraaf.

MM

Artikel 3:88 van de Wft geeft regels voor een accountant die het onderzoek uitvoert van de jaarrekening van bepaalde financiële ondernemingen. Aan de in dit artikel opgenomen opsomming van financiële ondernemingen wordt de afwikkelonderneming toegevoegd.

NN

Artikel 3:93 van de Wft verklaart artikel 3:88 van de Wft van overeenkomstige toepassing op accountants of andere deskundigen die het onderzoek uitvoeren van de staten van een in Nederland gelegen bijkantoor van bepaalde financiële instellingen met zetel in een niet-aangewezen staat. Aan de in dit artikel opgenomen opsomming van financiële ondernemingen wordt de afwikkelonderneming toegevoegd.

OO

De wijziging van artikel 3:159h heeft betrekking op de behandeling van bankspaardeposito's eigen woning in het kader van het depositogarantiestelsel en de overdrachtsregeling. De wijziging van artikel 3:159h, eerste lid, Wft komt erop neer dat DNB voor de overgang van bankspaardeposito's eigen woning geen bedrag beschikbaar kan stellen. Als gevolg van de wijziging van het tweede lid wordt het bedrag aan bankspaardeposito's eigen woning dat bij de probleeminstelling wordt aangehouden, niet meegeteld voor de berekening van het bedrag dat DNB ten hoogste beschikbaar kan stellen. Strikt genomen zou DNB zonder deze wijziging een hoger bedrag dan het bedrag aan over te dragen deposito's beschikbaar kunnen stellen. Het spreekt voor zich dat dat niet de bedoeling is, maar om elke twijfel weg te nemen, wordt het tweede lid aangepast.

PP

De wijziging van artikel 3:159i heeft betrekking op de behandeling van bankspaardeposito's eigen woning in het kader van het depositogarantiestelsel en de overdrachtsregeling. Artikel 3:159i, derde lid, is regelend recht. Het komt

slechts tot toepassing ingeval op grond van het overdrachtsplan de bankspaardeposito's eigen woning wel mee overgaan, maar niet is geregeld of ook de verbonden schulden overgaan. In het algemene gedeelte van deze toelichting is reeds ingegaan op de vraag wat rechtens de situatie is ingeval het overdrachtsplan mede betrekking heeft op bankspaardeposito's eigen woning. In het nieuwe derde lid van artikel 3:159i is bepaald dat de desbetreffende deposito's verbonden eigenwoningsschulden aan de probleeminstelling eveneens overgaan tenzij in het overdrachtsplan anders is bepaald.

QQ

Met artikel 141, onderdeel J, van de Wet van 20 november 2006, houdende invoering van de Wet op het financieel toezicht en aanpassing van overige wetten aan die wet is artikel 213l van de Faillissementswet per 1 juli 2007 komen te vervallen.

RR en SS

Beide wijzigingen betreffen redactionele correcties.

TT

De wijziging van artikel 3:265d heeft betrekking op de behandeling van bankspaardeposito's eigen woning in het kader van het depositogarantiestelsel en de overdrachtsregeling. Artikel 3:265d is een sleutelbepaling in de regeling met betrekking tot de bankspaardeposito's eigen woning. Het eerste lid bepaalt dat het bankspaardeposito eigen woning die de depositohouder aanhoudt bij een bank en de daarmee verbonden eigenwoningsschuld aan diezelfde bank opeisbaar worden en met elkaar worden verrekend. Dat vindt plaats op een van de drie tijdstippen die in het artikel worden genoemd, en wel op het tijdstip dat zich als eerste voordoet. Het eerstgenoemde tijdstip is het tijdstip waarop DNB de depositogarantieregeling in werking heeft gesteld in de situatie die wordt bedoeld in artikel 3:260, eerste lid, aanhef en onderdeel a. In de praktijk heeft DNB nog nooit de depositogarantieregeling in werking gesteld zonder dat er sprake is van een noodregeling of faillissement. Dat deze mogelijkheid toch in de wet is opgenomen, vloeit voort uit de richtlijn. De andere twee tijdstippen zullen daarom in de praktijk veel belangrijker zijn: het uitspreken van de noodregeling en het uitspreken van het faillissement. Deze tijdstippen moet de rechtbank vermelden in de beschikking waarin zij de noodregeling onderscheidenlijk het faillissement uitspreekt.

Als gevolg van deze verrekening is het bankspaardeposito eigen woning teniet gegaan, en heeft de depositohouder ter zake daarvan geen aanspraak meer op een vergoeding van het depositogarantiestelsel.

Het tweede lid heeft betrekking op de situatie waarin de depositohouder een bankspaardeposito eigen woning aanhoudt bij een ander dan degene aan wie hij de verbonden eigenwoningsschuld heeft. Het eerste lid is op die situatie van overeenkomstige toepassing, tenzij die ander in zijn netto schuldenpositie zou worden benadeeld. Het is mogelijk dat de depositohouder een bankspaardeposito eigen woning bij een bank aanhoudt en een daarmee verbonden eigenwoningsschuld heeft aan bijvoorbeeld een verzekeraar. In de praktijk komt het in die situaties vaak voor dat de bank waarbij het bankspaardeposito eigen wo-

ning wordt aangehouden het op het deposito staande bedrag heeft geleend aan de verzekeraar. Doet die situatie zich voor dan wordt in geval van een deconfiture van de bank op grond van de tussen hen bestaande overeenkomst de lening van de bank aan de verzekeraar op nihil gesteld. Was dat niet zo, dan zou de verzekeraar erop achteruit gaan in zijn netto schuldenpositie: hij zou minder te vorderen hebben van de hypotheekgever / depositohouder, zonder dat hij daarvoor een compensatie ontvangt. Daarom is in dat geval het eerste lid niet van overeenkomstige toepassing. De overeenkomstige toepassing van het eerste lid vindt wel plaats indien de wijziging van de situatie van de verzekeraar betrekking heeft op andere aspecten dan zijn netto schuldenpositie. Zo is de omstandigheid dat hij als gevolg van de toepassing van het eerste lid in de toekomst een lager bedrag aan rente zal ontvangen geen aanleiding om het eerste lid niet van overeenkomstige toepassing te laten zijn.

UU

Deze wijziging betreft een redactionele correctie.

VV

In artikel 3:267e, eerste lid, van de Wft wordt bepaald wat onder "gebeurtenis" in de zin van Afdeling 3.5.8 moet worden verstaan. Kern van deze regeling van de zogeheten trigger events is dat een wederpartij van een probleeminstelling een gebeurtenis niet mag aangrijpen om zich te beroepen op een beding dat hem het recht geeft om bepaalde rechten of bevoegdheden uit te oefenen, nakoming van bepaalde verplichtingen te verlangen of de rechtsverhouding te beëindigen, wijzigen of vervangen, in de praktijk ook wel "acceleratiebeding" genoemd.

Een van de gebeurtenissen die in artikel 3:267e, eerste lid, van de Wft worden genoemd, is de mededeling dat DNB een overdrachtsplan voorbereidt: onderdeel b. Wanneer DNB een dergelijke mededeling heeft gedaan, krijgt zij op grond van artikel 3:159d, tweede lid, van de Wft enkele bevoegdheden. Het betreft de bevoegdheid om (a) te verplichten gegevens of inlichtingen te verstrekken, (b) te verplichten toe te staan dat bepaalde personen de probleeminstelling betreden en (c) een zogeheten stille curator te benoemen, anders dan in de situatie, bedoeld in artikel 1:76 van de Wft. De uitoefening van deze bevoegdheden wordt ten onrechte niet genoemd als «gebeurtenis». Uit het systeem van de regeling van de trigger events volgt dat het ongerijmd zou zijn dat de wederpartij van een probleeminstelling de uitoefening door DNB van de genoemde bevoegdheden zou mogen aangrijpen om zich te beroepen op een acceleratiebeding. Onduidelijkheid zou kunnen ontstaan over het antwoord op de vraag of de uitoefening van een dergelijke bevoegdheid zou kunnen worden gezien als de "uitoefening van bevoegdheden die met de gebeurtenis verband houden", bedoeld in artikel 3:267e, tweede lid van de Wft. Teneinde deze mogelijke onduidelijkheid weg te nemen, verdient het de voorkeur de uitoefening van bedoelde bevoegdheden uitdrukkelijk in het eerste lid op te nemen.

WW

De wijziging betreft een redactionele correctie.

XX

Met de voorgestelde wijziging wordt de verwijzing aangepast naar het desbetreffende artikel in het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.

YY

In het derde lid van artikel 4:9 van de Wft wordt de passage die betrekking heeft op de instituten voor permanente educatie geschrapt, aangezien deze instituten niet meer in de wet voorkomen.

Het vierde lid van artikel 4:9 van de Wft is nieuw en bepaalt dat bij algemene maatregel van bestuur regels kunnen worden gesteld met betrekking tot de doorberekening van de kosten die verband houden met de uitvoering van de regels met betrekking tot de vakbekwaamheid en de erkenning van exameninstituten. Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan de kosten die verband houden met de ontwikkeling van de eind- en toetstermen en de daaruit voortvloeiende examenvragen en centrale databank.

ZZ

Op grond van artikel 4:18, eerste lid, onderdeel c van de Wft is afdeling 4.2.3 niet van toepassing op premiepensioeninstellingen. Deze uitzondering volgt uit het feit dat op premiepensioeninstellingen tevens de bepalingen van de Pensioenwet van toepassing zijn, waarin eveneens bepalingen ten aanzien van zorgvuldige dienstverlening zijn opgenomen. Aangezien premiepensioeninstellingen op grond van artikel 2:54h, tweede lid, van de Wft een uitbreiding van hun vergunning kunnen aanvragen op grond waarvan het hen wordt toegestaan om tevens te adviseren, bemiddelen en/of op te treden als gevolmachtigde of ondergevolmachtigde agent in verzekeringen, kan de vraag rijzen of afdeling 4.2.3 van toepassing is op deze aanvullende dienstverlening. Met het gewijzigde onderdeel c wordt deze onduidelijkheid weggenomen: afdeling 4.2.3 is niet van toepassing op het aanbieden van premiepensioenvorderingen. Voor zover een premiepensioeninstelling intermediairdiensten verleent, gelden voor die activiteiten de bepalingen ten aanzien van zorgvuldige dienstverlening van afdeling 4.2.3. wel. De wijziging van onderdeel a betreft een redactionele correctie.

AAA

Het eerste lid van het voorgestelde artikel 4:24a van de Wft bepaalt dat een financiële dienstverlener op een zorgvuldige wijze de belangen van de consument, cliënt of begunstigde in acht neemt.

De algemene zorgplicht in het eerste lid is van toepassing op financiële dienstverleners. Als gevolg van de definitie van het begrip 'financiële dienstverlener' in artikel 1:1 van de Wft en de systematiek van afdeling 4.2.3 ziet de algemene zorgplicht daarmee op de volgende diensten van een financiële dienstverlener: aanbieden van een ander financieel product dan een financieel instrument, adviseren over een ander financieel product dan een financieel instrument, bemiddelen, optreden als gevolmachtigd agent en optreden als ondergevolmachtigd agent. Gezien het doel en de strekking van de algemene zorgplicht is een financiële dienstverlener echter ook wanneer hij geen specifieke (financiële-

le) dienst aan de klant verleent gehouden om de belangen van de klant in acht te nemen. Dit sluit aan bij de gedachte dat ook buiten het moment van dienstverlening het handelen of nalaten van de financiële dienstverlener afbreuk kan doen aan de belangen van de klant.

Ingevolge het eerste lid neemt de financiële dienstverlener op een zorgvuldige wijze de belangen van de consument, cliënt of begunstigde in acht. Voor de definitie van het begrip consument wordt verwezen naar artikel 1:1 van de Wft. Het begrip 'cliënt' duidt in dit geval op de persoon aan wie de financiële dienstverlener voornemens is een financiële dienst met betrekking tot een verzekering te verlenen. Tot slot is het begrip 'begunstigde' opgenomen voor het geval dat de financiële dienstverlener weliswaar een financiële dienst met betrekking tot een ander financieel product dan een financieel instrument verleent aan een cliënt, maar de begunstigde van dit product een derde persoon is.

Bij de formulering van de algemene zorgplicht is rekening gehouden met het feit dat een financiële dienstverlener bij het drijven van zijn onderneming tevens gehouden is om andere (commerciële) belangen dan alleen het belang van de klant mee te wegen. Een financiële dienstverlener heeft, met uitzondering van adviseren, niet alleen als rol om het belang van de klant te behartigen. Derhalve zou het uitgangspunt dat de financiële dienstverlener uitsluitend en volledig in het belang van de klant mag handelen zich niet verhouden met het doeleinde en inrichting van de financiële dienstverlener. De algemene norm voor financiële dienstverleners houdt daarom in dat een financiële dienstverlener op een zorgvuldige wijze de belangen van de klant in acht neemt.

Het onderhavige voorstel laat de uit het burgerlijk recht voortvloeiende aansprakelijkheid (van een financiële dienstverlener) onverlet.

Het tweede lid van artikel 4:24a van de Wft bepaalt dat voor financiële dienstverleners die adviseren een zorgplicht geldt die zwaarder is dan de algemene zorgplicht, zoals opgenomen in het eerste lid van dit artikel. In het geval een financiële dienstverlener optreedt als adviseur, dan wordt hij door de klant ingehuurd om zijn of haar belangen te behartigen. In de relatie tussen klant en adviseur is de consument bovendien vaak extra kwetsbaar nu de informatiescheefheid in deze relatie vaak groter is dan bij andere financiële diensten; deze informatiescheefheid ligt immers vaak ten grondslag aan de reden dat de klant een adviseur inhuurt. In de relatie tussen klant en adviseur kunnen zich echter conflicten tussen de belangen van de adviseur en de belangen van de klant voordoen. Het is daarom, en omdat de klant de adviseur juist voor de behartiging van diens belangen inschakelt, van belang te expliciteren dat een adviseur bij zijn dienstverlening dient te handelen in het belang van de klant.

Op grond van het derde lid kan de AFM handhavend optreden indien er sprake is van handelen of nalaten door een financiële dienstverlener dat kennelijk nadelige gevolgen veroorzaakt of kan veroorzaken voor de consument, cliënt of begunstigde. Daarmee krijgt de AFM de bevoegdheid om handhavend op te treden indien er sprake is van evidente misstanden, ook voordat de schade voor de consument, cliënt of begunstigde zich verwezenlijkt.

Zoals aangegeven in paragraaf 4.2 van het algemeen deel van de toelichting is een deel van de handhavingsbevoegdheden ten behoeve van de algemene

zorgplicht (eerste lid) en de verder reikende zorgplicht voor adviseren (tweede lid) beperkt tot gevallen waarin sprake is van een evidente schending van de zorgplicht. Deze afbakening wordt bereikt door aan de AFM alleen op grond van het derde lid de bevoegdheid toe te kennen om een last onder dwangsom of een bestuurlijke boete op te leggen. Voor het eerste en tweede lid geldt de bevoegdheid van de AFM om een bindende aanwijzing als bedoeld in artikel 1:75 van de Wft op te leggen. Dit wordt wenselijk geacht nu de aanwijzing een rol kan vervullen bij de invulling of concretisering van de algemene zorgplicht, teneinde de bescherming van consumenten en de rechtszekerheid voor markt-partijen te bevorderen.

BBB

Artikel 4:27 van de Wft betreft de meldingsplicht van de accountant die het onderzoek uitvoert van de jaarrekening van bepaalde financiële ondernemingen. Aan de in dit artikel opgenomen opsomming van financiële ondernemingen wordt de afwikkelonderneming toegevoegd.

CCC, DDD en EEE

Zie voor een toelichting van deze wijzigingen paragraaf 5 van het algemeen deel van deze toelichting. Omdat het identieke wijzigingen betreft van de artikelen voor beleggingsinstellingen en icbe's worden deze wijzigingen gezamenlijk toegelicht.

Artikelen 4:37, eerste lid en 4:44, eerste lid, van de Wft

Voorgesteld wordt deze leden zo te wijzigen dat de verplichte afzonderlijke juridische entiteit die de activa van een *leveraged* beleggingsinstelling of icbe houdt alleen is vereist wanneer er een reëel risico bestaat dat de andere verdelingen dan genoemd in de rangregeling verhaald kunnen worden op het vermogen van de beleggingsinstelling of icbe. Zie voor een nadere toelichting paragraaf 5 van het algemeen deel van de toelichting.

Voorts wordt voorgesteld de statutaire eis voor de entiteit die de juridisch eigendom van de activa houdt van een *leveraged* beleggingsinstelling of icbe te (her)introduceren. Deze entiteit moet zijn bedrijfsactiviteit statutair te beperken tot het houden van de juridisch eigendom van de activa uitsluitend ten behoeve van die beleggingsinstelling, al dan niet tezamen met het bewaren en administreren van de activa als enig statutair doel mag hebben. Voor de implementatie van de AIFM-richtlijn werd deze statutaire eis geregeld voor de bewaarder die tevens houder van de juridisch eigendom was. Met het vervallen van artikel 4:42 van de Wft als gevolg van het wetsvoorstel ter implementatie van de AIFM-richtlijn is deze statutaire eis echter onbedoeld vervallen. Hierdoor kan de entiteit die de juridisch eigendom houdt naast het houden van de juridische eigendom nog andere activiteiten kan ontplooien, wat zou kunnen leiden tot een nieuw besmettingsrisico. Dit is in strijd met het uitgangspunt dat de vermogensscheiding voor *leveraged* beleggingsinstellingen en icbe's strikt gescheiden moet zijn van andere vermogens. Wel blijft het mogelijk om het houden van de juridisch eigendom te combineren met het bewaren en administreren van de activa, zolang dit beperkt is tot het bewaren en administreren voor één beleggingsinstelling of icbe. Deze mogelijkheid wordt opengelaten omdat de huidige bewaarders vaak ook nog de juridisch eigendom van de activa houden. De splitsing tussen de bewaarfunctie en het houden van de juri-

disch eigendom van de activa is bedoeld om een splitsing mogelijk te maken wanneer de beheerder van een beleggingsinstelling of icbe dit wenselijk acht, niet om deze splitsing af te dwingen.

Artikelen 4:37j, derde lid, en 4:44, derde lid, van de Wft

In beide artikelen vervalt het derde lid vervalt in verband met het vervallen van de uitzondering voor subfondsen. Voor verdere toelichting, zie paragraaf 5 van het algemeen deel van deze toelichting.

Artikelen 4:37j, derde lid (nieuw), en 4:45, eerste lid, van de Wft

In de aanhef van beide leden wordt verduidelijkt dat het vermogen van de beleggingsinstelling een juridisch afgescheiden vermogen is. Aanleiding voor deze verduidelijking is de onduidelijkheid die hierover bestaat in de rechtsliteratuur naar aanleiding van de wetsgeschiedenis.²⁹ Deze verduidelijking heeft geen enkel gevolg voor de toepassing van de artikelen 4:37j, vierde tot en met achtste lid, en 4:45 van de Wft binnen het nationaal recht. De facto leidt de rangregeling er al toe dat het fondsvermogen een afgescheiden vermogen is. Het nut van deze verduidelijking ligt in de internationale context. Zoals hiervoor beschreven is het denkbaar dat een vordering waarop het recht van een andere staat van toepassing is de Nederlandse rangregeling niet erkent. Maar mogelijk erkent het recht van die staat wel een afgescheiden vermogen. In dat geval zorgt deze verduidelijking voor een versterking van vermogensscheidingsregeling in de Wft.

De onderdelen a, van voornoemde leden worden meer in lijn gebracht met de rangregeling voor de premiepensioeninstelling (artikel 4:71a, eerste lid, onderdeel a, van de Wft).³⁰ Hiermee wordt gewaarborgd dat er geen andere kosten in rekening worden gebracht dan welke uitdrukkelijk tevoren bekend zijn gemaakt in de informatie van beleggingsinstelling of de voorwaarden van de icbe. Vorderingen van derdenschuldeisers dienen uitsluitend te worden voldaan uit het eigen vermogen van de beheerder, de bewaarder, of de entiteit die de juridisch eigendom van de activa houdt. Als voorbeeld van verhaalbare kosten kunnen worden genoemd, vergoedingen voor verrichtingen in de administratie of voor transactiekosten, gemaakt bij het aangaan van beleggingstransacties. Kosten vanwege eventuele juridische claims die worden ingediend vanwege een verondersteld tekortschieten in de dienstverlening, (bijvoorbeeld transacties die niet in overeenstemming zouden zijn met het beleggingsbeleid) gelden niet als verhaalbare kosten.

Voorts wordt in de onderdelen a tevens toegevoegd dat ook kosten voor het houden van de juridisch eigendom van de activa kunnen worden verhaald op de beleggingsinstelling of icbe houdt verband met het wetsvoorstel tot implementatie van de AIFM-richtlijn.³¹ Daarin wordt voorgesteld om het bewaren van de activa van een beleggingsinstelling te onderscheiden van het houden van de juridisch eigendom van de activa, vanwege de nieuwe regels voor bewaarders van beleggingsinstellingen. Voorheen was op grond van artikel 4:42, onderdeel a, van de Wft de bewaarder tevens de houder van de juridisch eigendom van de activa van een beleggingsfonds, en werd dit tot het bewaren

²⁹ J.W.P.M. van der Velden, *Beleggingsfondsen naar burgerlijk recht*, Serie Onderneming en Recht, deel 47, 2008, p.145-150.

³⁰ Kamerstukken II 2011/12, 33 236, nr. 8.

³¹ Kamerstukken II 2011/12, 33 235, nr. 2.

gerekend. De splitsing van het bewaren en het houden van de juridisch eigendom is echter nog niet doorgetrokken in de huidige artikelen 4:37j, vierde lid (oud), en 4:45, eerste lid, van de Wft waarin wordt bepaald welke kosten kunnen worden verhaald op het vermogen van de beleggingsinstelling. Om te voorkomen dat er onduidelijkheid ontstaat of de kosten voor het houden van de juridisch eigendom van de activa verhaald kunnen worden op het vermogen van de beleggingsinstelling of icbe, wordt dit toegevoegd aan de artikelen 4:37j, derde lid, onderdeel a (nieuw), en artikel 4:45, eerste lid, onderdeel a, van de Wft.

Artikelen 4:37j, vierde tot en met zesde lid, en 4:45, tweede tot en met vierde lid, van de Wft

In deze leden wordt voorgesteld de termen 'beleggingsfonds' en 'fonds voor collectieve belegging in effecten' te vervangen door 'beleggingsinstelling' respectievelijk 'icbe'. Dit houdt verband met het voorstel om de vermogensscheidingsregeling ook van toepassing te laten zijn op beleggingsmaatschappijen. Zie voor een nadere toelichting paragraaf 5 van het algemeen deel van deze toelichting.

Artikelen 4:37j, zesde lid (nieuw) en 4:45, vierde lid, van de Wft

In bovengenoemde leden wordt verduidelijkt dat indien het vermogen van de beleggingsinstelling of icbe ontoereikend is voor de rechtmatige vorderingen, de vorderingen verhaald kunnen worden op het eigen vermogen van de entiteit die de juridisch eigendom houdt. Daarmee kunnen deze vermogens niet worden verhaald op de vermogens van andere beleggingsinstellingen of icbe's. Dit volgt al uit de rangregeling, maar dat blijkt tot dusver niet duidelijk uit de redactie van het zesde (nieuw) respectievelijk het vierde lid.

FFF

Met deze wijziging wordt verduidelijkt dat beheerders, beleggingsinstellingen en bewaarders onder alle omstandigheden een accountantsverklaring aan de Autoriteit Financiële Markten moeten verstrekken, zoals bepaald in artikel 4:51, eerste lid, ook als zij vallen binnen de in artikel 396, eerste lid, van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek beschreven categorie rechtspersonen die op grond van het zevende lid van die bepaling van die verplichting is vrijgesteld. In onderdeel BBB is een wijziging van artikel 4:85 opgenomen met dezelfde strekking voor beleggingsondernemingen.

GGG

Deze wijziging houdt verband met de wijzigingen van de artikelen 4:37j, derde lid (nieuw) en 4:45, eerste lid, van de Wft, in onderdeel EEE van dit voorstel. Hetgeen over die wijzigingen is opgemerkt in de toelichting bij dat onderdeel geldt evenzeer voor deze wijziging. Om de parallel tussen de vormgeving van de vermogensscheiding voor premiepensioeninstellingen en beleggingsinstellingen te behouden, wordt met dit wijzigingsonderdeel verduidelijkt dat ook het pensioenvermogen een afgescheiden vermogen is.

HHH

Afdeling 4.3.4A

Het toezicht in het kader van de markttoegang is geregeld in het Deel Markttoegang financiële ondernemingen en het lopend toezicht op de uitoefening van het bedrijf van afwikkelonderneming is primair geregeld in het Deel prudentieel toezicht financiële ondernemingen. DNB is de vergunningverlenende instantie en het aanspreekpunt voor afwikkelondernemingen. Het prudentieel toezicht dat DNB op grond van de aan het Deel Prudentieel toezicht financiële ondernemingen toegevoegde bepalingen uitoefent, is gericht op het voorkomen van maatschappelijke ontwrichting. Het voorgaande neemt evenwel niet weg dat het toezicht op afwikkelondernemingen ook een duidelijke gedragscomponent dient te hebben. Immers, het soepel functioneren van het girale retailbetaalingsverkeer is ook gebaat bij ordelijke en transparante processen van afwikkelondernemingen. Het gedragstoezicht op afwikkelondernemingen is geregeld in afdeling 4.3.4A. Op de samenwerking tussen DNB en de AFM zijn de algemene samenwerkingsbepalingen, opgenomen in het Algemeen Deel van toepassing.

De gedragsvoorschriften volgen het systeem van de overige bepalingen in het Deel Gedragstoezicht financiële ondernemingen. Anders dan de regeling van de afwikkelondernemingen in het Deel Markttoegang financiële ondernemingen en het Deel Prudentieel toezicht financiële ondernemingen, zijn in het Deel Gedragstoezicht financiële ondernemingen geen aparte bepalingen opgenomen voor afwikkelondernemingen met zetel in Nederland en afwikkelondernemingen met zetel buiten Nederland. Alle afwikkelondernemingen met zetel buiten Nederland die actief zijn op de Nederlandse markt dienen aan deze voorschriften te voldoen, dus ook afwikkelondernemingen met zetel in een aangewezen staat. Zie hierover ook het algemene gedeelte van de toelichting.

Artikel 4:76a

Bij de beoordeling van de efficiëntie van een afwikkelstelsel dienen de belangen van de gebruikers hiervan, de betaaldienstverleners, en de kosten zorgvuldig te worden afgewogen tegen de vereisten met betrekking tot een goede risicobeheersing. Wanneer het afwikkelstelsel inefficiënt is, kunnen financiële activiteiten worden verstoord. Wanneer betaaldienstverleners het afwikkelstelsel echter als onveilig ervaren, zullen zij ervan afzien het stelsel te gebruiken, ongeacht hoe efficiënt dit is. Een alternatief is dat betaaldienstverleners bilateraal transacties gaan verrekenen en verevenen zonder gebruik te maken van een afwikkelonderneming die optreedt als centrale aanbieder van afwikkeldiensten. Dit zou de veiligheid van het financiële stelsel niet ten goede komen. Het efficiënt uitoefenen van het bedrijf van afwikkelonderneming is dan ook een eerste voorwaarde voor het beheersen van de risico's van afwikkelondernemingen. De in artikel 4:76b genoemde elementen zijn een geïntegreerd onderdeel van een risicobeheersingsbeleid van afwikkelondernemingen.

Efficiëntie kent verschillende aspecten. In de eerste plaats dienen afwikkelstelsels hun betaaldienstverleners een praktische en doelmatige manier van afwikkelen te bieden. De afwikkelonderneming stelt zijn betaaldienstverleners in staat hun transacties tijdig en kosteneffectief af te wikkelen. Verzekerd dient ook te zijn dat afwikkelondernemingen hun betaaldienstverleners na de afwikkeling zonder onnodige vertraging de beschikking bieden over hun gelden. De

afwikkelonderneming verwerkt de transacties zonder aanvullende inspanningen aan de kant van zijn betaaldienstverleners. Afwikkelondernemingen kunnen voorts verschillende maatregelen nemen ter verbetering van de efficiëntie. Efficiëntie houdt ook in dat de afwikkelonderneming mechanismen heeft met wie regelmatig de kosten, prijszetting, het serviceniveau en de operationele doelmatigheid worden gezien. Afwikkelondernemingen moeten erop gericht zijn de door hun betaaldienstverleners gevraagde diensten kostenefficiënt aan te bieden. Voor het beoordelen van de totale kosten van afwikkelssystemen is het van belang hierbij zowel de directe kosten - voor betaaldienstverleners- als de indirecte liquiditeitskosten te betrekken. Het gaat niet zozeer om de absolute hoogte van de kosten, als wel om de opbouw ervan, in verband met de efficiëntie en de toegang tot de markt. Het verstrekken van deze informatie heeft geen gevolgen voor de concurrentiepositie van de afwikkelonderneming. Deze informatie wordt immers slechts gebruikt door de toezichthouders ter beoordeling van de efficiëntie en toegankelijkheid van de afwikkelonderneming en is vertrouwelijk.

Ten aanzien van grensoverschrijdende afwikkeling betekent efficiëntie dat afwikkelssystemen een hoge graad van interoperabiliteit bieden, zowel op nationaal als Europees niveau. Interoperabiliteit ziet op het koppelen van verschillende afwikkelssystemen om grensoverschrijdende transacties af te wikkelen. Afwikkelssystemen dienen hiertoe gebruik te maken van alle relevante internationale communicatieprocedures en standaarden voor gegevensverstrekking. SWIFT is een voorbeeld van een organisatie die de netwerkdiensten ten behoeve van betalingsverkeer aanbiedt. SWIFT heeft daartoe gestandaardiseerde berichten ontwikkeld. Deze gestandaardiseerde berichten worden wereldwijd door vrijwel de hele financiële wereld gebruikt. De SWIFT-berichten hebben ook ISO-certificaten wat aangeeft dat het een wereldwijde standaard betreft.

Artikel 4:76b

Transparantie van de door de afwikkelonderneming verleende diensten speelt een belangrijke rol voor de stabiliteit en het soepel functioneren van financiële markten. In het algemeen kan worden gesteld dat afwikkelssystemen het meest efficiënt opereren wanneer betaaldienstverleners met wie zij een overeenkomst hebben gesloten toegang hebben tot de relevante informatie met betrekking tot de kosten en het risico waaraan zij bloot staan en daardoor maatregelen kunnen nemen om deze risico's zoveel mogelijk te verkleinen. Goed geïnformeerde betaaldienstverleners zijn beter in staat om de kosten en risico's te beoordelen. Zij kunnen een sterke impuls vormen voor een effectieve discipline van afwikkelondernemingen en hen aanzetten tot het nastreven van doelen die in lijn zijn met die van henzelf en het publieke belang, zoals het beperken van de risico's ten aanzien van de door de afwikkelonderneming verleende diensten.

Betaaldienstverleners die een overeenkomst hebben gesloten met een afwikkelonderneming moet een helder inzicht worden geboden in de financiële risico's en de kosten die deelname aan het betalingssysteem met zich meebrengt. Betaaldienstverleners die participeren in een afwikkelonderneming moeten zelf een inschatting kunnen maken van de risico's en de kosten. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur wordt bepaald welke informatie hiertoe door de afwikkelonderneming moet worden verstrekt. De informatie zal ten minste moeten bestaan uit de balans van de afwikkelonderneming, alle optredende

risico's en relevante statistieken. Daarnaast wordt in ieder geval helder inzicht geboden in de bestuurs- en organisatiestructuur. De informatie is openbaar en wordt regelmatig vernieuwd. Voor het verstrekken van informatie over gehanteerde procedures, risicobeheersingsmaatregelen en de prestaties van de afwikkelonderneming zal steeds een afweging moeten worden gemaakt tussen het belang van transparantie en de veiligheid van door de afwikkelonderneming beheerde afwikkelingsysteem. Voorkomen moet worden dat kwaadwillenden de informatie kunnen gebruiken om de werking van veiligheidsmaatregelen te achterhalen en te misbruiken.

III

Met deze wijziging wordt verduidelijkt dat beleggingsondernemingen onder alle omstandigheden een accountantsverklaring aan de Autoriteit Financiële Markten moeten verstrekken, zoals bepaald in artikel 4:85, eerste lid, van de Wft ook als zij vallen binnen de in artikel 396, eerste lid, van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek beschreven categorie rechtspersonen die op grond van het zevende lid van die bepaling van die verplichting is vrijgesteld. In onderdeel ZZ is een wijziging van artikel 4:51 opgenomen met dezelfde strekking voor bewaarders en beheerders van beleggingsfondsen.

JJJ

De wijziging van artikel 4:90e van de Wft houdt verband met de wijziging van artikel 1:18 van de Wft (zie onderdeel E). Artikel 4:90e, negende lid, van de Wft bepaalt dat de uitzondering van artikel 1:18, onderdeel h, van de Wft niet van toepassing is op de verplichtingen met betrekking tot het melden en bewaren van transacties in financiële instrumenten. Hierdoor geldt ook voor handelen voor eigen rekening de verplichting om transacties in financiële instrumenten te melden en te bewaren. Onbedoeld is deze verplichting daardoor ook van toepassing op personen die uitsluitend handelen voor eigen rekening. Dit wijkt af van de reikwijdte van de MiFID, waarin de transactierapportageverplichting niet van toepassing is op personen die uitsluitend handelen voor eigen rekening, met uitzondering van marketmakers en handelaren voor eigen rekening die frequent op een georganiseerde en systematische wijze buiten een gereguleerde markt of multilaterale handelsfaciliteit om optreden door een voor derden toegankelijk systeem aan te bieden om met hen transacties te sluiten. Met de wijziging van artikel 1:18, onderdeel h, van de Wft (onderdeel E) wordt de reikwijdte van de Wft in lijn gebracht met de reikwijdte van de transactierapportageverplichting zoals opgenomen in de MiFID. Daardoor kan artikel 4:90e, negende lid, van de Wft vervallen. Aangezien dit tevens de enige afwijking is van artikel 1:18 van de Wft, vervalt in de aanhef van dat artikel de zinsnede "voor zover niet anders is bepaald".

KKK

Met deze wijziging wordt voor uitgevende instellingen een verplichting geïntroduceerd om de gebruiker van de informatie uit de verslaggeving op een eenduidige wijze te informeren over wijzigingen in of gebeurtenissen met betrekking tot de jaarlijkse financiële verslaggeving die zich voordoen nadat deze is opgemaakt.

Het aan artikel 5:25c van de Wft toe te voegen zevende lid strekt ertoe dat een uitgevende instelling een bericht algemeen verkrijgbaar moet stellen wanneer

de vastgestelde jaarlijkse financiële verslaggeving afwijkt van de opgemaakte jaarlijkse financiële verslaggeving. Dit kan het geval zijn wanneer de algemene vergadering van aandeelhouders het niet eens is met de opgemaakte jaarrekening en er wijzigingen in de opgemaakte jaarrekening worden doorgevoerd, alvorens de algemene vergadering van aandeelhouders de jaarrekening vaststelt.

Het nieuwe achtste lid zorgt ervoor dat wanneer het bestuur van een uitgevende instelling een mededeling als bedoeld in artikel 362, zesde lid, van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek doet omtrent het ernstig tekort schieten van de jaarrekening, deze mededeling algemeen verkrijgbaar moet worden gesteld.

LLL

Op grond van artikel 362, zesde lid, van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek moet het bestuur de in voornoemde bepaling bedoelde mededeling deponeren bij het handelsregister. Op grond van het voorgestelde nieuwe zesde lid van artikel 5:25c van de Wft is de uitgevende instelling gehouden een dergelijke mededeling algemeen verkrijgbaar stellen. Op grond van artikel 5:25m, zesde lid, van de Wft dient een dergelijke mededeling vervolgens ook aan de worden verzonden. Om te voorkomen dat de uitgevende instelling de mededeling zowel bij het handelsregister als bij de AFM moet deponeren, wordt met onderhavige wijziging geregeld dat de AFM voor toezending aan het handelsregister zorgt, nadat de AFM de mededeling van de uitgevende instelling heeft ontvangen.

MMM

Artikel 5:32d van de Wft regelt dat degene die een belang van meer dan tien procent in een exploitant van een gereguleerde markt wil houden, verwerven, vergroten of zeggenschap verbonden aan een gekwalificeerde deelneming wil uitoefenen, daarvoor een verklaring van geen bezwaar moet verkrijgen van de Minister van Financiën. Bij nadere bestudering van de wettekst is gebleken dat het criterium voor het niet verlenen van een verklaring van geen bezwaar, bedoeld in artikel 5:32d, tweede lid, onderdeel b, van de Wft voor meerderlijk uitleg vatbaar is, hetgeen leidt tot onduidelijkheid bij de toepassing daarvan.

Het huidige onderdeel b regelt dat de gekwalificeerde deelneming niet mag leiden tot een invloed op de marktexploitant die leidt tot strijdigheid met de belangen die de Wft beoogt te beschermen. Dit criterium kan zo worden gelezen, dat het vooral betrekking heeft op de zeggenschap over de marktexploitant die volgt uit een mogelijk gewijzigde samenstelling van het bestuur van de onderneming door de gekwalificeerde deelneming. Uit deze beperkte uitleg van dit criterium kan volgen dat andere risico's met betrekking tot het functioneren van de gereguleerde markt niet kunnen worden meegewogen bij de beoordeling van de aanvraag voor een verklaring van geen bezwaar. De positie van de beleggers die handelen op de gereguleerde markt is bijvoorbeeld een belang dat de Wft beoogt te beschermen, maar dat mogelijk buiten de reikwijdte van het criterium genoemd in artikel 5:32d, tweede lid onderdeel b, valt.

Een dergelijk beperkte uitleg van dit criterium is echter niet beoogd door de wetgever. Artikel 26a, tweede lid, onderdeel a, van de Wet toezicht effecten-

verkeer 1995 (Wte 1995), de voorganger van artikel 5:32d van de Wft, bepaalde uitdrukkelijk dat ook de positie van de belegger die handelt op de gereglementeerde markt moet worden meegewogen bij de beoordeling van een gekwalificeerde deelneming. De memorie van toelichting bij artikel 26a van de Wte 1995 merkte hierover op dat de overwegingen die bij de toetsing worden gehanteerd ruim zijn geformuleerd omdat flexibiliteit benodigd is om op verschillende casus en veranderende marktomstandigheden te kunnen inspelen. Bij de invoering van dit artikel in de Wft is de redactie van dit artikel weliswaar gewijzigd, maar er is geen inhoudelijke wijziging van de beoordelingscriteria beoogd.

Voor artikel 5:32d, tweede lid, onderdeel b, van de Wft wordt daarom een formulering voorgesteld die duidelijk maakt dat de gekwalificeerde deelneming niet mag leiden tot een mogelijk invloed op de marktexploitant of effect op de door hem geëxploiteerde gereglementeerde markt, die een bedreiging vormt voor de belangen die de Wft beoogt te beschermen. Onder die belangen vallen onder meer het adequaat functioneren van de gereglementeerde markt en de positie van de belegger die handelt op de gereglementeerde markt. Deze formulering brengt beter tot uitdrukking wat de wetgever heeft beoogd. Hierbij zij opgemerkt dat de belangen die andere wetten dan de Wft beogen te beschermen, zoals mededingingsaspecten, buiten dit criterium vallen. Deze belangen kunnen niet worden betrokken bij de beoordeling van een aanvraag voor een verklaring van geen bezwaar op grond van artikel 5:32d van de Wft.

De wijziging van onderdeel c van artikel 5:32d, tweede lid, van de Wft is van redactionele aard. De gezonde en prudente bedrijfsvoering is een eis die geldt voor de marktexploitant en niet zozeer voor de gereglementeerde markt.

NNN

Met de voorgestelde wijziging wordt de verwijzing aangepast naar het desbetreffende artikel in het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.

OOO

Met de voorgestelde wijziging wordt de Wft in overeenstemming gebracht met de terminologie na de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon.

PPP en QQQ

De bijlagen bij de artikelen 1:79 en 1:80 van de Wft worden gewijzigd teneinde de in dit wetsvoorstel opgenomen bepaling te kunnen handhaven door middel van het opleggen van een last onder dwangsom of een bestuurlijke boete.

ARTIKEL II

A

Een vennootschap waarvan effecten zijn toegelaten tot de handel op een gereglementeerde markt dient ingevolge artikel 5:25c, eerste lid, van de Wft binnen vier maanden na afloop van het boekjaar de opgemaakte jaarlijkse financiële verslaggeving algemeen verkrijgbaar stellen. Ingevolge artikel 2:210,

eerste lid, BW geldt voor besloten vennootschappen waarvan effecten zijn toegelaten tot de handel op een gereguleerde markt echter een termijn van vijf maanden. Dit leidt tot rechtsonzekerheid. Met onderhavige wijziging wordt verduidelijkt dat iedere vennootschap waarvan effecten zijn toegelaten tot de handel op een gereguleerde markt binnen vier maanden na afloop van het boekjaar de jaarrekening en het jaarverslag dient op te maken en openbaar te maken.

B

Een rechtspersoon die volgens artikel 2:362, achtste lid, BW de jaarrekening opstelt volgens de door de International Accounting Standards Board vastgestelde en door de Europese Commissie goedgekeurde standaarden, past in aanvulling hierop een aantal in Titel 9 van Boek 2 BW aan de jaarrekening gestelde voorschriften toe. Deze voorschriften worden in artikel 2:362, negende lid, van toepassing verklaard. Gebleken is dat onduidelijkheid bestaat over de vraag of een aantal voorschriften uit andere leden van artikel 2:362 eveneens van toepassing is. De betreffende bepalingen zien respectievelijk op de expliciete verplichting om in het geval de jaarrekening ernstig tekortschiet in het geven van het in artikel 2:362, eerste lid, bedoelde inzicht een mededeling te doen (zesde lid), het taalregime (zevende lid) en de vermelding volgens welke standaarden de jaarrekening is opgesteld (tiende lid). Het ontbreken van betreffende bepalingen in artikel 2:362, negende lid, leidt in de praktijk tot rechtsonzekerheid bij zowel de rechtspersoon die de jaarrekening moet opstellen als de uiteindelijke gebruiker van de jaarrekening. Met het toevoegen van artikel 2:362, zesde lid, laatste volzin, artikel 2:362, zevende lid, laatste volzin en artikel 2:36, tiende lid, aan de opsomming toepasselijke bepalingen in artikel 2:362, negende lid, wordt deze onvolkomenheid hersteld.

C

Deze wijziging ziet op de vrijstelling in artikel 2:408 BW voor tussenholdings om een geconsolideerde jaarrekening op te stellen, indien de geconsolideerde financiële informatie in de jaarrekening van de (top)holding is opgenomen en aan een aantal nadere voorwaarden is voldaan. Gebleken is dat er onduidelijkheid bestaat over de toepassing van deze vrijstelling wanneer de rechtspersoon die er een beroep op doet, een uitgevende instelling is waarvan de aandelen of obligaties zijn toegelaten tot een gereguleerde markt en waarvan Nederland de lidstaat van herkomst is (beursvennootschap). De onduidelijkheid is gelegen in de verhouding tussen artikel 2:408 BW en artikel 5:25c van de Wft. Verdedigd kan worden dat de voorschriften voor de periodieke verplichtingen van beursvennootschappen in de Wft te beschouwen zijn als *lex specialis* ten opzichte van – en dus voorrang hebben boven – de algemene regels in het BW over de jaarrekening die voor alle naamloze en besloten vennootschappen, de *lex generalis*. Aangezien artikel 5:25c van de Wft beursvennootschappen verplicht tot algemene verkrijgbaarstelling van haar opgemaakte en door een accountant gecontroleerde jaarlijkse financiële verslaggeving, zouden zij volgens deze lezing geen beroep kunnen doen op de vrijstelling in de algemene jaarrekeningvoorschriften. Echter ook in de zevende richtlijn betreffende de geconsolideerde jaarrekening (83/349/EEG, Pb EEG 1983, L 193) zijn beursvennootschappen uitgezonderd van de vrijstelling van artikel 7 van die richtlijn, waarvan artikel 408 de uitwerking is. Daarom wordt nu voorgesteld om ook de vrij-

stelling van artikel 408 buiten toepassing te verklaren voor beursvennootschappen.

D

De wijziging in het eerste lid van artikel 2:452 BW maakt het mogelijk dat de AFM ten aanzien van elke onder toezicht staande effectenuitgevende instelling een verzoek bij de Ondernemingskamer kan doen om een instelling te bevelen een nadere toelichting als bedoel in artikel 2, eerste lid, van de Wtffv te verschaffen. De verwijzing naar de voorschriften betreffende de financiële verslaggeving wordt in lijn gebracht met artikel 2, eerste lid, van de Wtffv. Het toezicht op de financiële verslaggeving strekt zich op grond van artikel 1, onderdeel d, van de Wtffv uit tot zowel de jaarlijkse als de halfjaarlijkse financiële verslaggeving. Een verzoek om een nadere toelichting kan volgens het huidige artikel 2:452 BW echter alleen via de Ondernemingskamer worden afgedwongen in het geval het verzoek ziet op de jaarlijkse verslaggeving. De wijziging van het eerste lid van artikel 2:452 regelt tevens dat de AFM een nadere toelichting ook voor de halfjaarlijkse financiële verslaggeving via de Ondernemingskamer zal kunnen afdwingen.

Het gewijzigde tweede lid ziet op een tweetal zaken. Ten eerste wordt de termijn waarbinnen de AFM een verzoek aan de Ondernemingskamer kan doen verlengd van zes naar negen maanden. Met de Wijzigingswet financiële markten 2010, die op 1 juli 2011 in werking is getreden, is de termijn voor het starten van een herzieningsprocedure bij de Ondernemingskamer als bedoeld in artikel 447 van Boek 2 BW reeds aangepast van zes naar negen maanden. Vanuit het oogpunt van consistentie wordt de termijn in artikel 452 ook aangepast van zes naar negen maanden. Het tweede aspect van de wijziging betreft het moment waarop de termijn van negen maanden begint te lopen. In de huidige situatie begint de termijn te lopen na het deponeren van de financiële verslaggeving bij de AFM op grond van artikel 5a van de Wet toezicht effectenverkeer 1995 (Wte 1995). Aangezien artikel 5a van de Wte 1995 per 1 januari 2010 is vervallen en doordat artikel 452 ook van toepassing wordt op de halfjaarlijkse financiële verslaggeving en op de verslaggeving van buitenlandse instellingen en deze stukken niet gedeponerd worden, moet er voor een ander moment gekozen worden waarop de termijn van negen maanden begint te lopen. Daarom wordt voorgesteld aan te sluiten bij moment van verzending aan de AFM op grond van de Wft.

E

De wijziging in het eerste lid van artikel 2:454 BW zorgt ervoor dat de AFM de aanbeveling als bedoel in artikel 3, tweede lid, van de Wtffv bij alle onder toezicht staande effectenuitgevende instellingen via de Ondernemingskamer af kan dwingen. Het toezicht op de financiële verslaggeving strekt zich op grond van artikel 1, onderdeel d, van de Wtffv uit tot zowel de jaarlijkse als de halfjaarlijkse financiële verslaggeving. Het afdwingen van de aanbeveling is thans echter alleen mogelijk voor aanbevelingen die zijn gedaan ten aanzien van de jaarlijkse financiële verslaggeving. De wijziging in het tweede lid regelt dat de AFM een aanbeveling ten aanzien van de halfjaarlijkse financiële verslaggeving ook via de Ondernemingskamer zal kunnen afdwingen. Verder wordt in het tweede lid de verwijzing naar de voorschriften betreffende de financiële verslaggeving in lijn gebracht met de Wtffv.

De wijziging van het vierde lid van artikel 454 ziet op de verlenging van de termijn waarbinnen de AFM een verzoek aan de Ondernemingskamer kan doen van zes naar negen maanden. Met de Wijzigingswet financiële markten 2010 (Stb. 2011, 248), die op 1 juli 2011 in werking is getreden, is de termijn voor het starten van een herzieningsprocedure bij de Ondernemingskamer als bedoeld in artikel 2:447 van het Burgerlijk Wetboek reeds aangepast van zes naar negen maanden. Vanuit het oogpunt van consistentie wordt de termijn in artikel 2:454 BW ook aangepast van zes naar negen maanden. Zie verder de toelichting op onderdeel D met betrekking tot de wijziging van artikel 452, tweede lid.

F

De voorschriften betreffende de financiële verslaggeving waar artikel 2:455, eerste lid, BW naar verwijst, wijken af van de voorschriften waar artikel 2:454, tweede lid, BW naar verwijst. Uit oogpunt van consistentie wordt aangesloten bij artikel 454, tweede lid.

ARTIKEL III

A en B

Met de Wet bijzondere maatregelen financiële ondernemingen is een artikel, genummerd 212hh, ingevoegd. Er bestaat echter reeds een artikel met dat nummer. Het bij wet van 24 mei 2012 ingevoegde artikel wordt thans ver- nummerd. Dat noopt ook tot een wijziging van de verwijzing in artikel 212hq .

C en D

Met de Wet bijzondere maatregelen financiële ondernemingen is een artikel, genummerd 213aa, ingevoegd. Er bestaat echter reeds een artikel met dat nummer. Het bij wet van 24 mei 2012 ingevoegde artikel wordt thans ver- nummerd. Dat noopt ook tot een wijziging van de verwijzing in de artikelen 213af, eerste lid, onderdeel d, 213ag, eerste lid, en 213aq.

E

In artikel 213ah, tweede lid, wordt een onjuiste verwijzing gecorrigeerd.

ARTIKEL IV

Artikel IV strekt tot intrekking van de Postbankwet.³² In artikel 1 van die wet wordt de minister van Financiën gemachtigd om de rechtspersoon Postbank NV op te richten. Het eerste lid van artikel VII regelt de intrekking van genoemde wet. Het tweede lid van artikel VII zorgt ervoor dat rechtsbetrekkingen die mogelijk nog voortbestaan tussen de rechtsvoorgangers van de Postbank NV en derden, niet worden aangetast door intrekking van de Postbankwet.

³² Wet van 11 september 1985, houdende regelen met betrekking tot de oprichting van de Postbank N.V. (Stb. 1985, 510))

De Postbankwet bepaalt ten aanzien van de oprichting onder meer dat de vermogensbestanddelen van de Staat die aan de Postcheque- en Girodienst werden toegerekend alsmede de vermogensbestanddelen van de Rijkspostspaarbank onder algemene titel op de Postbank N.V. overgaan. Dergelijke bepalingen, die het grootste deel van de wet vormen, worden geacht te zijn uitgewerkt en behoeven op zichzelf geen expliciete intrekking. Dit betreft de artikelen 1, 2, 3, 4, 6, 7, 8, 9, 14, 15, 16, 17, alsmede de artikelen die andere regelgeving wijzigen. In dezelfde wet worden echter naast de bepalingen die de oprichting betreffen, tevens enkele taken en bevoegdheden opgedragen aan de Postbank NV. Deze worden hierna besproken. Ten aanzien van al deze artikelen is de conclusie dat zij hun belang hebben verloren voor of sinds het samengaan van de Postbank NV met ING Bank. Daarmee kan de gehele wet worden ingetrokken, met dien verstande dat ten aanzien van vier artikelen het bepaalde in de Postbankwet van toepassing blijft.

Artikel 5 betreft looptijd en rentevaststelling van de leningen die de Postbank NV bij haar oprichting jegens de Staat is aangegaan. Dit artikel bepaalt dat de looptijd van de leningen 25 jaar was vanaf de oprichting (die op 31 december 1985 plaatshad) en dat de Postbank NV bevoegd is om de leningen geheel of gedeeltelijk vervroegd af te lossen. Nu deze termijn is verstreken, heeft artikel 5 zijn belang verloren.

Artikel 10, tweede lid, bepaalt dat de Archiefwet 1995 van toepassing is op de archiefbescheiden van de Postcheque- en Girodienst en de Rijkspostspaarbank die ter beschikking zijn gesteld aan de Postbank NV, met dien verstande dat de archiefbescheiden die ouder zijn dan 25 jaar moeten worden overgebracht naar de algemene rijksarchiefbewaarplaats. De meeste van de bedoelde archiefbescheiden zijn inmiddels aldus overgebracht, maar een klein deel nog niet. Het betreft enerzijds archiefbescheiden die samenhangen met de oprichting van de Postbank en anderzijds archiefbescheiden rondom de Tilburgsche Hypotheekbank, waarvoor na het faillissement in 1983 nog tot 1995 betalingen zijn verricht. Ten aanzien van deze laatste onderdelen van het archief is tussen de Postbank NV (en haar rechtsoptvolger) en het Rijksarchief, tegenwoordig Nationaal Archief, overeengekomen dat deze eveneens zullen worden overgebracht. Om die reden wordt in het derde lid van artikel VII van dit wetsvoorstel bepaald dat artikel 10, tweede lid, van de Postbankwet van toepassing blijft op de in dat artikel bedoelde archiefbescheiden

In artikel 11 is bepaald dat instemming door de Staat als aandeelhouder met wijziging van de statuten van de Postbank NV slechts kan worden gegeven met goedkeuring van de Staten-Generaal. De Staat heeft in de loop der jaren haar belang in Postbank NV afgebouwd. De rechtspersoon Postbank NV is begin 2009 verdwenen ten gunste van de verkrijgende entiteit ING. Aangezien de Staat haar belang in Postbank NV destijds heeft afgestoten, is daarmee ook het belang van artikel 11 van de Postbankwet vervallen.

Artikel 12, eerste lid, bepaalt dat de Postbank NV bij de uitoefening van haar bedrijf in ieder geval gebruik maakt van die postinrichtingen van PTT Post BV welke door de minister van (destijds) Verkeer en Waterstaat, na overleg met de bank en PTT Post BV, zijn aangewezen. Het tweede lid bepaalt vervolgens dat de rechtsbetrekkingen tussen Postbank NV en PTT Post BV bij overeenkomst worden vastgesteld. De oorspronkelijke reden voor dit artikel, zoals dat in de memorie van toelichting (Kamerstukken II 1983/84, 18 346, nr. 3, arti-

kelsgewijze toelichting bij artikel 11) werd verwoord, lag in "de betekenis van de postinrichtingen voor de distributiefunctie van de Postbank alsook de betekenis van de Postbank voor de rendabele exploitatie van die inrichtingen". Dezelfde memorie erkent reeds dat wijzigingen in marktomstandigheden en in de belangen van partijen moeten kunnen leiden tot wijzigingen in de overeenkomst.

De maatschappelijke bijdrage die de Postbank door de bundeling van haar dienstverleningspunten met die van PTT Post mede leverde, namelijk het bereikbaar houden van de betaaldienstverlening, wordt tegenwoordig via het Maatschappelijk Overleg Betalingsverkeer (MOB) bewerkstelligd door alle retailbanken gezamenlijk. Gelet hierop is het belang van artikel 12 vervallen. Artikel 12a is in de Postbankwet ingevoegd bij de Machtigingswet PTT Nederland NV en draagt de Postbank NV op om de ingevolge de akten van de Wereldpostunie op Nederland rustende verplichtingen ter zake postwissels en andere internationale postgirodiensten uit te voeren. Aangezien Nederland het huidige Verdrag inzake postale financiële diensten van de Wereldpostunie³³ niet heeft ondertekend, behoort op Postbank NV of haar rechtsopvolger niet langer de plicht te rusten om hieraan uitvoering te geven.

ARTIKEL V

A

Het voorgestelde nieuwe artikel 13a van Wet bekostiging financieel toezicht regelt dat de toezichthouder de kosten van een door hem aangewezen stille curator in rekening brengt bij de betrokken financiële onderneming. Een ondercuratelestelling kan soms jaren duren; het eerste lid biedt de grondslag om een keer per jaar de kosten van de ondercuratelestelling in rekening te brengen.

Ingevolge het tweede lid stelt de toezichthouder de hoogte vast van de bedragen, bedoeld in het eerste lid. Dit bedrag bestaat uit de kosten van de op grond van de Wft benoemde curator en de doorbelasting van de kosten van intensiever toezicht. Deze kunnen per geval verschillen en dus dient de toezichthouder deze per geval vast te stellen. De toezichthouder moet het bedrag specificeren en baseren op de werkelijk gemaakte kosten (derde lid).

De inhoud van het artikel is overgenomen uit de artikelen 4 en 10 van het Besluit bekostiging financieel toezicht, met als enige verschil dat de toezichthouder niet langer de mogelijkheid heeft om de kosten door te berekenen, maar de plicht. Dit om willekeur te voorkomen.

B

Voor Bijlage I van de Wbft waarin de kosten van de eenmalige toezichthandelingen zijn opgenomen, wordt een aantal wijzigingen voorgesteld. Zij zijn voornamelijk technisch van aard waarbij via de onderdelen 5, 7, 9 en 11 een laag tarief wordt geïntroduceerd voor enkele verklaringen van geen bezwaar inzake gekwalificeerde deelnemingen op grond van artikel 3:95 van de Wft en de verklaring van geen bezwaar op grond van artikel 3:96 van de Wft. Het lage tarief betreft de gevallen waarin DNB niet meer dan 15 uur nodig heeft voor de be-

³³ 2008; Trb. 2010, 126 en Trb. 2011, 267

handeling van de aanvraag. Daartoe is het huidige laagste tarief voor de gevallen waarin DNB niet meer dan 150 uur nodig heeft voor de behandeling van de aanvraag gewijzigd in een tarief voor gevallen waarin DNB tussen de 15 uur en 150 uur nodig heeft voor de behandeling van de aanvraag (onderdelen 6, 8, 10 en 12).

C

Bijlage II van de Wbft bevat twee overzichten die qua indeling identiek aan elkaar zijn. De titels van de vijfde kolom zijn echter niet aan elkaar gelijk. Via het voorstel tot wijziging van deze bijlage wordt hierin alsnog voorzien.

ARTIKEL VI

A

Door de wijziging van artikel 3.118a van de Wet inkomstenbelasting 2001 in het thans voorliggende wetsvoorstel wordt geregeld dat een verplichte verrekening van een spaarrekening eigen woning op zichzelf niet leidt tot een belaste uitkering voor box 1 van de inkomstenbelasting. Dit wordt geregeld door te bepalen dat bij een verplichte verrekening – die een aflossing van de eigenwoningsschuld tot gevolg heeft – geacht wordt te zijn voldaan aan de als hoofdregel geldende voorwaarde voor de vrijstelling spaarrekening eigen woning dat ter zake van de spaarrekening ten minste 20 jaar een bedrag is overgemaakt. Door de verplichte verrekening kan het buiten de schuld van de belastingplichtige om zo zijn dat niet aan deze termijn wordt voldaan. De vrijstelling is hier in die situatie echter wel op zijn plaats. Voorwaarde is hierbij vanzelfsprekend wel dat tot op het moment van de verplichte verrekening wel daadwerkelijk jaarlijks een bedrag is overgemaakt.

B

In artikel 3.119 van de Wet inkomstenbelasting 2001 wordt geregeld dat ingeval een product (kapitaalverzekering eigen woning, spaarrekening eigen woning of beleggingsrecht eigen woning) wordt afgesloten ter vervanging van een ingevolge artikel 3:265 van de Wet op het financieel toezicht verplicht met de eigen woningsschuld verrekenende spaarrekening eigen woning, het nieuwe product voor de afdeling 'Belastbare inkomsten uit eigen woning' in de Wet inkomstenbelasting 2001 geacht wordt een voortzetting te zijn van die laatstgenoemde spaarrekening eigen woning.

ARTIKEL VII

De aan de opsomming in artikel 1, onder 2, van de Wet toegevoegde bepalingen maken het mogelijk om bij overtreding van deze bepalingen te kiezen voor strafrechtelijke afdoening in plaats van handhaving via het bestuursrecht. De artikelen 2:3.0a, eerste lid, 2:3.0c, eerste lid, 2:3.0e, eerste lid, 2:3.0f, eerste lid, 2:106.0a, eerste lid, 3:35, eerste lid, 3:73a, eerste en tweede lid, 4:76a, eerste tot en met derde lid, 4:76b, eerste en tweede lid zien op overtredingen van de bepalingen inzake afwikkelondernemingen. Artikel 5:2 van de Wft ziet op het verbod om zonder prospectus effecten aan te bieden aan het publiek en

artikel 5:25j, tweede en vijfde lid van de Wft zien op de omgang met koersgevoelige informatie door een uitgevende instelling.

ARTIKEL VIII

Artikel 41, tweede lid, van de Wab verbiedt personen die niet zijn ingeschreven in het register van de beroepsorganisatie voor accountants om de accountants-titels Registeraccountants (RA) of Accountants-Administratieconsulent (AA), of de benaming accountant zonder nadere toevoeging dan wel in samenstelling of afkorting te voeren, dan wel zich zodanig te gedragen dat daardoor bij het publiek redelijkerwijs de indruk kan zijn gewekt, dat zij tot het voeren van die benaming gerechtigd zijn. Aangezien het hierbij om personen gaat die formeel geen accountant zijn, is het reguliere tuchtrecht voor accountants (met de daaraan verbonden sanctiemogelijkheden) ook niet op hen van toepassing.

In de nieuwe artikelen 55 en 56 wordt de strafbaarstelling van de overtreding van artikel 41, tweede lid, van de Wab in strafrechtelijke zin, vervangen door bestuursrechtelijke handhaving. Er wordt voor bestuursrechtelijke handhaving gekozen, omdat het relatief eenvoudige, veelvoorkomende overtredingen betreft die zich lenen voor bestuursrechtelijke afdoening, zonder tussenkomst van een strafrechter. Uiteraard staat voor belanghebbenden hierbij wel altijd de mogelijkheid tot beroep bij de bestuursrechter open. Bestuursrechtelijke bevoegdheden worden reeds ingezet bij de handhaving van diverse andere voorschriften op het terrein van de financiële markten. Zo bevatten de artikelen 24 e.v. van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren terrorisme, reeds gelijksoortige bepalingen.

Het nieuwe artikel 56 van de Wab regelt de bestuursrechtelijke bevoegdheden waarvan bij de handhaving van artikel 41, tweede lid, van de Wab gebruik kan worden gemaakt. Op grond van artikel 56 van de Wab krijgt de Minister van Financiën de bevoegdheid om een dwangsom en bestuurlijke boete op te leggen. Voor de hoogte van de bestuurlijke boete wordt aangesloten bij de thans al geldende boete van de tweede categorie, bedoeld in artikel 23, vierde lid, van het Wetboek van strafrecht. De boete kan zowel bij overtreding van artikel 41, tweede lid, van de Wab als bij overtreding van artikel 5:20 van de Algemene wet bestuursrecht worden opgelegd. De keuze voor bestuursrechtelijke handhaving betekent ook dat de bevoegdheid van de Ministers van Veiligheid en Justitie en Financiën om opsporingsambtenaren aan te wijzen voor het opsporen van overtredingen van artikel 41, tweede lid, van de Wab, komt te vervallen. In plaats daarvan wordt in het nieuwe artikel 55, eerste lid, van de Wab een grondslag voor de Minister van Financiën opgenomen om toezichthouders aan te wijzen die belast zijn met het toezicht op de naleving van artikel 41, tweede lid, van de Wab. Hierbij beschikt de aangewezen toezichthouder over alle toezichtsbevoegdheden die hem op basis van titel 5.2. van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) toekomen, behalve de bevoegdheden genoemd in artikel 5:18 en 5:19 van de Awb die in het nieuwe artikel 55, derde lid, van de Wab worden uitgezonderd. Deze uitzondering wordt opgenomen omdat het onderzoeken van zaken en voertuigen en het opnemen van monsters geen bevoegdheden zijn die in dit verband voor een adequate handhaving noodzakelijk zijn.

ARTIKEL IX

A

Overeenkomstig artikel 1:104, eerste lid, onderdeel e, van de Wft wordt met deze wijziging de mogelijkheid voor de AFM geschapen om een vergunning in te trekken als een accountantsorganisatie binnen een termijn van twaalf maanden geen gebruik van de vergunning maakt door het uitvoeren van een wettelijke controle. Op deze wijze kan toezichtcapaciteit gericht worden ingezet op accountantsorganisaties die deze werkzaamheden ook daadwerkelijk verrichten. Om vergunninghouders gelegenheid te geven een eerder door hen verkregen alsnog te gebruiken, zal voor de inwerkingtreding van deze bepaling een termijn van een jaar gelden.

B

Met het nieuwe tweede lid dat in artikel 12d wordt opgenomen, wordt de mogelijkheid geschapen om bij ministeriële regeling artikel 48a van de Wta voor onder toezicht staande accountantsorganisaties in bepaalde derde landen buiten toepassing te laten. Het huidige tweede lid biedt weliswaar ook de mogelijkheid tot het buiten toepassing laten, maar alleen indien bij ministeriële regeling is bepaald dat een of meer van de in het derde genoemde bepalingen ten aanzien van het AFM-toezicht eveneens geheel of gedeeltelijk niet van toepassing zijn. Deze koppeling komt te vervallen. Gevolg van het buiten toepassing laten van artikel 48a van de Wta is dat de AFM bij de betreffende accountantsorganisaties uit een derde land die verklaringen afgeven op de jaarrekening van in Nederland beursgenoteerde ondernemingen geen regelmatige beoordeling hoeft uit te voeren, mits aan de in dat lid genoemde voorwaarden wordt voldaan. Hierbij kan op grond van het nieuwe derde lid eventueel worden bepaald dat enkele andere bepalingen met betrekking tot het AFM-toezicht eveneens niet van toepassing zijn.

C

Met deze wijziging van artikel 63j van de Wta wordt verduidelijkt dat de AFM, als aan de in het tweede lid genoemde voorwaarden wordt voldaan, niet alleen gegevens of inlichtingen die betrekking hebben op controles, aan toezichthouders in derde landen kan verstrekken, maar ook gegevens die betrekking hebben op het bepaalde bij of krachtens hoofdstuk 3 van de Wta. Dit betreft ook gegevens met betrekking tot de door de AFM uitgevoerde beoordeling van een accountantsorganisatie.

De voorwaarde zoals die is genomen in het huidige artikel 63j, eerste lid, onderdeel d, van de Wta komt niet terug in het voorgestelde nieuwe artikel 63j, tweede lid, van de Wta, omdat is gebleken dat in het kader van de adequaatheidsverklaring van de Europese Commissie (het voorgestelde nieuwe artikel 63j, tweede lid, onderdeel b, van de Wta) al wordt getoetst of aan die voorwaarde wordt voldaan.

ARTIKEL X

A

De voorgestelde wijziging betreft het herstel van een omissie.

B

Het huidige artikel 6, eerste lid, van de Wtfv maakt het mogelijk dat de AFM gegevens en inlichtingen die zij heeft verkregen bij de vervulling van haar taken onder de Wtfv, mag verstrekken aan een bij algemene maatregel van bestuur aangewezen instantie die als taak heeft om een consistente toepassing en handhaving van de standaarden voor de jaarrekening binnen de Europese Unie te bevorderen. De in dit onderdeel opgenomen wijziging maakt het mogelijk dat de AFM ook gegevens mag uitwisselen met internationale instanties die als taak hebben om een consistente toepassing en handhaving van de standaarden voor de jaarrekening te bevorderen. Concreet zal de AFM gegevens met IOSCO mogen uitwisselen.

ARTIKEL XI

Op grond van het bestaande artikel 22, eerste lid, van de Wtra kan een ieder die vermoedt dat een accountant zich heeft gedragen in strijd met de toepasselijke wet- en regelgeving een klacht indienen bij de accountantskamer. Het recht om een klacht in te dienen bij de accountantskamer is onderworpen aan twee temporele beperkingen. De eerste beperking houdt in dat de klacht moet worden ingediend binnen een periode van drie jaar na constatering door de klager van het verweten handelen of nalaten. De tweede beperking houdt in dat een klacht niet in behandeling wordt genomen indien een periode van zes jaar is verstreken tussen het moment van het verweten handelen of nalaten en het moment van indienen van de klacht.

Conform de bestaande regeling begint de verjaringstermijn van drie jaar (de eerste beperking) te lopen op het moment dat de klager de gedragingen van de accountant heeft geconstateerd. Het is niet vereist dat de klager tevens beseft dat de gedragingen van de accountant in strijd zijn met de accountantsregelgeving. Dit kan leiden tot onbillijke situaties in de praktijk. Zo kan het voorkomen dat een klager, die zelf niet ter zake deskundig is, op de hoogte is van de gedragingen van de accountant, maar nog niet weet of beseft dat de accountant een beroepsfout heeft gemaakt. Tevens zijn situaties denkbaar waarin het verwijtbare karakter van de handelingen pas veel later aan het licht komt. Een externe accountant kan bijvoorbeeld een goedkeurende verklaring afgeven zonder passende controlewerkzaamheden te hebben verricht, hetgeen pas jaren later tot klaarheid komt.

Met de voorgestelde wetswijziging wordt het aanvangen van de driejaarstermijn gekoppeld aan een subjectieve toets, namelijk bekendheid van de klager met het verwijtbare karakter van de gedragingen van de accountant.

De rechtspositie van de accountants blijft gewaarborgd door de zesjaarstermijn opgenomen in de laatste volzin van artikel 22, eerste lid. Deze termijn kan objectief worden vastgesteld en dient te voorkomen dat accountants geduren-

de een lange periode in onzekerheid verkeren over mogelijke tuchtrechtelijke procedures en sancties.

Op grond van het huidige artikel 22, vijfde lid, van de Wet tuchtspraak accountants is de accountantskamer, voor wat betreft klachtzaken inzake wettelijke controles, gehouden de klacht ambtshalve aan te vullen. In alle overige klachtzaken is de accountantskamer niet bevoegd de klachten aan te vullen.

In de praktijk kan het voorkomen dat klagers, bij gebrek aan vakinhoudelijke kennis of bekendheid met het dossier, moeite hebben met het omschrijven van de klacht. Tevens kunnen tijdens het onderzoek ter zitting nieuwe feiten boven tafel komen die de klacht ondersteunen of die aanwijzing geven voor klachtwaardig gedrag waar de klacht niet op ziet.

Ter bescherming van de belangen van (niet-professionele) klagers en in het algemeen belang, kan het opportuun zijn dat de accountantskamer de bevoegdheid heeft om klachten ambtshalve aan te vullen, ook in klachtzaken die geen betrekking hebben op wettelijke controles.

ARTIKELN XII EN XIII

Deze artikelen regelen het overgangsrecht wat betreft de bepalingen die zien op toezicht op afwikkelondernemingen. Afwikkelondernemingen die op het tijdstip van de inwerkingtreding van de wet (althans van het gedeelte dat betrekking heeft op de vergunningplicht van afwikkelondernemingen) werkzaam zijn, behoeven niet op dat tijdstip al een vergunning te hebben. Zij krijgen drie maanden de tijd om aan te tonen dat zij aan de vereisten die voor een vergunning gelden voldoen. Voor de goede orde wordt opgemerkt dat dit "aantonen" iets anders is dan een vergunning aanvragen: zij behoeven dan ook niet de kosten die DNB in rekening brengt voor de aanvraag van een vergunning te voldoen. Voor de tussentijd krijgen zij een vergunning van rechtswege. Tonen zij binnen drie maanden inderdaad aan dat zij aan de vergunningvereisten voldoen, dan behouden zij de vergunning die zij van rechtswege hebben gekregen. Tonen zij niet aan dat zij aan de vergunningvereisten voldoen, dan kan DNB de vergunning die zij van rechtswege hebben gekregen intrekken.

ARTIKEL XIV

Vanwege het feit dat er door deze wet diverse andere wetten gewijzigd worden, is gekozen voor een flexibele inwerkingtredingbepaling.

De Minister van Financiën,