

Internetconsultatie Wijzigingswet financiële markten 2022

Reactie van DACSI, de vereniging van gebruikers en aanbieders in Nederland van de effecteninfrastructuur

Datum 18 december 2020
Versie 1.0

DACSI is the principal trade association in The Netherlands for the securities industry. Our aim is to promote and improve the smooth functioning of "securities post-trade": we strive for an efficient and effective infrastructure for the securities and derivatives markets. We do so by coordinating between providers and users of the securities infrastructure and by advocating the Dutch interests with relevant institutions, including the domestic and European legislators and supervisors.

Vogelstruys building
Hullenbergweg 278
1101 BV Amsterdam Zuidoost
The Netherlands

t : +31 20 763 0936
e : secretariat@dacsi.nl
w : <https://dacsi.nl>

KvK : 34318358
Transparency Register : 339617120019-31

Inleiding

Wij verwelkomen en ondersteunen het initiatief om bij wet vermogensscheiding door middel van een (geld)rekening met afgescheiden vermogen te regelen. Zo'n regeling zou in een grote behoefte voorzien, zoals die in de Memorie van Toelichting (in haar consultatieversie, hierna "concept MvT") is verwoord.

Op drie onderdelen hebben wij een bezwaar tegen c.q. een zorg bij de voorgestelde regeling, zodat wij daar een wijziging (in de wettekst) c.q. aanvulling (in wettekst of MvT) voorstellen.

1. Bij welke banken kan de rekening worden aangehouden

Het voorstel behelst – in de nieuwe artikelen 3:29aa en 4:87aa voor de Wft – dat de "rekening wordt aangehouden bij een bank met zetel in Nederland die een vergunning heeft voor de uitoefening van het bedrijf van bank, verleend door de Europese Centrale Bank of de Nederlandsche Bank".

Door de beperking "met zetel in Nederland" zou de regeling niet van toepassing zijn op rekeningen bij een in Nederland actieve "buitenlandse" bank. Dat zou de huidige praktijk miskennen van in Nederland werkzame (bijkantoren van) banken met een zetel elders in de Europese Unie. Mogelijk kan dit zelfs worden gezien als een belemmering aan buitenlandse banken om in Nederland werkzaam te zijn.

Hiermee is die beperking "met zetel in Nederland" ongewenst; zij is ook niet nodig.

Het argument voor de beperking "met zetel in Nederland" als verwoord in de concept MvT bij 3:29aa gaat niet op (zie p.11: "Wanneer een rekening met afgescheiden vermogen wordt aangehouden bij een bank met zetel in een andere lidstaat dan Nederland, zullen de goederenrechtelijke en verhaalsrechtelijke aspecten mogelijk niet zijn onderworpen aan Nederlands recht."). Immers, omdat de vermogensscheidingseisen van MiFID (II) ook op geld van toepassing zijn, dwingen deze het concept van afgescheiden klantrekeningen als zodanig overal binnen de EU af. Banken mogen geen zakelijk zekerheidsrecht, voorrecht of recht van verrekening hebben onder de MiFID II-uitvoeringsrichtlijn t.a.v. client accounts van de klanten van de beleggingsonderneming, dus de rangregeling uit het concept wetsvoorstel (4:87aa lid 3 nieuw) wordt niet in gevaar gebracht (in de literatuur wordt gedebatteerd of de Europese regels (MiFID/EMIR/CSDR etc.) zien op juridische of administratieve segregatie, maar de rangregeling uit het nieuwe 4:87aa in combinatie met de restricties uit de MiFID II-uitvoeringsrichtlijn (in Nederland geïmplementeerd in 165e BGFO) maken dit onderscheid o.i. dogmatisch). Ingeval de (Nederlandse) beleggingsonderneming failliet zou gaan, is Nederlands insolventierecht van toepassing, wordt het afgescheiden vermogen erkend en regelt de MiFID II-uitvoeringsrichtlijn (165g BGFO) dat de curator alle informatie over de gesegregeerde rekeningen krijgt.

Het is voor het concept wetsvoorstel niet relevant of goederenrechtelijke en verhaalsrechtelijke aspecten worden beheerst door Nederlands recht wanneer een rekening met afgescheiden vermogen wordt aangehouden bij een bank met zetel in een andere lidstaat, omdat het wetsvoorstel niet ziet op de relatie tussen de beleggingsonderneming, betaalinstelling en elektronische geldinstelling (hierna "de intermediair") en de bank. De Wge – relevant voor effectenrekeningen – kent bij de definitie van intermediair de beperking tot instellingen met zetel in Nederland niet.

Het wetsvoorstel ziet uitsluitend op ondervanging van het insolventierisico van de intermediair, en niet op het insolventierisico van de bank waarbij de rekening met gelden van klanten wordt aangehouden; dat zou een ander vraagstuk zijn. De intermediairs die binnen de reikwijdte van het wetsvoorstel vallen, zijn onderworpen aan het Nederlandse insolventierecht en de Nederlandse curator zal in het kader van het te gelde maken van de boedel de rang- en afgescheidenvermogenregeling uit 3:29aa lid 3 en 4:87aa lid 3 Wft moeten toepassen. Het beoogde wetsvoorstel regelt niets met betrekking tot een eventueel faillissement van de bank waarbij de intermediair de klantgeldenrekening aanhoudt. Binnen de EU is het uitgangspunt dat in het geval van insolventie van de bank, de intermediair een vordering zal hebben op de boedel om het tegoed terug te krijgen, welk recht wordt beheerst door het nationaal recht van de vestigingsplaats van de bank (zie art. 10 van de winding-up richtlijn

2001/24/EC). In het geval van faillissement mag de curator van de bank op grond van de MiFID II-Uitvoeringsrichtlijn als geïmplementeerd in nationaal recht, niet een positief saldo op een of meer klantgeldenrekeningen verrekenen met een debetstand die de bank voor eigen rekening aanhoudt. Mocht een nationaalrechtelijke insolventiebepaling hiervan afwijken dan moet de intermediair voorafgaand aan het aangaan van de relatie met die bank, hiervan al op de hoogte zijn gesteld krachtens art. 49 lid 6 van de MiFID II-uitvoeringsverordening (2017/565/EU).

In 2013, voordat bovenstaande MiFID II regels van toepassing werden, heeft de Nederlandse wetgever in het kader van de Wijzigingswet Financiële Markten 2014 aan de toen al bestaande rangregeling voor (juridisch eigenaren van) beleggingsinstellingen de verduidelijking toegevoegd dat het vermogen van de beleggingsinstelling een afgescheiden vermogen is. In de Memorie van Toelichting staat hierover¹:

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

Zoals uit de concept MvT blijkt is beoogd aan te sluiten bij dezelfde regeling als voor beleggingsinstellingen. De afwijkende verklaring in de concept MvT ten opzichte van de Memorie van Toelichting bij de Wijzigingswet Financiële Markten 2014 is ten aanzien van goederenrechtelijke en verhaalsrechtelijke zekerheidsrechten inconsistent.

Tot slot is nog belangrijk dat het wetsvoorstel in aangepaste vorm als hierboven een veel grotere reikwijdte van bescherming zal hebben (wij zien bepaalde parallellen met de uitbreiding van de internationale reikwijdte van de Wge in 2011). Bovendien worden op deze manier de operationele modellen van de in de Nederlandse markt actieve internationale custodians niet doorkruist door inefficiënte operating models en dientengevolge hogere administratieve lasten, en dan in het bijzonder met betrekking tot beleggingsondernemingen, die voor een efficiënte effectendienstverlening gebruik zouden moeten kunnen maken van een buitenlandse custodian.

De betere constructie is hier dat de rekening met afgescheiden vermogen wordt aangehouden bij een bank met zetel in een lidstaat, dus ongeacht waar deze bank is gevestigd binnen de EU en ongeacht waar deze bijkantoren heeft (en of het betreffende bijkantoor al dan niet met een lokale rekeningstructuur werkt).

2. Verantwoordelijkheid voor de rekening voerende bank

Het voorstel vereist uitdrukkelijk dat uit de tenaamstelling van de rekening blijkt dat deze door de beleggersonderneming² wordt aangehouden “in eigen naam ten behoeve van cliënten”, hetgeen als een omnibus account kan worden gezien. Daarmee is het ook voor de bank duidelijk dat de (primaire) belanghebbenden de cliënten van de beleggersonderneming zijn. Echter, de rekening voerende bank zal niet weten wie die cliënten zijn en kan en mag dat ook niet weten. Dat is de verantwoordelijkheid van de beleggingsonderneming zelf. Terecht wordt daarvoor (in lid 4) verwezen naar de administratie van de beleggingsonderneming en diens plicht daarvoor te zorgen. In lid 8 wordt bovendien de mogelijkheid geschapen om bij AMvB nadere regels te stellen aan “de inrichting, de administratie en het beheer van de rekening”.

Wij willen met klem wijzen op de diverse verantwoordelijkheden die normaliter rusten op de bank die een rekening voert, maar die in gevallen als deze niet verder kunnen reiken dan de beleggersonderneming zelf. Zo zullen plichten in het kader van “know-your-customer” en “anti money laundering” en vergelijkbare verplichtingen met betrekking tot de cliënten van de beleggersonderneming, noodzakelijkerwijs tot de verantwoordelijkheden van de beleggingsonderneming moeten horen en niet tot die van de bank.

¹ Kamerstukken II, vergaderjaar 2012-2013, 33632, Nr. 3, p. 81.

² Dit geldt voor de beleggingsonderneming (4:87aa), maar ook voor de betaalinstelling of elektronischgeldinstelling (3:29aa) en de afwikkelonderneming (3:29d). Eenvoudshalve schrijven we hier alleen over de beleggingsonderneming.

Daarnaast zal de bank waar de omnibus account wordt aangehouden geen verantwoordelijkheid kunnen dragen voor de administratie van de rechten van de cliënten van de beleggingsonderneming. Hoewel wellicht evident, lijkt het ons wenselijk om langs deze redenering in de uiteindelijke MvT op te nemen dat bij of krachtens AMvB op de individuele cliënten van de beleggingsonderneming gerichte verantwoordelijkheden exclusief op de beleggingsonderneming (blijven) rusten.

3. Depositogarantiestelsel

In de concept MvT wordt aangekondigd dat het Bbpm, art. 29.02, zo wordt aangepast dat gelden op de kwaliteitsrekening onder de reikwijdte van het DGS worden gebracht. Voor EGI's en betaalinstanties is dit een zuivere oplossing, echter in het geval van beleggingsondernemingen roept het voorstel vragen op.

Het beleggerscompensatiestelsel strekt ertoe klanten van beleggingsondernemingen te beschermen indien zij financiële instrumenten of met de beleggingsdiensten verband houdende corresponderende gelden verliezen tot een bedrag van maximaal EUR 20.000. Beleggingsondernemingen zelf zijn uitgesloten van het DGS, dat deposito's tot EUR 100.000 garandeert. Het is in de beoogde plannen onduidelijk of het DGS en het beleggerscompensatiestelsel in de beoogde gewijzigde vorm naast elkaar van toepassing zullen zijn in het geval dat zowel bank als beleggingsonderneming failleren, of dat de aanspraak op het beleggerscompensatiestelsel ten aanzien van gelden aangehouden bij de beleggingsonderneming komt te vervallen, en het beleggerscompensatiestelsel feitelijk enkel nog op financiële instrumenten ziet.

In dit licht en met het oog op de ratio achter de Europese richtlijnen voor beleggerscompensatie en depositogarantie, zou het logischer zijn om de vergoeding onder het beleggerscompensatiestelsel te verhogen dan een complexe omweg te creëren naar het DGS met betrekking tot de achterliggende bank van de beleggingsonderneming, welke route ook geen grondslag kent in de respectieve onderliggende Europese richtlijnen³.

³ Richtlijn 97/9/EG van het Europees Parlement en de Raad van 3 maart 1997 inzake de beleggerscompensatiestelsels en Richtlijn 2014/49/EU van het Europees Parlement en de Raad van 16 april 2014 inzake de depositogarantiestelsels.