

FEEDBACK STATEMENT

Wijziging Nadere Regeling Gedragstoezicht Financiële Ondernemingen / bewaring van financiële instrumenten

Per 1 januari 2011 is de Wet giraal effectenverkeer (Wge) gewijzigd. De Wge wijziging voorziet in een betere juridische bescherming van beleggers tegen een mogelijk faillissement van het intermediair. Om de uitbreiding van de Wge bescherming ook in de Nadere regelgeving tot uitdrukking te laten komen heeft de AFM op 23 mei 2012 een wijzigingsvoorstel voor artikel 6:18 van de Nadere regeling gedragstoezicht financiële ondernemingen (Nrgfo) aan de markt ter consultatie aangeboden. De consultatie liep op 22 juni 2012 af. De AFM heeft een beperkt aantal reacties op de consultatie ontvangen. In dit feedback statement gaat de AFM op de belangrijkste commentaarpunten in.

Achtergrond wijziging Wet giraal effectenverkeer/Nrgfo

Op 1 januari 2011 is de gewijzigde Wge in werking getreden. De wijziging van de Wge heeft betrekking op het volgende:

1. Met de wijziging is het niet uitsluitend Euroclear Nederland, als aangewezen centraal instituut, die bepaalt welke effecten onder de reikwijdte van de Wge vallen en als gevolg daarvan welke bescherming van toepassing is. Ook het intermediair, in de zin van de Wge, kan dit nu bepalen;
2. Daarnaast is de Wge bescherming uitgebreid naar aan beurzen in het buitenland genoteerde effecten en fondsen en naar niet- ter beurze genoteerde effecten en fondsen, indien en voor zover deze in Nederland worden bewaard;
3. Tot slot vallen door de wijzigingswet vrijwel alle banken en beleggingsondernemingen onder de Wge waar dat in het verleden alleen de aangesloten instellingen bij Euroclear Nederland waren.

De wijziging van de Wge maakt het mogelijk om stukken die nu door het bewaarbedrijf worden bewaard over te hevelen naar een rekening op naam van het intermediair zelf. Belangrijke voordelen voor de belegger is hierbij een betere juridische bescherming in geval van faillissement van het intermediair. Dit omdat de contractuele aanspraak binnen een bewaarbedrijf constructie wordt vervangen door een goederenrechtelijke (rechtstreekse) aanspraak op de stukken.

Aanpassing van de Nrgfo maakt betere bescherming voor beleggers mogelijk

Om de uitbreiding van de Wge bescherming ook in de Nadere regelgeving tot uitdrukking te laten komen heeft de AFM artikel 6:18 van de Nadere regeling aangepast. De AFM benadrukt met de wijziging het belang van de Wge-bescherming voor de belegger en is van mening dat hiermee ook het belang van de klant wordt gediend.

Reacties op de consultatie

Hierna gaat de AFM in op de belangrijkste commentaarpunten naar aanleiding van de consultatie.

1 Voorkeur AFM voor Wge-conforme bewaring

In een aantal reacties is aangegeven dat in het wijzigingsvoorstel van artikel 6:18 (a) Nrgfo de AFM voorkeur voor 'Wge-conforme bewaring' niet expliciet naar voren komt.

De ruimere rechtsbescherming die de Wge per 1 januari 2011 biedt, wordt met de voorgestelde wijziging ook in de Nrgfo tot uitdrukking gebracht. Bewaring via een bewaarbedrijf wordt met de wijziging niet onmogelijk gemaakt. Immers, de mogelijkheid van bewaring via een afzonderlijk bewaarbedrijf blijft van belang voor financiële instrumenten die niet onder de reikwijdte van de Wge vallen. In de toelichting op de gewijzigde regeling, zoals deze wordt gepubliceerd in de Staatscourant, zal de voorkeur voor de AFM

voor Wge-conforme bewaring voor financiële instrumenten die onder de Wge vallen tot uitdrukking worden gebracht. De Wge conforme bewaring is juridisch sterker voor eindgerechtigden dan bewaring van deze stukken in een afzonderlijk bewaarbedrijf.

2 Beleggersgiro

In verschillende reacties is verbazing uitgesproken dat de AFM geen wijziging heeft overwogen van artikel 6:17 Nrgfo dat ziet op de beleggersgiro.

Wijziging van artikel 6:17 is wel door de AFM overwogen maar om de volgende redenen is besloten tot handhaving van de bestaande regelgeving:

- De toegestane activiteiten van beleggersgiro's zijn - anders dan een bewaarbedrijf ingevolge artikel 6:18 (b), vierde gedachtestreepje - ruimer dan alleen bewaring en omvat tevens 'het houden van de aan cliënten toebehorende gelden en financiële instrumenten en het beheren van de in de aanhef van dit artikel (artikel 6:17 Nrgfo) bedoelde rekeningen';
- Uit de thans bij de AFM bekende beleggersgiro's blijkt dat deze juridische rechtsfiguur in veel verschillende vormen bestaat. Veelal is deze rechtsfiguur bedoeld voor het verlenen van diensten (zoals: fractieberekening, saldering en bewaring) aan een beperkt aantal huisfondsen. In andere gevallen kan het gaan om giro's die meer geïntegreerd zijn in een grotere bedrijfsorganisatie van een groep van beleggingsinstellingen.

Beide argumenten zijn naar het oordeel van de AFM voldoende grond om de bestaande regelgevende situatie van artikel 6:17 Nrgfo te handhaven. Wijziging in de bedrijfsmatige organisatie voor de bewaring van rechten van deelneming via een beleggersgiro vereist om de genoemde redenen een afzonderlijke individuele beoordeling door de AFM. Belangrijk is te constateren dat met de handhaving van de bestaande juridische situatie ingevolge artikel 6:17 Nrgfo de weg naar bewaring via een bank/beleggingsonderneming zelf niet is afgesneden, maar - evenals thans het geval is - mogelijk blijft via een individueel verzoek voor een alternatieve vorm van vermogensscheiding ingevolge artikel 6:20 Nrgfo.

3 Vermogensscheiding en derivaten

In twee reacties op de consultatie is aangegeven dat vermogensscheiding voor de meeste derivaten nog steeds niet mogelijk is. In dit verband wordt ook verwezen naar de aanstaande inwerkingtreding van EMIR.

Uit de wetsgeschiedenis die leidde tot de wijziging van de Wge per 1 januari 2011 blijkt dat al eerder een poging is gedaan om tot een regeling voor de vermogensscheiding van derivaten te komen. Door de in de consultatiereacties geuite kritiek op de juridische vormgeving en de praktische uitvoerbaarheid van de voorgestelde regeling voor derivaten is destijds besloten de regeling nader te bezien. Om te voorkomen dat dit leidde tot een verdere vertraging van de regeling van de overige onderwerpen is besloten het voorstel te splitsen. Het voorstel voor de regeling voor derivaten zou op een later moment worden ingediend. In april 2010 (nota nav het verslag van de wijziging van de Wge) is door de minister van Financiën aangegeven dat alternatieven zullen worden bekeken om een regeling te realiseren die aan de geuite bezwaren tegemoet kan komen. De AFM onderschrijft de nut en noodzaak van vermogensscheiding voor derivaten en voert in dat verband overleg met het ministerie van Financiën.

4 Datum inwerkingtreding van de wijziging

Aangezien met de voorgestelde Nrgfo wijziging geen bezwarende verplichtingen voor onder toezicht staande instellingen worden geïntroduceerd, is de ingangsdatum van deze wijziging vastgesteld op 1 september 2012. De AFM zal in het kader van het toezicht op financiële ondernemingen erop toezien dat de overheveling en de uitvoering van activiteiten door de onder toezicht staande instelling steeds op zorgvuldige wijze zal plaats vinden waardoor de rechten van cliënten op adequate wijze zijn gewaarborgd.