



Besluit van 22 november 2016, houdende wijziging van de Nadere regeling gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft van 15 november 2006 in verband met regels met betrekking tot de bescherming van de rechten, financiële instrumenten of gelden van de cliënt

De Stichting Autoriteit Financiële Markten,

Gelet op artikel 4:87, tweede lid, van de Wet op het financieel toezicht en artikel 165, tweede lid, van het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft;

Besluit:

ARTIKEL I

De Nadere regeling gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft wordt als volgt gewijzigd:

A

In artikel 7:14, tweede lid, wordt 'een door de Nederlandsche Bank verleende vergunning' vervangen door: een door de Europese Centrale Bank of een door de Nederlandsche Bank verleende vergunning.

B

In de artikelen 7:15, eerste lid, onderdeel a, en 7:16, eerste lid, onderdeel a, wordt 'kredietinstelling' vervangen door: bank.

C

In de artikelen 7:15, derde lid, en 7:16, tweede lid, wordt 'een door de Nederlandsche Bank verleende vergunning' vervangen door: een door de Europese Centrale Bank of de Nederlandsche Bank verleende vergunning.

D

Artikel 7:17 komt te luiden:

Artikel 7:17

1. Een beleggingsonderneming die een beleggingsdienst verleent als bedoeld in onderdeel a, b of c van de definitie van het verlenen van een beleggingsdienst in artikel 1:1 van de wet kan aan het vereiste, bedoeld in artikel 7:14, voldoen door het sluiten van een schriftelijke overeenkomst met een cliënt, waarin tenminste is bepaald dat:
 - a. de door de beleggingsonderneming aangehouden financiële instrumenten die de cliënt toebehoren worden bewaard en geadministreerd:
 - 1° overeenkomstig het bepaalde in de Wet giraal effectenverkeer, of
 - 2° in een bewaarinstelling;
 - b. de gelden, bedoeld in artikel 7:14, eerste lid, worden aangehouden op een of meer rekeningen bij een bank ten name van de cliënt, of in een bewaarinstelling, indien de gelden ter uitvoering van een transactie in financiële instrumenten worden aangehouden;
 - c. creditering of debitering van de bij de beleggingsonderneming aangehouden rekening in financiële instrumenten van de cliënt uitsluitend geschiedt tegen gelijktijdige debitering of creditering van het te ontvangen of verschuldigde bedrag op de daarvoor bestemde geldrekening van de cliënt of de rekening ten name van de bewaarinstelling; en
 - d. de beleggingsonderneming uitsluitend bevoegd is om over de financiële instrumenten, bedoeld in onderdeel a, en de gelden, bedoeld in onderdeel b, te beschikken voor zover dit noodzakelijk is ter uitvoering van de diensten van de beleggingsonderneming voor de cliënt.
2. De beleggingsonderneming draagt er zorg voor dat de bewaarinstelling, bedoeld in het eerste lid, voldoet aan de volgende voorwaarden:



- a. de bewaarinstantie is een rechtspersoon naar Nederlands recht;
 - b. een ieder die de bewaarinstantie krachtens statuten of reglementen vertegenwoordigt dan wel het dagelijks beleid van de bewaarinstantie bepaalt, is geschikt in verband met de uitoefening van het bedrijf van bewaarinstantie. Tevens dient de betrouwbaarheid van de in dit onderdeel bedoelde personen, alsmede van de personen die rechtstreeks of middellijk bevoegd zijn om die personen te benoemen of te ontslaan buiten twijfel te staan;
 - c. degenen die ten behoeve van de bewaarinstantie werkzaamheden verrichten mogen niet werkzaam zijn voor het bedrijfsdeel van de financiële onderneming dat beleggingsdiensten verleent, of daarvoor (eind)verantwoordelijkheid dragen;
 - d. de bewaarinstantie verricht geen andere activiteiten dan het bewaren en administreren van de financiële instrumenten, bedoeld in het eerste lid, onderdeel a, of de gelden, bedoeld in het eerste lid, onderdeel b;
 - e. de bewaarinstantie treedt uitsluitend op in het belang van de cliënten van wie financiële instrumenten en gelden door de beleggingsonderneming bij de bewaarinstantie in bewaring zijn gegeven;
 - f. transacties in financiële instrumenten voor rekening van de cliënt geschieden slechts indien het saldo op de bij de bewaarinstantie aangehouden rekening ten name van die cliënt toereikend is;
 - g. de financiële instrumenten, bedoeld in het eerste lid, onderdeel a, en gelden, bedoeld in het eerste lid, onderdeel b, worden aangehouden op een of meer rekeningen op naam van de bewaarinstantie bij een bank, waarbij de bewaarinstantie een strikte administratieve scheiding toepast ten aanzien van gelden die toebehoren aan de cliënten van de beleggingsonderneming en de gelden die toebehoren aan de bewaarinstantie;
 - h. de som van de rechten van cliënten op financiële instrumenten onderscheidenlijk gelden, komt overeen met de som van de door de bewaarinstantie voor cliënten bewaarde financiële instrumenten onderscheidenlijk gelden;
 - i. de nakoming van de verplichtingen van de bewaarinstantie is gegarandeerd door de beleggingsonderneming;
 - j. de bewaarinstantie is jegens de cliënten aansprakelijk voor de door hen geleden schade, voor zover die schade het gevolg is van verwijtbare niet-nakoming van haar verplichtingen;
 - k. de bewaarinstantie wordt in de risicobeoordelings-, meet- en controleprocedures van de beleggingsonderneming betrokken;
 - l. de bewaarinstantie die financiële instrumenten, bedoeld in het eerste lid, onderdeel a, bewaart en administreert beschikt over een bedrag aan eigen vermogen van ten minste 125.000 euro. De bewaarinstantie die uitsluitend gelden, bedoeld in het eerste lid, onderdeel b, bewaart en administreert beschikt over een bedrag aan eigen vermogen van ten minste 50.000 euro.
3. Het eerste lid, onderdeel b, is niet van toepassing op beleggingsondernemingen die voor de uitoefening van het bedrijf van bank een door de Europese Centrale Bank of een door de Nederlandsche Bank verleende vergunning hebben, of voor de uitoefening van het bedrijf van financiële instelling een door de Nederlandsche Bank op grond van het Deel prudentieel toezicht financiële ondernemingen verleende verklaring van ondertoezichtstelling hebben.

E

Artikel 7:18 komt te luiden:

Artikel 7:18

1. Een beleggingsonderneming die voor de uitoefening van het bedrijf van bank een door de Europese Centrale Bank of een door de Nederlandsche Bank verleende vergunning heeft, of voor de uitoefening van het bedrijf van financiële instelling een door de Nederlandsche Bank verleende verklaring van ondertoezichtstelling heeft, kan aan het vereiste, bedoeld in artikel 7:14, voldoen door het sluiten van een overeenkomst met een cliënt, waarin tenminste is bepaald dat:
 - a. de door de beleggingsonderneming aangehouden financiële instrumenten die de cliënt toebehoren worden bewaard en geadministreerd:
 - 1° overeenkomstig het bepaalde in de Wet giraal effectenverkeer, of
 - 2° in een bewaarinstantie;
 - b. creditering of debitering van de bij de beleggingsonderneming aangehouden rekening in financiële instrumenten van de cliënt uitsluitend geschiedt tegen gelijktijdige debitering of creditering van het te ontvangen of verschuldigde bedrag op de daarvoor bestemde geldrekening van de cliënt; en
 - c. de beleggingsonderneming uitsluitend bevoegd is om over de financiële instrumenten, bedoeld in onderdeel a, te beschikken voor zover dit noodzakelijk is voor de uitvoering van



de diensten van de beleggingsonderneming voor de desbetreffende cliënt.

2. De beleggingsonderneming draagt er zorg voor dat de bewaarinstelling, bedoeld in het eerste lid, onderdeel a, voldoet aan de volgende voorwaarden:
 - a. de bewaarinstelling is een rechtspersoon naar Nederlands recht;
 - b. een ieder die de bewaarinstelling krachtens statuten of reglementen vertegenwoordigt dan wel het dagelijks beleid van de bewaarinstelling bepaalt is geschikt in verband met de uitoefening van het bedrijf van bewaarinstelling. Tevens dient de betrouwbaarheid van de in dit onderdeel bedoelde personen, alsmede van de personen die rechtstreeks of middellijk bevoegd zijn om die personen te benoemen of te ontslaan buiten twijfel te staan;
 - c. degenen die ten behoeve van de bewaarinstelling werkzaamheden verrichten mogen niet werkzaam zijn voor het bedrijfsonderdeel van de financiële onderneming dat beleggingsdiensten verleent, of daarvoor (eind)verantwoordelijkheid dragen;
 - d. de bewaarinstelling verricht geen andere activiteiten dan het bewaren en administreren van financiële instrumenten, als bedoeld in het eerste lid, onderdeel a, van cliënten van de beleggingsonderneming;
 - e. de bewaarinstelling treedt uitsluitend op in het belang van de cliënten van wie financiële instrumenten door de beleggingsonderneming bij de bewaarinstelling in bewaring zijn gegeven;
 - f. de som van de rechten van cliënten op financiële instrumenten komt overeen met de som van de door de bewaarinstelling voor cliënten bewaarde financiële instrumenten;
 - g. de nakoming van de verplichtingen van de bewaarinstelling is gegarandeerd door de beleggingsonderneming;
 - h. de bewaarinstelling is jegens de cliënten aansprakelijk voor de door hen geleden schade, voor zover die schade het gevolg is van verwijtbare niet-nakoming van haar verplichtingen;
 - i. de bewaarinstelling wordt in het risicobeoordelings-, meet- en controleprocedures van de beleggingsonderneming betrokken;
 - j. de bewaarinstelling beschikt over een bedrag aan eigen vermogen van ten minste 125.000 euro.

ARTIKEL II

Deze regeling treedt op 1 februari 2017 in werking.

ARTIKEL III

Deze regeling wordt aangehaald als: wijziging Nadere regeling gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft in verband met regels met betrekking tot de bescherming van de rechten, financiële instrumenten of gelden van de cliënt.

Deze regeling zal met de toelichting in de Staatscourant worden geplaatst.

Amsterdam, 22 november 2016

*Voorzitter,
M.W.L. van Vroonhoven.*

*Bestuurslid,
F. de Vries*



TOELICHTING

Algemeen

1. Inleiding

De aanleiding voor de wijziging van de Nadere regeling gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft (Nrgfo) wordt gevormd door de uitkomsten van een onderzoek dat de Autoriteit Financiële Markten (AFM) in 2015 heeft uitgevoerd naar vermogensscheiding door middel van beleggersgiro's. Een beleggersgiro is een aparte entiteit met een eigen rechtspersoonlijkheid, doorgaans een stichting. Doel van de beleggersgiro is de door een beleggingsonderneming aangehouden financiële instrumenten en gelden van cliënten te scheiden van het vermogen van de beleggingsonderneming zodat de rechten van de cliënten worden beschermd. Op grond van artikel 4:87, eerste lid, van de Wet op het financieel toezicht (Wft) jo. artikel 165, tweede lid, van het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft (BGfo) kan de AFM regels stellen met betrekking tot de maatregelen die de beleggingsonderneming dient te treffen ter bescherming van de rechten van cliënten op aan hen toebehorende financiële instrumenten en gelden. Deze regels worden ook wel regels voor vermogensscheiding genoemd.

In dit besluit zijn enige wijzigingen van de Nrgfo opgenomen. Het gewijzigde artikel 7:17 van de Nrgfo regelt dat een beleggingsonderneming die geen bankvergunning heeft vermogensscheiding door middel van bewaring conform de bepalingen van de Wet giraal effectenverkeer (Wge) kan realiseren. Tegelijkertijd blijft de mogelijkheid voor die beleggingsonderneming om vermogensscheiding te realiseren door financiële instrumenten en gelden te laten bewaren in een aparte entiteit, een bewaarinstelling, behouden. Echter, de voorwaarden waaraan een beleggingsonderneming moet voldoen die vermogensscheiding realiseert via een aparte entiteit worden aangescherpt. Om consistentie met betrekking tot vermogensscheiding door beleggingsondernemingen te realiseren worden in artikel 7:18 van de Nrgfo de voor bank-beleggingsondernemingen geldende voorwaarden voor het bewaren en administreren van financiële instrumenten in een aparte entiteit eveneens aangepast.

2. Inhoud

In artikel 7:17 van de Nrgfo is geregeld dat beleggingsondernemingen de mogelijkheid hebben om de rechten van cliënten op aan hen toebehorende financiële instrumenten te beschermen door financiële instrumenten te bewaren en te administreren conform de Wge of te laten bewaren in een aparte entiteit. Dit laatste betekent dat de bestaande beleggersgiro onder een andere naam gehandhaafd blijft, mits de beleggersgiro voldoet aan de voorwaarden die worden gesteld aan de bewaarinstelling (zie artikel 7:17, tweede lid). De regeling van artikel 7:17 staat open voor beleggingsondernemingen die orders van cliënten met betrekking tot financiële instrumenten ontvangen en doorgeven, orders van cliënten met betrekking tot financiële instrumenten uitvoeren of individueel vermogen beheren (onderdelen a, b en c van de definitie van het verlenen van een beleggingsdienst in artikel 1:1 van de Wft).

De artikelen 7:17 en 7:18 van de Nrgfo zijn gebaseerd op artikel 4:87, tweede lid, van de Wft en artikel 165, tweede lid, van het BGfo op grond waarvan een beleggingsonderneming maatregelen moet treffen met betrekking tot vermogensscheiding. De artikelen uit de Wft die van toepassing zijn op een beleggingsonderneming gelden ook ten aanzien van de maatregelen die een beleggingsonderneming voor vermogensscheiding treft. Hierbij kan worden gedacht aan regels omtrent bedrijfsvoering, bijvoorbeeld met betrekking tot het omgaan met belangenconflicten en het beheersen van financiële risico's.

Onderbouwing om de hierboven aangegeven wijzigingen door te voeren:

1. Bewaring overeenkomstig het bepaalde in de Wge

De Nrgfo bevat voor beleggingsondernemingen zonder bankvergunning geen regeling om financiële instrumenten te bewaren overeenkomstig het bepaalde in de Wge. Deze regeling wordt met deze wijziging opgenomen in de Nrgfo. De goederenrechtelijke bescherming die de Wge biedt, houdt in dat de cliënt van een beleggingsonderneming aan wie financiële instrumenten toebehoren als deelgenoot gerechtigd wordt in het *verzameldepot, bedoeld in hoofdstuk 2 van die wet*, dat door de intermediair (in dit geval de beleggingsonderneming) wordt gehouden. Dit volgt uit artikel 12 van de Wge op het niveau van het verzameldepot en uit artikel 38 van de Wge op het niveau van het girodepot dat door het centraal instituut – Euroclear Nederland – wordt aangehouden. Dit betekent dat bij bewaring overeenkomstig de Wge het faillissement van een beleggingsonderneming geen effect heeft op rechten van cliënten van die beleggingsonderneming. De aan de cliënten toebehorende financiële



instrumenten zijn ingevolge de Wge van rechtswege gescheiden van het vermogen van de beleggingsonderneming.

Onderdeel van deze regeling vormt de wijze waarop een beleggingsonderneming de aan cliënten toebehorende gelden die bestemd zijn om transacties in financiële instrumenten uit te voeren, kan aanhouden. Een regeling hiervoor is noodzakelijk omdat aan cliënten toebehorende gelden niet van rechtswege zijn gescheiden van het vermogen van de beleggingsonderneming.

II. Bewaarinstelling

Naar aanleiding van de consultatie die is gehouden voor wijzigingen in de Nrgfo in de periode 2 februari 2016 tot en met 7 maart 2016, is de AFM tot de conclusie gekomen dat er bestaansrecht is voor bewaring door een beleggingsonderneming van financiële instrumenten en gelden van cliënten van de beleggingsonderneming via een aparte rechtspersoon, met name in het geval dat financiële instrumenten van cliënten door de beleggingsonderneming bij een buitenlandse (sub)custodian worden aangehouden. Om deze reden blijft de regeling voor vermogensscheiding door middel van een aparte entiteit als mogelijkheid in de Nrgfo bestaan.

Opgemerkt wordt dat het aanhouden van financiële instrumenten en gelden van afzonderlijke cliënten op een (omnibus)rekening op naam van de bewaarinstelling bij een bank, niet in de weg staat aan bescherming door het beleggerscompensatiestelsel op het niveau van elke afzonderlijke cliënt. Omdat de bewaarinstelling uitsluitend bewaartaken vervult in het kader van het verlenen van beleggingsdiensten door de gelieerde beleggingsonderneming, kwalificeren financiële instrumenten en gelden die door de bewaarinstelling worden bewaard en geadmistreerd als te zijn toevertrouwd aan de beleggingsonderneming als bedoeld in artikel 9, onderdeel a, van het Besluit prudentiële maatregelen, beleggerscompensatie- en depositogarantiestelsel Wft. Deze opmerking geldt voor alle beleggingsondernemingen die financiële instrumenten en gelden bewaren op grond van de gewijzigde artikelen 7:17 en 7:18 van de Nrgfo.

III. Voorwaarden bewaarinstelling

De voorwaarden die waarborgen dat de door een bewaarinstelling in bewaring genomen financiële instrumenten en gelden van cliënten van de betrokken beleggingsonderneming voldoende zijn beschermd, zijn aangescherpt. De beleggingsonderneming kan gebruik maken van een bewaarinstelling zodat de beleggingsonderneming voldoet aan artikel 4:87 van de Wft, dat wil zeggen dat adequate maatregelen zijn getroffen ter bescherming van de rechten van cliënten op aan hen toebehorende financiële instrumenten en gelden. De beleggingsonderneming dient er dan ook voor te zorgen dat de bewaarinstelling een beheerste en integere bedrijfsvoering heeft en voldoet aan de voorwaarden met betrekking tot het bewaren van financiële instrumenten en gelden van cliënten.

IV. Toezicht

Beleggingsondernemingen zijn op grond van artikel 4:87 van de Wft verplicht adequate maatregelen te treffen ter waarborging van de rechten van cliënten met betrekking tot de aan hen toebehorende financiële instrumenten en gelden. Essentieel onderdeel bij het uitvoeren van de getroffen maatregel voor vermogensscheiding is de verplichting voor de beleggingsonderneming om een administratie bij te houden die te allen tijde accuraat is en de voor de cliënt aangehouden financiële instrumenten en gelden weerspiegelt. Hierbij kan worden gedacht aan een systematische en toegankelijke administratie van de in bewaring genomen financiële instrumenten en gelden, die op dagelijkse basis en per cliënt inzicht geeft in de aan hem toebehorende financiële instrumenten en gelden, zoals is opgenomen in bijlage 11, onderdeel 9.26 van de Nrgfo.

Het voeren van een adequate administratie stelt bepaalde eisen aan de bedrijfsvoering van de beleggingsonderneming. De AFM houdt toezicht op de kwaliteit van de door de beleggingsonderneming getroffen maatregelen voldoende is. Het verslag van de externe accountant dat een beleggingsonderneming op grond van artikel 165d van het BGfo jaarlijks aan de AFM overlegt, ziet de AFM als een belangrijk middel om dit toezicht uit te voeren. Dit toezicht is echter begrensd en neemt niet weg dat de beleggingsonderneming verantwoordelijk is voor bescherming van de rechten van cliënten met betrekking tot de aan hen toebehorende financiële instrumenten en gelden.

Regels omtrent de bedrijfsvoering die betrekking hebben op de soliditeit van financiële ondernemingen zijn op grond van artikel 3:17, derde lid, van de Wft, ook van toepassing op een beleggingsonderneming. Op grond van artikel 4, eerste lid, onderdeel 2, van verordening kapitaalvereisten is die verordening (ook) van toepassing op beleggingsondernemingen. De Nederlandsche Bank (DNB) ziet toe op de naleving van die regels.

3. Gevolgen voor het bedrijfsleven

De in dit besluit opgenomen wijzigingen verduidelijken de thans voor beleggersgiro's geldende regels. Verduidelijkt is dat een beleggingsonderneming die bewaart via een bewaarinstelling de nevendienst



'bewaring en beheer van financiële instrumenten voor rekening van cliënten' verleent in de zin van de richtlijn markten voor financiële instrumenten. Dientengevolge zijn de Wft, het BGfo alsmede de verordening kapitaalvereisten op een dergelijke beleggingsonderneming van toepassing. Het toezicht van zowel de AFM als DNB was hiermee in de praktijk echter al in lijn. Naar inschatting van de AFM zullen de gevolgen voor het bedrijfsleven dan ook gering zijn.

Dit besluit wijzigt de term beleggersgiro in bewaarinstelling en de vormgeving van enkele artikelen van het Nrgfo. Deze wijzigingen hebben in beginsel geen gevolgen voor beleggingsondernemingen die al financiële instrumenten en gelden bewaren door middel van een beleggersgiro. Een beleggersgiro is een separate entiteit met rechtspersoonlijkheid waarmee de cliënt van een beleggingsonderneming door middel van een door de beleggersgiro beheerde rekening vorderingen verkrijgt, luidende in financiële instrumenten. Wanneer in een overeenkomst inzake beheer en bewaring van financiële instrumenten en gelden, die voor de datum van inwerkingtreding van dit besluit tot stand is gekomen, wordt verwezen naar de beleggersgiro wordt daaronder tevens begrepen de bewaarinstelling, bedoeld in artikel 7:17, eerste lid, onderdeel a, subonderdeel 2, van de Nrgfo.

4. Marktconsultatie

De AFM heeft van 8 juli 2016 tot en met 19 september 2016 wijzigingen in de Nrgfo op het gebied van vermogensscheiding geconsulteerd. In totaal heeft de AFM acht reacties ontvangen. Een aantal van deze reacties is geschreven namens meerdere instellingen, waardoor de reacties tezamen een groot deel van de stakeholders vertegenwoordigen.

De belangrijkste aanpassingen naar aanleiding van de opmerkingen uit de consultatie zien op de voorwaarden die op grond van de artikelen 7:17 en 7:18 van de Nrgfo aan vermogensscheiding via een bewaarinstelling worden gesteld. De AFM komt tot de conclusie dat de eigenvermogenseis voor de bewaarinstelling voor (uitsluitend) gelden kan worden verlaagd van 125.000 euro naar 50.000 euro. De eigenvermogenseis voor een bewaarinstelling is nodig om te waarborgen dat een bewaarinstelling operationeel kan zijn, ook wanneer de beleggingsonderneming (financieel) niet kan bijdragen aan de doorlopende kosten die een bewaarinstelling heeft. Indien in een bewaarinstelling uitsluitend gelden worden bewaard, volstaat een lager eigen vermogen. Deze bewaarinstelling houdt de gelden immers slechts voor korte duur, aangezien alleen gelden ter uitvoering van een transactie op de bewaarinstelling kunnen worden aangehouden. Dit geldt niet voor een bewaarinstelling als bedoeld in artikel 7:18 van de Nrgfo omdat in deze bewaarinstelling uitsluitend financiële instrumenten worden bewaard. Daarnaast dient de bewaarinstelling een rechtspersoon te zijn maar is naar aanleiding van de consultatie besloten dat de rechtsvorm niet beperkt is tot een stichting. Ook is besloten de voorwaarde waarin de verplichting tot het aanleveren van een goedgekeurde jaarrekening voor de bewaarinstelling is opgenomen, te laten vervallen. Reden hiervoor is dat er al toezicht mogelijk is op de activiteiten en financiële positie van de beleggingsonderneming die een bewaarinstelling heeft. Dit toezichtkader biedt voldoende houvast voor de toezichthouder om inzicht te verkrijgen in de activiteiten en financiële positie van de bewaarinstelling.

Verder is een derde lid aan artikel 7:17 toegevoegd dat de verhouding tussen artikel 7:17 en artikel 7:18 verduidelijkt. Het derde lid van artikel 7:17 behelst een uitzondering op het eerste lid van dat artikel voor bank-beleggingsondernemingen. Hiermee wordt een opeenstapeling van regels voor bank-beleggingsondernemingen voorkomen. De regeling voor het bewaren en administreren van gelden voor deze bank-beleggingsondernemingen is vanwege een bankvergunning overbodig. Een algehele uitzondering van bank-beleggingsondernemingen van artikel 7:17 is echter ongewenst. Deze bepaling maakt het immers voor banken mogelijk financiële instrumenten te bewaren en te administreren in een bewaarinstelling die is ingericht conform de regeling, zoals die thans geldt voor beleggersgiro's.

Artikelsgewijs

Artikel I

A en B

Uit de Verordening (EU) Nr. 1024/2013 van de Raad van 15 oktober 2013 waarbij aan de Europese Centrale Bank (ECB) specifieke taken worden opgedragen betreffende het beleid inzake het prudentieel toezicht op kredietinstellingen (PbEU 2013, L 287) volgt dat de ECB besluit over vergunningaanvragen door banken met zetel in Nederland.

Daar waar in de artikelen 7:14, 7:15, 7:16 en 7:18 van de Nrgfo DNB als vergunningverlenende toezichthoudende autoriteit wordt genoemd, is de ECB toegevoegd.



C

Met deze wijziging is aangesloten bij artikel 1:1 van de Wft waarin het begrip kredietinstelling is vervangen door het begrip bank.

D

Op grond van artikel 7:17, het eerste lid, aanhef en onderdeel a, van de Nrgfo is het beleggingsondernemen toegestaan te voldoen aan artikel 7:14 van de Nrgfo door middel van het bewaren en administreren van aan cliënten toebehorende financiële instrumenten overeenkomstig de Wge, dan wel door deze financiële instrumenten en gelden in verband de uitvoering van transacties in financiële instrumenten in bewaring te geven bij een bewaarinstelling.

De Wge strekt er onder meer toe om beleggers te beschermen tegen de gevolgen van het faillissement van de bank of beleggingsonderneming waar zij financiële instrumenten in bewaring hebben gegeven. Van deze bescherming is sprake in het geval aan de in die wet bepaalde condities is voldaan. Zo moet de onderneming kwalificeren als *intermediair*, dat wil zeggen een bij Euroclear Nederland aangesloten instelling, beleggingsonderneming of bank en moet het te beschermen financiële instrument kwalificeren als een 'effect' in de zin van artikel 1 van de Wge. Met de bewaring van effecten conform de Wge, dat wil zeggen bewaring in een verzameldepot als bedoeld in de Wge dat wordt aangehouden door een beleggingsonderneming, is vermogensscheiding van die financiële instrumenten van cliënten adequaat geregeld.

Ook bij vermogensscheiding door middel van Wge-conforme bewaring van financiële instrumenten van cliënten, moet de betrokken beleggingsonderneming voldoen aan de vereisten die op grond van de Wft en het BGfo op haar van toepassing zijn. Hierbij kan worden gedacht aan de eisen voor een adequate en voortdurend actuele administratie van de financiële instrumenten die op enig moment aan een afzonderlijke cliënt toebehoren. Ook moet de som van alle vorderingen luidende in financiële instrumenten van alle cliënten gezamenlijk te allen tijde overeenkomen met de totale omvang van het door de beleggingsonderneming aangehouden verzameldepot. Tevens dient ter mitigering van het frauderisico en andere operationele risico's sprake te zijn van een adequate interne functiescheiding en interne controle. Verder geldt de eis dat de beleggingsonderneming doorlopend moet beschikken over een minimum eigen vermogen (*initial capital*) van € 125.000 en dient de beleggingsonderneming te voldoen aan de overige kapitaalvereisten ingevolge de verordening kapitaalvereisten. Dit omdat de onderneming vanwege de omstandigheid dat deze financiële instrumenten (en gelden) van cliënten onder zich houdt, niet is uitgezonderd van de toepassing van de verordening kapitaalvereisten.

Op grond van het eerste lid, onderdeel a, van artikel 7:17 van de Nrgfo kan een beleggingsonderneming financiële instrumenten of gelden ook in bewaring geven bij een bewaarinstelling.

In het hoofdstuk 3 Gevolgen voor het bedrijfsleven is toegelicht dat dit besluit de term beleggersgiro in bewaarinstelling wijzigt en dat deze wijziging in beginsel geen gevolg heeft voor beleggingsondernemen die al financiële instrumenten en gelden bewaren door middel van een beleggersgiro. Wanneer in een (bestaande) overeenkomst inzake beheer en bewaring van financiële instrumenten en gelden wordt gerefereerd aan de figuur van de beleggersgiro in de zin dat de overeenkomst erin voorziet dat de cliënt door middel van een rekening een vordering verkrijgt, luidende in financiële instrumenten, die wordt beheerd door een bewaarinstelling, daaronder wordt verstaan een regeling waarin een bewaarinstelling in kwestie financiële instrumenten bewaart die toebehoren aan de cliënt. De voorwaarden waaraan een bewaarinstelling moet voldoen zijn wel gewijzigd. Deze wijzigingen worden toegelicht bij artikel 7:17, tweede lid van de Nrgfo.

Artikel 7:17, eerste lid, onderdeel b, van de Nrgfo bepaalt hoe beleggingsondernemen vermogensscheiding met betrekking tot aan cliënten toebehorende gelden kunnen regelen. Beleggingsondernemen, niet zijnde banken, mogen aan cliënten toebehorende gelden niet op een rekening ten name van de beleggingsonderneming ontvangen of aanhouden, aangezien dan geen sprake is van een regeling die de rechten van cliënten op deze gelden voldoende beschermt. Om deze reden bepaalt het hiervoor bedoelde onderdeel dat beleggingsondernemen vermogensscheiding met betrekking tot aan cliënten toebehorende gelden als bedoeld in artikel 7:14 van de Nrgfo, kunnen regelen door deze gelden aan te houden op een of meer rekeningen bij een bank ten name van de cliënt. Ook kan een beleggingsonderneming voorzien in vermogensscheiding door aan cliënten toebehorende gelden te laten aanhouden op een rekening bij een bank op naam van een bewaarinstelling. Vanwege het wettelijk verbod tot het in de uitoefening van een bedrijf aantrekken, ter beschikking verkrijgen of ter beschikking hebben van opvorderbare gelden van het publiek (artikel 3:5 van de Wft) is het alleen toegestaan gelden bij een bewaarinstelling aan te houden indien het gaat om gelden die worden aangehouden ter uitvoering van een transactie in financiële instrumenten. Door het aanhouden van gelden in een bewaarinstelling te beperken tot gelden ter uitvoering van een transactie in financiële instrumenten wordt aangesloten bij de wetgeschiedenis van artikel 3:5 van de Wft. Daaruit volgt dat bijvoorbeeld geen sprake is van opvorderbare gelden in het geval van een vooruitbetaling op een concrete kooptransactie of een concrete opdracht tot doorbetaling, zolang de band met de concrete



transactie of opdracht bestaat. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan gelden van cliënten die op naam van een bewaarinstelling bij een bank worden aangehouden ten behoeve van de aankoop van financiële instrumenten.

Het eerste lid, onderdelen c en d, stelt voorwaarden aan de overeenkomst die de beleggingsonderneming met de cliënt moet sluiten. Bij de afwikkeling van de transacties tussen de beleggingsonderneming en de cliënt moet aan het zogenaamde 'levering tegen betaling'-principe worden voldaan. De beleggingsonderneming dient er zorg voor te dragen dat de afgifte ('levering') van de voor rekening van de cliënt gekochte respectievelijk verkochte financiële instrumenten geschiedt tegen gelijktijdige betaling van het verschuldigde respectievelijk te ontvangen bedrag (vergelijk artikel 7:16 van de Nrgfo). Dit principe moet worden vastgelegd in de overeenkomst tussen de beleggingsonderneming, indien van toepassing, de bewaarinstelling en de cliënt waarin is vastgelegd dat de beleggingsonderneming een volmacht verkrijgt van de cliënt voor zover dat nodig is ter uitvoering van de beleggingsdiensten voor de cliënt.

Een beleggingsonderneming die financiële instrumenten en gelden van cliënten bewaart door middel van een bewaarinstelling waarborgt dat de bewaarinstelling voldoet aan artikel 7:17, tweede lid, onderdelen a tot en met l van de Nrgfo.

In het tweede lid, onderdeel a is bepaald op welke wijze een beleggingsonderneming een scheiding van de door de bewaarinstelling gehouden financiële instrumenten en gelden van cliënten en de financiële instrumenten en gelden van de beleggingsonderneming kan realiseren. Dit kan in de eerste plaats door de voor de cliënt aangehouden financiële instrumenten te bewaren of administreren overeenkomstig de Wge. In de tweede plaats kan vermogensscheiding worden gerealiseerd door de financiële instrumenten die voor de cliënt worden aangehouden te bewaren of administreren bij een bewaarinstelling.

Onderdeel b van het tweede lid ziet op de geschiktheid en betrouwbaarheid van een ieder die de bewaarinstelling krachtens reglementen of statuten vertegenwoordigt, dan wel het dagelijks beleid van de bewaarinstelling bepaalt, alsmede op de betrouwbaarheid van de personen die bevoegd zijn voornoemde personen te benoemen of te ontslaan. De beleggingsonderneming voorziet in procedures en maatregelen die vervat zijn in haar bedrijfsvoering voor de beoordeling van de geschiktheid en betrouwbaarheid van deze personen. Voor de invulling van deze procedures en maatregelen kan aansluiting gezocht worden bij de eisen die gesteld worden aan beleidsbepalers in de zin van de Wft. Hierbij geldt uiteraard dat het gaat om geschiktheid ten aanzien van de werkzaamheden die verricht worden in het kader van het bewaren en administreren van financiële instrumenten en gelden.

De voorwaarde in onderdeel c van het tweede lid waarborgt dat personen die betrokken zijn bij de verschillende bedrijfsactiviteiten van de bewaarinstelling, deze bedrijfsactiviteiten op onafhankelijke wijze (kunnen) verrichten. Deze voorwaarde is opgenomen met het oog op het verminderen van het risico van belangenverstrengeling en het voorkomen van belangenconflicten. De voorwaarde in onderdeel c sluit niet uit dat werkzaamheden van de bewaarinstelling kunnen worden uitgevoerd door de beleggingsonderneming, of dat een bestuurder van de beleggingsonderneming deel kan uitmaken van het bestuur van de bewaarinstelling. Wel wordt hiermee uitgesloten dat personen die ten behoeve van de bewaarinstelling werkzaamheden verrichten (backoffice) tevens werkzaam zijn voor het bedrijfsdeel van de beleggingsonderneming dat zich rechtstreeks bezig houdt met het verlenen van beleggingsdiensten (frontoffice) of daarvoor (eind)verantwoordelijkheid dragen. Hierbij wordt opgemerkt dat een beleggingsonderneming moet beschikken over procedures en maatregelen voor het tegengaan van belangenverstrengeling en het voorkomen van en omgaan met belangenconflicten, ook met betrekking tot de personen die betrokken zijn bij de activiteiten van de bewaarinstelling.

De voorwaarden in het tweede lid onderdelen d en e waarborgen dat de bewaarinstelling uitsluitend bewaaractiviteiten verricht, daaronder begrepen het bewaren van de financiële instrumenten en gelden van cliënten van de beleggingsonderneming, en daarmee nauw samenhangende werkzaamheden zoals het verrichten van administratieve handelingen met betrekking tot de bewaarde financiële instrumenten en gelden. De bewaarinstelling handelt daarbij uitsluitend in het belang van de cliënten van de beleggingsonderneming. Met de uitsluiting van andere (bedrijfs)activiteiten dan het verrichten van bewaaractiviteiten, is beoogd te voorkomen dat zich bedrijfsrisico's manifesteren die de belangen van cliënten van de beleggingsonderneming kunnen schaden.

Het tweede lid, onderdeel f bepaalt dat een bewaarinstelling alleen transacties voor een cliënt mag laten plaatsvinden, indien het saldo van de cliënt op de bij de bewaarinstelling aangehouden rekening toereikend is. Voor de beleggingsonderneming geldt een vergelijkbare verplichting. Door deze voorwaarde ook op te nemen voor een bewaarinstelling is een extra waarborg gerealiseerd om te voorkomen dat er geen transacties voor rekening van de cliënt plaatsvinden waar de cliënt geen saldo voor heeft.



Het tweede lid, onderdeel g bepaalt dat financiële instrumenten en gelden van cliënten worden aangehouden op een of meer rekeningen op naam van de bewaarinstelling bij een bank.

Op basis van onderdeel h van het tweede lid dient een beleggingsonderneming te waarborgen dat de som van de rechten van cliënten op de bij de bewaarinstelling aangehouden financiële instrumenten en gelden van cliënten overeenkomt met de som van de door de bewaarinstelling voor cliënten bewaarde financiële instrumenten en gelden.

Het tweede lid, onderdeel i bevat een garantieverklaring van de beleggingsonderneming voor de bewaarinstelling. Deze voorwaarde brengt tot uitdrukking dat de beleggingsonderneming financieel verantwoordelijk is voor de bewaarinstelling.

Het tweede lid, onderdeel j bevat een voorwaarde voor aansprakelijkheid van de bewaarinstelling in het geval van verwijtbaar niet nakomen van haar verplichtingen. Hierbij kan gedacht worden aan bewust onjuist administreren van financiële instrumenten en gelden van cliënten van de beleggingsonderneming. Wanneer een bewaarinstelling verwijtbaar heeft gehandeld, is het belangrijk dat een cliënt verhaalsmogelijkheden heeft en deze niet op enige wijze beperkt zijn. Deze voorwaarde laat onverlet dat het Burgerlijk Wetboek op het gebied van aansprakelijkheid leidend is. Doordat deze voorwaarde onderdeel is van deze regeling kan de AFM via haar toezicht op de beleggingsonderneming erop toezien of de beleggingsonderneming in de relatie tussen de cliënt, de bewaarinstelling en zichzelf rekening heeft gehouden met aansprakelijkheid van de bewaarinstelling in het geval van verwijtbaar niet nakomen van haar verplichtingen.

Onderdeel k van het tweede lid bepaalt dat de bewaarinstelling in de risicobeoordeling, meet- en controleprocedures van de beleggingsonderneming wordt betrokken. Om een beheerste en integere bedrijfsvoering te waarborgen is het van belang dat de bedrijfsvoering van de bewaarinstelling is geïntegreerd in de bedrijfsprocessen van de beleggingsonderneming. Dit ziet op de interne controle van de beleggingsonderneming over haar bedrijfsprocessen. In dit verband is het gestelde bij of krachtens artikel 3:17, tweede lid, onderdeel c van de Wft relevant. De externe accountant is belast met de externe controle op basis van de jaarrekening en dient een onafhankelijk oordeel over de bedrijfsvoering van de beleggingsonderneming en de bewaarinstelling te geven.

Op basis van voorwaarde l van het tweede lid dient een bewaarinstelling een eigen vermogen te hebben van ten minste 125.000 euro. Deze voorwaarde waarborgt dat een bewaarinstelling operationeel kan zijn, ook wanneer de beleggingsonderneming niet (financieel) kan bijdragen aan de doorlopende kosten die een bewaarinstelling heeft. Bijvoorbeeld in de situatie dat een beleggingsonderneming in staat van faillissement is. De bewaarinstelling zal dan gedurende een bepaalde periode voldoende middelen moeten hebben om haar verplichtingen, zoals het voldoen van een bewaarvergoeding, na te kunnen komen. Indien in de bewaarinstelling uitsluitend gelden worden aangehouden, volstaat een eigen vermogen van ten minste 50.000 euro. Deze bewaarinstelling houdt de gelden immers slechts voor korte duur, aangezien alleen gelden ter uitvoering van een transactie op de bewaarinstelling kunnen worden aangehouden.

Het derde lid bevat een uitzondering voor het bewaren en administreren van gelden door bank-beleggingsondernemingen. Een regeling hiervoor in artikel 7:17 van de Nrgfo is niet nodig omdat het gaat om beleggingsondernemingen met een bankvergunning of een verklaring voor onder toezichtstelling hebben.

E

Artikel 7:18 van de Nrgfo regelt voor bank-beleggingsondernemingen de mogelijkheid om de rechten van cliënten op aan hen toebehorende financiële instrumenten te beschermen door financiële instrumenten te bewaren en te administreren conform de Wge of deze financiële instrumenten te laten bewaren door een bewaarinstelling. De opzet van deze bepaling is aangepast conform het gewijzigde artikel 7:17 van de Nrgfo. Daarnaast zijn de voorwaarden voor het bewaren en administreren van financiële instrumenten in een bewaarinstelling door een bank-beleggingsonderneming gelijk getrokken met de voorwaarden die terzake gelden voor een beleggingsonderneming (tweede lid, onderdelen a tot met j). Hiermee wordt consistentie met betrekking tot vermogensscheiding door beleggingsondernemingen gerealiseerd. Aangezien het gaat om ondernemingen die een bankvergunning of een verklaring van ondertoezichtstelling hebben, is het niet nodig om regels te stellen ten aanzien van de bescherming van gelden die toebehoren aan cliënten.

Met betrekking tot opzet en inhoud zijn er nagenoeg geen verschillen tussen beide artikelen. Voor de toelichting op artikel 7:18 van de Nrgfo wordt dan ook verwezen naar de toelichting bij artikel 7:17 van de Nrgfo.