

No.W06.10.0409/III

's-Gravenhage, 1 oktober 2010

Bij Kabinetsmissive van 23 augustus 2010, no.10.002341, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Financiën, mede namens de Minister van Justitie, bij de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet 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), met memorie van toelichting.¹

Het voorstel strekt tot wijziging van de Wet op het financieel toezicht (Wft) ter implementatie van richtlijn nr. 2009/65/EG (de richtlijn). De herziene richtlijn beleggingsinstellingen heeft tot doel een vereenvoudiging en verbetering van het wettelijk kader te bewerkstelligen voor Europees geharmoniseerde beleggingsinstellingen (instellingen voor collectieve belegging in effecten, icbe's). De richtlijn maakt het onder meer mogelijk dat beheerders met behulp van een zogenoemd Europees paspoort ook in andere lidstaten icbe's gaan beheren. De Afdeling advisering van de Raad van State onderschrijft de strekking van het wetsvoorstel, maar maakt opmerkingen met betrekking tot een aantal onderdelen van het voorstel. Zij is van oordeel dat in verband daarmee enige aanpassing van het voorstel wenselijk is.

1. Icbe-toelating

Artikel 2:72 van de Wft strekt blijkens de toelichting tot implementatie van artikel 20, eerste en derde lid, van de richtlijn. Artikel 20 ziet op het beheren van een icbe door een beheerder met zetel in een andere lidstaat. Aan de hand van een zogenoemd Europees paspoort kunnen beheerders met zetel in een andere lidstaat grensoverschrijdende werkzaamheden verrichten. Zij kunnen in de lidstaat van ontvangst (de lidstaat waar de icbe is gevestigd) niet nogmaals aan een vergunningvereiste worden onderworpen. Uit artikel 20 volgt wel dat de lidstaat van ontvangst van de beheerder regels kan stellen omtrent de "toelating" van de icbe. De icbe kan aldus wel aan een vergunningvereiste worden onderworpen.

Thans wordt in beginsel in de Wft een icbe niet aan een afzonderlijk vergunningvereiste onderworpen. De voor een icbe relevante voorschriften richten zich tot haar beheerder, dit omdat bijvoorbeeld een beleggingsfonds geen rechtspersoonlijkheid heeft en derhalve niet zelf kan optreden. Daarbij wordt in artikel 1:13, tweede lid, van de Wft wel geregeld dat het ingevolge de Wft bepaalde ten aanzien van een beheerder van overeenkomstige toepassing is op een beleggingsmaatschappij die geen aparte beheerder heeft.

¹ Per 1 september 2010 is in werking getreden de Wet tot wijziging van de Wet op de Raad van State in verband met de herstructurering van de Raad van State. Sinds die datum kent de Raad van State - naast de al bestaande Afdeling bestuursrechtspraak - een Afdeling advisering. Gelet op de onmiddellijke werking van genoemde wet, worden adviesaanvragen bij de Raad van State van vóór 1 september 2010 na die datum afgedaan door de Afdeling advisering van de Raad van State.

De door de richtlijn gecreëerde mogelijkheid voor een beheerder met zetel in een andere lidstaat om een icbe in Nederland te gaan beheren, dwingt ertoe de toelating van icbe's afzonderlijk te reguleren. Blijkens de toelichting wordt met artikel 2:72 van de Wft beoogd een afzonderlijke vergunning voor een icbe in het leven te roepen. Artikel 2:72 verklaart daartoe onderdelen van artikel 2:67 en 2:69 van toepassing op de icbe. Daarnaast dient ingevolge artikel 2:72 een beheerder met zetel in een andere lidstaat die een icbe met zetel in Nederland wil gaan beheren, daarvoor toestemming te verkrijgen van de Autoriteit Financiële Markten.

De Afdeling constateert dat, overeenkomstig het stelsel van de Wft, de artikelen 2:67 en 2:69 zich niet richten tot de icbe maar tot de beheerder van een beleggingsinstelling of icbe. Het is de Afdeling niet geheel duidelijk hoe voorkomen wordt dat ten aanzien van een beheerder met zetel in een andere lidstaat die in Nederland een icbe wil beheren, zowel in de lidstaat van herkomst als in Nederland vergelijkbare voorschriften worden gesteld. Dit laatste zou zich niet verdragen met het uitgangspunt van het Europese paspoort, ook voor beheerders.

De Afdeling merkt voorts op dat buiten twijfel dient te staan dat een beheerder met zetel in een andere lidstaat, overeenkomstig artikel 5 van de richtlijn, voor elke icbe afzonderlijk om toelating zal dienen te verzoeken. Dit blijkt uit de nu voorgestelde regeling onvoldoende.

De Afdeling beveelt aan de toelichting in het licht van het bovenstaande aan te vullen en zo nodig het voorstel aan te passen.

2. Verrichten van diensten door een beheerder met zetel in Nederland
Artikel 18 van de richtlijn geeft regels ter zake van een beheermaatschappij (beheerder) die voor de eerste maal door middel van het verrichten van diensten werkzaamheden in een andere lidstaat wil verrichten. De bepaling wordt geïmplementeerd in het voorgestelde artikel 2:121c van de Wft.

De Afdeling merkt op dat deze bepaling een beperkter bereik heeft dan artikel 18 van de richtlijn. Artikel 2:121c richt zich slechts tot beheerders met zetel in Nederland van een eveneens in Nederland gezetelde icbe. Het voorgestelde artikel 2:121c voorziet aldus niet tevens in de situatie dat een beheerder door middel van het verrichten van diensten een icbe met zetel in een andere lidstaat gaat beheren, hetgeen met de thans gewijzigde richtlijn uitdrukkelijk tot de mogelijkheden gaat behoren.

Voorts constateert de Afdeling dat het voorgestelde artikel 2:121c aanmerkelijke overeenkomsten vertoont met het voorgestelde artikel 2:123, dat strekt ter implementatie van artikel 93 van de richtlijn. Artikel 93 van de richtlijn richt zich tot een icbe die voornemens is haar rechten van deelneming in een andere lidstaat dan de lidstaat van herkomst te gaan aanbieden. Artikel 2:123 bepaalt daartoe dat een beheerder (met zetel in Nederland) die voornemens is rechten van deelneming in een door hem beheerde instelling voor collectieve belegging in effecten met zetel in Nederland in een andere lidstaat aan te bieden, daartoe slechts overgaat indien hij van dit voornemen kennis heeft gegeven aan de Autoriteit Financiële Markten.

Ziet de Afdeling het goed, dan is in de richtlijn het onderscheid tussen de artikelen 18 en 93 daarin gelegen dat artikel 18 ziet op regulering van de activiteiten van de

beheerder (grensoverschrijdende werkzaamheden) en artikel 93 op regulering van de activiteiten van de icbe (productpaspoort).² Dit onderscheid blijkt naar het oordeel van de Afdeling echter onvoldoende uit de bewoording van de artikelen 2:212c en 2:123 en zou op een met de richtlijn overeenkomstige wijze in deze artikelen tot uitdrukking moeten worden gebracht.

De Afdeling adviseert de artikelen 2:121c en 2:123 in het licht van het voorgaande aan te passen.

3. Home- / Host-country control ten aanzien van beheerder

De onderdelen X en Y van het voorstel strekken blijkens de toelichting tot implementatie van de artikelen 17, vierde en vijfde lid, en 18, derde lid, van de richtlijn. In de toelichting bij onderdeel X wordt opgemerkt dat op grond van die bepalingen een beheerder met zetel in een lidstaat die door middel van een bijkantoor of via het verrichten van diensten in een andere lidstaat werkzaam is op een aantal terreinen moet voldoen aan de regelgeving van de lidstaat waar hij zijn diensten verricht (de lidstaat van ontvangst).

De Afdeling merkt op dat ingevolge artikel 17, vierde en vijfde lid, van de richtlijn een beheerder die werkzaamheden verricht via een bijkantoor, moet voldoen aan de regels overeenkomstig artikel 14 van de lidstaat van ontvangst (host-country control). Artikel 18, derde lid, van de richtlijn bepaalt echter dat een beheerder die via het verrichten van diensten zijn werkzaamheden verricht, moet voldoen aan de regels overeenkomstig artikel 14 van de lidstaat van herkomst van de beheerder (home-country control). Uit de beide bepalingen in de richtlijn volgt naar het oordeel van de Afdeling dat in de regulering van de beheerder een onderscheid dient te worden gemaakt afhankelijk van de vraag of de beheerder met zetel in een andere lidstaat de icbe met zetel in Nederland via een bijkantoor of door middel van het verrichten van diensten beheert.

De Afdeling constateert dat in de onderdelen X en Y een dergelijk onderscheid niet wordt gemaakt. De voorgestelde wijzigingen betreffen slechts de toepasselijkheid van onderdelen van respectievelijk afdeling 4.2.1 en 4.2.2 op beheerders met zetel in een andere lidstaat die een icbe met zetel in Nederland beheren. Er wordt echter geen onderscheid gemaakt naar de wijze waarop de grensoverschrijdende werkzaamheden plaatsvinden.

De Afdeling meent dat ten behoeve van een correcte implementatie de onderdelen X en Y van het voorstel, in lijn met het voorgaande, aangepast dienen te worden. Zij adviseert aldus.

4. Voor redactionele kanttekeningen verwijst de Afdeling naar de bij het advies behorende bijlage.

De Afdeling advisering van de Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal, nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

² Overigens kan ter regulering van de activiteiten van de icbe wel overeenkomstig de Wft de beheerder worden aangesproken.

De vice-president van de Raad van State,

Bijlage bij het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State betreffende no.W06.10.0409/III met redactionele kanttekeningen die de Afdeling in overweging geeft.

- In artikel 1:51b, vierde lid, "depositogarantiestelsel" vervangen door: beleggerscompensatiestelsel.
- In artikel 3:53 "een beheerder van een instelling voor collectieve belegging in effecten met zetel in Nederland" vervangen door: beheerder met zetel in Nederland van een instelling voor collectieve belegging in effecten.
- Het vierde lid van artikel 4:26 schrappen in verband met doublure met artikel 2:123, derde lid, laatste volzin.
- In artikel 4:57b, derde lid, tot uitdrukking brengen dat een contractuele beperking voortvloeit uit een overeenkomst met derden.
- In artikel 4:62f, eerste lid, "als bedoeld in artikel 393, eerste lid, van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek" schrappen.