

Wijziging van de Wet op het financieel toezicht ter uitvoering van Verordening (EU) 2015/2365 van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2015 betreffende transparantie van effectenfinancieringstransacties en van hergebruik en tot wijziging van Verordening (EU) nr. 648/2012 (PbEU 2015, L 337) (Wet uitvoering verordening SFTR)

MEMORIE VAN TOELICHTING

§ 1. Inleiding

De wet strekt tot uitvoering van artikel 22, vierde lid, van de verordening (EU) 2015/2365 van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2015 betreffende transparantie van effectenfinancieringstransacties en van het gebruik en tot wijziging van Verordening (EU) nr. 648/2012 (PbEU 2015, L 337) (SFTR). Daarnaast laat artikel 15, vierde lid, van genoemde verordening met zoveel woorden over aan het nationale recht wat het effect of de gevolgen zijn van een transactie; bedoeld is een transactie die is verricht in strijd met de verordening. In het wetsvoorstel is een bepaling dienaangaande opgenomen.

Aan andere artikelen van deze verordening is uitvoering gegeven in het Besluit uitvoering SFTR. De verordening is van toepassing met ingang van 12 januari 2016.

§ 2. SFTR

Op 25 november 2015 is de Verordening rapportage en transparantie van effectenfinancieringstransacties tot stand gekomen (hierna: "de verordening" of "SFTR") tot stand gekomen.¹ De verordening heeft betrekking op effectenfinancieringstransacties, die ook in de Nederlandse taalversie van de verordening "SFT's" worden genoemd: securities financing transactions. Hieronder wordt deze terminologie gevolgd.

SFT's zijn transacties waarbij effecten als zekerheid worden gebruikt om geld te lenen, of geld als zekerheid wordt gebruikt om effecten te lenen.

De SFTR introduceert in hoofdzaak vier verplichtingen: (1) tegenpartijen, financieel of niet financieel, worden verplicht effectenfinancieringstransacties aan een transactieregister te rapporteren; (2) beheerders van beleggingsinstellingen en icbe's worden verplicht hun deelnemers duidelijk te maken in welke mate zij gebruik maken van SFT's, alsook van derivaten waarbij de ene partij de opbrengsten van een bepaald actief, maar niet het actief zelf, overdraagt aan een andere partij, die daarvoor een vergoeding betaalt: de zogeheten total return swaps; (3) degene aan wie de effecten ingevolge een SFT worden overgedragen moet de verstrekkende partij in kennis stellen van de risico's die verbonden kunnen zijn aan het recht van hergebruik, en (4) tegenpartijen voorzien in passende interne procedures voor het melden door hun werknemers van inbreuken op de verplichtingen (1) en (3).

¹ Verordening (EU) nr. 2015/2365 van het Europees Parlement en de Raad betreffende de rapportage en de transparantie van effectenfinancieringstransacties en tot wijziging van Verordening (EU) nr. 648/2014 (PbEU 2015, L 337)

Voor de uitvoering van de SFTR moeten de bevoegde toezichthouders worden aangewezen en sancties gesteld op overtredingen van de SFTR. De Wet op het financieel toezicht ("Wft") bevat reeds grondslagen voor de uitvoering op amvb-niveau van de meeste SFTR-bepalingen die uitvoeringen behoeven. Daarvan is reeds gebruik gemaakt in het zojuist genoemde Besluit uitvoering SFTR. Het betreft in het bijzonder de verdeling van bevoegdheden en taken met betrekking tot de naleving over de Nederlandsche Bank en de Autoriteit Financiële Markten, en de bestuursrechtelijke sancties en andere bestuursrechtelijke maatregelen.

§ 3. Ontzegging van de bevoegdheid bepaalde functies uit te oefenen

Er is evenwel één bepaling in de SFTR die moet worden uitgevoerd en waarvoor de Wft nog geen grondslag voor een volledige regeling op amvb-niveau biedt. Dat is artikel 22, vierde lid, aanhef en onderdeel d, SFTR, waarin is bepaald dat de toezichthouder dient te beschikken over ten minste de bevoegdheid een tijdelijk verbod op te leggen aan een persoon met leidinggevende verantwoordelijkheden of aan een andere natuurlijke persoon die verantwoordelijk wordt geacht voor dergelijke inbreuk, op de uitoefening van leidinggevende taken: de ontzegging van de bevoegdheid om bepaalde functies uit te oefenen. Het moet gaan om inbreuken op de artikelen 4 (rapportageverplichting) en 15 (verplichting om wederpartijen in kennis te stellen van de risico's van hergebruik).

Op grond van het huidige artikel 1:87 Wft kan een beroepsverbod worden opgelegd aan leidinggevend van een financiële onderneming of marktexploitant indien het een overtreding betreft die overeenkomstig artikel 1:81 Wft beboetbaar is gesteld met een boete van de derde categorie. De in de SFTR opgenomen bevoegdheid om bepaalde functies uit te oefenen is niet beperkt tot financiële ondernemingen. De in het huidige artikel 1:87 opgenomen mogelijkheid om aan leidinggevend de bevoegdheid om bepaalde taken uit te oefenen is beperkt tot hoofdzakelijk financiële ondernemingen. De enige niet-financiële onderneming die in het huidige artikel 1:87, eerste lid, wordt genoemd is de marktexploitant. Het huidige artikel 1:87 biedt niet de mogelijkheid om een beroepsverbod op te leggen aan leidinggevend van een niet-financiële onderneming, afgezien van een marktexploitant. De voorgestelde wijziging van artikel 1:87 biedt een grondslag om bij amvb bepalingen in EU-verordeningen aan te wijzen op overtreding waarvan een bestuursverbod kan worden opgelegd aan leidinggevend van andere ondernemingen dan die, genoemd in het eerste lid, in de praktijk niet-financiële ondernemingen. De grondslag is beperkt tot de verordeningen, genoemd in de artikelen 1:24, derde lid, 1:25, derde lid, of 1:25a, tweede lid. Dit heeft als consequentie dat slechts die verordeningen kunnen worden aangewezen die zijn bedoeld in artikel 288 van het verdrag betreffende de werking van de Europese Unie en die betrekking hebben op de soliditeit van op de financiële markten werkzame ondernemingen of de stabiliteit van het financiële stelsel, onderscheidenlijk ordelijke en transparante financiëlemarktprocessen, zuivere verhoudingen tussen marktpartijen of zorgvuldige behandeling van cliënten dan wel die mededingingsrechtelijke bepalingen bevatten betreffende de financiële markten.

Zoals ook is opgemerkt in de memorie van toelichting bij de Wet tot implementatie verordening en richtlijn marktmisbruik is de door de verordening ingevoerde maatregel ingrijpend van aard, aangezien, evenals bij het beroepsverbod van artikel 1:87, de vrijheid tot het uitoefenen van een beroep wordt beperkt.² Om die reden kan bij amvb alleen dan een bepaling van een verordening worden genoemd op overtreding waarvan aan een bestuurder van een niet-financiële onderneming een tijdelijk beroepsverbod kan worden opgelegd, indien de desbetreffende verordening zelf die sanctie voorschrijft. Met de zinsnede "voor zover een bindende EU-rechtshandeling daartoe verplicht" is beoogd onder woorden te brengen dat van de bevoegdheid om bij amvb een verordeningsbepaling te noemen alleen dan gebruik wordt gemaakt, indien een bindende EU-rechtshandeling, vrijwel altijd een verordening, dat dwingend voorschrijft. Zou een bepaald artikel in een verordening wel de mogelijkheid openlaten om een bestuursverbod op te leggen aan een persoon met leidinggevende verantwoordelijkheden in een niet-financiële onderneming, maar dit niet dwingend voorschrijven, dan kan dat verordeningsartikel niet worden genoemd in het BuEUv als een artikel op overtreding waarvan een beroepsverbod kan worden opgelegd.

Aanleiding voor de aanvulling van artikel 1:87 is de SFTR. De bepaling is evenwel zo geformuleerd dat, mocht in de toekomst ook in andere EU-verordeningen op het terrein van de financiële markten in een uitbreiding van het beroepsverbod tot niet-financiële ondernemingen worden voorzien, daaraan uitvoering kan worden gegeven op het niveau van een algemene maatregel van bestuur. Op deze wijze is de aanvulling toekomstbestendig geformuleerd.

§ 4. Rechtsgeldigheid rechtshandelingen verricht in strijd met de SFTR

Artikel 15, vierde lid, SFTR, met betrekking tot de transparantie van hergebruik, bepaalt dat dat artikel de nationale wetgeving betreffende de geldigheid of het effect van de transactie onverlet laat. De SFTR laat het dus met zoveel woorden over aan de lidstaten of zij willen bepalen of een privaatrechtelijke rechtshandeling die is verricht in strijd met de SFTR rechtsgeldig is. Het artikel in de wet dat de rechtsgeldigheid van rechtshandelingen regelt is artikel 1:23. Daarin is bepaald dat de rechtsgeldigheid van een privaatrechtelijke rechtshandelingen welke is verricht in strijd met de bij of krachtens de Wft gestelde regels niet uit dien hoofde aantastbaar zijn, behalve voorzover bij de Wft anders is bepaald. De huidige tekst regelt dus niet of een privaatrechtelijke rechtshandeling die is verricht in strijd met een EU-verordening uit dien hoofde aantastbaar is. Daarom is artikel 1:23 aangevuld. De regel met betrekking tot privaatrechtelijke rechtshandelingen die strijdig zijn met een verordening sluit aan bij de regel met betrekking tot privaatrechtelijke rechtshandelingen die strijdig zijn met bij of krachtens de Wft gestelde regels: zij zijn niet uit dien hoofde aantastbaar, behalve voorzover in de Wft iets anders is bepaald. De aanleiding voor de aanvulling is de SFTR, maar de aanvulling is algemeen geformuleerd zodat zij ook van toepassing is op andere verordeningen.

Uit de regel dat verordeningen rechtstreeks werken en niet in nationaal recht mogen worden omgezet, volgt dat de aanvulling slechts die EU-verordeningen betreft die zelf niet regelen of de geldigheid van een met die verordening strijdige rechtshandeling aantastbaar is. Gekozen is voor de formulering "een verordening (...) die niet dwingend regelt of de rechtsgeldigheid van een

² Kamerstukken II 2015/16, 34 455, nr. 3, blz. 31.

dergelijke rechtshandeling aantastbaar is”, en niet voor een formulering als “een verordening (...) die niets regelt met betrekking tot de aantastbaarheid van de rechtsgeldigheid van de privaatrechtelijke rechtshandeling”. In dit verband wordt erop gewezen dat artikel 15, vierde lid, SFTR wel iets regelt met betrekking tot de aantastbaarheid van de rechtsgeldigheid, namelijk dat dat wordt overgelaten aan het nationale recht, maar niet dwingend voorschrijft dat de rechtsgeldigheid van een dergelijke rechtshandeling aantastbaar dan wel onaantastbaar is. Met betrekking tot de SFTR is de conclusie is dat uit artikel 1:23, tweede lid, voortvloeit dat de rechtsgeldigheid van een privaatrechtelijke rechtshandeling die in strijd is met die verordening niet kan worden aangetast. Evenmin is ervoor gekozen om artikel 1:23 als volgt aan te vullen: “De rechtsgeldigheid van een privaatrechtelijke rechtshandeling welke is verricht in strijd met de bij of krachtens deze wet *of een verordening (...)* gestelde regels (...) is uit dien hoofde niet aantastbaar, behalve voorzover in deze wet *of die verordening* anders is bepaald’. Een dergelijke formulering zou ook betrekking hebben op verordeningen die zelf al bepalen dat strijd met die verordening niet leidt tot aantastbaarheid; in die gevallen zou bedoelde formulering dus iets overnemen dat ook al is bepaald in de verordening, hetgeen in strijd is met aanwijzing 335 voor de regelgeving. Om die reden is de bepaling met betrekking tot strijd van privaatrechtelijke rechtshandelingen met nationale regels anders geformuleerd dan de bepaling met betrekking tot strijd met verordeningen.

§ 5. Consultatie

Een voorontwerp van dit wetsvoorstel is ten behoeve van een open consultatie op internet geplaatst, tezamen met een ontwerp van een besluit ter uitvoering van de SFTR. Daarbij is een openbare reactie ontvangen van mr F.G.B. Graaf van Clifford Chance LLP. Hij beveelt aan om buiten twijfel te stellen dat een verzuim in de nakoming van artikel 15 SFTR geen civiele nietigheid dan wel vernietigbaarheid van de desbetreffende transactie ten gevolge kan hebben. Naar aanleiding daarvan is artikel 1:23 aangevuld, in dier voege dat tevens is bepaald dat de rechtsgeldigheid van een privaatrechtelijke rechtshandeling welke is verricht in strijd met een verordening die niet dwingend regelt of de rechtsgeldigheid van een dergelijke rechtshandeling uit dien hoofde aantastbaar is, niet uit dien hoofde aantastbaar is.

Mr Graaf beveelt in het bijzonder aan om te bepalen dat de uitsluiting van nietigheid of vernietigbaarheid niet alleen ziet op het geval waarin Nederlands recht van toepassing is op de betreffende rechtshandeling, maar ook op het geval waarbij een in Nederland gevestigde partij, tussenpersoon of CCP betrokken is (ongeacht het op de rechtshandeling toepasselijke recht) of waarin het desbetreffende onderpand “goederenrechtelijk hier gelegen is (of IPR-technisch wordt geacht hier gelegen te zijn)”, ongeacht de herkomst van betrokken partijen dan wel het op de rechtshandeling toepasselijke recht. Van deze precisering is afgezien. De Verordening Rome I³ bevat een uitputtend stelsel van regels met betrekking tot het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst en laat niet toe dat lidstaten andere conflictenregels introduceren. Aandacht verdient nog dat de opmerking van Mr Graaf betreffende het toepasselijke recht niet alleen betrekking heeft op overeenkomsten maar ook op rechtshandelingen. Voor het geval hij daarmee doelt op andere rechtshandelingen dan overeenkomsten, in het bijzonder eenzijdige

rechtshandelingen, wordt in antwoord daarop opgemerkt dat een eenzijdige rechtshandeling die betrekking heeft op een nog te sluiten overeenkomst (of ook op een reeds gesloten overeenkomst) wat de vorm betreft geldig is indien zij voldoet aan de vormvereisten van het recht dat de overeenkomst zelf beheerst of zou beheersen, of van het recht van het land waar de rechtshandeling is verricht of van het recht van het land waar de persoon die ze heeft verricht op dat ogenblik zijn gewone verblijfplaats had (artikel 11, derde lid, verordening Rome I). Hieruit wordt wel afgeleid dat eenzijdige rechtshandelingen eveneens onder het toepassingsbereik van de verordening vallen, en dat het daarom aannemelijk is dat ook verbintenissen uit eenzijdige rechtshandelingen tot het toepassingsgebied van de verordening Rome I moeten worden gerekend. Hieruit volgt dat lidstaten ook met betrekking tot eenzijdige rechtshandelingen niet andere conflictenregels dan die in de verordening Rome I kunnen introduceren.

Ten slotte wordt opgemerkt dat de toezichthouders op de financiële markten, DNB en de AFM, bij de voorbereiding van het wetsvoorstel betrokken zijn geweest en ermee hebben ingestemd.

§ 6. Financiële gevolgen voor het bedrijfsleven

Het wetsvoorstel introduceert een grondslag voor bepaling in een besluit met betrekking tot een administratiefrechtelijke sanctie, en regelt dat overtreding van de SFTR niet leidt tot een civielrechtelijke sanctie. Geen van beide bepalingen heeft financiële gevolgen voor het bedrijfsleven. De verordening heeft wel financiële gevolgen. Deze zijn beschreven in de toelichting op het Besluit uitvoering verordening SFTR. Korthedshalve wordt daarnaar verwezen.

Transponeringstabel

Verordening SFTR	Wet	Besluit uitvoering EU-verordeningen	Omschrijving beleidsruimte	Toelichting op de keuze bij de invulling van de beleidsruimte
16, eerste lid		2, eerste lid, onderdeel q		
22, eerste lid	5:1 Awb jo. 51 WvSr			
22, vierde lid, onderdeel a	1:3a jo. 1:75, 1:24, derde lid, 1:25, derde lid, 1:75, 1:79 en 1:81 Wft	4 jo bijlage 1, 5 jo bijlage 2		
22, vierde lid, onderdeel b	1:94 Wft	7		
22, vierde lid, onderdeel c	1:3a, 1:24, derde lid, 1:25, derde lid, 1:104, eerste lid, onderdeel d Wft			
22, vierde lid, onderdeel d	1:87 Wft*			
22, vierde lid, onderdeel e	1:83 Wft			
22, vierde lid,	1:81; 1:82 Wft	5 jo bijlage 2		

onderdelen f en g				
24, derde lid	1:3a jo. 1:75, 1:24, derde lid, 1:25, derde lid, 1:75, 1:79 en 1:81 Wft	4 jo bijlage 1, 5 jo bijlage 2		
15, vierde lid	1:23, tweede lid, Wft*		gevolg van schending Verordening SFTR	zelfde regel als bij schending Wft: rechtsgeldigheid niet uit dien hoofde aantastbaar;
26	1:94, 1:97 tot en met 1:99 Wft			

* Deze artikelen worden gewijzigd bij dit wetsvoorstel.

De Minister van Financiën,