

FINNIUS

Een verkenning van de voorgenomen introductie van de figuur van de rekening met afgescheiden vermogen voor betaalinstellingen en egi's

26 november 2020

 8 MINUTEN

1. Inleiding

Op 6 november 2020 heeft het ministerie van Financiën de Wijzigingswet financiële markten 2022 (de “**Wijzigingswet**”) ter consultatie aan de markt voorgelegd. [\[i\]](#) De Wijzigingswet bevat wijzigingen van de Wet op het financieel toezicht (“**Wft**”), de Wet bekostiging financieel toezicht 2019 (“**Wbft**”), de Wet op het giraal effectenverkeer (“**Wge**”) en Boek 2 en Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek (“**BW**”). [\[ii\]](#)

Wellicht de meest interessante wijziging voor (sommige) marktpartijen is de voorgenomen introductie van de mogelijkheid voor afwikkelondernemingen, betaalinstellingen, elektronischgeldinstellingen (“**egi’s**”) en beleggingsondernemingen om gebruik te maken van een rekening met afgescheiden vermogen.

De Wijzigingswet maakt het mogelijk voor dit type financiële ondernemingen om, kort gezegd, de aan hun cliënten of derden toebehorende geldmiddelen die zij onder zich houden, afgescheiden te houden van hun vermogen via een aparte rekening bij een bank met een zetel in Nederland die een vergunning heeft van de ECB of DNB. Een afwikkelonderneming kan een dergelijke rekening aanhouden bij DNB. [\[iii\]](#)

Deze voorgenomen wijziging van de Wft zal ik nader uiteenzetten. Hiertoe bespreek ik eerst kort de achtergrond ervan voordat ik zal ingaan op de implementatie van deze nieuwe vorm van vermogensscheiding. Ik beperk me daarbij tot een bespreking van de hoofdpunten van dit voorstel en mij richt op de bepalingen omtrent betaalinstellingen en egi’s. Het is overigens wel zo dat er een zekere overlap bestaat tussen de bepalingen die van toepassing zijn op betaalinstellingen en egi’s en de bepalingen die van toepassing zijn op afwikkelondernemingen en beleggingsondernemingen.

2. Achtergrond

De wens om een andere vorm van vermogensscheiding in Nederland te introduceren bestaat al langer. Zo hebben DNB en de AFM in hun wetgevingsbrieven meerdere keren gepleit voor de invoering van een ‘wettelijke kwaliteitsrekening’. [\[iv\]](#) Ook in de markt was dit een veel gekoesterde wens. [\[v\]](#)

Uit de concept Memorie van Toelichting bij de Wijzigingswet blijkt dat een belangrijke reden voor de introductie van een rekening met afgescheiden vermogen is dat de stichting derdengelden – een typisch Nederlandse figuur van vermogensscheiding – in het buitenland niet bekend is of niet wordt begrepen. Hierdoor kan het gebruik van een stichting derdengelden de afwikkeling van grensoverschrijdende transacties belemmeren. [\[vi\]](#) Het schijnt dat buitenlandse partijen soms niet aan een stichting derdengelden willen betalen omdat zij vrezen dat een betaling aan een ander dan de financiële onderneming niet bevrijdend zal zijn. [\[vii\]](#)

De wetgever heeft uiteindelijk gekozen voor de introductie van een rekening met afgescheiden vermogen. Hierbij wordt aangesloten bij de bestaande vermogensscheidsregelingen in het financiële recht.^[viii] De wetgever heeft dus expliciet niet gekozen voor de figuur van de wettelijke kwaliteitsrekening zoals bijvoorbeeld is geregeld voor notarissen.^[ix] Hoewel deze keuze valt te begrijpen is spijtig dat in de concept Memorie van Toelichting niet is toegelicht waarom niet gekozen is voor de figuur van de wettelijke kwaliteitsrekening. Dit zou mijns inziens nog een interessante toevoeging zijn voor de definitieve versie van de Memorie van Toelichting.

De rekening met afgescheiden vermogen wordt geïntroduceerd als alternatief voor de bestaande regelingen in de Wft inzake het zekerstellen van geldmiddelen die worden aangehouden door financiële ondernemingen en die toekomen aan hun cliënten of derden. Afwikkelondernemingen, betaalinstanties, egi's en beleggingsondernemingen kunnen dus de al bestaande manieren van vermogensscheiding, zoals bijvoorbeeld de stichting derdengelden, blijven gebruiken.^[x]

3. Vermogensscheiding via een rekening met afgescheiden vermogen voor betaalinstanties en egi's

De vermogensscheiding via een rekening met afgescheiden vermogen voor betaalinstanties en egi's wordt geregeld in artikel 3:29aa Wft (nieuw). Artikel 3:29aa lid 1 Wft (nieuw) schrijft voor dat betaalinstanties en egi's een rekening met afgescheiden vermogen kunnen aanhouden om zo aan hun verplichting tot zekerstellen van de geldmiddelen die worden of zijn ontvangen van betaaldienstgebruikers, andere betaalinstanties of egi's te voldoen (zie artikel 3:29a lid 1 Wft). Uit de Memorie van Toelichting blijkt ook dat het mogelijk is voor betaalinstanties en egi's om meerdere van dergelijke rekeningen te houden teneinde, bijvoorbeeld, het concentratierisico te mitigeren.^[xi]

Artikel 3:29aa lid 2 Wft (nieuw) schrijft voor dat een rekening met afgescheiden vermogen moet worden aangehouden bij een bank met een zetel in Nederland die beschikt over een vergunning voor de uitoefening van het bedrijf van bank. Dit is een bewuste keuze van de wetgever omdat in het geval de rekening wordt gehouden bij een bank met een zetel in een andere lidstaat, de goederenrechtelijke en verhaalsrechtelijke aspecten van deze rekening mogelijk niet worden beheerst door Nederlands recht.^[xii] Dit risico kan wellicht worden ondervangen door wettelijk vast te leggen dat de goederenrechtelijke en verhaalsrechtelijke aspecten van de rekening met afgescheiden vermogen moeten worden onderworpen aan Nederlands recht, maar hierdoor zou de rekening met afgescheiden vermogen terecht komen in de wondere (en onzekere) wereld van het internationaal privaatrecht. Dit zou de vereiste (rechts)zekerheid van de figuur van de rekening met afgescheiden vermogen ondergraven.

Artikel 3:29aa lid 2 Wft (nieuw) schrijft tevens voor dat uit de tenaamstelling van de rekening moet volgen dat de rekening wordt aangehouden in eigen naam en dus toebehoort aan de betaalinstantie of egi, zij het dat dit een afgescheiden vermogen is (een zogenoemde 'inzake-rekening').^[xiii] Dit betekent, kort gezegd, dat: (i) alleen de rekeninghouder (lees: de betaalinstantie

of egi) bevoegd is tot het beheer van en de beschikking over de rekening met afgescheiden vermogen; (ii) de tot het afgescheiden vermogen behorende goederen niet worden getroffen door een eventueel faillissement van de betaalinstelling of egi; en (iii) een eventuele curator in het geval van faillissement mee zal moeten werken aan de effectuering van de positie van de belanghebbenden. Artikel 3:29aa lid 3 Wft (nieuw) bepaalt welke schuldeisers hun vordering op het afgescheiden vermogen kunnen verhalen: (i) de derden voor wie geldmiddelen op de rekening zijn geadministreerd, voor zover die vorderingen verband houden met het toevertrouwen van de geldmiddelen aan de betaalinstelling of egi, en (ii) de bank bij wie de rekening met afgescheiden vermogen wordt aangehouden voor de vorderingen die verband houden met het beheer van de rekening en die volgens de overeenkomst tussen de bank en de betaalinstelling of egi ten laste kunnen worden gebracht van het afgescheiden vermogen.^[xiv]

Artikel 3:29aa lid 4 Wft (nieuw) bepaalt dat de betaalinstelling of egi zorg moet dragen voor een adequate administratie van het afgescheiden vermogen. De rekeninghouder dient in zijn administratie vast te leggen wie welke aanspraken op welk moment op het afgescheiden vermogen heeft.^[xv]

Op basis van artikel 3:29aa lid 7 Wft (nieuw) is de betaalinstelling of egi gehouden om een eventueel tekort op de rekening met afgescheiden vermogen aan te vullen. Dit betekent dat het verhaalsrecht van de belanghebbenden niet beperkt is tot de rekening met afgescheiden vermogen, maar dat de belanghebbenden ook verhaal kunnen nemen op het overige vermogen van de betaalinstelling of egi. In artikel 3:29aa lid 7 Wft (nieuw) is ook opgenomen dat, in het geval dat een tekort niet is aangevuld, de betaalinstelling of egi bij een verzoek van een derde (niet zijnde de bank waarbij de rekening wordt gehouden) om uitkering van zijn/haar deel in het saldo van de rekening met afgescheiden vermogen, naar evenredigheid van ieders vordering uitkeert.

^[xvi]

Bij algemene maatregel van bestuur zal de wetgever verder uitwerken hoe in de praktijk nader invulling moet worden gegeven aan de rekening met afgescheiden vermogen (zie artikel 3:29aa lid 8 Wft (nieuw)).

Tot slot is het nog interessant om te vermelden dat de wetgever alvast een haakje heeft gecreëerd om andere categorieën financiële ondernemingen aan te wijzen waarop artikel 3:29aa Wft (nieuw) van overeenkomstig toepassing is (zie artikel 3:29e Wft (nieuw)). Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan kleinschalige betaaldienstverleners en egi's die op grond van de Vrijstellingsregeling Wft zijn vrijgesteld van de vergunningplicht, maar die wel moeten voldoen aan de vereisten die, bijvoorbeeld, voortvloeien uit artikel 3:29a Wft.^[xvii]

4. Consultatie

Aangezien de Wijzigingswet op dit moment ter consultatie voorligt, hebben marktpartijen de gelegenheid om op het voorstel van de wetgever te reageren. Zo heeft de Verenigde

Betalinstellingen Nederland (“**VBIN**”) al laten weten dat ze van deze mogelijkheid gebruik gaat maken om te bepleiten dat: (i) de rekening met afgescheiden vermogen ook bij banken in de Europese Economische Ruimte (“**EER**”) moet kunnen worden aangehouden; en (ii) de rekening met afgescheiden vermogen ook bij DNB moet kunnen worden aangehouden als banken deze rekening niet willen aanbieden.^[xviii] Het is denk ik maar de vraag of de wetgever tegemoet wil komen aan met name het eerste punt van de VBIN.

VBIN en andere belanghebbende hebben tot 18 december 2020 om te reageren op de concept Wijzigingswet.

[i] <https://www.internetconsultatie.nl/wijzigingswetfm2022>.

[ii] Zie bijvoorbeeld voor meer informatie: <https://finnius.com/consultatie-wijzigingswet-financiele-markten-2022-eindelijk-een-afgescheiden-vermogen-voor-clientgelden/>.

[iii] Zie artikel 3:29aa lid 2 Wft (nieuw), artikel 3:29d lid 2 Wft (nieuw) en artikel 4:87aa lid 2 Wft (nieuw) in het wetsvoorstel Wijzigingswet financiële markten 2022 (<https://www.internetconsultatie.nl/wijzigingswetfm2022/document/6358>).

[iv] Zie bijvoorbeeld <https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/detail?id=2016Z14690&did=2016D29953> en https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/brieven_regering/detail?id=2017Z04018&did=2017D08311.

[v] Zie bijvoorbeeld J. Reijmer, ‘De noodzaak van een safeguarding account voor betaalinstellingen en EGI’s’, *FRP* 2016(6), p. 549 e.v.

[vi] Zie de Memorie van Toelichting bij de Wijzigingswet financiële markten 2022, <https://www.internetconsultatie.nl/wijzigingswetfm2022/document/6359> (hierna: MvT), pagina 1.

[vii] MvT, pagina 2.

[viii] Zie bijvoorbeeld artikel 4:37j(5) en artikel 4:45(1) Wft waarin wordt geregeld dat het vermogen van een beleggingsinstelling respectievelijk een icbe een afgescheiden vermogen vormt dat uitsluitend dient tot voldoening van bepaalde vorderingen.

[ix] Zie artikel 25 van de Wet op het notarisambt.

[x] MvT, pagina 3.

[xi] MvT, pagina 11.

[xii] MvT, pagina 11.

[xiii] MvT, pagina 11-12.

[xiv] MvT, pagina 12.

[xv] MvT, pagina 12.

[xvi] MvT, pagina 13.

[xvii] MvT, pagina 14. Een vergelijkbare bepaling wordt voorgesteld voor deel 4 van de Wft (gedragstoezicht financiële ondernemingen).

[xviii] Zie: <https://www.vbin.nl/consultatie-waarborgrekening-betaal-en-e-geldinstellingen/>.

Specialisten



Pim Smith

M +31 (0)6 27 42 18 74

T +31 (0)20 767 01 80

pim.smith@finnius.com