

ADVIES VAN DE EUROPESE CENTRALE BANK

van 11 januari 2013

inzake een voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van Richtlijn 2009/65/EG van het Europees Parlement en de Raad tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende bepaalde instellingen voor collectieve belegging in effecten (icbe's) wat betreft de bewaardertaken, bezoldigingsbeleid en sancties

(CON/2013/4)

(2013/C 96/04)

Inleiding en rechtsgrondslag

Op 19 september 2012 ontving de Europese Centrale Bank (ECB) van het Europees Parlement een verzoek om een advies inzake een voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van Richtlijn 2009/65/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende bepaalde instellingen voor collectieve belegging in effecten (icbe's) wat betreft de bewaardertaken, bezoldigingsbeleid en sancties ⁽¹⁾ (het „richtlijnvoorstel”).

De adviesbevoegdheid van de ECB inzake het richtlijnvoorstel is gebaseerd op artikel 127, lid 4 en 282, lid 5 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, aangezien het richtlijnvoorstel bepalingen bevat betreffende de bijdrage van het Europees Stelsel van Centrale Bankten tot een goede beleidsvoering ten aanzien van het bedrijfseconomisch toezicht op kredietinstellingen en de stabiliteit van het financiële stelsel krachtens artikel 127, lid 5 van het Verdrag. Overeenkomstig de eerste volzin van artikel 17.5 van het Reglement van orde van de Europese Centrale Bank heeft de Raad van bestuur dit advies goedgekeurd.

Algemene opmerkingen

De ECB verwelkomt in grote lijnen het richtlijnvoorstel dat beoogt het ICBE-kader te versterken in het bijzonder inzake: i) het bezoldigingsbeleid en de praktijken van het hoger kader, risiconemers en personen die controlefuncties uitoefenen; ii) de regels inzake de aanstelling van de bewaarders voor de ICBE-fondsen en de uitoefening van bewaardertaken, inclusief de ermee verband houdende aansprakelijkheidsregeling; en iii) de regeling inzake administratieve sancties en maatregelen. De ECB is van oordeel dat de nieuwe regels een belangrijke rol kunnen spelen om wanpraktijken te vermijden en het beleggersvertrouwen te vergroten. De ECB merkt op dat de voorgestelde versterking van het ICBE-kader een tijdige maatregel is gelet op de reeds bereikte verbeteringen van de verordening inzake beheerders van alternatieve beleggingsinstellingen uit hoofde van Richtlijn 2011/61/EU van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2011 inzake beheerders van alternatieve beleggingsinstellingen en tot wijziging van de Richtlijnen 2003/41/EG en 2009/65/EG en de Verordeningen (EG) nr. 1060/2009 en (EU) nr. 1095/2010 ⁽²⁾ (hierna: „abi-beheerder-richtlijn”).

Specifieke opmerkingen**1. Hergebruik van activa door de ICBE-bewaarder**

De ECB is van oordeel dat het richtlijnvoorstel een ICBE-bewaarder of een partij aan wie de bewaring van een ICBE-fonds is gedelegeerd uitdrukkelijk moet verbieden om de activa onder zijn beheer voor eigen rekening te hergebruiken. Dergelijke praktijken zouden de beleggers aan risico's kunnen blootstellen, en risico's voor de financiële stabiliteit kunnen doen ontstaan, gelet op de hefboomwerking van deze praktijken. In deze context is de ECB van mening dat het ICBE-kader dienaangaande strikter moet zijn dan de abi-beheerder-richtlijn, die hergebruik van activa toestaat mits voorafgaande toestemming van een fondsbeheerder. Dit wordt gerechtvaardigd door het feit dat ICBE-producten op ruime schaal aan retailbeleggers worden verdeeld, terwijl krachtens de abi-beheerder-richtlijn beheerde fondsen doorgaans aan professionele beleggers voorbehouden zijn.

⁽¹⁾ COM(2012) 350 definitief.

⁽²⁾ PB L 174 van 1.7.2011, blz. 1. Zie ECB-advies CON/2009/81 van 16 oktober 2009 houdende een voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake beheerders van alternatieve beleggingsfondsen en tot wijziging van de Richtlijnen 2004/39/EG en 2009/.../EG (PB C 272 van 13.11.2009, blz. 1). Alle ECB-adviezen worden gepubliceerd op de ECB-website: <http://www.ecb.europa.eu>

2. *Delegatie*

Het richtlijnvoorstel staat toe dat de bewaarderstaken onder bepaalde voorwaarden aan een onderbewaarnemer worden gedelegeerd, welke voorwaarden volgens de memorie van toelichting afgestemd zijn op de krachtens de abi-beheerder-richtlijn geldende voorwaarden. Dienaangaande is de ECB is van mening dat de bescherming van retailbeleggers strengere regels voor ICBE-bewaarders vergt dan voor bewaarders die zijn aangesteld door beheerders van alternatieve beleggingsinstellingen. In het bijzonder moeten voor de delegatie door een ICBE-bewaarder aan een onderbewaarnemer die buiten de Europese Unie is gevestigd steeds passende waarborgen gelden, zoals minimumkapitaalvereisten en effectief toezicht in het betrokken land. Tot slot is eveneens een evaluatie nodig met betrekking tot handhaving van de uitzonderingen die toestaan dat entiteiten in derde landen optreden als onderbewaarnemer van een ICBE-bewaarder, ondanks het feit dat deze entiteiten niet voldoen aan de in het Unierecht vervatte delegatievereisten.

3. *Mogelijkheid om te optreden als ICBE-bewaarder*

De ECB ondersteunt de invoering van voorwaarden volgens welke uitsluitend kredietinstellingen en beleggingsondernemingen als ICBE-bewaarders mogen optreden. Dat zal het risico van beleggersbedrog verminderen, omdat geen ICBE-bewaarder wordt aangewezen die niet onderworpen is aan voldoende regelgeving en toezicht. Voorts zou verder moeten worden beoordeeld of de voorgestelde regeling voor kapitaalvereisten voor kredietinstellingen en beleggingsondernemingen ⁽¹⁾ passende waarborgen bevat in verband met de uitoefening van ICBE-bewaardertaken, gelet op de omvang en complexiteit van de ICBE waarvoor deze taken worden uitgeoefend en de aansprakelijkheidsrisico's waarmee deze taken gepaard gaan.

4. *Aansprakelijkheid*

De ECB is van mening dat „externe gebeurtenissen die redelijkerwijze buiten ... de controle” ⁽²⁾ op basis waarvan de bewaarder zijn aansprakelijkheid contractueel kan beperken, gedetailleerd zouden moeten worden gespecificeerd in de gedelegeerde besluiten van de Commissie, onder verwijzing naar de categorieën van activa die als verloren kunnen worden beschouwd wegens dergelijke externe gebeurtenissen en naar de specifieke soorten gebeurtenissen die bedoeld worden.

Indien de ECB wijzigingen van het richtlijnvoorstel aanbeveelt, worden daartoe specifiek onderbouwde formuleringsvoorstellen in de bijlage opgenomen.

Gedaan te Frankfurt am Main, 11 januari 2013.

De vice-president van de ECB
Vitor CONSTÂNCIO

⁽¹⁾ Voorstellen van de Commissie voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake de toegang tot de werkzaamheden van kredietinstellingen en het prudentieel toezicht op kredietinstellingen en beleggingsondernemingen en tot wijziging van Richtlijn 2002/87/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende het aanvullend toezicht op kredietinstellingen, verzekeringsondernemingen en beleggingsondernemingen in een financieel conglomeraat (COM(2011) 453 def.), en een voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende prudentiële vereisten voor kredietinstellingen en beleggingsondernemingen (COM(2011) 452 def.).

⁽²⁾ Zie artikel 26b, punt f) van Richtlijn 2009/65/EG, ingevoegd door artikel 1, lid 8 van het richtlijnvoorstel.

BIJLAGE

Formuleringsvoorstellen

Door de Commissie voorgestelde tekst	Door de ECB voorgestelde wijzigingen ⁽¹⁾
Wijziging 1 Artikel 1, lid 3	
<p>„(3) Artikel 22 wordt als volgt vervangen:</p> <p>„Artikel 22</p> <p>...</p> <p>5. De activa van de ICBE's worden bij de bewaarder in bewaring gegeven als volgt:</p> <p>a) ...</p> <p>b) ...</p> <p>...</p> <p>7. De bewaarder mag zijn in de leden 3 en 4 bedoelde taken niet aan derden delegeren.</p> <p>...</p> <p>De in lid 5 bedoelde taken mogen door de bewaarder uitsluitend worden gedelegeerd aan een derde die te allen tijde gedurende de vervulling van de hem gedelegeerde taken:</p> <p>a) beschikt over structuren en deskundigheid die adequaat zijn voor en evenredig zijn met de aard en de complexiteit van de aan hem toevertrouwde activa van het ICBE of de beheermaatschappij die handelt in naam van de hem toevertrouwde ICBE's;</p> <p>b) voor de in punt lid 5, sub a) vermelde bewaarderstaken, onderworpen is aan effectieve prudentiële regelgeving, inclusief minimumkapitaalvereisten, en toezicht in het betrokken rechtsgebied;</p> <p>...</p> <p>Niettegenstaande punt b), iii), van de tweede alinea kan, wanneer de wetgeving van een derde land eist dat bepaalde financiële instrumenten in bewaarneming worden genomen door een lokale entiteit en er geen lokale entiteiten voldoen aan de onder dat punt vermelde eisen inzake bewaringsdelegatie, de bewaarder zijn taken slechts delegeren aan een dergelijke lokale entiteit, in de mate waarin dit vereist wordt door het derde land en alleen zolang er geen lokale entiteiten aan de eisen inzake delegatie voldoen, en uitsluitend indien:</p> <p>a) de aanwijzingen van de abi-beheerder uitvoeren, tenzij deze in strijd zijn met de toepasselijke nationale wetgeving of het reglement of de statuten van de abi;</p>	<p>„(3) Artikel 22 wordt als volgt vervangen:</p> <p>„Artikel 22</p> <p>...</p> <p>5. De activa van de ICBE's worden bij de bewaarder in bewaring gegeven als volgt:</p> <p>a) ...</p> <p>b) ...</p> <p>5bis. Financiële instrumenten en andere activa in bewaring mogen niet worden hergebruikt via bezwaring of overdracht, zulks voor eigen rekening, door de bewaarder of een partij aan wie de bewaardertaak is gedelegeerd, op straffe van nietigverklaring van de contractuele bepalingen die het hergebruik toestaan.</p> <p>...</p> <p>7. De bewaarder mag zijn in de leden 3 en 4 bedoelde taken niet aan derden delegeren.</p> <p>...</p> <p>De in lid 5 bedoelde taken mogen door de bewaarder uitsluitend worden gedelegeerd aan een derde die te allen tijde gedurende de vervulling van de hem gedelegeerde taken:</p> <p>a) beschikt over structuren en deskundigheid die adequaat zijn voor en evenredig zijn met de aard en de complexiteit van de aan hem toevertrouwde activa van het ICBE of de beheermaatschappij die handelt in naam van de hem toevertrouwde ICBE's;</p> <p>b) voor de in punt lid 5, sub a) vermelde bewaarderstaken, onderworpen is aan effectieve prudentiële regelgeving, inclusief minimumkapitaalvereisten, en toezicht in het betrokken rechtsgebied;</p> <p>...</p> <p>Niettegenstaande punt b), iii), van de tweede alinea kan, wanneer de wetgeving van een derde land eist dat bepaalde financiële instrumenten in bewaarneming worden genomen door een lokale entiteit en er geen lokale entiteiten voldoen aan de onder dat punt vermelde eisen inzake bewaringsdelegatie, de bewaarder zijn taken slechts delegeren aan een dergelijke lokale entiteit, in de mate waarin dit vereist wordt door het derde land en alleen zolang er geen lokale entiteiten aan de eisen inzake delegatie voldoen, en uitsluitend indien:</p> <p>a) de belegger of de desbetreffende ICBE's voorafgaand aan hun belegging naar behoren erover worden ingelicht dat een dergelijke delegatie, die niet volledig voldoet aan de algemene in het Unierecht opgenomen delegatievereisten, vereist is wegens wettelijke beperkingen in het recht van het derde land en de omstandigheden die de delegatie rechtvaardigen;</p>

Door de Commissie voorgestelde tekst	Door de ECB voorgestelde wijzigingen ⁽¹⁾
b) de ICBE of de beheersmaatschappij namens de abi hebben de bewaarder opgedragen de taak van de inbewaarneming van dergelijke financiële instrumenten aan dergelijke lokale entiteit te delegeren. ..." "	b) de ICBE of de beheersmaatschappij namens de abi hebben de bewaarder opgedragen de taak van de inbewaarneming van dergelijke financiële instrumenten aan dergelijke lokale entiteit te delegeren. ..." "

Uitleg

De ECB is van oordeel dat het ICBE-kader strikter moet zijn dan het kader dat in de abi-beheerder-richtlijn is voorzien en dat het met name het hergebruik van activa door de bewaarder onder geen voorwaarde zou mogen toestaan. Dit is gerechtvaardigd aangezien: (i) ICBE-producten op grote schaal aan retailbeleggers worden verkocht; en ii) het hergebruik van activa door de bewaarder belangrijke risico's wat betreft de stabiliteit van het financiële stelsel kan doen ontstaan, gelet op het de hefboomwerking van deze praktijken.

De delegatie door een ICBE-bewaarder aan een onderbewaarnemer die is gevestigd buiten de Unie zou in het beste geval aan dezelfde waarborgen moeten worden onderworpen als de door het Unierecht vereiste waarborgen, zoals minimumkapitaalvereisten en doelmatig toezicht in het betrokken land. Indien uitzonderingen gelden, dienen zij duidelijk aan de belegger gecommuniceerd te worden. Dienaangaande is de ECB is van mening dat de bescherming van retailbeleggers strengere regels voor ICBE-bewaarders vergt dan voor bewaarders die zijn aangesteld door beheerders van alternatieve beleggingsinstellingen.

Wijziging 2

Artikel 1, lid 8

„(8) De volgende artikelen 26a en 26b worden ingevoegd: „Artikel 26a ... Artikel 26b 1. De Commissie dient te worden gemachtigd om middels gedelegeerde handelingen overeenkomstig artikel 112 en onder de voorwaarden van de artikelen 112a en 112b maatregelen vast te stellen tot precisering van: ... f) wat moet worden verstaan onder een externe gebeurtenis buiten redelijke controle waarvan de gevolgen ondanks alle inspanningen om dit te voorkomen onvermijdelijk zouden zijn geweest, overeenkomstig lid 24, lid 1;”	„(8) De volgende artikelen 26a en 26b worden ingevoegd: „Artikel 26a ... Artikel 26b 1. De Commissie dient te worden gemachtigd om middels gedelegeerde handelingen overeenkomstig artikel 112 en onder de voorwaarden van de artikelen 112a en 112b maatregelen vast te stellen tot precisering van: ... f) wat moet worden verstaan onder een externe gebeurtenis buiten redelijke controle waarvan de gevolgen ondanks alle inspanningen om dit te voorkomen onvermijdelijk zouden zijn geweest, overeenkomstig artikel 24, lid 1, waaronder specifieke soorten van dergelijke gebeurtenissen en de categorieën van activa die op grond van dergelijke gebeurtenissen als verloren kunnen worden beschouwd. ”
--	---

Uitleg

De ECB is van mening dat „externe gebeurtenissen die redelijkerwijze buiten ... de controle” op basis waarvan de bewaarder zijn aansprakelijkheid contractueel kan beperken, gedetailleerd zouden moeten worden gespecificeerd in de gedelegeerde besluiten van de Commissie, met verwijzing naar de categorieën van activa die als verloren kunnen worden beschouwd wegens dergelijke externe gebeurtenissen en naar de specifieke soorten gebeurtenissen die bedoeld worden.

⁽¹⁾ De vet gedrukte tekst geeft aan waar de ECB voorstelt om een nieuwe tekst toe te voegen. Doorhaling betreft tekst die de ECB voorstelt te schrappen.