

FINANCIËEL RECHT

AAK20209127

Instituut voor Financieel Recht (IFR), Radboud Universiteit Nijmegen. Verzorgd door prof. mr. D. Busch, mr. J.E.C. Gulyás, mr. A.J.A.D. van den Hurk, mr. E. de Klerk, mr. W. Kuijpers, mr.dr.drs. P. Laaper, mr. A.-W. van de Vegt & mr. M.B.J. van Rijn

PERIODE: 1 JANUARI - 31 MAART 2020

1 ALGEMEEN

Internationale ontwikkelingen

FSB-statements in verband met COVID-19

In verband met de coronacrisis heeft de Financial Stability Board (FSB) een aantal statements gepubliceerd. Op 20 maart 2020 liet de FSB weten dat het actief samenwerkt met haar leden, bestaande uit toezichthouders, internationale *standard setters* en andere internationale organen om financiële stabiliteit te bewaren tijdens marktstress gedurende de COVID-19-crisis.

In een vervolgstatement, dat de FSB op 2 april 2020 heeft uitgebracht, gaat de FSB concreter in op de werkzaamheden van de FSB op dit vlak: (i) uitwisseling van informatie over financiële risico's en kwetsbaarheden, (ii) gecoördineerde beleidsreacties om wereldwijd financiële stabiliteit te bewaren, markten open te houden en te laten functioneren, en de capaciteit van het financiële systeem te bewaren om huishoudens en bedrijven te blijven bedienen en de herstart van groei te financieren. Ook heeft de FSB haar werkprogramma voor 2020 aangepast om de juiste prioriteit te kunnen geven aan het werk in verband met de crisis.

COVID-19: statement FATF

Op 1 april 2020 heeft de Financial Action Task Force (FATF) een statement gepubliceerd in verband met COVID-19, waarin het benadrukt dat in de context van COVID-19 waakzaamheid moet worden betracht ten aanzien van risico's ten aanzien van financiële criminaliteit en wijst het op de recent uitgebrachte richtsnoeren voor digitale *onboarding*. Het gebruik van digitale technologie wordt aangemoedigd en is noodzakelijk, voor zover de technologie betrouwbaar is en aan de wettelijke vereisten voldoet.

Europese regelgeving

Europese Digitale Strategie

Op 19 februari 2020 heeft de Europese Commissie haar Europese Digitale Strategie gepubliceerd. Het doel van deze strategie is om digitale kansen te faciliteren en om

de positie van Europa als wereldwijde digitale speler te vergroten. De Europese Commissie ziet digitalisering als 'key enabler' in het gevecht tegen klimaatverandering en om de groene transitie te bereiken.

Vertraagde implementatie vijfde anti-witwasrichtlijn

Op 12 februari 2020 heeft de Europese Commissie een formele 'notice' gestuurd aan 8 lidstaten, waaronder Nederland, omdat zij de Europese Commissie niet tijdig op de hoogte hebben gesteld van implementatiemaatregelen voor de vijfde anti-witwasrichtlijn. Deze had op 10 januari 2020 moeten zijn geïmplementeerd in alle lidstaten. Op het moment van de brief van de Europese Commissie was de implementatiewet in Nederland nog in behandeling in de Eerste Kamer. Bij gebreke van een bevredigende reactie vanuit de lidstaten binnen twee maanden, kan de Europese Commissie een 'reasoned opinion' sturen.

Publicatie ESMA-strategie duurzame financiering

Op 6 februari 2020 heeft ESMA haar strategie met betrekking tot duurzame financiering gepubliceerd. De prioriteiten van ESMA op dit gebied omvatten (i) transparantieverplichtingen, (ii) risicoanalyse van groene obligaties, (iii) ESG-investeren, (iv) convergentie van de toezichtpraktijken met betrekking tot ESG factoren, (v) taxonomie en toezicht.

Consultatie Gemengd Comité Risk Factors Guidelines Europese anti-witwasrichtlijnen

Op 5 februari 2020 heeft het Gemengd Comité van de drie Europese toezichtautoriteiten een consultatiedocument gepubliceerd voor de beoordeling van klanten ten aanzien van witwassen en terrorismefinanciering (the Risk Factors Guidelines). De consultatietermijn loopt tot en met 5 mei 2020 (uitgesteld tot 6 juli 2020).

Verlenging termijnen consultatie Europese Commissie

In verband met de huidige omstandigheden heeft de Europese Commissie besloten een aantal lopende consultatietermijnen te verlengen: het betreft in het bijzonder de herziening van de *non-financial reporting directive*, waar de termijn wordt verlengd tot 11 juni 2020.

Nederlandse regelgeving

Wet uitvoering verordening financiële benchmarks

Op 17 januari 2020 is de Wet uitvoering verordening financiële benchmarks in het *Staatsblad* gepubliceerd. Deze wet wijzigt de Wet op het financieel toezicht en de Wet op de economische delicten in verband met de uitvoering van de verordening financiële benchmarks (Verordening (EU) 2016/1011). De verordening financiële benchmarks biedt een regelgevend kader voor de totstandkoming en het gebruik van benchmarks in de Europese Unie met als doel de integriteit, de betrouwbaarheid en de geschiktheid van financiële benchmarks te verbeteren.

DNB MVO-visie 2019-2025

Op 11 februari 2020 heeft De Nederlandsche Bank (DNB) haar MVO-visie 2019-2025 gepubliceerd. De visie van DNB richt zich op twee thema's: (i) duurzaamheid en (ii) een inclusief financieel en economisch systeem. DNB heeft interne en externe stakeholders gevraagd via welke taken DNB hierop in 2020 de meeste impact kan hebben. Bij het thema duurzaamheid zien stakeholders vooral mogelijkheden vanuit de kerntaken toezicht, onderzoek en advies, financiële stabiliteit, en reservebeheer. Voor een inclusief financieel en economisch systeem verwachten ze impact vanuit de kerntaken toezicht, financiële stabiliteit, betalingsverkeer en onderzoek en advies.

DNB-beleidsregel maatschappelijke betamelijkheid

Op 15 januari 2020 heeft DNB haar beleidsregel maatschappelijke betamelijkheid gepubliceerd. DNB wil met deze beleidsregel inzicht geven in de wijze waarop trustkantoren binnen de eigen organisatie de juiste voorwaarden kunnen creëren om tot maatschappelijk betamelijk handelen te komen. Dat moet leiden tot vertrouwen in de trustkantoren en de financiële markten. De beleidsregel treedt in werking met ingang van 16 januari 2020 en zal één jaar na publicatie in de *Staatscourant* worden geëvalueerd.

Consultatie handhavingsbeleid DNB en AFM

In de periode 20 januari 2020 tot en met 2 maart 2020 hebben de AFM en DNB gezamenlijk hun concept-handhavingsbeleid geconsulteerd. Hiermee wordt het geldende handhavingsbeleid geactualiseerd.

Wijziging Beleidsregel geschiktheid 2012

Op 14 januari 2020 is de gewijzigde Beleidsregel geschiktheid 2012 gepubliceerd. De gewijzigde versie omvat aanpassingen in het kader van de Wet toezicht trustkantoren 2018, de (wijziging van de) Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme en de Europese verordeningen CSDR en EMIR en de inwerkingtreding van de ESMA-richtsnoeren inzake het leidinggevend orgaan van marktexploitanten en aanbieders van datarapporteringsdiensten en de EBA/ESMA-richtsnoeren voor het beoordelen van de geschiktheid van leden van het leidinggevend orgaan en medewerkers met een sleutelfunctie. DNB en de AFM passen deze richtsnoeren toe in het toezicht. Naast de wijzigingen die voortvloeien uit nieuwe wet- en regelgeving is de beleidsregel inclusief de toelichting op enkele punten geactualiseerd en verduidelijkt en zijn enkele omissies hersteld. Het besluit treedt in werking met ingang van 15 januari 2020.

DNB-leidraad Wwft

DNB publiceert de herziene 'Leidraad Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft) en Sanctiewet (Sw)'. Naar aanleiding van reacties op de consultatieversie, die in juli en september 2019 voorlag, is het document op onderdelen gewijzigd. In de Leidraad Wwft en SW legt DNB uit hoe instellingen invulling kunnen geven aan de naleving van de Wwft en de Sw. De Leidraad

Wwft en Sw vervangt de versie van april 2015, die geheel komt te vervallen. De belangrijkste aanleiding voor de herziening van de Leidraad Wwft en SW is de wetswijziging van de Wwft van 25 juli 2018.

COVID-19

Op 6 maart 2020 heeft DNB een persbericht uitgebracht waarin zij wijst op de impact van de COVID-19-crisis op de financiële sector. In het bijzonder gaat DNB in op een aantal aspecten van *business continuity planning*.

Rechtspraak

- CBB 15 oktober 2019, [ECLI:NL:CBB:2019:498](#), *JOR* 2020/37, m.nt. R.J. Boogaard (*X/AFM*; betrouwbaarheidstoetsing);
- CBB 5 november 2019, [ECLI:NL:CBB:2019:565](#), *JOR* 2020/38, m.nt. S.M.C. Nuijten (*Loandome/AFM*; medewerkingsplicht bij gedragtoezicht buitenland);
- Rb. Rotterdam, 28 november 2019, zaaknummer ROT 19/1161, *JOR* 2020/93, m.nt. S.M.C. Nuijten (*X/AFM*; duur benoeming curator door toezichthouder);
- CBB 28 januari 2020, [ECLI:NL:CBB:2020:57](#), *JOR* 2020/89, m.nt. S.M.C. Nuijten (*X/AFM*; beroep tegen aanwijzingsbesluit na negatief geschiktheidsoordeel).

Literatuur

- J. van Bekkum, 'Neveneffecten van de Wwft', *FR* 2020, afl. 3;
- C.H.D.W. van den Borne-Verheijen, 'Variabele rente bij consumentenkrediet, een update', *FR* 2020, afl. 3;
- S.R. van Breukelen & C.W.M. Lieveerse, 'De Wwft: de stand van zaken van de anti-witwaswetgeving voor de financiële sector', *FR* 2020, afl. 3;
- D. Busch, 'De toekomst van de bijzondere zorgplicht in de financiële sector', *NJB* 2020/424;
- M.H.P. Claassen & J.L. Snijders, 'De overdracht van vorderingen uit hoofde van kredietovereenkomsten', *FR* 2020, afl. 4;
- J. Diamant, 'Over de wisselwerking tussen het civiele recht en het financiële toezichtrecht – het voorbeeld van de financiëlelezerkeerderovereenkomst', *NTHR* 2020, afl. 2;
- R.E. van Esch, 'De contractuele aansprakelijkheid van de financiële onderneming voor schade als gevolg van het gebruik van kunstmatige intelligentie bij de nakoming van een financiële overeenkomst', *FR* 2020, afl. 1/2;
- F.M.A. 't Hart & A.J.C.C.M. Loonen (red.), *Tuchtrecht in de financiële sector* (Financieel Juridische Reeks, deel 16), Zutphen: Uitgeverij Paris 2020;
- E.P.M. Joosen, 'FinTech, BigTech en de antiwitwaswetgeving', *FR* 2020, afl. 3;
- E.P.M. Joosen, 'Rondom het Nieuws. DNB Beleidsregel Maatschappelijke Betamelijkheid Trustkantoren', *FR* 2020, afl. 4;
- E.P.M. Joosen, R.E. Labeur & S.M.C. Nuijten, 'Voorwoord Wwft-special FR', *FR* 2020, afl. 3;

- E.P.M. Joosen & C.W.M. Lieverse, ‘De coronacrisis en de versoepeling van de prudentiële eisen voor banken’, *Ondernemingsrecht 2020/VIII*;
- E.P.M. Joosen & C.W.M. Lieverse, *Wetgeving toezicht financiële markten 2020*, Deventer: Wolters Kluwer 2020;
- G.W. Kastelein, ‘Impact van het coronavirus op het financiële stelsel’, *FR 2020*, afl. 4;
- K.A. Kralj, ‘Opnieuw koersen door de Wet op het financieel toezicht’, *FR 2020*, afl. 4;
- J.G.J. Rinkes, D.P.C.M. Hellegers & M.D.H. Nelemans, ‘Renteontwikkelingen en financieel recht’, *NTHR 2020*, afl. 2;
- V.P.G. de Serière, ‘Enkele opmerkingen over EU crisismaatregelen’, *Ondernemingsrecht 2020/IX*;
- R. Steenbergen, ‘Administratief gedoe met de Wwft en de AVG’, *FR 2020*, afl. 3;
- I. Palm-Steyerberg, “‘Vier jaar toetsing 2e echelon bij banken en verzekeraars: een effectieve procedure of een procedure die heroverweging verdient?’ – een reactie”, *FR 2020*, afl. 1/2;
- M.E. de Ruijter-Nobel, ‘Toezicht op uitbesteding geharmoniseerd?’, *FR 2020*, afl. 1/2;
- L. Stortelder, ‘Symposiumverslag “Tuchtrecht in de financiële sector”’, *FR 2020*, afl. 3;
- Chr. van Toor, ‘Repliek Chris van Toor op de reactie van Iris Palm-Steyerberg in FR 2020, nr. 1/2 op zijn bijdrage in FR 2019, nr. 9: “Vier jaar toetsing tweede echelon bij banken en verzekeraars: een effectieve procedure of een procedure die heroverweging verdient?”’, *FR 2020*, afl. 4;
- S.K.L. Verspeek & B.P. Dijkstra, ‘Fintech: meer innovatie, meer regelgeving?’ (Verslag symposium ‘NEW Legal Thinking on Fintech’), *FRP 2020/280*;
- R.M. Wibier, ‘Toezichtrecht in de civiele praktijk: consumentenkrediet’, *NTHR 2020*, afl. 2.

2 BELEGGINGSINSTELLINGEN

Europese regelgeving

ESMA, Consultation Paper Draft implementing technical standards under the Regulation on cross-border distribution of funds, 31 maart 2020 (ESMA34-39-966)

Op grond van Verordening (EU) 2019/1156 betreffende het faciliteren van de grensoverschrijdende distributie van instellingen voor collectieve belegging dient ESMA enkele ontwerpen van technische uitvoeringsnormen op te stellen. In deze consultatie doet ESMA een voorstel voor technische uitvoeringsnormen. Het betreft een template voor de publicatie van (i) nationale marketing vereisten en (ii) de kosten van toezichthouders.

ESMA, Consultation Paper Guidelines on Article 25 of Directive 2011/61/EU, 27 maart 2020 (ESMA34-39-967)
Hefboomwerking binnen beleggingsinstellingen kan in bijzondere omstandigheden systeemrisico's veroorzaken. De European Systemic Risk Board (ESRB) heeft

aanbevelingen gedaan over hoe deze risico's het best geadresseerd kunnen worden. In deze consultatie stelt ESMA voor om het toezicht dat nationale toezichthouders moeten houden in te kleden conform deze aanbevelingen. Dit houdt onder andere in dat toezichthouders op kwartaalbasis deze risico's dienen te beoordelen. Dit dient te gebeuren via een voorgeschreven methode en op basis van door marktpartijen aangeleverde data. Ook stelt ESMA voor om de hefboomwerking te limiteren indien er een gevaar is voor de financiële stabiliteit. Wanneer dat dat het geval is en hoe de limitering plaats moet vinden is ook opgenomen in de consultatie.

Literatuur

- T.W.G. de Wit, ‘De Wwft voor asset managers – Praktische handvatten en lessons learned voor fondsbeheerders en beleggingsondernemingen’, *FR 2020*, afl. 3.

3 BELEGGINGSONDERNEMINGEN

Europese regelgeving

MiFID III

De praktijk is nog maar net gewend aan MiFID II of er wordt alweer gewerkt aan MiFID III. Hoe de nieuwe regels er uit gaan zien en wanneer zij van kracht worden is nog onbekend. Wel heeft de Europese Commissie op 17 februari 2020 haar langverwachte ‘Public consultation on the review of the MiFID II/MiFIR regulatory framework’ gepubliceerd (https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/2020-mifid-2-mifir-review-consultation-document_en.pdf). Het startschot van de MiFID II-review is daarmee gegeven. De consultatie liep aanvankelijk tot 20 april 2020 maar is in verband met de COVID-19-crisis verlengd tot 18 mei 2020. In een parallel proces is Europese financiële markttoezichthouder ESMA ‘MiFID II/MiFIR review reports’ aan het produceren over aspecten van MiFID II/MiFIR. Zie voor de timing van deze rapporten de brief d.d. 16 januari 2019 van ESMA aan de Europese Commissie (www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma70-156-907_letter_chair_to_eu_commission_on_the_mifid_review_reports.pdf). Ook hier zal de COVID-19-crisis ongetwijfeld gevolgen hebben voor de timing.

Rechtspraak

- Hof Amsterdam 12 november 2019, [ECLI:NL:GHAMS:2019:4059](#) (rentederivaat; overhedge in looptijd opgeheven; beroep op schending zorgplicht en dwaling is verjaard; marktconforme marge);
- Hof Amsterdam 3 december 2019, [ECLI:NL:GHAMS:2019:4308](#) (renteswap; bank heeft niet geadviseerd renteswap af te sluiten; geen sprake van schending zorgplicht);

- Rb. Amsterdam 6 december 2019, [ECLI:NL:RBAMS:2019:10092](#) (mag de civiele rechter zich uitlaten over de inhoud en toepassing van het Uniform Herstellkader);
- HR 20 december 2019, [ECLI:NL:HR:2019:2028](#) (art. 81 lid 1 RO; zorgplicht bank; vaststellingsovereenkomst; normale bancaire normen; rentederivaten; nakoming, dwaling; verjaring vernietigingsvordering; grievenstelsel; grenzen rechtsstrijd);
- HR 10 januari 2020, [ECLI:NL:HR:2020:28](#) (zorgplicht financiële dienstverlener; aansprakelijkheid bank voor beleggingsverlies; causaal verband);
- Rb. Amsterdam 22 januari 2020, [ECLI:NL:RBAMS:2020:308](#) (afwijzing van de incidentele vordering tot voeging van deze swapzaak met drie andere (gevoegde) swapzaken);
- Rb. Amsterdam 22 januari 2020, [ECLI:NL:RBAMS:2020:309](#) (ambtshalve splitsing van twee swapzaken in zes individuele zaken en ambtshalve splitsing van gevoegde zaken);
- Rb. Amsterdam 26 februari 2020, [ECLI:NL:RBAMS:2020:1158](#) (renteswap; verjaring; geen zorgplichtschending voor wat betreft opslagverhogingen en verborgen provisie);
- Hof 's-Hertogenbosch 10 maart 2020, [ECLI:NL:GHSHE:2020:875](#) (renteswap; ondernemer zonder relevante kennis of ervaring; geen dwaling; schending zorgplicht).

Literatuur

- D. Busch, 'De toekomst van de bijzondere zorgplicht in de financiële sector', *NJB* 2020/424.

4 KREDIETINSTELLINGEN

Europees regelgeving

De ECB biedt tijdelijk kapitaal en operationele verlichting als reactie op de COVID-19-crisis

De Europese Centrale Bank (ECB) staat banken toe tijdelijk onder het kapitaalniveau te opereren dat is gedefinieerd in de Pijler 2-aanbeveling (P2G), de Kapitaalconserveeringsbuffer (CCB) en de Liquiditeitsdekkingsratio (LCR). Banken mogen ook gedeeltelijk gebruikmaken van kapitaalinstrumenten die niet kwalificeren als tier 1-kernkapitaal (CET1), bijvoorbeeld aanvullend-tier 1- of tier 2-instrumenten, om te voldoen aan de Pijler 2-vereisten (P2R). Deze maatregel was oorspronkelijk gepland om in januari 2021 in werking te treden, als onderdeel van de laatste herziening van de richtlijn kapitaalvereisten (CRD V) maar is nu dus naar voren gebracht. Zie ECB Persbericht 12 maart 2020 (www.bankingsupervision.europa.eu).

De ECB ondersteunt duurzame oplossingen voor tijdelijk noodlijdende debiteuren in het kader van de COVID-19-crisis

De ECB heeft 'toezichtsflexibiliteit' geïntroduceerd met betrekking tot de behandeling van niet-renderende leningen (NPL's). Dit met name om banken in staat te stellen

volledig te profiteren van garanties en surseances die door de overheid zijn ingesteld om de huidige problemen aan te pakken. Zie ECB Persbericht 20 maart 2020 (www.bankingsupervision.europa.eu).

EBA-richtsnoeren m.b.t. moratoria inzake terugbetalingen van leningen in het licht van de COVID-19-crisis

De EBA heeft een richtsnoer aangenomen waarin de criteria worden gegeven waaraan regelingen voor moratoria, ingesteld voor 30 juni 2020, inzake terugbetalingen van leningen in het licht van de COVID-19-crisis moeten voldoen. Het doel van deze richtsnoeren is om de vereisten voor openbare en particuliere moratoria te verduidelijken, die indien vervuld, zullen voorkomen dat zij worden aangemerkt als respijtmaatregel onder artikel 47 CRR. Zie EBA/GL/2020/02, 2 april 2020.

Nederlandse regelgeving

DNB verlaagt buffereis banken om kredietverlening te ondersteunen

DNB heeft de systeembuffers verlaagd om zo banken tijdelijk extra ruimte te geven de kredietverlening in stand te houden en eventuele verliezen op te vangen. Dit betekent dat de systeembuffers zijn verlaagd van 3% van de mondiale risicogewogen blootstellingen naar 2,5% voor ING, 2% voor Rabobank en 1,5% voor ABN AMRO. Daarnaast is de invoering van een ondergrens voor de risicogeweging van hypothecaire leningen uitgesteld. DNB stelt dat door deze maatregelen ruim € 8 miljard aan kapitaal vrijvalt. Hierdoor kunnen banken bij oplopende verliezen krediet blijven verstrekken aan de reële economie. Het totale effect op de kredietverlening kan oplopen tot maximaal € 200 miljard. DNB stelt nadrukkelijk dat het de bedoeling is dat dit vrijvallende kapitaal wordt gebruikt om de kredietverlening te ondersteunen, en niet voor uitbetaling van dividend of inkoop van eigen aandelen. Deze maatregelen gelden zolang dat nodig is. Zie DNB Persbericht 17 maart 2020.

Rechtspraak

- Tucht recht Banken 27 november 2019, TRB-2019-4362 (opstellen eigen voorwaarden);
- Tucht recht Banken 20 februari 2020, TRB-2019-4414 (communicatie stopzetten krediet);
- Tucht recht Banken 3 maart 2020, TRB-2020-3983/3986/3988/3993/4317 (het kopiëren van handtekeningen van klanten);
- HvJ EU 5 maart 2020, [ECLI:EU:C:2020:178](#) (Economische en Monetaire Unie; Bankenunie; herstel en afwikkeling van kredietinstellingen).

Literatuur

- D. Busch & G. Ferrarini (red.), *European Banking Union*, Oxford: Oxford University Press 2020;

- D. Busch, ‘Europese aansprakelijkheid van resolutie-autoriteiten binnen de Bankenunie’, *FR* 2020, afl. 1/2;
- E.P.M. Joosen & C.W.M. Lieverse, ‘De coronacrisis en de versoepeling van de prudentiële eisen voor banken’, *Ondernemingsrecht* 2020/VIII;
- G.W. Kastelein, ‘Impact van het coronavirus op het financiële stelsel’, *FR* 2020, afl. 4;
- V.P.G. de Serière, ‘Enkele opmerkingen over EU crisismaatregelen’, *Ondernemingsrecht* 2020/IX;
- R Smits, ‘Op-Ed: “The European Central Bank’s pandemic bazooka: mandate fulfilment in extraordinary times”’, EULawlive.com, 23 maart 2020.

5 VERZEKERAARS

Internationale ontwikkelingen

IAIS: Issues Paper on the Implementation of the Recommendations of the TCFD

Op 17 februari heeft de IAIS en het Sustainable Insurance Forum een ‘Issues Paper on the Implementation of the Recommendations of the Task Force on Climate-related Financial Disclosures’ (TCFD) gepubliceerd. In het stuk wordt een aantal gebieden geïdentificeerd waarop toezicht-houders vergrote openbaarmaking kunnen aanmoedigen door middel van de toepassing van bestaande middelen.

COVID-19: aanpassing prioriteiten van de IAIS

In verband met de COVID-19 crisis heeft de IAIS haar prioriteiten aangepast. Dit heeft zij op 27 maart 2020 laten weten. De aanpassingen hebben onder meer invloed op de *data collection* in verband met de vertrouwelijke rapportage van de Insurance Capital Standards, de implementatie van het holistisch raamwerk voor systeemrisico in de verzekeringssector, en de publicatie van *issues papers* en *application papers* door de IAIS.

Europese regelgeving

EIOPA-strategie voor cyber underwriting en supervisory technology

Op 11 februari 2020 heeft EIOPA haar strategie ten aanzien van *cyber underwriting* en *supervisory technology* gepubliceerd. EIOPA beoogt hiermee bij te dragen aan een sterke en betrouwbare cyber-verzekeringmarkt en identificeert een aantal voorwaarden waaraan een betrouwbare cyber-verzekeringmarkt dient te voldoen.

EIOPA-richtsnoeren voor uitbesteding aan dienstverleners die clouddiensten verlenen

Op 6 februari 2020 heeft EIOPA richtsnoeren gepubliceerd met betrekking tot uitbesteding door verzekeraars en herverzekeraars aan dienstverleners die clouddiensten verlenen. De richtsnoeren hebben betrekking op de wijze waarop de uitbestedingsbepalingen in de

Solvency II-richtlijn, de Gedelegeerde Verordening Solvency II en de EIOPA-richtsnoeren voor het governance-systeem moeten worden toegepast voor deze specifieke categorie uitbesteding. EIOPA geeft aan dat mede rekening is gehouden met recente richtsnoeren op dit gebied van EBA. In de periode 1 juli 2019 en 30 september 2019 is een voorlopige versie van de richtsnoeren geconsulteerd (zie [KwartaalSignaal 152](#)).

EIOPA-consultatie technische implementatiemiddelen voor Solvency II-rapportages en -publicaties

Op 5 februari 2020 is EIOPA een consultatie gestart met betrekking tot de technische implementatiemiddelen voor Solvency II-rapportages en -publicaties. De consultatietermijn loopt tot en met 20 april 2020 (in verband met de COVID-19-crisis verlengd tot 1 juni 2020). Aangezien rapportage- en publicatieverplichtingen ook onderdeel uitmaken van de Call for Advice van de Europese Commissie aan EIOPA in het kader van de Solvency II 2020-review heeft EIOPA deze specifieke consultatie ook onderdeel gemaakt van het advies dat in dat verband wordt voorbereid. EIOPA is daarnaast van plan de technische implementatiemiddelen tevens naar analogie te gaan toepassen op pensioenfondsen.

EIOPA-rapport uitzonderingen en ontheffingen reguliere rapportages

Op 28 januari 2020 heeft EIOPA haar jaarlijkse rapportage gepubliceerd over het gebruik van uitzonderingen op en ontheffingen van reguliere toezichthouderrapportages onder Solvency II in de periode 2018 tot en met het eerste kwartaal 2019. De publicatie van dit rapport door EIOPA houdt verband met de toepassing van proportionaliteit in rapportageverplichtingen. Vergeleken met de eerdere rapportage zijn twee nieuwe voorbeelden van proportionaliteit toegevoegd: de *look-through* rapportering van beleggingen in beleggingsfondsen bij *unit-linked* verzekeringen en het aantal rapportage-templates dat wordt gebruikt bij verzekeraars van verschillende omvang.

EIOPA-gevoeligheidsanalyse verzekeraars klimaatgerelateerde financiële risico's verzekeraars

Op 10 januari 2020 heeft EIOPA een discussiedocument gepubliceerd in het kader van een gerichte analyse ten aanzien van de gevoeligheid van de balansen van verzekeraars voor klimaatgerelateerde financiële risico's. Het document is gepubliceerd voorafgaand aan een EIOPA-workshop, die op 27 februari 2020 in Frankfurt is gehouden en bestemd voor de discussie gedurende deze workshop.

EIOPA-opinie over het toezicht op remuneratieprincipes in de verzekerings- en herverzekeringsector

Op 7 april 2020 heeft EIOPA een opinie gepubliceerd over het toezicht op remuneratieprincipes in de verzekeringssector. Met de opinie wil EIOPA de consistente toepassing van de remuneratieprincipes in Solvency II bevorderen, met name ten aanzien van *risk-takers*.

COVID-19: EIOPA-verklaring van 17 maart 2020

Op 17 maart 2020 heeft EIOPA een eerste verklaring gepubliceerd in het kader van de COVID-19-crisis. De verklaring is tot stand gekomen in samenwerking met de andere Europese toezichtautoriteiten en de ESRB. EIOPA wijst met name op het belang van (i) *business continuity* en (ii) de solvabiliteits- en kapitaalpositie van verzekeraars. Ten aanzien van (i) wijst EIOPA op het belang van het treffen van maatregelen om de continuïteit van de dienstverlening op peil te houden en beveelt toezichthouders aan om de activiteiten op toezichtgebied te beperken. Ten aanzien van (ii) wijst EIOPA erop dat de Europese verzekeringssector in het algemeen goed gekapitaliseerd is, het Solvency II-raamwerk mogelijkheden omvat om risico's en impact op de sector te beperken. Tegelijkertijd wijst EIOPA erop dat verzekeraars maatregelen moeten nemen om hun kapitaalpositie te behouden, zoals door middel van een prudent dividendbeleid en beleid ten aanzien van variabele beloningen.

COVID-19: EIOPA-aanbeveling flexibiliteit rapportages en publicaties

In verband met de COVID-19-crisis publiceerde EIOPA op 20 maart 2020 een aanbeveling aan nationale toezichthouders voor flexibiliteit met betrekking tot rapportagetijden van toezichtrapportages en publieke rapportages. DNB heeft op 25 maart 2020 laten weten deze aanbeveling te zullen volgen en zowel aan Solvency II als aan Solvency II-Basic verzekeraars hiertoe brieven gestuurd.

COVID-19: EIOPA-verklaring met betrekking tot klantbelang

Op 1 april 2020 heeft EIOPA een verklaring gepubliceerd, gericht tot verzekeraars en distributeurs van verzekeringen, waarin wordt aangedrongen op het nemen van maatregelen om impact van de effecten van COVID-19-crisis op consumenten te beperken. Het gaat daarbij onder meer om het verstrekken van duidelijke en tijdige informatie aan klanten, klanten op de hoogte houden over de noodmaatregelen die zijn getroffen, de voortdurende toepassing van *product oversight* en governance-vereisten en waar mogelijk, het betrachten van flexibiliteit bij de behandeling van klanten. EIOPA wijst er verder op dat het met terugwerkende kracht opleggen van verzekeringsdekking aan verzekeraars zou kunnen leiden tot materiële solvabiliteitsrisico's voor verzekeraars en uiteindelijk polishouderbescherming zou kunnen bedreigen.

COVID-19: aanpassing prioriteiten van EIOPA

Op 2 april 2020 heeft EIOPA laten weten haar prioriteiten te zullen aanpassen in verband met de COVID-19-crisis. Het gaat daarbij om uitstel van de reactiermijn voor een aantal lopende consultaties, uitstel van nog niet gepubliceerde consultaties die nog door de Board of Supervisors van EIOPA moeten worden goedgekeurd en data-verzoeken aan verzekeraars, gepland voor het eerste en tweede kwartaal van 2020.

COVID-19: EIOPA-verklaring ten aanzien van dividendbetalingen en variabele beloning door verzekeraars

In vervolg op het persbericht van EIOPA van 17 maart 2020 heeft EIOPA op 2 april 2020 een verklaring uitgebracht, waarin het verzekeraars en herverzekeraars oproept om tijdelijk alle discretionaire dividendbetalingen en aandeleninkoopprogramma's op te schorten. Deze prudente benadering dient zowel te gelden op geconsolideerd niveau als voor significante intra-groep distributies, wanneer deze de solvabiliteits- of liquiditeitspositie van de groep of van ondernemingen binnen de groep in gevaar zouden kunnen brengen. EIOPA geeft aan dat deze aanpak eveneens geldt voor beleid ten aanzien van variabele beloning. DNB heeft op dezelfde datum laten weten dat zij deze oproep van EIOPA ten zeerste ondersteunt. De aanbeveling sluit aan bij de oproep die DNB op 17 maart 2020 heeft gedaan aan banken en verzekeraars om hun buffers voorlopig niet aan te wenden voor de uitbetaling van dividend of inkoop van eigen aandelen.

Rectificatie Solvency II Gedelegeerde Verordening

Op 26 maart 2020 is de Gedelegeerde Verordening (EU) 2020/442 van 17 december 2019 tot rectificatie van de Solvency II Gedelegeerde Verordening in het *Publicatieblad van de Europese Unie* gepubliceerd. De wijzigingen betreffen rectificaties ten aanzien van de doorkijkbenadering voor beleggingen in instellingen voor collectieve beleggingen of in als fondsen verpakte beleggingen en enkele rectificaties in verband met de berekening van kapitaalvereisten voor overstromingsrisico.

Rechtspraak

- Rb. Midden-Nederland 11 maart 2020, [ECLI:NL:RBMNE:2020:905](#) (Waerdye-beleggingsverzekering; informatieverplichting verzekeraar; wilsovereenstemming over de (hoogte van de) kosten en overlijdensrisicopremie; geen oneerlijke bedingen).

Literatuur

- C.J. de Jong, 'Hoge Raad: verpanding assurantieportefeuille als zodanig is niet mogelijk', *NTHR* 2020, afl. 1, p. 10.

6 PENSIOENFONDSEN**Nederlandse regelgeving**

Met de implementatie van de IORP II (Richtlijn (EU) 2016/2341) werden pensioenfondsen verplicht om, net als verzekeraars voor hen, zogenoemde sleutelfuncties in te voeren. Een sleutelfunctie is 'een bekwaamheid om bepaalde governancetaken uit te voeren' (Overweging 54 IORP II). Het gaat om een risicobeheerfunctie, interne auditfunctie en actuariële functie (art. 6 sub 18 IORP II). Onderscheid wordt gemaakt tussen het *houderschap* van

de sleutelfunctie (kort gezegd: de eindverantwoordelijke) en degenen die de operationele werkzaamheden van die functie uitvoeren.

DNB heeft op haar website een Q&A geplaatst over de vraag of een pensioenfonds het houderschap van sleutelfuncties mag uitbesteden. Volgens DNB is dit in beginsel mogelijk. Echter, als gevolg van wettelijke voorwaarden aan uitbesteding en de inrichting van sleutelfuncties acht DNB het veelal *niet* mogelijk om het houderschap van de risicobeheerfunctie of interne auditfunctie uit te besteden (buiten de organisatie). Uitbesteding van het houderschap van de actuariële functie wordt niet bezwaarlijk geacht.

DNB heeft voorts een Q&A op haar website geplaatst over de vraag hoe een pensioenfonds zijn sleutelfuncties operationeel onafhankelijk inricht. Onafhankelijkheid van de houders van sleutelfuncties is een wettelijk vereiste dat ertoe dient ‘countervailing power’ te bieden ten opzichte van de onderdelen die belast zijn met de uitvoerende werkzaamheden. Zij mogen daarom niet betrokken zijn bij de uitvoering van de werkzaamheden die zij controleren en waarover zij soms aan het bestuur adviseren, zoals vermogensbeheer of de pensioenadministratie. Ook is het combineren van de interne auditfunctie met de actuariële functie of de risicobeheerfunctie niet toegestaan. De risicobeheerfunctie en actuariële functie kunnen wel worden gecombineerd worden, tenzij de actuariële functie wordt vervuld door de waarmerkend actuaaris.

Literatuur

- M. Heemskerk, ‘Evenwichtige belangenafweging, zo doet u dat!’, *TPV* 2020/3;
- R.H. Maatman, ‘Negatieve rente compliceert evenwichtige belangenafweging pensioenfondsen’, *Ondernemingsrecht* 2020/33;
- P.S. van Straten, ‘Het civielrechtelijke toepassingsbereik van de evenwichtige belangenafweging’, *TPV* 2020/2.

7 FINANCIËLE MARKTEN

Europese regelgeving

ESMA: COVID-19-aanbevelingen

ESMA heeft in reactie op COVID-19, tezamen met de nationale toezichthouders, op 11 maart 2020 aanbevelingen voor financiële marktparticipanten gepubliceerd. De aanbevelingen gaan over vier thema’s, te weten: (1) *business continuity planning*, (2) *market disclosure*, (3) *financial disclosure*, en (4) *fund management*. De aanbevelingen bevatten onder meer het verzoek aan uitgevende instellingen om significante informatie over COVID-19 te delen in overeenstemming met de EU-marktmisbruikverordening (*market disclosure*) en de impact van COVID-19 te vermelden in bedrijfsverslagen, onder de EU-transparantierichtlijn (*financial disclosure*). ESMA geeft aan, in coördinatie

met de nationale toezichthouders, de ontwikkelingen in de financiële markten als gevolg van COVID-19 te blijven volgen en in te grijpen waar nodig (zie hieronder).

ESMA scherpt publicatie netto shortposities aan

In het licht van COVID-19 heeft ESMA op 16 maart 2020 besloten dat houders van *net short positions* (nettopositities *short selling*) eerder dergelijke posities moeten melden aan de nationale toezichthouder. Voorheen was de norm voor een melding van een *net short position* 0,2 procent, maar deze is door ESMA aangescherpt naar 0,1 procent (enkele uitzonderingen, zoals marketmaking-verplichtingen, daargelaten). In toevoeging op ESMA haar aanscherping, hebben enkele nationale toezichthouders (o.a. Frankrijk, Italië en Spanje) besloten om *short selling* in zijn geheel te verbieden. Andere toezichthouders, waaronder de AFM, hebben aangegeven dat een dergelijk verbod *niet* overwogen wordt. Beleggers moeten zich aldus bewust zijn van discrepanties tussen de Europese jurisdicties inzake *short selling*.

ESMA stelt nationale toezichtsprioriteiten inzake de Securities Finance Reporting uit

Op 13 april 2020 zijn de nieuwe rapportageverplichtingen van de *Securities Finance Transaction Regulation* (SFTR) van toepassing geworden op kredietinstellingen, beleggingsondernemingen en relevante entiteiten uit derde landen ((EU) 2015/2365). ESMA heeft, wederom in het licht van COVID-19, aangegeven niet te verwachten dat de nationale toezichthouders prioriteit leggen in hun toezicht op de SFTR-verplichtingen tot en met 13 juli 2020.

ESMA-rapport over gelijktrekken MiFIR (concentratie derivaten) en EMIR 2.1 (clearingverplichting)

Op 7 februari 2020 heeft ESMA haar definitieve rapport gepubliceerd over het gelijktrekken van bepalingen uit MiFIR en EMIR 2.1. Het gaat meer specifiek over (i) de MiFIR verplichting om bepaalde derivaten te concentreren op bepaalde handelsplatformen en (ii) de reikwijdte van de *clearing*-verplichting van derivaten onder EMIR 2.1 (aangepaste European Markets Infrastructure Regulation). De Europese Commissie neemt het ESMA rapport in ogenschouw. De Europese Commissie dient zelf uiterlijk 18 december 2020 een rapport in over de verhouding MiFIR/EMIR 2.1 bij het Europese Parlement en de Raad van Ministers.

MiFID III

Zie onder 3 (beleggingsondernemingen).

Literatuur

- D. Busch, G. Ferrarini & J.P. Franx (red.), *Prospectus Regulation and Prospectus Liability*, Oxford: Oxford University Press 2020;
- D. Busch, ‘The Future of the European Commission’s Capital Markets Union Action Plan’, *Banque & Droit* Hors-série 2020, afl. 1, p. 33-34;

- N.A. Campuzano & E. Rogge, 'Marktmisbruik bij grensoverschrijdende overnames', *TvCO* 2019, afl. 6, p. 403-411;
- C.M. Grundmann-van de Krol, 'Wft uit koers (6): De lange weg naar een beroepsverbod ingevolge Benchmarkverordening', *Ondernemingsrecht* 2020/15;
- G.W. Kastelein, 'Impact van het coronavirus op het financiële stelsel', *FR* 2020, afl. 4;
- J. Schipper & H. Koster, 'Toezicht en handhaving bij het verplicht bod in Nederland', *O&F* 2019, afl. 4, p. 26-36. ◀