



Brussel, 14.7.2021
C(2021) 5115 final

GEDELEGEERDE VERORDENING (EU) .../... VAN DE COMMISSIE

van 14.7.2021

tot aanvulling van Richtlijn 2014/65/EU van het Europees Parlement en de Raad door de criteria te specificeren om uit te maken wanneer een activiteit moet worden aangemerkt als een nevenactiviteit van het hoofdbedrijf op groepsniveau

(Voor de EER relevante tekst)

TOELICHTING

1. ACHTERGROND VAN DE GEDELEGEERDE HANDELING

Van de toepassing van de richtlijn betreffende markten voor financiële instrumenten (Richtlijn 2014/65/EU, MiFID II) zijn personen vrijgesteld die voor eigen rekening handelen, of beleggingsdiensten verlenen aan cliënten, in grondstoffenderivaten, emissierechten of derivaten daarvan, mits dit een nevenactiviteit is van hun hoofdbedrijf op groepsniveau en het hoofdbedrijf niet bestaat in het verrichten van beleggingsdiensten in de zin van MiFID II of bankactiviteiten op grond van Richtlijn 2013/36/EU.

In dit verband machtigde artikel 2, lid 4, van MiFID II de Commissie tot het vaststellen van technische reguleringsnormen tot nadere bepaling van de criteria om uit te maken wanneer een activiteit moet worden aangemerkt als een nevenactiviteit van het hoofdbedrijf van de groep.

In Richtlijn (EU) 2021/338 werd de vrijstelling voor nevenactiviteiten herzien en werd de Commissie gemachtigd om een gedelegeerde verordening vast te stellen die Gedelegeerde Verordening 2017/592 van de Commissie (technische reguleringsnorm 20) zal vervangen. De aanpassingen als gevolg van de gewijzigde vrijstelling voor nevenactiviteiten houden in dat de toets van de totale marktomvang van artikel 2 van Gedelegeerde Verordening 2017/592 van de Commissie wordt geschrapt en er een nieuwe de-minimistoets komt. De wijziging van de vrijstelling voor nevenactiviteiten verandert niets aan de gevestigde berekeningsmethodiek voor de handelstoets en de toets van het aangewende kapitaal, zoals beschreven in Gedelegeerde Verordening 2017/592 van de Commissie. De enige wijziging van deze twee toetsen is het niveau van de desbetreffende drempel, zoals vastgesteld in Verordening (EU) 2021/338.

Op grond van deze gedelegeerde verordening blijven dus de gevestigde berekeningsmethodieken en -principes van Gedelegeerde Verordening 2017/592 van de Commissie van toepassing. Ze worden al toegepast door niet-financiële ondernemingen en worden dienovereenkomstig gecontroleerd door financiële toezichthouders, dit gaf geen aanleiding tot bezorgdheid. Zo wordt een efficiënte overgang naar de nieuwe regeling voor de vrijstelling voor nevenactiviteiten gegarandeerd en wordt vermeden dat niet-financiële ondernemingen en nationale bevoegde autoriteiten aanvullende uitvoeringsmaatregelen moeten treffen.

Om de rechtsonzekerheid aan te pakken die zou ontstaan voor de niet-financiële groepen die geen volledige en representatieve dataset met betrekking tot hun hoofd- en nevenactiviteiten hebben, wordt ook een berekeningsperiode van drie jaar behouden uit Gedelegeerde Verordening 2017/592 van de Commissie. Indien jaarlijks berekend, zou het bedrag aan aangewend kapitaal en de omvang van de handel in financiële instrumenten van jaar tot jaar kunnen schommelen, omdat bijvoorbeeld gebeurtenissen die periodiek plaatsvinden, in sommige jaren wel en in andere jaren niet extra afgedekt moeten worden. Een niet-financiële groep zou dan ook onder MiFID II kunnen vallen omdat hij in een bepaald jaar de relevante criteria vervult, maar in een ander jaar voor een vrijstelling van MiFID II in aanmerking komt. Om dit praktische probleem van een “oscillerende” groep te ondervangen, moeten de berekeningen om na te gaan of de niet-afdekkingshandel al dan niet een nevenactiviteit is, op een voortschrijdend gemiddelde van drie jaar betrekking hebben.

2. RAADPLEGINGEN VOORAFGAAND AAN DE VASTSTELLING VAN DE HANDELING

Overeenkomstig artikel 10 van Verordening (EU) nr. 1095/2010 heeft de ESMA een publieke raadpleging gehouden over de ontwerpen van technische reguleringsnormen. Op 19 december 2014 is op de website van de ESMA een raadplegingsdocument ter zake geplaatst en op 2 maart 2015 is de raadpleging afgesloten. Daarnaast heeft ESMA de bij artikel 37 van de ESMA-verordening opgerichte Stakeholdergroep effecten en markten om advies verzocht. Wegens de technische aard van de normen heeft de Stakeholdergroep ervoor gekozen geen advies uit te brengen.

Overeenkomstig artikel 10, lid 1, derde alinea, van Verordening (EU) nr. 1095/2010 heeft de ESMA samen met de ontwerpen van technische normen een effectbeoordeling met een analyse van de kosten en baten van de ontwerpen van technische normen ingediend. Deze analyse is beschikbaar op <https://www.esma.europa.eu/databases-library/esma-library>. De gedelegeerde verordening werd ter raadpleging voorgelegd aan de deskundigengroep van het Europees Comité voor het effectenbedrijf.

Op 21 mei 2021 werd het ontwerp van gedelegeerde verordening ter raadpleging voorgelegd aan de deskundigengroep van het Europees Comité voor het effectenbedrijf, overeenkomstig de beginselen van het Interinstitutioneel Akkoord over beter wetgeven. Ten slotte werd de gedelegeerde verordening op 27 mei 2021 gepubliceerd op de website van de Europese Commissie voor feedback van het publiek. De periode voor feedback van het publiek werd afgesloten op 24 juni 2021.

3. JURIDISCHE ELEMENTEN VAN DE GEDELEGEERDE HANDELING

Artikel 89 van Richtlijn 2014/65/EU van het Europees Parlement en de Raad (“MiFID II”), zoals gewijzigd bij artikel 1, punt 13), van Richtlijn (EU) 2021/338 van het Europees Parlement en de Raad (het “herstelpakket voor de kapitaalmarkten”), waarbij aan de Commissie de in artikel 2, lid 4, van MiFID II, zoals gewijzigd bij artikel 1, punt 1), punt b), van Richtlijn (EU) 2021/338, bedoelde bevoegdheid wordt verleend om MiFID II aan te vullen door ten behoeve van artikel 2, lid 1, punt j), de criteria te specificeren om uit te maken wanneer een activiteit moet worden aangemerkt als een nevenactiviteit van het hoofdbedrijf op groepsniveau. De bestaande Gedelegeerde Verordening 2017/592 van de Commissie wordt ingetrokken.

GEDELEGEERDE VERORDENING (EU) .../... VAN DE COMMISSIE

van 14.7.2021

tot aanvulling van Richtlijn 2014/65/EU van het Europees Parlement en de Raad door de criteria te specificeren om uit te maken wanneer een activiteit moet worden aangemerkt als een nevenactiviteit van het hoofdbedrijf op groepsniveau

(Voor de EER relevante tekst)

DE EUROPESE COMMISSIE,

Gezien het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie,

Gezien Richtlijn 2014/65/EU van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 betreffende markten voor financiële instrumenten en tot wijziging van Richtlijn 2002/92/EG en Richtlijn 2011/61/EU¹, en met name artikel 2, lid 4,

Overwegende hetgeen volgt:

- (1) De beoordeling of personen voor eigen rekening handelen of beleggingsdiensten verlenen in grondstoffenderivaten, emissierechten en derivaten daarvan in de Unie als nevenactiviteit van hun hoofdbedrijf moet op groepsniveau worden uitgevoerd. Overeenkomstig artikel 2, punt 11), van Richtlijn 2013/34/EU van het Europees Parlement en de Raad² wordt een groep geacht te bestaan uit de moederonderneming en al haar dochterondernemingen. Voor de toepassing van deze verordening omvat een groep de entiteiten die zijn gevestigd in de Unie en in derde landen, ongeacht of de groep zijn hoofdkantoor binnen of buiten de Unie heeft.
- (2) De beoordeling moet worden verricht in de vorm van drie alternatieve toetsen (“nevenactiviteittoetsen”), die zijn gebaseerd op de handelsactiviteit van de personen binnen de groep. Aan de hand van de toetsen moet worden bepaald of de personen binnen de groep voor eigen rekening handelen. Als die personen in verhouding tot het hoofdbedrijf van de groep in zulke hoge mate beleggingsdiensten verlenen in grondstoffenderivaten, emissierechten of derivaten daarvan in de Unie dat die activiteiten niet als een nevenactiviteit op groepsniveau kunnen worden aangemerkt, moeten die personen een vergunning als beleggingsonderneming verkrijgen. Om rekening te houden met de economische realiteit van de zeer heterogene groepen die moeten beoordelen of hun handel een nevenactiviteit is van hun hoofdbedrijf, moeten die personen de mogelijkheid krijgen te beslissen welk van de drie alternatieve toetsen zij uitvoeren om te bepalen of hun handelsactiviteit een nevenactiviteit is van het hoofdbedrijf van een bepaalde groep. Als de handelsactiviteit van een persoon volgens een van die toetsen een nevenactiviteit is, moet de activiteit worden aangemerkt als

¹ PB L 173 van 12.6.2014, blz. 349.

² Richtlijn 2013/34/EU van het Europees Parlement en van de Raad van 26 juni 2013 betreffende de jaarlijkse financiële overzichten, geconsolideerde financiële overzichten en aanverwante verslagen van bepaalde ondernemingsvormen, tot wijziging van Richtlijn 2006/43/EG van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van Richtlijnen 78/660/EEG en 83/349/EEG van de Raad (PB L 182 van 29.6.2013, blz. 19).

nevenactiviteit van het hoofdbedrijf voor de toepassing van artikel 2, lid 1, punt j), van Richtlijn 2014/65/EU.

- (3) Volgens de eerste alternatieve toets moet de activiteit van een persoon worden aangemerkt als nevenactiviteit van het hoofdbedrijf als zijn netto uitstaande notionele blootstelling aan grondstoffenderivaten of emissierechten of derivaten daarvan voor afwikkeling in contanten die in de Unie worden verhandeld, met uitzondering van grondstoffenderivaten of emissierechten of derivaten daarvan die op een handelsplatform worden verhandeld, onder een jaarlijkse drempel van 3 miljard EUR ligt (de “de-minimistoets”).
- (4) Met de tweede alternatieve toets wordt de omvang van de handelsactiviteit van een persoon vergeleken met de totale handelsactiviteit van de groep in de Unie (de “handelstoets”). De omvang van de handelsactiviteit van een persoon moet worden bepaald door de som van de omvang van de transacties die liquiditeits- of risicobeheersdoeleinden voor de gehele groep dienen, objectief aantoonbaar de risico’s verminderen die rechtstreeks met de commerciële activiteit of met de activiteiten betreffende het beheer van de kasmiddelen verband houden, of zijn aangegaan om te voldoen aan de verplichting een handelsplatform van liquiditeit te voorzien (“bevoorrechte transacties”), van de omvang van de totale handelsactiviteit van de persoon af te trekken. Contracten met betrekking waartoe de persoon binnen de groep die partij is bij een van die contracten een vergunning heeft overeenkomstig Richtlijn 2014/65/EU of Richtlijn 2013/36/EU van het Europees Parlement en de Raad³ moeten van de handelsactiviteit van een persoon worden afgetrokken. De totale handelsactiviteit van een groep in de Unie omvat bevoorrechte transacties en contracten met betrekking waartoe de persoon binnen de groep die partij is bij een van die contracten een vergunning heeft overeenkomstig Richtlijn 2014/65/EU of Richtlijn 2013/36/EU.
- (5) De omvang van de handelsactiviteit moet worden bepaald aan de hand van de bruto notionele waarde van de contracten in grondstoffenderivaten, emissierechten en derivaten daarvan in de Unie op basis van een voortschrijdend gemiddelde van de voorgaande drie jaarperiodes.
- (6) De omvang van de handelsactiviteit zoals gebruikt als parameter van de handelstoets wordt als proxy genomen voor de commerciële activiteit die de persoon of de groep als hoofdbedrijf uitoefent. Deze proxy moet voor personen gemakkelijk en kostenefficiënt toe te passen zijn omdat hij steunt op gegevens die reeds moeten worden verzameld met het oog op naleving, zoals de rapportage van financiële transacties, en tegelijk toch een zinvolle toets opleveren.
- (7) Deze proxy is geschikt omdat een rationele risicoaverse entiteit, zoals een producent, verwerker of consument van grondstoffen of emissierechten wordt geacht het volume van de commerciële activiteit van zijn hoofdbedrijf af te dekken met een equivalent volume grondstoffenderivaten, emissierechten of derivaten daarvan. Daarom is het volume van zijn volledige handel in grondstoffenderivaten, emissierechten of derivaten daarvan, gemeten aan de hand van de bruto notionele waarde van de onderliggende waarde, een geschikte proxy voor de omvang van het hoofdbedrijf van de groep. Aangezien groepen waarvan de hoofdbedrijfsactiviteiten niet met

³ Richtlijn 2013/36/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende toegang tot het bedrijf van kredietinstellingen en het prudentieel toezicht op kredietinstellingen en beleggingsondernemingen, tot wijziging van Richtlijn 2002/87/EG en tot intrekking van de Richtlijnen 2006/48/EG en 2006/49/EG (PB L 176 van 27.6.2013, blz. 338).

grondstoffen of emissierechten verband houden geen grondstoffen- of emissierechtenderivaten als risicoverminderend instrument gebruiken, mag hun handel in grondstoffenderivaten, emissierechten of derivaten daarvan niet als afdekking in aanmerking komen.

- (8) Het gebruik van grondstoffenderivaten als risicoverminderend instrument kan echter niet als een perfecte proxy worden beschouwd voor alle commerciële activiteiten die de persoon of de groep als hoofdbedrijf verricht, aangezien daarbij mogelijk geen rekening wordt gehouden met andere investeringen in vaste activa die geen verband houden met de derivatenmarkten.
- (9) Met de tweede toets wordt mogelijk niet adequaat de hoofdactiviteit gemeten van personen die, in verhouding tot hun grootte, significante kapitaalinvesteringen hebben, bijvoorbeeld in de creatie van infrastructuur-, vervoer- en productiefaciliteiten. Ook worden geen investeringen in aanmerking genomen die op de financiële markten niet kunnen worden afgedekt. Daarom moet een derde methode worden aangeboden waarbij een maatstaf op basis van het aangewende kapitaal wordt gebruikt om te meten of die handelsactiviteit een nevenactiviteit van het hoofdbedrijf van de groep is.
- (10) De derde alternatieve toets, de toets van het aangewende kapitaal, wordt aangeboden om rekening te houden met de economische realiteit van de zeer heterogene groepen die moeten beoordelen of hun handel een nevenactiviteit is van hun hoofdbedrijf, inclusief groepen die in verhouding tot hun grootte significante kapitaalinvesteringen doen, bijvoorbeeld in de aanleg van infrastructuur-, vervoer- en productiefaciliteiten, alsook investeringen die niet gemakkelijk kunnen worden afgedekt in de financiële markten. Aangezien de drie alternatieven toetsen elk op een andere onderliggende economische realiteit van diverse groepen inhaken, zijn ze allemaal even bruikbaar, inwisselbaar en onafhankelijk om te bepalen of de handelsactiviteit een nevenactiviteit is van het hoofdbedrijf van een bepaalde groep. Als de handelsactiviteit van een persoon volgens een van deze toetsen een nevenactiviteit wordt bevonden, moet de activiteit worden aangemerkt als nevenactiviteit van het hoofdbedrijf voor de toepassing van artikel 2, lid 1, punt j), van Richtlijn 2014/65/EU.
- (11) Bij de derde toets wordt het geschatte kapitaal dat een niet-financiële groep zou moeten aanhouden voor het marktrisico inherent aan zijn posities uit hoofde van de handel in grondstoffenderivaten, emissierechten en derivaten daarvan in de Unie, behalve die uit hoofde van bevoorrechte transacties, als proxy gebruikt voor het bedrag van de nevenactiviteiten die de personen in een groep ondernemen. Het kader dat onder auspiciën van het Bazels Comité voor banktoezicht is ontwikkeld en in de Unie ten uitvoer is gelegd via Richtlijn 2013/36/EU wordt gebruikt om een evenredige weging van het notionele kapitaal op de posities toe te passen. Binnen dit kader moet de nettopositie in een grondstoffenderivaat, emissierecht of derivaat daarvan in de Unie worden bepaald door verrekening van de long- en shortposities in een bepaald type grondstoffenderivatencontract, emissierecht of desbetreffend derivatencontract, zoals een future, optie, forward of warrant. Bij de bepaling van de nettopositie moet verrekening plaatsvinden ongeacht de plaats waar het contract wordt verhandeld, de tegenpartij van het contract of de looptijd ervan. De brutopositie in een relevant grondstoffenderivaat, emissierechtencontract of een desbetreffend derivatencontract moet anderzijds worden berekend door optelling van de nettoposities van typen contracten die betrekking hebben op een bepaalde grondstof of een bepaald emissierecht of derivaat daarvan. In dit verband mogen nettoposities in een bepaald type grondstoffenderivatencontract, emissierechtencontract of desbetreffend derivatencontract niet met elkaar worden verrekend.

- (12) Bij de derde toets moet het bedrag van het geschatte kapitaal van een groep worden vergeleken met het werkelijke bedrag van het aangewende kapitaal van die groep dat de omvang van diens hoofdactiviteit moet weergeven. Het aangewende kapitaal moet worden berekend op basis van de som van de totale activa van de groep minus zijn kort vreemd vermogen. Dat vreemd vermogen moet vreemd vermogen omvatten dat binnen twaalf maanden moet worden afgewikkeld.
- (13) De bedoeling van de nevenactiviteittoetsen is te controleren of personen binnen een groep die geen vergunning hebben overeenkomstig Richtlijn 2014/65/EU er een moeten aanvragen gelet op de relatieve of absolute omvang van hun activiteit in grondstoffenderivaten, emissierechten en derivaten daarvan in de Unie. De nevenactiviteittoetsen bepalen de omvang van de activiteiten inzake grondstoffenderivaten, emissierechten en derivaten daarvan in de Unie die personen binnen een groep zonder vergunning op grond van Richtlijn 2014/65/EU kunnen uitvoeren omdat het om nevenactiviteiten van het hoofdbedrijf van de groep gaat. Het is daarom aangewezen de omvang van de nevenactiviteit van de groep te berekenen met behulp van criteria die voor alle drie de toetsen de activiteit uitsluiten van groepsleden met een vergunning in overeenstemming met die richtlijn om de omvang van de echte nevenactiviteit van groepsleden zonder vergunning te beoordelen.
- (14) Om marktdeelnemers in staat te stellen hun bedrijf op een redelijke manier te plannen en uit te voeren en rekening te houden met seizoenspatronen van activiteit, moet de berekening van de alternatieve toetsen om vast te stellen wanneer een activiteit wordt aangemerkt als een nevenactiviteit van het hoofdbedrijf worden gebaseerd op een periode van drie jaar. Daarom moeten entiteiten de beoordeling of zij een van de drie drempels van de drie alternatieve toetsen schenden, op jaarbasis maken door een enkelvoudig gemiddelde van drie jaar op voortschrijdende basis te berekenen. Deze verplichting mag geen afbreuk doen aan het recht van de bevoegde autoriteit om te allen tijde aan een persoon te vragen verslag uit te brengen over de basis waarop die persoon zijn activiteit overeenkomstig artikel 2, lid 1, punt j), i) en ii), van Richtlijn 2014/65/EU als nevenactiviteit van zijn hoofdbedrijf beschouwt.
- (15) Transacties met betrekking waartoe objectief kan worden gemeten dat zij de risico's verminderen die rechtstreeks verband houden met de commerciële activiteit of de activiteit betreffende het beheer van de kasmiddelen en intragroeptransacties moeten in aanmerking worden genomen overeenkomstig de bepalingen van Verordening (EU) nr. 648/2012 van het Europees Parlement en de Raad⁴. Echter, in verband met transacties in derivaten met betrekking waartoe objectief kan worden gemeten dat zij de risico's verminderen die rechtstreeks verband houden met de commerciële activiteit of de activiteit betreffende het beheer van de kasmiddelen geldt Gedelegeerde Verordening (EU) nr. 149/2013 van de Commissie⁵ alleen voor derivaten die niet op gereguleerde markten worden verhandeld, terwijl artikel 2, lid 4, van Richtlijn 2014/65/EU geldt voor derivaten die op handelsplatformen worden verhandeld. Daarom moet, wanneer de nevenactiviteittoetsen ook betrekking hebben op derivaten die worden verhandeld op gereguleerde markten en derivaten die

⁴ Verordening (EU) nr. 648/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 4 juli 2012 betreffende otc-derivaten, centrale tegenpartijen en transactieregisters (PB L 201 van 27.7.2012, blz. 1).

⁵ Gedelegeerde Verordening (EU) nr. 149/2013 van de Commissie van 19 december 2012 tot aanvulling van Verordening (EU) nr. 648/2012 van het Europees Parlement en de Raad met technische reguleringsnormen betreffende indirecte clearingregelingen, de clearingverplichting, het openbaar register, toegang tot een handelsplatform, niet-financiële tegenpartijen, risico-inperkingstechnieken voor niet door een ctp geclarede otc-derivatencontracten (PB L 52 van 23.2.2013, blz. 11).

niet op gereglementeerde markten worden verhandeld, ook rekening worden gehouden met derivaten die worden verhandeld op gereglementeerde markten met betrekking tot transacties in verband waarmee objectief kan worden gemeten dat zij de risico's verminderen die rechtstreeks verband houden met de commerciële activiteit of de activiteit betreffende het beheer van de kasmiddelen.

- (16) In bepaalde omstandigheden, bijvoorbeeld wanneer de bestaande marktliquiditeit niet toereikend is of een overeenkomstig derivatencontract niet beschikbaar is, is het misschien niet mogelijk een commercieel risico af te dekken door een direct gerelateerd grondstoffenderivatencontract te gebruiken, dat wil zeggen een contract met precies dezelfde onderliggende waarde en afwikkelingsdatum als het gedekte risico. In een dergelijk geval moet de persoon worden toegestaan proxyafdekking door middel van een sterk gecorreleerd instrument te gebruiken om zijn blootstelling te dekken, zoals een instrument met een andere, maar sterk vergelijkbare onderliggende waarde. Bovendien mag door personen die grondstoffenderivatencontracten afsluiten macro- of portefeuilleafdekking worden gebruikt voor het afdekken van een risico met betrekking tot hun totale risico's of de totale risico's van de groep. Deze grondstoffenderivatencontracten voor macro-, portefeuille- of proxyafdekking moeten afdekking vormen voor de toepassing van nevenactiviteittoetsen. Wanneer een persoon die de nevenactiviteittoetsen toepast portefeuille- of macroafdekking gebruikt, kan hij misschien geen een-op-eenrelatie tot stand brengen tussen een specifiek risico dat rechtstreeks verband houdt met de commerciële activiteiten en de activiteiten betreffende het beheer van de kasmiddelen en een specifieke transactie die is aangegaan om dit af te dekken. De risico's die rechtstreeks verband houden met de commerciële activiteiten en de activiteiten betreffende het beheer van de kasmiddelen kunnen complex van aard zijn en bijvoorbeeld betrekking hebben op verschillende geografische markten, verschillende producten, tijdhorizonten of entiteiten. De portefeuille van grondstoffenderivatencontracten die zijn afgesloten om die risico's te beperken, kan uit complexe risicobeheersystemen voortkomen. In dergelijke gevallen moeten de risicobeheersystemen voorkomen dat niet-afdekkingstransacties als afdekkingstransacties worden gecategoriseerd en voor een voldoende gedissaggregeerd beeld van de afdekkingsportefeuille zorgen zodat speculatieve componenten worden geïdentificeerd en voor de drempels worden meegerekend. Posities mogen niet geacht worden risico's in verband met de commerciële activiteit te verminderen louter en alleen omdat zij algeheel deel uitmaken van een risicoverminderende portefeuille.
- (17) Een risico kan in de loop van de tijd evolueren en, ter aanpassing aan de evolutie van het risico, kan het voorkomen dat grondstoffen- of emissierechtenderivaten die oorspronkelijk zijn afgesloten om het risico in verband met commerciële activiteiten te verminderen, moeten worden geneutraliseerd via het gebruik van extra grondstoffen- of emissierechtenderivatencontracten. Een risico kan daarom worden afgedekt door een combinatie van grondstoffen- of emissierechtenderivatencontracten inclusief neutraliserende grondstoffenderivatencontracten waarmee die grondstoffenderivatencontracten worden geneutraliseerd welke geen verband meer houden met het commerciële risico. Bovendien mag de evolutie van een risico dat door het innemen van een positie in een grondstoffen- of emissierechtenderivaat met het oog op het verminderen van dat risico is opgevangen, vervolgens niet worden aangegrepen om die positie te herkwalificeren tot een transactie die van het begin af niet-bevoorrecht was.

- (18) Gedelegeerde Verordening (EU) 2017/592 van de Commissie⁶ vult Richtlijn 2014/65/EU aan met betrekking tot de criteria om uit te maken wanneer een activiteit moet worden aangemerkt als een nevenactiviteit van het hoofdbedrijf. Die richtlijn werd op 16 februari 2021 gewijzigd bij Richtlijn (EU) 2021/338 die nieuwe bepalingen bevat betreffende de vrijstelling voor nevenactiviteiten en de nevenactiviteittoetsen, en machtigt de Commissie tot het vaststellen van een gedelegeerde handeling om de criteria te specificeren om uit te maken wanneer een activiteit moet worden aangemerkt als een nevenactiviteit van het hoofdbedrijf op groepsniveau. In het bijzonder werd de toets van de totale marktomvang verwijderd, aangezien het landschap van de grondstoffenderivaten in de Unie zodanig is veranderd dat de toets van de totale marktomvang ertoe zou leiden dat entiteiten niet langer voor de vrijstelling voor nevenactiviteiten in aanmerking zouden komen, ook al is hun bedrijfsvoering niet veranderd. Voorts wordt de de-minimistoets ingevoerd en worden de drempels voor de handelstoets en de toets van het aangewende kapitaal gewijzigd. Gedelegeerde Verordening (EU) 2017/592 moet derhalve worden ingetrokken en door deze verordening worden vervangen,

HEEFT DE VOLGENDE VERORDENING VASTGESTELD:

Artikel 1

Activaklassen die in aanmerking komen voor de nevenactiviteittoets

Om te worden aangemerkt als nevenactiviteit van het hoofdbedrijf van de groep, houden de activiteiten van de in artikel 2, lid 1, punt j), i) en ii), van Richtlijn 2014/65/EU bedoelde personen verband met een of meer van de volgende activaklassen:

- (a) grondstoffenderivaten die verband houden met een grondstof of een onderliggende waarde bedoeld in punten 5, 6, 7 en 10 van deel C van bijlage I bij Richtlijn 2014/65/EU;
- (b) emissierechten bedoeld in bijlage I, deel C, punt 11, van Richtlijn 2014/65/EU of derivaten van emissierechten bedoeld in bijlage I, deel C, punt 4, bij Richtlijn 2014/65/EU.

Artikel 2

Nevenactiviteittoetsen

1. De activiteiten van de in artikel 1 bedoelde personen worden aangemerkt als een nevenactiviteit van het hoofdbedrijf op groepsniveau indien ze voldoen aan een van de volgende voorwaarden:
 - (a) de netto uitstaande notionele blootstelling aan grondstoffenderivaten of emissierechten of derivaten daarvan voor afwikkeling in contanten die in de Unie worden verhandeld overeenkomstig artikel 3, met uitzondering van grondstoffenderivaten of emissierechten of derivaten daarvan die op een handelsplatform worden verhandeld, ligt onder een jaarlijkse drempel van 3 miljard EUR (de-minimistoets);

⁶ Gedelegeerde Verordening (EU) 2017/592 van de Commissie van 1 december 2016 tot aanvulling van Richtlijn 2014/65/EU van het Europees Parlement en de Raad met betrekking tot technische reguleringsnormen voor de criteria om uit te maken wanneer een activiteit moet worden aangemerkt als een nevenactiviteit van het hoofdbedrijf (PB L 87 van 31.3.2017, blz. 492.)

- (b) de overeenkomstig artikel 4, lid 1, berekende omvang van die activiteiten maakt 50 % of minder uit van de totale omvang van de handelsactiviteiten van de groep, berekend overeenkomstig artikel 4, lid 2;
 - (c) het geschatte aangewende kapitaal voor de uitvoering van die activiteiten, berekend overeenkomstig artikel 5, leden 1 en 3, maakt niet meer uit dan 50 % van het aangewende kapitaal op groepsniveau voor de uitvoering van het hoofdbedrijf, berekend overeenkomstig artikel 5, lid 4.
2. Een groep wordt geacht te bestaan uit de moederonderneming en al haar dochterondernemingen. Deze omvat entiteiten die zijn gevestigd in de Unie en in derde landen, ongeacht of de groep zijn hoofdkantoor binnen of buiten de Unie heeft.

Artikel 3 **De-minimistoets**

1. De in artikel 2, lid 1, punt a), bedoelde netto uitstaande notionele blootstelling wordt berekend door een gemiddelde te nemen van de geaggregeerde netto uitstaande notionele waarden aan het einde van elke maand van de voorbije twaalf maanden die voortvloeien uit alle contracten in grondstoffenderivaten of emissierechten of derivaten daarvan voor afwikkeling in contanten die in de Unie door een persoon binnen een groep zijn gesloten.
- De in de eerste alinea bedoelde netto uitstaande notionele waarden worden berekend op basis van alle niet op een handelsplatform verhandelde contracten in grondstoffenderivaten of emissierechten of derivaten daarvan voor afwikkeling in contanten waarbij een in de Unie gevestigde persoon partij is tijdens de in artikel 6, lid 2, bedoelde relevante jaarlijkse verslagperiode.
- De in de eerste en tweede alinea bedoelde contracten in grondstoffenderivaten of derivaten van emissierechten voor afwikkeling in contanten omvatten alle derivatencontracten die betrekking hebben op grondstoffen of emissierechten die in contanten moeten of mogen worden afgewikkeld naar keuze van een van de partijen, tenzij de reden het in gebreke blijven is of een andere reden die beëindiging van het contract tot gevolg heeft.
2. De in het eerste lid bedoelde aggregatie omvat geen posities van contracten uit hoofde van transacties bedoeld in artikel 2, lid 4, vierde alinea, punten a), b) en c), van Richtlijn 2014/65/EU of van contracten met betrekking waartoe de persoon binnen de groep die partij is bij een van de contracten een vergunning heeft overeenkomstig Richtlijn 2014/65/EU of Richtlijn 2013/36/EU.
3. De in lid 1 bedoelde netto uitstaande notionele waarden worden bepaald overeenkomstig de verrekeningsmethode van artikel 5, lid 2.
4. De waarden die voortvloeien uit de in dit artikel bedoelde aggregatie worden uitgedrukt in euro.

Artikel 4 **Handelstoets**

1. De omvang van de in artikel 2, lid 1, punt b), bedoelde activiteiten die in de Unie door een persoon binnen een groep worden ondernomen, wordt berekend door aggregatie van de bruto notionele waarde van alle contracten in

grondstoffenderivaten of emissierechten of derivaten daarvan waarbij die persoon partij is.

De in de eerste alinea bedoelde aggregatie omvat geen contracten uit hoofde van transacties bedoeld in artikel 2, lid 4, vierde alinea, punten a), b) en c), van Richtlijn 2014/65/EU of contracten met betrekking waartoe de persoon binnen de groep die partij is bij een van de contracten een vergunning heeft overeenkomstig Richtlijn 2014/65/EU of Richtlijn 2013/36/EU.

2. De totale omvang van de andere handelsactiviteiten van de groep bedoeld in artikel 2, lid 1, punt b), wordt berekend door aggregatie van de bruto notionele waarde van alle contracten in grondstoffenderivaten, emissierechten en derivaten daarvan waarbij personen binnen die groep partij zijn.

De in de eerste alinea bedoelde aggregatie omvat contracten uit hoofde van transacties bedoeld in artikel 2, lid 4, vierde alinea, punten a), b) en c), van Richtlijn 2014/65/EU of contracten met betrekking waartoe de persoon binnen de groep die partij is bij een van de contracten een vergunning heeft overeenkomstig Richtlijn 2014/65/EU of Richtlijn 2013/36/EU.

3. De in de leden 1 en 2 bedoelde totale markthandelsactiviteit wordt berekend door aggregatie van de bruto notionele waarde van alle niet op een handelsplatform verhandelde contracten waarbij een in de Unie gevestigde persoon partij is en van elk ander contract dat tijdens de in artikel 6, lid 2, bedoelde relevante jaarlijkse verslagperiode op een in de Unie gevestigd handelsplatform wordt verhandeld.
4. De geaggregeerde waarden bedoeld in dit artikel worden uitgedrukt in euro.

Artikel 5

Toets van het aangewende kapitaal

1. Het geschatte aangewende kapitaal voor de uitvoering van de in artikel 2, lid 1, punt c), bedoelde activiteiten is de som van het volgende:
 - (a) 15 % van elke netto long- of shortpositie, vermenigvuldigd met de prijs voor het grondstoffenderivaat, emissierecht of derivaten daarvan;
 - (b) 3 % van de bruto long- of shortpositie, vermenigvuldigd met de prijs voor het grondstoffenderivaat, emissierecht of derivaten daarvan.

De in de eerste alinea bedoelde posities worden berekend op basis van alle niet op een handelsplatform verhandelde contracten waarbij een in de Unie gevestigde persoon partij is en van elk ander contract dat tijdens de in artikel 6, lid 2, bedoelde relevante jaarlijkse verslagperiode op een in de Unie gevestigd handelsplatform wordt verhandeld.

2. Voor de toepassing van lid 1, eerste alinea, punt a), wordt de nettopositie in een grondstoffenderivaat, een emissierecht of derivaat daarvan in de Unie bepaald door verrekening van de long- en shortposities:
 - (a) in elk type grondstoffenderivatencontract met een bepaalde grondstof als onderliggende waarde om de nettopositie per type contract met die grondstof als onderliggende waarde te berekenen;
 - (b) in een emissierechtencontract om de nettopositie in dat emissierechtencontract te berekenen; of

- (c) in elk type emissierechtenderivatencontract om de nettopositie per type emissierechtenderivatencontract te berekenen.

Voor de toepassing van lid 1, eerste alinea, punt a), kunnen nettoposities in verschillende typen contracten met dezelfde grondstof als onderliggende waarde of verschillende typen derivatencontracten met hetzelfde emissierecht als onderliggende waarde met elkaar worden verrekend.

3. Voor de toepassing van lid 1, eerste alinea, punt b), wordt de brutopositie in een grondstoffenderivaat, een emissierecht of een desbetreffend derivatencontract bepaald door berekening van de som van de absolute waarden van de nettoposities per type contract met een bepaalde grondstof als onderliggende waarde, per emissierechtencontract of per type contract met een bepaald emissierecht als onderliggende waarde.

Voor de toepassing van lid 1, eerste alinea, punt b), kunnen nettoposities in verschillende typen derivatencontracten met dezelfde grondstof als onderliggende waarde of verschillende typen derivatencontracten met hetzelfde emissierecht als onderliggende waarde niet met elkaar worden verrekend.

De berekening van het geschatte kapitaal omvat geen posities uit hoofde van transacties bedoeld in artikel 2, lid 4, vierde alinea, punten a), b) en c), van Richtlijn 2014/65/EU of contracten met betrekking waartoe de persoon binnen de groep die partij is bij een van de contracten een vergunning heeft overeenkomstig Richtlijn 2014/65/EU of Richtlijn 2013/36/EU.

4. Het aangewende kapitaal voor de uitvoering van het hoofdbedrijf van een groep is de som van de totale activa van de groep min het kort vreemd vermogen ervan zoals vastgelegd in de geconsolideerde jaarrekening van de groep aan het einde van de relevante jaarlijkse berekeningsperiode. Onder kort vreemd vermogen wordt voor de toepassing van dit lid vermogen met een looptijd van minder dan 12 maanden verstaan.
5. De waarden die voortvloeien uit de in dit artikel bedoelde berekeningen worden uitgedrukt in euro.

Artikel 6

Procedure voor berekening

1. De berekening van de in artikel 3 bedoelde de-minimistoets wordt bepaald op basis van drie jaarlijkse berekeningsperioden die aan de datum van berekening voorafgaan, waarbij het enkelvoudig gemiddelde van de resulterende jaarlijkse waarden wordt vergeleken met de in artikel 2, lid 1, punt a), bedoelde drempel. De berekening van de omvang van de handelsactiviteiten en het aangewende kapitaal bedoeld in de artikelen 4 en 5 wordt gebaseerd op een enkelvoudig gemiddelde van de dagelijkse handelsactiviteiten of het geschatte kapitaal dat aan dergelijke handelsactiviteiten wordt toegewezen tijdens drie jaarlijkse berekeningsperioden die aan de datum van berekening voorafgaan. De berekeningen worden jaarlijks verricht in het eerste kwartaal van het kalenderjaar dat volgt op een jaarlijkse berekeningsperiode, waarbij het eenvoudig gemiddelde van de resulterende jaarlijkse waarden wordt vergeleken met de in artikel 2, lid 1, punten b) en c), bedoelde drempels.
2. Voor de toepassing van lid 1 wordt onder een jaarlijkse berekeningsperiode verstaan een periode die aanvangt op 1 januari van een bepaald jaar en eindigt op 31 december van dat jaar.

3. Voor de toepassing van lid 1 wordt bij de berekening van de omvang van de handelsactiviteiten of het aan handelsactiviteiten toegewezen geschatte kapitaal die in 2022 plaatsvindt, rekening gehouden met de drie voorgaande jaarlijkse berekeningsperioden, te beginnen op 1 januari 2019, 1 januari 2020 en 1 januari 2021, en bij de berekening die in 2023 plaatsvindt, met de drie voorgaande jaarlijkse berekeningsperioden, te beginnen op 1 januari 2020, 1 januari 2021 en 1 januari 2022.
4. In afwijking van lid 3 omvat de referentieperiode voor de berekening van de dagelijkse handelsactiviteiten of het geschatte kapitaal dat aan dergelijke handelsactiviteiten wordt toegewezen, alleen de meest recente jaarlijkse berekeningsperiode als aan beide volgende voorwaarden is voldaan:
 - (a) de dagelijkse handelsactiviteiten of het geschatte kapitaal dat aan dergelijke handelsactiviteiten wordt toegewezen daalt met meer dan 10 % bij vergelijking van de vroegste van de drie voorgaande jaarlijkse berekeningsperioden met de meest recente jaarlijkse berekeningsperiode; alsmede
 - (b) de dagelijkse handelsactiviteiten of het geschatte kapitaal dat aan dergelijke handelsactiviteiten wordt toegewezen in de recentste van de drie jaarlijkse berekeningsperioden is lager dan in de twee voorgaande berekeningsperioden.

Artikel 7

Transacties die als risicoverminderend kwalificeren

1. Voor de toepassing van artikel 2, lid 4, vierde alinea, punt b), van Richtlijn 2014/65/EU wordt een transactie in derivaten geacht op objectief meetbare wijze de risico's te verminderen die rechtstreeks verband houden met de commerciële activiteit of de activiteit betreffende het beheer van de kasmiddelen wanneer aan een of meer van de volgende criteria is voldaan:
 - (a) de transactie vermindert de risico's die voortkomen uit de potentiële wijziging van de waarde van activa, diensten, inputs, producten, grondstoffen of schulden die de persoon of zijn groep in de normale loop van zijn bedrijfsuitoefening in eigendom heeft, produceert, vervaardigt, verwerkt, aanbiedt, aankoopt, verhandelt, least, verkoopt of oploopt of redelijkerwijs verwacht in eigendom te zullen hebben, te zullen produceren, te zullen vervaardigen, te zullen verwerken, te zullen aanbieden, te zullen aankopen, te zullen verhandelen, te zullen leasen, te zullen verkopen of te zullen oplopen;
 - (b) de transactie dekt de risico's die voortkomen uit de potentiële indirecte impact op de waarde van activa, diensten, inputs, producten, grondstoffen of schulden bedoeld in punt a), als gevolg van schommeling van rentevoeten, inflatiepercentages, wisselkoersen of kredietrisico;
 - (c) de transactie geldt als een afdekkingscontract overeenkomstig internationale standaarden voor jaarrekeningen die overeenkomstig artikel 3 van Verordening (EG) nr. 1606/2002 van het Europees Parlement en de Raad zijn goedgekeurd⁷.

⁷

Verordening (EG) nr. 1606/2002 van het Europees Parlement en de Raad van 19 juli 2002 betreffende de toepassing van internationale standaarden voor jaarrekeningen (PB L 243 van 11.9.2002, blz. 1).

2. Voor de toepassing van lid 1 is een gekwalificeerde risicoverminderende transactie op zich of in combinatie met andere derivaten een transactie waarvoor een niet-financiële entiteit:
- (a) de volgende elementen in haar intern beleid beschrijft:
 - (i) de types grondstoffenderivaten, emissierechten of derivaten daarvan in de portefeuilles die worden gebruikt om de risico's te verminderen die rechtstreeks verband houden met de commerciële activiteit of de activiteit betreffende het beheer van de kasmiddelen en de desbetreffende toelaatbaarheidscriteria;
 - (ii) het verband tussen de portefeuille en de risico's die door de portefeuille worden beperkt;
 - (iii) de maatregelen die zijn genomen om te waarborgen dat de transacties betreffende die contracten geen ander doel dienen dan het dekken van risico's die rechtstreeks verband houden met de commerciële activiteit of de activiteit betreffende het beheer van de kasmiddelen van de niet-financiële entiteit, en dat een ander doel dienende transactie duidelijk kan worden geïdentificeerd;
 - (b) in staat is een voldoende gedissaggregeerd beeld van de portefeuilles te geven met betrekking tot klasse grondstoffenderivaat, emissierecht of derivaat daarvan, onderliggende grondstof, tijdshorizon en andere relevante factoren.

Artikel 8

Intrekking

Gedelegeerde Verordening (EU) 2017/592 wordt ingetrokken.

Verwijzingen naar de Gedelegeerde Verordening (EU) 2017/592 gelden als verwijzingen naar de onderhavige verordening en moeten worden gelezen volgens de concordantietabel in de bijlage bij de onderhavige verordening.

Artikel 9

Inwerkingtreding en toepassing

Deze verordening treedt in werking op de twintigste dag na die van de bekendmaking ervan in het *Publicatieblad van de Europese Unie*.

Deze verordening is verbindend in al haar onderdelen en is rechtstreeks toepasselijk in elke lidstaat.

Gedaan te Brussel, 14.7.2021

Voor de Commissie
De voorzitter
Ursula VON DER LEYEN