

Ministerie van Financiën

> Retouradres Postbus 20201 2500 EE Den Haag

Aan de Koning

Directie Financiële Markten

Korte Voorhout 7
2511 CW Den Haag
Postbus 20201
2500 EE Den Haag
www.rijksoverheid.nl

Ons kenmerk

FM/2014/ 25 M

Uw brief (kenmerk)

Bijlagen

Voorstel van wet

Memorie van toelichting

Advies Raad van State

Datum: 22 januari 2014

Betreft: Wijziging van de Wet op het financieel toezicht en enige andere wetten ter implementatie van richtlijn nr. 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 (PbEU 2013, L 176) (Implementatiewet richtlijn kapitaalvereisten)

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 24 oktober 2013, nr. 13.002228, machtigde Uwe Majesteit de Afdeling advisering van de Raad van State haar advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 5 december 2013, nr. W06.13.0388/III, bied ik U hierbij aan.

Het voorstel geeft de Afdeling aanleiding tot het maken van opmerkingen die naar haar oordeel enige aanpassing van het voorstel wenselijk maken. Onderstaand zal de volgorde van de opmerkingen zoals de Afdeling in haar advies hanteert worden aangehouden.

2. De Raad adviseert te verduidelijken dat de parallelle eisen aan solvabiliteit en liquiditeit niet dienen ter handhaving van de verordening. De handhaving van de verordening is reeds vanaf 1 januari 2014 mogelijk op grond van het per die datum gewijzigde Besluit uitvoering EU-verordeningen financiële markten. Overtreding van voorschriften uit de verordening zal op grond van dat besluit rechtsreeks gesanctioneerd worden, zonder een beroep op nationale normen. Het algemeen deel van de toelichting is in subparagraaf 3f op dit punt aangevuld.

3. De suggestie van de Afdeling is overgenomen om, vanwege de proportionaliteit van die maatregel als herstelsanctie, een maximumtermijn te verbinden aan de maatregel inzake een tijdelijk verbod om bij een bank of beleggingsonderneming werkzaam te zijn. Het voorgestelde artikel 1:87 is aangevuld met een maximering van de termijn van de maatregel tot een jaar. Voorzien is in de mogelijkheid van verlenging van de maatregel met ten hoogste een jaar, waarbij een eventueel besluit tot verlenging noopt tot een hernieuwde afweging en motivering.

4. De Afdeling adviseert om, bij gebreke aan een herkenbare afweging in de tekst van de richtlijn ten aanzien van de inmenging in eigendomsrechten, in het

bijzonder in het licht van artikel 1 van het Eerste protocol bij het Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) en artikel 17 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, deze afweging alsnog te maken bij het onderhavige wetsvoorstel. Voorop moet worden gesteld dat het naar mijn oordeel niet aan de (Nederlandse) implementatiewetgever is om bepaalde keuzen die zijn gemaakt door de Europese wetgever achteraf alsnog te voorzien van een (nadere) afweging of motivering.

Directie Financiële Markten

Ons kenmerk
FM/2014/ 25 M

De keuze in de richtlijn voor een bonusplafond wordt evenwel door mij nadrukkelijk onderschreven. Mijn eigen overwegingen omtrent de uit die keuze voortvloeiende inbreuk op eigendomsrechten zijn daarbij de volgende. Het eigendomsrecht in het kader van het EVRM heeft een ruime reikwijdte, waarbinnen rechten en belangen die een vermogenswaarde vertegenwoordigen vallen. Hierbij is van belang dat het recht of belang met voldoende zekerheid vaststaat. De enkele hoop op bijvoorbeeld een bepaalde variabele beloning is onvoldoende. Voor zover het recht op een variabele beloning contractueel is vastgelegd en vooraf voor het individu duidelijk is welke beloning betaald zal worden bij de afgesproken prestatie, ga ik er vanuit dat contractuele aanspraken op variabele beloning die worden geraakt door het bonusplafond in beginsel onder de werking van artikel 1 van het Eerste protocol bij het EVRM zullen vallen.

Volgens vaste rechtspraak van het EHRM is een inbreuk op grondrechten als de nu voorliggende maatregel tot inmenging in het ongestoorde genot van eigendom gerechtvaardigd indien deze bij wettelijk voorschrift is voorzien en noodzakelijk en proportioneel is. Met een maatregel die een gerechtvaardigde inbreuk maakt op een grondrecht moet de bescherming van het algemeen belang gediend zijn. De in de richtlijn opgenomen maatregel van beperking van de omvang van de variabele beloning in verhouding tot het vaste deel van de beloning draagt bij aan de stabiliteit en integriteit van de financiële sector en de bescherming van de consument. Met het tegengaan van excessieve variabele beloningen wordt een mogelijke prikkel tot risicovol of niet-integer gedrag in belangrijke mate verminderd. Excessieve variabele beloningen hebben bijgedragen aan ernstige misstanden in de financiële sector en daarmee het maatschappelijk vertrouwen in de financiële sector aangetast. De in dit verband gewenste cultuur- en gedragsverandering in de financiële sector ten aanzien van beloningsbeleid heeft zich tot nu toe nog in onvoldoende mate voltrokken. Hierdoor is nog steeds sprake van een vertrouwenskloof tussen maatschappij en financiële sector en blijft het risico bestaan dat excessieve variabele beloningen blijven leiden tot nieuwe incidenten. Op grond van het voorgaande ben ik van oordeel dat de maatregel in de richtlijn noodzakelijk is en in gepaste verhouding staat tot de nagestreefde bescherming van het algemeen belang. Naar aanleiding van de opmerking van de Afdeling is de toelichting bij artikel VII, tweede lid, nog nader aangevuld.

5a. Terecht constateert de Afdeling dat het begrip "significant" risico afwijkt van de in de richtlijn gehanteerde begrip "wezenlijk" risico. Dit verschil, dat samenhangt met een eerdere Nederlandse taalversie, is in de voorgestelde wijziging weggenomen. De richtlijn doelt in dit verband inhoudelijk gezien op een potentieel risico, er hoeft dus geen sprake te zijn van een concrete dreiging. Om deze reden is, mede gelet op de opmerkingen van de Afdeling op dit punt, inhoudelijke aansluiting bij het criterium van artikel 5:7 Awb niet mogelijk.

5b. De conclusie van de Afdeling dat de voorgestelde grondslag voor het nemen van een maatregel als voorzien in het eerste lid van artikel 3:111a, dat is ontleend aan de richtlijn, overlapt met de grondslag in het tweede lid, dat is ontleend aan artikel 1:75 Wft, kan worden onderschreven. Aan het advies is dan ook gevolg gegeven door het ruimste criterium, dat van het oorspronkelijke voorgestelde tweede lid, nu op te nemen in het eerste lid.

6a. Het is juist dat de eis van gelijkwaardig toezicht, anders dan de overige vergunningvoorschriften, geen betrekking heeft op de onderneming zelf. Indien een bank uit een derde land, niet zijnde een lidstaat of een aangewezen staat, ervoor kiest om geen rechtspersoon in Nederland op te richten maar om haar activiteiten vanuit een bijkantoor te verrichten, dienen bij de vergunningaanvraag inderdaad gegevens te worden overgelegd op basis waarvan de Nederlandsche Bank kan beoordelen of aan bedoelde eis wordt voldaan. De toelichting is in de aangegeven zin verduidelijkt. Voor de goede orde zij opgemerkt dat de in artikel 3:46 neergelegde eis van gelijkwaardig toezicht bij nader inzien voorsnog alleen zal gelden voor banken uit derde landen. Dit in afwachting van de herschikking van de Richtlijn markten in financiële instrumenten (MiFID II), waarin de markttoegang van beleggingsondernemingen wordt geregeld.

6b. Aan het advies van de Afdeling op dit punt is gevolg gegeven door te voorzien in de schrapping van onderdeel f van het eerste lid van artikel 2:17 Wft.

7a. Naar aanleiding van het advies van de afdeling is de redactie van de betreffende voorgestelde wijzigingen aangepast. In de wettekst is opgenomen dat de toezichthouder, in dit geval DNB, de toezichthoudende instantie van een andere lidstaat in de gelegenheid stelt onderzoek te verrichten of doen verrichten. Dit betekent dat dit onderzoek feitelijk plaatsvindt door tussenkomst van de door DNB aangewezen personen, belast met het houden van toezicht. Hierbij maken zij gebruik van hun bevoegdheden op grond van de Algemene wet bestuursrecht en de Wft, waaronder de bevoegdheid tot binnentreden ingevolge artikel 5:12 Awb. De toelichting bij de betreffende voorgestelde wijzigingen is dienovereenkomstig aangevuld.

7b. Het advies van de Afdeling is op dit punt gevolgd. De voorgestelde regeling omtrent de maximering van het aantal bestuursfuncties in de artikelen 3:8 en 4:9b Wft is zodanig aangepast dat de regeling uit de richtlijn alleen op banken en beleggingsondernemingen worden toegepast die als significant worden aangemerkt. Overige gevallen vallen derhalve, indien wordt voldaan aan het daarvoor geldende criterium, onder de reikwijdte van de regeling in het BW.

7c. Naar aanleiding van dit onderdeel van het advies van de Afdeling is in het algemeen deel van de memorie van toelichting subparagraaf 2d, betreffende de hefboomratio, aangevuld.

7d. De volledige harmonisatie op grond van de verordening kapitaalvereisten heeft in beginsel geen gevolgen voor andere rechtsgebieden zoals de fiscaliteit. Wel veranderen op grond van de verordening kapitaalvereisten de vereisten die gesteld worden aan het zogeheten aanvullende tier 1-kapitaal. Dit zou gevolgen kunnen hebben voor de fiscale behandeling van aanvullend tier 1-kapitaal, niet alleen in Nederland maar ook in andere lidstaten. Aanvullend tier 1-kapitaal dat is

uitgegeven onder het oude regime van kapitaalvereisten wordt door Nederland en de andere lidstaten voor belastingdoeleinden als vreemd vermogen beschouwd. Als gevolg van de gewijzigde kapitaalvereisten zou aanvullend tier 1-kapitaal dat na 1 januari 2014 wordt uitgegeven, in Nederland fiscaal niet langer als vreemd vermogen kunnen worden aangemerkt. Voor zover bekend kiezen alle Europese landen die hierover tot op heden al een besluit hebben genomen voor de continuering van de fiscale behandeling van aanvullend tier 1-kapitaal als vreemd vermogen, dan wel voor de aftrekbaarheid van de vergoeding over aanvullend tier 1-kapitaal ten laste van het fiscale resultaat. Zoals de staatssecretaris van Financiën ook al heeft geschreven in zijn brief aan de Tweede Kamer van 16 december 2013¹ is het kabinet voornemens om ook in de Nederlandse fiscale wetgeving te regelen dat de vergoeding over het aanvullende tier 1-kapitaal, ook als dat na 1 januari 2014 is uitgegeven, bij de bank fiscaal aftrekbaar zal zijn en bij de ontvanger in de belastingheffing zal worden betrokken.

Aan de redactionele opmerkingen bij het advies is grotendeels gevolg gegeven.

Van de gelegenheid is gebruik gemaakt om in het wetsvoorstel en de memorie van toelichting nog enige redactionele verbeteringen aan te brengen. Daarnaast is in overleg met DNB en AFM de voorgestelde wijziging van de regeling omtrent de publicatie van boetebesluiten in de artikelen 1:98 en 1:97 deels nog technisch aangepast en is de bijbehorende toelichting aangevuld. Ten slotte is in het voorgestelde artikel 3:17a Wft is in een nieuw vierde lid nog eens geëxpliciteerd dat de toepassing van regeling inzake het bonusplafond op grond van de richtlijn aansluit bij de reikwijdte van het geconsolideerde toezicht.

Ik moge U, mede namens met mijn ambtsgenoot van Veiligheid en Justitie, verzoeken het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De Minister van Financiën

J.R.V.A. Dijsselbloem

¹ Kamerstukken II, 2013-14, 32 013, nr. 48.