

Vergaderjaar 2017–2018

34 859

Wijziging van de Wet op het financieel toezicht en enige andere wetten op het terrein van de financiële markten (Wijzigingswet financiële markten 2018)

Nr. 4

ADVIES AFDELING ADVISERING RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT¹

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 2 juni 2017 en het nader rapport d.d. 18 december 2017, aangeboden aan de Koning door de Minister van Financiën. Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Bij Kabinetsmissive van 28 maart 2017, no. 2017000540, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Financiën, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot wijziging van de Wet op het financieel toezicht en enige andere wetten op het terrein van de financiële markten, met memorie van toelichting.

Het wetsvoorstel bevat diverse wijzigingen van de Wet op het financieel toezicht (Wft) en enige andere wetten.

De Afdeling advisering van de Raad van State adviseert het voorstel aan de Tweede Kamer te zenden maar heeft opmerkingen over de wijzigingen die betrekking hebben op het ontbreken van overgangsrecht bij de wijzigingen over het beloningsbeleid, en over de kenbaarheid van het soort toezichtsinformatie dat de Autoriteit Financiële Markten (AFM) met de Autoriteit Consument en Markt (ACM) mag delen.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw Kabinet van 28 maart 2017, nr. 2017000540, 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 2 juni 2017, nr. W06.17.0083/III, bied ik U hierbij aan.

¹ De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Afdeling advisering van de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

Het voorstel geeft de Afdeling advisering van de Raad van State aanleiding tot het maken van inhoudelijk opmerkingen. Hieronder wordt nader ingegaan op het advies van de Afdeling.

1. Het beloningsbeleid Wft

a. Inleiding

Richtlijn 2013/36/EU (CRD IV)² stelt regels met betrekking tot het beloningsbeleid van financiële ondernemingen. De richtlijn stelt daarbij onder meer verplicht dat de variabele beloning van werknemers wettelijk wordt beperkt tot maximaal 100% van het vaste loon. De richtlijn bepaalt daarbij onder meer welke ondernemingen deze bonusbeperkingen ten aanzien van werknemers dienen na te leven, en definieert wat onder vast loon en variabel loon moet worden verstaan. Ook bepaalt de richtlijn dat de Europese Bankautoriteit (EBA) richtsnoeren vaststelt, met het oog op de gemeenschappelijke, uniforme en consistente toepassing van CRD IV.³ De nationale bevoegde autoriteiten en financiële instellingen zijn gehouden tot het leveren van uiterste inspanningen om te bevorderen/ verzekeren dat aan de richtsnoeren wordt voldaan.⁴

Nederland heeft de richtlijn op het punt van beloningsbeleid geïmplementeerd in Hoofdstuk 1.7 van de Wft.⁵ Bij die implementatie is ervoor gekozen om verder te gaan dan de richtlijn met betrekking tot het variabele loon, door een lager maximumpercentage van 20% van het vaste loon voor te schrijven. Verder is er bij de implementatie van uit gegaan dat CRD IV een algehele uitzondering van het bonusplafond toeliet voor drie typen financiële ondernemingen, te weten:

- beheerders van beleggingsinstellingen;*
- instellingen voor collectieve belegging in effecten; en*
- beleggingsondernemingen die uitsluitend voor eigen rekening handelen met eigen middelen en kapitaal, geen externe cliënten hebben en plaatselijke onderneming zijn.⁶*

Voor deze ondernemingen is geen bonusplafond ingesteld.

De EBA heeft in december 2015 nieuwe richtsnoeren vastgesteld, waarmee CRD IV preciezer wordt uitgelegd.⁷ Deze richtsnoeren zijn op 1 januari 2017 in werking getreden. Het wetsvoorstel brengt de Wft in overeenstemming met de uitleg die in de richtsnoeren aan CRD IV gegeven worden. Daartoe wordt voorgesteld om de definitie van de vaste beloning (in lijn met de richtsnoeren) nader te regelen bij algemene maatregel van bestuur, en de algehele uitzonderingen voor het bonus-

² Zie artikelen 92 en verder 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).

³ Zie artikel 74 en 75 van CRD IV en artikel 16, eerste lid van Verordening (EU) Nr. 1093/2010 van het Europees Parlement en de Raad van 24 november 2010 tot oprichting van een Europese toezichthoudende autoriteit (Europese Bankautoriteit), tot wijziging van Besluit nr. 716/2009/EG en tot intrekking van Besluit 2009/78/EG van de Commissie.

⁴ Artikel 16, derde lid, van Verordening (EU) Nr. 1093/2010 van het Europees Parlement en de Raad van 24 november 2010 tot oprichting van een Europese toezichthoudende autoriteit (Europese Bankautoriteit), tot wijziging van Besluit nr. 716/2009/EG en tot intrekking van Besluit 2009/78/EG van de Commissie, en artikel 6, onderdeel c, van CRD IV.

⁵ Zie Kamerstukken II 2013/14 33 964, en Kamerstukken II 2013/14, 33 849.

⁶ Deze algehele uitzondering is opgenomen in artikel 1:121, zevende lid, Wft.

⁷ Richtsnoeren betreffende een beheerst beloningsbeleid overeenkomstig artikel 74, derde lid, en artikel 75, tweede lid, van Richtlijn 2013/36/EU en openbaarmaking overeenkomstig artikel 450 van Verordening (EU) nr. 575/2013, vindplaats https://www.eba.europa.eu/documents/10180/1504751/EBA-GL-2015-22+GLs+on+Sound+Remuneration+Policies_NL.pdf/12180cd8-1f7a-4d94-b478-05d6e4e55c85.

plafond te beperken, zodat dochterondernemingen die blijkens de nieuwe richtsnoeren onder de beloningsregels van CRD IV vallen, daar niet langer van worden uitgezonderd.

b. Delegatiegrondslag voor regels over de vaste beloning

In de richtsnoeren van de EBA wordt de definitie van vaste beloning in CRD IV nader geduid, en worden voorwaarden vastgesteld waaraan een beloningscomponent dient te voldoen om als «vast» te worden aangemerkt.⁸ Het wetsvoorstel stelt voor in de Wft een delegatiegrondslag op te nemen, op basis waarvan de uitleg die de richtsnoeren geven in het Besluit prudentiële regels Wft en het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen kan worden geregeld.

De voorgestelde grondslag voor de algemene maatregel van bestuur is evenwel niet beperkt tot het stellen van nadere regels die op grond van de EBA-richtsnoeren nodig zijn. Dat schept de mogelijkheid om bij algemene maatregel van bestuur ook nadere regels te stellen die niet voortvloeien uit de richtsnoeren. De Afdeling is van oordeel dat er voor een dergelijke brede grondslag geen aanleiding is. Ook blijkens de toelichting is het «uitdrukkelijk niet de bedoeling»⁹ dat er een grondslag in de wet wordt opgenomen die de ruimte laat meer regels te stellen dan waartoe de richtsnoeren aanleiding geven.

Gelet op het vorenstaande adviseert de Afdeling om het voorstel aan te passen en de voorgestelde delegatiegrondslag in overeenstemming te brengen met de toelichting.

c. Het beloningsbeleid van bepaalde dochterondernemingen

In de richtsnoeren van de EBA wordt verduidelijkt dat uit CRD IV voortvloeit dat dochterondernemingen die binnen de prudentiële consolidatie vallen moeten voldoen aan de beloningsregels van CRD IV. Dergelijke dochterondernemingen vallen onder het bereik van de beloningsregels van CRD IV, indien in de voor die dochteronderneming geldende sectorspecifieke regelgeving geen aan CRD IV gelijklopende regels zijn opgenomen.¹⁰

Thans staat de Wft op dit punt de uitvoering van CRD IV, zoals uitgelegd in de richtsnoeren, in de weg, omdat in artikel 1:121, zevende lid van de Wft een algehele uitzondering van het bonusplafond is opgenomen voor de drie hiervoor genoemde typen financiële ondernemingen.¹¹ Daarom wordt voorgesteld die algemene uitzondering in te perken, zodat CRD IV ook toepassing kan vinden op de natuurlijke personen die werkzaam zijn bij de ondernemingen wier werkzaamheden het risicoprofiel van de groep wezenlijk beïnvloeden, voor zover deze onderneming zich bevindt in een groep waarop uit hoofde van de verordening kapitaalvereisten geconsolideerd toezicht plaatsvindt.¹² Voorgesteld wordt om het bonusplafond daarbij te stellen op het maximum dat CRD IV toelaat (100% van de vaste

⁸ Met deze richtsnoeren wordt een Europees level playing field gecreëerd, en ontstaat bij de uitvoering van CRD IV geen onzekerheid (zie ook memorie van toelichting, artikelsgewijze toelichting op artikel I, onderdeel G).

⁹ Zie memorie van toelichting, paragraaf 9, onder b.

¹⁰ Zie paragraaf 18 en o.m. 46 van de richtsnoeren. Indien de regels van CRD IV strijdig zijn met de sectorspecifieke regelgeving gaat die sectorspecifieke regelgeving voor (overweging 68 van de richtsnoeren).

¹¹ Beheerders van beleggingsinstellingen, instellingen voor collectieve belegging in effecten en beleggingsondernemingen die uitsluitend voor eigen rekening handelen met eigen middelen en kapitaal, geen externe cliënten hebben en plaatselijke onderneming zijn.

¹² Artikel 1:121, achtste lid (nieuw), Wft.

component van de beloning onderscheidenlijk 200% indien het personen betreft die voornamelijk werkzaamheden verrichten in een niet-lidstaat).

i. Het bonusplafond

Zoals hiervoor aangegeven, is bij de eerdere implementatie van CRD IV gekozen om verder te gaan dan de richtlijn voorschrijft, en het bonusplafond op 20% van de vaste beloning te stellen.¹³ Bij de voorgestelde wijziging wordt aan dit percentage van 20% niet vastgehouden. In plaats daarvan wordt voorgesteld om de ruimte die CRD IV daartoe biedt voor de nieuw onder de regels te brengen instellingen maximaal te gebruiken. Volgens de toelichting is die keuze voor het maximale bonusplafond «passend» omdat op die wijze de verschillen met niet-uitgezonderde ondernemingen worden beperkt.^{14 15}

Dit betekent dat er binnen de wet een eind komt aan het uniforme bonusplafond van 20%, en een onderscheid wordt geïntroduceerd tussen bonusplafonds voor verschillende ondernemingen onderling. De vraag doet zich voor of dit consequenties dient te hebben voor bepaalde ondernemingen die onder het huidige regime reeds onder het bonusbeleid vallen. De toelichting gaat hier niet op in.

De Afdeling adviseert de toelichting naar aanleiding van het voorgaande aan te vullen.

ii. Regulering van eigendom

De Afdeling wijst er op dat de voorgestelde introductie van een bonusplafond voor een nieuwe categorie van ondernemingen een aantasting kan vormen van bestaande overeenkomsten met werknemers. Het wetsvoorstel voorziet niet in overgangsrecht. In zoverre kan het wetsvoorstel dan ook een inbreuk vormen op het beschermde recht op een ongestoord genot van eigendom.¹⁶

Zoals hiervoor is opgemerkt, zijn de nationale autoriteiten gehouden tot het leveren van uiterste inspanningen om de richtsnoeren van de EBA uit te voeren.¹⁷ De Afdeling merkt op dat deze inspanningsverplichting wordt begrensd door het verdragsrechtelijk beschermde recht op een ongestoord genot van eigendom. Omdat het wetsvoorstel een aantasting kan vormen van bestaande overeenkomsten met werknemers, moet dan ook voor die gevallen dragend worden gemotiveerd waarom onmiddellijke inwerkingtreding van de wijzigingen van de Wft verenigbaar is met het beschermde recht op een ongestoord genot van eigendom, en van een overgangstermijn kan worden afgezien. De toelichting geeft deze motivering niet.

De Afdeling adviseert om in de toelichting dragend te motiveren dat het niet voorzien in een overgangstermijn strookt met het recht op ongestoord genot van eigendom. Indien in een dergelijke motivering niet kan worden voorzien, adviseert zij alsnog te voorzien in een overgangstermijn.

¹³ Kamerstukken II 2013/14, 33 963.

¹⁴ Artikelsgewijze toelichting op artikel I, onderdeel H.

¹⁵ Ten opzichte van de ondernemingen die een bonusplafond hebben van 20% wordt de uitzonderingspositie voor genoemde drie typen ondernemingen dus gehandhaafd, waarbij geen maximum bonus percentage van toepassing is, behoudens het geval van consolidatie, in welke situatie een maximum percentage van 100% van toepassing is.

¹⁶ Als bedoeld in artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en artikel 17 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.

¹⁷ Zie voetnoot 3.

1. Het beloningsbeleid Wft

De Afdeling heeft in haar advies enkele kritische kanttekeningen geplaatst bij de voorgestelde wijzigingen van de beloningsregels in de Wet op het financieel toezicht (Wft) in verband met de richtsnoeren van de Europese Bankautoriteit (EBA). De Afdeling adviseert tevens om in de toelichting bij het voorgestelde nieuwe negende lid van artikel 1:121 van de Wft in te gaan op de keuze om hier voor een bonusplafond van 100% te kiezen in plaats van het bonusplafond van 20% uit artikel 1:121, eerste lid, van de Wft. Tot slot heeft de Afdeling opmerkingen bij het ontbreken van een overgangstermijn.

De voorgestelde wijzigingen van de beloningsregels in de Wft in verband met de richtsnoeren van de EBA maken niet langer deel uit van onderhavig wetsvoorstel. Dit houdt verband met de nog lopende evaluatie van beloningsregels uit de Wft.¹⁸ De verwachting is dat de uitkomsten van deze evaluatie in het eerste kwartaal van 2018 bekend zijn. Eventuele wetswijzigingen die naar aanleiding van die evaluatie wenselijk blijken, zullen te zijner tijd tezamen met dat onderdeel worden opgenomen in een later wetsvoorstel. Daarbij zullen ook de opmerkingen die de Afdeling naar aanleiding van onderhavig wetsvoorstel heeft gemaakt worden betrokken en zal onder meer worden gezien welke overgangstermijnen passend is ten aanzien van de inperking van de uitzondering op het bonusplafond voor beheerders van beleggingsinstellingen, beheerders van icbe's en beleggingsondernemingen die uitsluitend voor eigen rekening handelen met eigen kapitaal, geen externe cliënten hebben en plaatselijke onderneming zijn.

2. Informatiedeling door de AFM met de ACM

Het wetsvoorstel voorziet in een bepaling op grond waarvan de AFM bepaalde informatie die zij verkrijgt in het kader van haar toezicht kan gaan delen met de ACM. Een dergelijke informatiedeling ligt in de rede, zo wordt toegelicht, omdat beide toezichthouders toezien op (verschillende onderdelen van) de naleving van de Wet handhaving consumentenbescherming, terwijl ook gegevens bij de AFM beschikbaar zijn die voor het toezicht dat de ACM houdt nuttig kunnen zijn.¹⁹

De Afdeling wijst erop dat Europeesrechtelijke geheimhoudingsverplichtingen gelden voor veel van de informatie die de AFM in het kader van het toezicht op de naleving van de Wft verkrijgt.²⁰ Informatie kan slechts met andere toezichthouders worden gedeeld indien de betreffende Europese richtlijnen of verordeningen daar ruimte voor bieden. Zo laat bijvoorbeeld CRD IV dergelijke informatiedeling slechts toe voor zover dat dient ter vervulling van de toezichtstaken op de naleving van CRD IV.²¹ Informatie die door de AFM verkregen wordt in het kader van diens toezicht op de uitvoeringsregels van CRD IV kan dus niet worden gedeeld met andere toezichthouders die geen toezichtstaken in het kader van CRD IV vervullen. Dat dergelijke informatie nuttig kan zijn voor het toezicht dat op

¹⁸ Kamerstukken II 2016/17, 33 964, nr. 44.

¹⁹ Memorie van toelichting, paragraaf 3, en artikelsgewijze toelichting op artikel I, onderdeel C.

²⁰ Zoals artikelen 53 e.v. van de CRD IV, artikelen 64 e.v. van de Richtlijn 2009/138/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009 betreffende de toegang tot en uitoefening van het verzekerings- en het herverzekeringsbedrijf (Solvabiliteit II). Vergelijk ook het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 31 maart 2017 over het voorstel van wet tot wijziging van de Wet op het financieel toezicht, de Wet toezicht accountantsorganisatie, de Pensioenwet en de Wet verplichte beroepspensioenregeling in verband met het vergroten van de transparantie van het toezicht op financiële markten (Wet transparant toezicht financiële markten), nr. W06.16.0443/III.

²¹ Artikel 56, eerste lid, aanhef, van CRD IV.

de naleving van andere regels wordt uitgeoefend, kan aan die geheimhoudingsverplichting niet afdoen.

Het wetsvoorstel geeft rekenschap van de beperkingen die op grond van de Europese richtlijnen en verordeningen voor de AFM gelden als het gaat om informatiedeling. Daarom wordt in het wetsvoorstel bepaald dat de AFM waarborgt dat de informatie-uitwisseling plaatsvindt met inachtneming van het geheimhoudingsregime dat ingevolge Europese richtlijnen of verordeningen op de desbetreffende gegevens of inlichtingen van toepassing is.²² Daarmee is geregeld dat informatie die op grond van Europese regels onder een geheimhoudingsregime valt, niet aan de ACM mag worden verstrekt.

In de toelichting wordt echter gesuggereerd dat onder omstandigheden toch informatie die in het kader van het toezicht op richtlijnen en verordeningen wordt verkregen, aan de ACM kan worden verstrekt, zonder dat duidelijk is dat de ACM met betrekking tot diezelfde richtlijnen en verordeningen een toezichthoudende taak vervult. Zo wordt bijvoorbeeld vermeld dat, om het toezicht goed vorm te kunnen geven, het nodig is «dat de AFM gegevens die zij verkrijgt in het kader van haar toezicht op grond van de Wft en die relevant zijn voor het toezicht van de ACM op grond van de Whc²³ aan de ACM kan verstrekken».²⁴ Verder wordt niet toegelicht welke gegevens op grond van richtlijnen wel, en welke gegevens niet met de ACM gedeeld kunnen worden.

De Afdeling constateert dat aldus onvoldoende duidelijk en kenbaar is welke informatiedeling door de wetgever wordt beoogd, terwijl kenbaarheid wel noodzakelijk is nu het hier implementatiewetgeving betreft.²⁵

De Afdeling adviseert de toelichting aan te passen aan de tekst van het voorstel en daarbij nader in te gaan op de Europeesrechtelijke geheimhoudingsverplichtingen die van toepassing zijn op de informatie die de AFM beschikbaar heeft, en welke informatie daarvan op grond van (bijzondere) Europese regelgeving gedeeld mag worden met de ACM.

2. Informatiedeling door de AFM met de ACM

De Afdeling adviseert de memorie van toelichting in lijn te brengen met de wettekst. Hieraan is gevolg gegeven. In de memorie van toelichting is opgenomen welke Europese richtlijnen voornamelijk relevant zullen zijn bij de beoordeling van de Autoriteit Financiële Markten (AFM) of zij informatie kan verstrekken aan de Autoriteit Consument & Markt (ACM). Het gaat om de richtlijn consumentenkrediet²⁶, de richtlijn verkoop op afstand van financiële diensten²⁷ en de richtlijn hypothecair krediet²⁸. Daarbij is toegelicht dat deze richtlijnen geen belemmering vormen om in

²² Het derde lid van de voorgestelde bepaling 1:93c (nieuw) Wft.

²³ Wet handhaving consumentenbescherming.

²⁴ Paragraaf 3, memorie van toelichting.

²⁵ Vergelijk ook Aanwijzing 338 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

²⁶ Richtlijn 2008/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2008 inzake kredietovereenkomsten voor consumenten en tot intrekking van richtlijn 87/102/EEG van de Raad (PbEU 2008, L133), zoals laatstelijk gewijzigd op 8 juni 2016 (PbEU 2016, L171).

²⁷ Richtlijn 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 september 2002 betreffende de verkoop op afstand van financiële diensten aan consumenten en tot wijziging van de Richtlijnen 90/619/EEG, 97/7/EG en 98/27/EG van de Raad (PbEU 2002, L 271).

²⁸ Richtlijn 2014/17/EU van het Europees Parlement en de Raad van 4 februari 2014 inzake kredietovereenkomsten voor consumenten met betrekking tot voor bewoning bestemde onroerende goederen en tot wijziging van de Richtlijnen 2008/48/EG en 2013/36/EU en Verordening (EU) nr. 1093/2010 (PbEU 2014, L 60).

nationale wetgeving te regelen dat de AFM gegevens of inlichtingen verkregen bij de vervulling van haar taak kan verstrekken aan de ACM.

3. Redactionele opmerkingen

De Afdeling verwijst naar de bij dit advies behorende redactionele bijlage.

3. Redactionele opmerkingen

De redactionele opmerking van de Afdeling is overgenomen.

Overige punten

DNB heeft in haar wetgevingsbrief 2016²⁹ de wens geuit houders van gekwalificeerde deelnemingen in een beheerder van een beleggingsinstelling te verplichten een verklaring van geen bezwaar aan te vragen bij De Nederlandsche Bank (DNB). In de aan de Afdeling voorgelegd tekst van het wetsvoorstel waren wijzigingen opgenomen ten aanzien van de betrouwbaarheid van houders van gekwalificeerde deelnemingen in beheerders van beleggingsinstellingen of beleggingsmaatschappijen. Aangezien het de voorkeur verdient om de eisen aan de betrouwbaarheid en soliditeit van de betreffende houders van gekwalificeerde deelnemingen integraal te bezien is van de gelegenheid gebruikgemaakt deze wijzigingen uit het wetsvoorstel te halen.

Voorts zijn in verband met samenloop met het wetsvoorstel Implementatie herziene richtlijn betaaldiensten(PSD II) in artikel I, onderdeel B de verwijzingen naar artikel 1:93, eerste lid, onderdeel h en artikel 1:93, tweede lid, onderdeel b van de Wft, verwijderd.

Ook is van de gelegenheid gebruikgemaakt een aantal redactionele verbeteringen aan te brengen in de voorgestelde wijzigingen van de bijlage bij artikel 1:79 Wft en de bijlage bij artikel 1:80 Wft (artikel I, onderdelen P en Q).

De Afdeling advisering van de Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal, nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

*De vice-president van de Raad van State,
J.P.H. Donner*

Ik moge U 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,
W.B. Hoekstra

²⁹ Kamerstukken II 2016/17, 32 545, nr. 64.

Redactionele bijlage bij het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State betreffende no. W06.17.0083/III

- Het advies van de Autoriteit Persoonsgegevens over het wetsvoorstel, uitgebracht op 8 maart 2017, kenmerknummer z2017-00878, vermelden in de memorie van toelichting (zie ook aanwijzing 213 van de Aanwijzingen voor de regelgeving).