

Vergaderjaar 2013–2014

33 957

Wijziging van de Wet bekostiging financieel toezicht in verband met de afschaffing van de overheidsbijdrage, de invoering van Europees banktoezicht en de bestemming van door de Autoriteit Financiële Markten en de Nederlandsche Bank opgelegde dwangsommen en boetes

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. 17 april 2014 en het nader rapport d.d. 2 juni 2014, 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 25 februari 2014, no. 2014000407, 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 bekostiging financieel toezicht in verband met de afschaffing van de overheidsbijdrage, de invoering van Europees banktoezicht en de bestemming van door de Autoriteit Financiële Markten en de Nederlandsche Bank opgelegde dwangsommen en boetes, met memorie van toelichting.

Het voorstel strekt ertoe het voornemen tot afschaffing van de overheidsbijdrage voor het door de Autoriteit Financiële Markten (AFM) en de Nederlandsche Bank (DNB) uit te oefenen toezicht, dat is opgenomen in het Regeerakkoord «Bruggen slaan» (regeerakkoord) wettelijk te regelen.² Voorts voorziet het voorstel in een grondslag voor doorberekening van de kosten die DNB thans maakt ter voorbereiding op de overdracht van het toezicht op de grootste Nederlandse banken aan de Europese Centrale Bank (ECB).

De Afdeling advisering van de Raad van State maakt naar aanleiding van het wetsvoorstel opmerkingen over het schrappen van de overheidsbijdrage aan het toezicht van AFM en DNB, het voortaan in de heffing betrekken van houders van een zogenaamd Europees paspoort en het doorberekenen van de kosten van DNB in het kader van de overdracht van het toezicht aan de ECB.

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

² Regeerakkoord «Bruggen slaan» van 29 oktober 2012 (Kamerstukken II 2012/13, 33 410, nr. 15, bijlage).

De Afdeling concludeert dat een motivering voor het schrappen van de overheidsbijdrage ontbreekt. Groepsprofijt kan geen rechtvaardiging vormen voor het volledig afschaffen van de overheidsbijdrage aan het toezicht. Het uitgangspunt dat het toezicht primair wordt uitgeoefend in het algemeen belang brengt met zich dat het toezicht ook, ten minste ten dele, uit de algemene middelen moet worden gefinancierd. Zij is van oordeel dat het voorstel in verband daarmee nader dient te worden overwogen.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 25 februari 2014, no. 2014000407, 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 17 april 2014, nr. W06.14.0065/III, bied ik U hierbij aan.

Het voorstel geeft de Afdeling advisering van de Raad van State (hierna: de Afdeling) aanleiding tot het maken van inhoudelijke opmerkingen. Voor de reactie hierop zal de volgorde van opmerkingen zoals de Afdeling in haar advies hanteert worden aangehouden.

1. Doorberekening van kosten voor toezicht en handhaving

De huidige regeling voor de bekostiging van het financieel toezicht is neergelegd in de Wet bekostiging financieel toezicht (Wbft) die op 1 januari 2013 in werking is getreden. De bekostiging van het toezicht door DNB en AFM valt uiteen in drie onderdelen. In de eerste plaats worden «leges» geheven voor zogenoemde eenmalige toezichthandelingen van de toezichthouders. Zo is een forfaitair bedrag verschuldigd bij aanvraag van een vergunning.³ In de tweede plaats wordt voor het lopende toezicht jaarlijks een bedrag in rekening gebracht bij alle onder toezicht staande ondernemingen.⁴ Ten slotte draagt de overheid uit de algemene middelen bij in de financiering van het toezicht.⁵ De overheidsbijdrage is bij inwerkingtreding van de Wbft bevroren.⁶ Zij wordt jaarlijks slechts bijgesteld vanwege binnen de rijksbegroting verwerkte loon- en prijsmutaties en opgelegde taakstellingen. De bijdrage uit de algemene middelen wordt vooral gebruikt ter financiering van repressieve handhavingsactiviteiten, activiteiten die vanwege hun karakter niet eenduidig zijn toe te delen aan een toezichtcategorie, de kosten die de toezichthouder maakt vanwege zijn betrokkenheid bij de voorbereiding van wet- en regelgeving, activiteiten waarvan de kosten niet volledig gedekt worden vanuit op te leggen heffingen voor eenmalige handelingen (met name het toezicht op emissies) en het toezicht op Europees paspoorthouders.⁷

Het voorstel voorziet er in de overheidsbijdrage te laten vervallen. De Afdeling merkt hierover het volgende op.

- a. *Ter motivering van het laten vervallen van de overheidsbijdrage wordt primair verwezen naar het voornemen uit het regeerakkoord om de overheidsbijdrage aan de toezichthouders AFM en DNB af te schaffen. De Afdeling heeft reeds eerder opgemerkt dat een*

³ Artikel 11, eerste lid, onderdeel a, Wbft.

⁴ Artikel 11, eerste lid, onderdeel b, Wbft. Dit bedrag volgt uit de begroting van de toezichthouders en wordt verdeeld over in bijlage II van de Wbft opgenomen categorieën ondernemingen. Zo betalen banken en clearinginstellingen ingevolge bijlage II bij de Wbft een procentueel aandeel in het totaal van 16,5%, waarbij het aandeel van individuele instellingen wordt bepaald aan de hand van de minimum omvang van het toetsingsvermogen.

⁵ Artikel 10 Wbft.

⁶ Ingevolge artikel 10, tweede lid, onderdeel a, bedraagt de bijdrage voor het jaar van inwerkingtreding van de Wbft voor de AFM € 20 miljoen en voor DNB € 18,8 miljoen.

⁷ Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 2b.

verwijzing naar het regeerakkoord geen steekhoudende motivering voor een wetsvoorstel biedt. Het geeft hooguit de aanleiding daarvoor aan.⁸ Een motivering voor het laten vervallen van de overheidsbijdrage ontbreekt derhalve vooralsnog.

- b. *De vraag naar (criteria voor) de doorberekening van kosten is destijds onderwerp geweest van het rapport Maat houden.⁹ Dit rapport vormt het toetsingskader voor de doorberekening van toelatings- en handhavingskosten bij het ontwerpen van wet- en regelgeving. Uitgangspunt van dit rapport is dat handhaving van wet- en regelgeving in beginsel uit de algemene middelen moet worden gefinancierd. Uitzonderingen daarop betreffen activiteiten met een quasi-collectief karakter, waardoor sprake is van individueel profijt. Dit profijt bestaat daarin dat de toegelaten partij bepaalde handelingen mag verrichten die voor anderen verboden zijn dan wel gedrag mag nalaten dat voor anderen verplicht is gesteld. De door de overheid verrichte activiteiten in het kader van preventieve en repressieve handhaving zijn echter in beginsel niet individueel toerekenbaar. Bovendien geldt voor preventieve (toezicht) en repressieve handhavingsactiviteiten dat deze gelijkelijk ten aanzien van een ieder moeten kunnen worden uitgeoefend en dat dit niet afhankelijk mag zijn van particuliere bijdragen in de kosten. De kosten van preventieve en repressieve handhaving moeten aldus, ten minste voor een deel, gefinancierd worden uit algemene middelen. In de memorie van toelichting wordt in reactie op een tijdens de consultatiefase gemaakte opmerking gewezen op het «groepsprofijt» dat een rechtvaardiging zou vormen voor het volledig doorberekenen van de kosten van het toezicht aan de sector. Kenmerkend voor het toezicht op de financiële sector zou zijn dat sprake is van een door middel van een vergunningstelsel afgebakende groep ondernemingen. Daarbij heeft, volgens de toelichting, de hele groep last van een partij die zich niet aan regels houdt of zonder vergunning opereert, ook omdat het de reputatie van de gehele sector schaadt. De gehele financiële sector heeft in die zin belang en profijt bij het toezicht door AFM en DNB. Vanwege dit groepsprofijt is een doorberekening op zijn plaats van alle kosten die samenhangen met het toezicht op een in de wet afgebakende groep van «personen» die gehouden zijn aan de nakoming van wettelijk vastgelegde regels, aldus de toelichting. Groepsprofijt zou door een interdepartementale werkgroep die opnieuw kijkt naar Maat Houden als uitgangspunt voor doorberekening van toezichtskosten worden onderschreven.¹⁰ De Afdeling merkt allereerst op dat het volledig afschaffen van de overheidsbijdrage aan AFM en DNB tot gevolg heeft dat ook de kosten voor repressieve handhaving volledig ten laste worden gebracht van de onder toezicht staande ondernemingen, hetgeen niet in overeenstemming is met het thans geldende kader Maat houden. Dat blijktens de toelichting in een interdepartementale werkgroep wordt gesproken over een herziening doet daaraan niet af. Voorts erkent de Afdeling dat ondernemingen in de financiële sector een belang hebben bij adequaat toezicht en dat zij er profijt van hebben als het vertrouwen in de sector door streng toezicht zou toenemen. Het toezicht wordt evenwel primair in het publiek belang uitgeoefend. Het toezicht, eventueel door straffen te handhaven, strekt er toe in het algemeen belang de naleving van wet- en regelgeving te waarborgen. Het toezicht is gericht op bescherming*

⁸ Zie het advies van de Afdeling advisering over de Wet wijziging percentage belasting- en invorderingsrente (Kamerstukken II 2013/14, 33 755, nr. 4).

⁹ Maat houden. Een kader voor doorberekening van toelatings- en handhavingskosten. Rapport van de MDW-werkgroep doorberekening handhavingskosten, juni 1996.

¹⁰ Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 5.

van klanten van financiële ondernemingen tegen een onzorgvuldige behandeling en ter bescherming van de maatschappij tegen niet solide financiële ondernemingen en op instabiele financiële sector. Het profijt van het toezicht is in die zin het profijt van de maatschappij als geheel. Het uitgangspunt dat het toezicht in de eerste plaats wordt uitgeoefend in het algemeen belang, brengt naar het oordeel van de Afdeling met zich dat het toezicht ook, ten minste ten dele, uit de algemene middelen moet worden gefinancierd. Hiermee wordt tevens uitdrukking gegeven aan het feit dat niet enkel de groep ondernemingen profijt heeft van het toezicht maar de maatschappij als geheel. Het «groepsprofiel» kan derhalve geen rechtvaardiging vormen voor het volledig afschaffen van de overheidsbijdrage. Het voorgaande lijkt ook het uitgangspunt te zijn dat nog onlangs door de regering is gekozen in het wetsvoorstel tot wijziging van de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt en enige andere wetten in verband met de stroomlijning van het door de Autoriteit Consument en Markt te houden markttoezicht.¹¹ In dat wetsvoorstel is een regeling opgenomen voor de doorberekening van de kosten van het toezicht van de Autoriteit Consument en Markt (ACM). Zo wordt bepaald dat de kosten van de ACM die samenhangen met de uitvoering van de wettelijke taken in beginsel ten laste worden gebracht van marktorganisaties. De kosten van de ACM die samenhangen met het uit eigen beweging doen van marktonderzoeken en maken van rapportages, met de behandeling van bezwaar- en beroepschriften, met het bestraffen van overtredingen waaronder het nemen en bekendmaken van besluiten omtrent het opleggen van bestuurlijke sancties en bindende aanwijzingen, met werkzaamheden die uitsluitend ten behoeve van andere overheidsorganisaties worden verricht, en met het geven van deskundige raad worden echter niet ten laste gebracht van marktorganisaties maar komen ten laste van de algemene middelen.¹² In dezelfde zin bepaalt artikel 12 van de Wet marktordening gezondheidszorg dat het budget voor de beheerskosten van de Nederlandse zorgautoriteit wordt gedekt uit 's Rijks kas. Met het onderhavige voorstel wordt een fundamenteel afwijkende keuze gemaakt.

- c. De Afdeling merkt voorts op dat de toezichthouders op onderdelen de bevoegdheid hebben om algemeen verbindende voorschriften vast te stellen. De Raad van State heeft reeds eerder opgemerkt dat het niet op voorhand evident is dat in de verdeling van verantwoordelijkheid tussen de overheid en marktpartijen voor de betaling van de kosten die voortvloeien uit het opstellen van regels waaraan deze marktpartijen door de overheid gehouden worden, deze kosten niet ten laste zouden moeten komen van de algemene middelen.¹³ Hij adviseerde de Raad van State destijds in die argumentatie gevolgd.
- d. Ten slotte wijst de Afdeling op het volgende. Hiervoor is reeds opgemerkt dat het huidige bekostigingsstelsel van het financieel toezicht op 1 januari 2013 in werking is getreden. De voornaamste argumenten voor aanpassing van het destijds geldende bekostigingsstelsel waren volgens de toelichting onder meer het creëren van duidelijkheid over de verdeling van de kosten van de AFM en DNB tussen enerzijds de overheid en anderzijds marktpartijen en instellin-

¹¹ Kamerstukken I 2013/14, 33 622, A.

¹² Artikel 6a van de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt.

¹³ Advies van de Raad van State van 25 januari 2008 over het voorstel wet tot wijziging van de Wet toezicht financiële verslaggeving in verband met het in die wet opnemen van de taak van de Autoriteit Financiële Markten om het Nederlandse aandeel in de kosten van de International Accounting Standards Board te heffen en te innen (W06.07.0485/III, Bijvoegsel Staatscourant 10 juni 2008, nr. 109).

gen die deel uitmaken van de financiële sector, en het beperken van fluctuaties in de jaarlijks op te leggen heffingen doordat deze in beginsel voor een periode van vijf jaar zouden worden vastgesteld.¹⁴ Het voorstel gaat voorbij aan de argumenten die destijds aanleiding hebben gegeven voor de Wbft en doet afbreuk aan hetgeen met de invoering van die wet werd beoogd, te weten duidelijkheid en stabiliteit. De Afdeling vraagt in dit verband aandacht voor het belang van goede wetgeving, hetgeen onder meer inhoudt dat deze bestendig en consistent is. Dat is zowel in het belang van hen voor wie de wet rechten en plichten bevat als van de instanties die met de uitvoering zijn belast. Een zo snelle en beperkt gemotiveerde koersverandering als die van het wetsvoorstel doet geen recht aan dit uitgangspunt. Daar komt bij dat de Minister van Financiën bij de behandeling van het voorstel van de Wbft in de Eerste Kamer uitdrukkelijk heeft opgemerkt dat de stijging in de toezichtlasten zonder een overheidsbijdrage met name voor kleine instellingen buitenproportioneel zou zijn.¹⁵ Dit roept de vraag op waarom van een dergelijk gevolg thans geen sprake meer zou zijn.

e. *Conclusie*

De Afdeling concludeert dat een motivering voor het voorstel ontbreekt. Zij is van oordeel dat groepsprofijt geen rechtvaardiging kan vormen voor het volledig afschaffen van de overheidsbijdrage aan het toezicht. Het uitgangspunt dat het toezicht in de eerste plaats wordt uitgeoefend in het algemeen belang brengt met zich dat het toezicht ook, ten minste ten dele, uit de algemene middelen moet worden gefinancierd. Daarbij doet een zo snelle en beperkt gemotiveerde koersverandering als die van het wetsvoorstel afbreuk aan het uitgangspunt van bestendige wetgeving.

De Afdeling adviseert in het licht van al het voorgaande het volledig afschaffen van de overheidsbijdrage aan de bekostiging van het financieel toezicht te heroverwegen.

1. *Doorberekening van kosten voor toezicht en handhaving*

- a. In reactie op de opmerking van de Afdeling dat in de memorie van toelichting een motivering voor het schrappen van de overheidsbijdrage ontbreekt is de toelichting aangevuld met de laatste inzichten uit het rapport Maat houden 2014¹⁶, dat in een ambtelijke werkgroep werd herzien op het moment dat het wetsvoorstel aan de Raad van State werd gestuurd. In het inmiddels aan de Eerste en Tweede Kamer aangeboden herziene kader is het principe van «veroorzaker betaalt» uitgewerkt en is verhelderd dat er niet alleen sprake is van systeemprofijt als toezicht noodzakelijk is voor de marktordening, maar ook als handhavingsactiviteiten noodzakelijk zijn voor het vertrouwen in de kwaliteit van producten of dienstverlening in een specifieke sector. In de toelichting is beschreven waarom dit in de financiële sector opgeld doet.
- b. De afdeling merkt op dat het onderhavige voorstel afwijkt van de keuzes die bij de ACM en de Nederlandse Zorgautoriteit zijn gemaakt. Het nieuwe rapport Maat houden 2014 erkent dat er verschillende afwegingen kunnen worden gemaakt omdat die voor een groot deel afhankelijk zijn van de specifieke kenmerken van een bepaald domein, het soort doelgroep dat daarin opereert, de beleidsdoelstellingen, de gehanteerde toezichtsvisie alsmede van meer praktische overwegingen zoals de kosten voor de overheid en de lasten voor

¹⁴ Kamerstukken II 2011/12, 33 057, nr. 3.

¹⁵ Handelingen I, 22 mei 2012, 30-6-30.

¹⁶ Zie Rapport van de interdepartementale werkgroep Herziening Maat houden, bijlage bij Kamerstukken II 2013/14, 24 036, nr. 407.

burgers en bedrijven die een stelsel van doorberekening meebrengt. Bij de doelgroep die onder toezicht staat van de ACM is bijvoorbeeld niet altijd sprake van een gesloten groep waardoor het groepsprofijt vanwege bovenstaande argumenten lastiger is aan te tonen en een omslagstelsel waarbij alle kosten die verband houden met het toezicht minder voor de hand ligt.

- c. De Afdeling merkt op dat toezichthouders op onderdelen de bevoegdheid hebben om algemeen verbindende voorschriften vast te stellen en verwijst naar een eerder, door het kabinet opgevolgd, advies (W06.07.0485/III). Onder verwijzing naar Maat houden 2014 geldt hier dat de doorberekening van kosten die door een toezichthouder worden gemaakt, vanwege in het rapport beschreven redenen (zoals een gelijk internationaal speelveld), per toezichtdomein kan verschillen en dat er sprake moet zijn van een (niet te verwijderen) verband met de handhavingskosten. Er is, anders dan indertijd is besloten aangaande de kosten die het International Accounting Standards Board maakte, gekozen om alle kosten die de toezichthouders maken, waaronder kosten voor het opstellen van regels en het acteren in internationale toezichtgremia, wel door te berekenen. Deze keuze vloeit deels voort uit het besluit om een omslagstelsel te hanteren. Daarnaast is de sector vaak gebaat bij de betrokkenheid van de AFM en DNB bij de voorbereiding van wetgeving en het feit dat de toezichthouder, die in direct contact staat met onder toezichtgestelde partijen, bepaalde technische regels zelf opstelt. Dit helpt om regels voor de sector meer uitvoerbaar te maken en borgt dat de toezichthouder op een efficiënte manier kan werken (onder andere door knelpunten in het toezicht te signaleren en hierover de Minister van Financiën te adviseren danwel zelf de technische normen te herzien). Wel moeten dergelijke kosten volgens het kabinet in beperkte verhouding staan tot de totale kosten van het toezicht. De wet biedt waarborgen om hierop toe te zien. Zo moet de Minister van Financiën de begrotingen en jaarrekeningen goedkeuren, stelt hij een kostenkader vast waarbinnen de toezichtkosten moeten blijven en overlegt de toezichthouder hierover met vertegenwoordigers van de ondertoezichtgestelden.
- d. De Afdeling merkt op dat deze snelle herziening van de bekostigingssystematiek voorbij gaat aan de argumenten van stabiliteit en duidelijkheid die in 2012 zijn aangevoerd bij de destijds ingevoerde systematiek. Ook merkt de Afdeling op dat bij de behandeling van dat voorstel destijds is aangegeven dat de stijging voor kleine instellingen zonder overheidsbijdrage buitenproportioneel zou zijn. Het kabinet merkt hierover op dat het streven nog steeds is de kosten-doorberekening zo duidelijk mogelijk te laten zijn en daarbij zoveel mogelijk stabiliteit te betrachten. Vanwege het afschaffen van de overheidsbijdrage zal het totale door te berekenen bedrag uiteraard toenemen maar is daarna na verwachting wel weer duidelijk en stabiel gedurende 3 jaar. De percentages zijn nu eenmalig licht aangepast omdat de overheidsbijdrage per branche verschilde en hierop een correctie moest worden toegepast. Bovendien bleek het vanwege de sterk gewijzigde regelgeving in de afgelopen 2 jaar nodig de percentages aan te passen naar aanleiding van sterk gewijzigde toezichtintensiteit. Toch is de verwachting dat, zeker als de wijzigingen in de regelgeving weer afnemen, het systeem duidelijk en stabiel blijft. Aangegeven is dat de nu gewijzigde percentages pas over 3 jaar worden herzien. Er is nu sprake van een eenmalige stijging – ook voor kleine instellingen – maar vanwege de stapsgewijze benadering is deze stijging waarop in de memorie van toelichting uitgebreid per branche wordt ingegaan, volgens het kabinet niet buitenproportioneel. Overigens is het kabinet niet voornemens iedere keer stijgingen in de totale toezichtkosten door te voeren maar zal worden gestreefd

naar een evenwicht of – bij goed normconform gedrag van instellingen waardoor de toezichtintensiteit naar beneden kan worden bijgesteld – een daling.

2. Houders van een Europees paspoort

Op grond van (de meeste) Europese richtlijnen op het terrein van de financiële markten kunnen ondernemingen die in een bepaalde lidstaat een vergunning hebben op basis van die vergunning ook in andere lidstaten actief zijn. Dit is het zogenoemde Europees paspoort. Zij kunnen met dit paspoort zonder in de lidstaat van ontvangst een afzonderlijke vergunning aan te vragen zich daar vestigen of daar diensten aanbieden. De kosten voor het toezicht op houders van een Europees paspoort worden thans betaald uit de overheidsbijdrage. Deze ondernemingen betalen dus geen jaarlijkse bijdrage aan de kosten voor het lopende toezicht. Met de afschaffing van de overheidsbijdrage verandert dit en zullen houders van een Europees paspoort een jaarlijkse bijdrage moeten gaan betalen. De Afdeling maakt wat betreft deze jaarlijkse bijdrage twee opmerkingen.

- a. *Verskillende richtlijnen bepalen uitdrukkelijk dat aan ondernemingen met een Europees paspoort geen nadere voorwaarden voor toetreding mogen worden gesteld. Zo bepaalt artikel 16 van de ICBE-richtlijn¹⁷ dat lidstaten er zorg voor dragen dat een beheermaatschappij waaraan haar lidstaat van herkomst een vergunning heeft verleend, op hun grondgebied de onder deze vergunning vallende werkzaamheden zowel door middel van het vestigen van een bijkantoor als door middel van het vrij verrichten van diensten mag uitoefenen. Het tweede lid bepaalt dat de lidstaten de vestiging van een bijkantoor of het verrichten van diensten niet afhankelijk stellen van een vergunning en dit evenmin onderwerpen aan bijkomende verplichtingen ten aanzien van eigen kapitaal of aan maatregelen van gelijke werking. In dezelfde zin bepaalt artikel 32 van de richtlijn MIFID¹⁸ dat de lidstaten [...] geen aanvullende eisen inzake de organisatie en exploitatie van het bijkantoor mogen stellen met betrekking tot de aangelegenheden die door de richtlijn worden bestreken. Uit deze bepalingen zou afgeleid kunnen worden dat de jaarlijkse bijdrage als een nadere voorwaarde gekwalificeerd kan worden. Aan de andere kant kan uit de rechtspraak van het Hof van Justitie afgeleid worden dat de lidstaten, indien hen in richtlijnen bepaalde maatregelen worden voorgeschreven, zij de betrokkenen onder bepaalde voorwaarden kosten in rekening kunnen brengen.¹⁹ De Afdeling adviseert in de toelichting op het vorenstaande in te gaan.*
- b. *De Afdeling merkt vervolgens op dat niet voor alle ondernemingen die over een Europees paspoort kunnen beschikken een grondslag lijkt te zijn om de kosten van het toezicht door te berekenen. Alleen voor het toezicht door DNB op banken met zetel in een andere lidstaat is in de nieuwe bijlage III een regeling getroffen. Ten aanzien van andere typen ondernemingen of het toezicht van de AFM op banken met zetel in een andere lidstaat, wordt niets geregeld. De Afdeling merkt verder op dat niet op voorhand duidelijk is welke maatstaf zal worden gebruikt voor de berekening van de hoogte van*

¹⁷ Richtlijn 2009/65/EG van het Europees parlement en de Raad van 13 juli 2009 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende bepaalde instellingen voor collectieve belegging in effecten (icbe's).

¹⁸ Richtlijn 2004/39/EG van het Europees parlement en de Raad van 21 april 2004 betreffende markten voor financiële instrumenten, tot wijziging van de Richtlijnen 85/611/EEG en 93/6/EEG van de Raad en van Richtlijn 2000/12/EG van het Europees Parlement en de Raad en houdende intrekking van Richtlijn 93/22/EEG van de Raad.

¹⁹ Zie bijvoorbeeld zaak 46/76, Bauhuis en zaak C-508/10 Commissie/Nederland

de individuele bijdrage van een onderneming met zetel buiten Nederland aan het procentuele aandeel van categorie ondernemingen waartoe hij behoort. Ook hier geldt dat alleen voor het toezicht door DNB op banken met zetel in een andere lidstaat een regeling is getroffen.²⁰

Ziet de Afdeling het goed dan is thans veelal gekozen voor een maatstaf die, kort gezegd, overeenkomt met de relatieve omvang van de onderneming ten opzichte van andere ondernemingen binnen die categorie. Zo wordt het aandeel van een beleggingsinstelling bepaald aan de hand van het balanstotaal waarover beheer wordt gevoerd en het aandeel van een bank aan de hand van de minimum omvang van het toetsingsvermogen. Een dergelijk criterium lijkt niet passend indien het een onderneming betreft die hoofdzakelijk niet in Nederland actief is.

De Afdeling adviseert het voorstel in het licht van het voorgaande aan te vullen.

2. Houders van een Europees paspoort

- a. De Afdeling adviseert in de toelichting in te gaan op de vraag hoe het EU-recht zich verhoudt tot het voornemen kosten voor het prudentieel toezicht op bijkantoren van banken door te berekenen aan deze bijkantoren. Het kabinet heeft ervoor gekozen om dit onderdeel van het voorstel te schrappen vanwege de invoering van de bankenunie. Volgens het kabinet vormt het EU-recht echter geen beletsel voor het doorberekenen van deze kosten aan bijkantoren van banken met een zetel in een andere EU-lidstaat. De Afdeling wijst op jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie waaruit volgt dat indien in richtlijnen maatregelen worden voorgeschreven, de betrokkenen daarvoor onder voorwaarden kosten in rekening kunnen worden gebracht. Het kabinet leidt hieruit af dat er geen beletsel is om de kosten van het prudentieel toezicht, dat in overwegende mate volgt uit richtlijnen, door te berekenen aan bijkantoren. Daarbij geldt als voorwaarde dat de kosten niet zodanig hoog mogen zijn dat de verwezenlijking van de door de richtlijnen nagestreefde doelen in gevaar wordt gebracht en het nuttig effect daaraan wordt ontnomen. Het kabinet is van mening dat hiervan, gelet op de beperkte bedragen geen sprake is. Bovendien was dit voorstel in lijn met het uitgangspunt dat de onder toezicht staande instelling in Nederland zelf voor de toezichtkosten betaalt en er wordt zoveel mogelijk aangesloten bij de werkelijk gemaakte kosten. Benadrukt wordt dat er hier dus geen onderscheid werd gemaakt tussen banken met een zetel in Nederland of in de EU/EER.

De reden waarom de bepaling vooralsnog is geschrapt is gelegen in de ontwikkelingen in de bankenunie, waarbij het toezicht op bijkantoren van significante banken uit lidstaten binnenkort door de ECB wordt uitgevoerd²¹. De ECB zal ook een rekening voor haar toezicht aan (bijkantoren van) banken sturen.²² Vanwege deze verschuiving van verantwoordelijkheden zou de kostendoorberekening nog wel beperkt kunnen blijven tot bijkantoren van banken die niet onder dit ECB toezicht vallen maar deze doelgroep is in Nederland vooralsnog beperkt en gaat naar verwachting geen hoge toezichtinspanning met

²⁰ Waarbij overigens slechts wordt bepaald dat een «vast te heffen bedrag wordt gehanteerd» onduidelijk is hoe dat bedrag zal worden bepaald.

²¹ Zie artikel 2 jo. artikel 6 van de verordening (EU) nr. 1024/2013 van de Raad van 15 oktober 2013 waarbij aan de Europese Centrale Bank specifieke taken worden opgedragen betreffende het beleid inzake het prudentieel toezicht op kredietinstellingen (PbEU 2013, L 287).

²² Artikel 30 verordening (EU) nr. 1024/2013 van de Raad van de Europese Unie van 15 oktober 2013 waarbij aan de Europese Centrale Bank specifieke taken worden opgedragen betreffende het beleid inzake het prudentieel toezicht op kredietinstellingen (PbEU 2013, L 287).

- zich mee brengen waardoor een kosten-baten analyse, net als hieronder voor de AFM beredeneerd, negatief uitvalt.
- b. De Afdeling vraagt om een nadere toelichting op het feit dat alleen voor prudentieel toezicht op bijkantoren de kostendoorberekening wordt voorgesteld. De reden waarom al op voorhand niet was gekozen om ook het gedragstoezicht op bijkantoren te belasten is dat deze kosten momenteel zeer beperkt zijn. De bijkantoren van banken in Nederland leveren vooralsnog vooral diensten aan professionele partijen (en niet aan consumenten) waardoor het door de AFM uitgeoefende toezicht gering is.

3. Doorberekening kosten toezichttaken ECB

Ingevolge het voorgestelde artikel 17 Wbft zal DNB de kosten die samenhangen met de voorbereiding van de overdracht van het toezicht op de systeemrelevante banken aan de ECB, doorberekenen aan die banken. Het betreft in dat verband onder meer de doorlichting van de balansen van die banken, de zogenoemde Asset Quality Review.

De Afdeling merkt op dat, nu de overdracht van het toezicht aan de ECB is voorzien per 4 november 2014, het hier kosten betreft die reeds thans door DNB worden gemaakt. Op grond van het geldende bekostigingskader kunnen deze kosten niet aan de betreffende ondernemingen worden doorberekend. De Afdeling merkt op dat daarmee sprake is van het met terugwerkende kracht invoeren van een belastende maatregel. Het feit dat doorberekening pas in 2015 zal geschieden op grond van het uit deze kosten voortvloeiende negatieve exploitatiesaldo, doet daaraan niet af.

De Afdeling wijst op eerdere adviezen waarin is opgemerkt dat aan belastende maatregelen zoals in casu, geen terugwerkende kracht mag worden gegeven, tenzij bijzondere omstandigheden een afwijking van deze regel rechtvaardigen. Die omstandigheden kunnen worden gevormd door een omvangrijk oneigenlijk gebruik of misbruik van een wettelijke voorziening of door aanmerkelijke aankondigingseffecten.²³ De Afdeling is van oordeel dat daarvan in het onderhavige geval geen sprake is. Zij adviseert het voorgestelde artikel 17 Wbft te schrappen.

3. Doorberekening kosten toezichttaken ECB

De Afdeling adviseert het voorgestelde artikel 17 Wbft te schrappen omdat volgens haar geen sprake is van gronden die het instellen van regels met terugwerkende kracht rechtvaardigen. Het kabinet is van oordeel dat de nadelige consequenties van het schrappen van het voorgestelde artikel 17 van dien aard zijn dat de kabinet er in deze uitzonderlijke situatie voor kiest om af te wijken van de kabinetsstandpunten over terugwerkende kracht van fiscale regelgeving.²⁴ Hierbij is voor het kabinet doorslaggevend dat de kosten rechtstreeks te maken hebben met de onderzoeken naar een beperkte groep significante banken en het kabinet het onevenredig acht indien andere partijen deze kosten zouden moeten dragen. Indien artikel 17 geschrapt zou worden dan zou dit jaar een zeer hoog negatief exploitatiesaldo bij DNB ontstaan die volgend jaar volgens de vaste systematiek uitgesmeerd zou worden over

²³ Zie onder meer de adviezen van de Afdeling advisering van de Raad van State van 24 juli 2013 over het voorstel van wet tot wijziging van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 in verband met de invoering van een compartimenteringsreserve (Wet compartimenteringsreserve), (W06.13.0221/III, Kamerstukken II 2012/13, 33 713, nr. 4) en van 10 januari 2013 over het voorstel van wet tot wijziging van de Wet verhuurderheffing (W04.12.0513/I, Kamerstukken II 2012/13, 33 515, nr. 4). Zie ook aanwijzing 167 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

²⁴ Kamerstukken II 1996/97, 25 212, nrs 1–3.

alle onder prudentieel toezicht staande ondernemingen, waaronder pensioenfondsen en verzekeraars. Ook het vergoeden van deze kosten uit algemene middelen acht het kabinet ongewenst. Het kabinet merkt ten aanzien van de kennisgeving aan de betrokken significante banken op dat de ontwikkelingen bij de bankenunie zeer snel zijn gegaan, waardoor het kabinet niet eerder heeft kunnen anticiperen op de inmiddels voorziene tegenvallers bij de toezichtkosten van DNB over 2014. Op het moment dat DNB hun ZBO-begroting 2014 vaststelde heerste er nog onduidelijkheid over de exacte vormgeving van deze balansonderzoeken waardoor hiervoor nog geen begrotingspost kon worden opgesteld. Op het moment dat meer duidelijkheid over de betreffende kosten ontstond hebben het kabinet en DNB de betrokkenen (en de Tweede Kamer) ingelicht over het voornemen deze kosten in rekening te brengen bij de significante banken die onderwerp van het DNB/ECB-onderzoek zijn.²⁵ Volgens het kabinet is er geen betere mogelijkheid dan zo snel mogelijk een regeling te treffen voor het negatieve exploitatiesaldo dat zich op 31 december 2014 zal voordoen als gevolg van de gemaakte kosten voor de balansdoorlichtingen bij de significante banken.

Hierbij wordt nog opgemerkt dat het schrappen van artikel 17 als gevolg zou hebben dat het negatieve exploitatiesaldo dat dit jaar ontstaat volgens de vaste systematiek van de Wbft volgend jaar uitgesmeerd zou worden over alle toezichtcategorieën. Voor 2015 zou in dat geval geregeld moeten worden dat middels een eenmalige verrekening de toezichtcategorie «banken» een forse vermeerdering van de kosten krijgt opgelegd terwijl de overige toezichtcategorieën gecompenseerd zouden worden door een forse vermindering. Dit alternatief is echter omslachtig en houdt geen rekening met de minder significante banken die dan ook met meerkosten worden geconfronteerd. Bovendien zijn de exacte bedragen die met de balansdoorlichtingen gemoeid gaan op het moment van schrijven nog niet bekend (indien er aanleiding toe is zullen namelijk aanvullende balansonderzoeken worden uitgevoerd wat tot hogere kosten leidt) waardoor deze bedragen momenteel niet in deze wijzigingswet opgenomen kunnen worden.

De redactionele opmerking heeft geleid tot het aanvullen van de toelichting bij artikel III waarin nu benadrukt is dat het de bedoeling is om artikel 17 reeds in 2014 in werking te laten treden terwijl artikel 13 pas in 2015 in werking treedt. Op deze wijze worden de verwachte tegenvallers in de prudentiële toezichtkosten over 2014 verrekend met de significante banken en eventuele tegenvallers over 2015 worden dan verrekend met alle banken die onder de bankenunie vallen. In 2014 worden namelijk enkel meerkosten gemaakt aangaande de eenmalige balansdoorlichtingen van significante banken, in 2015 zijn deze doorlichtingen naar verwachting afgerond en betreft het reguliere toezichtkosten. Voorts is een aantal tekstuele wijzigingen doorgevoerd en is een overgangsbepaling toegevoegd omdat het in de toelichting beschreven verrekeningsmodel aangaande Focus! in de nieuwe voorgestelde situatie bij een nadere bestudering niet bleek te functioneren.

4. Redactionele kanttekeningen

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

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

²⁵ Kamerstukken II 2013/14, 32 013, nr. 54.

*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,
J.R.V.A. Dijsselbloem

- In het voorgestelde artikel 13, vierde lid, bezien of de kosten bedoeld in artikel 7 zesde lid, onderdeel c, niet worden toegerekend aan alle banken in plaats van slechts de systeemrelevante banken.