

Kenmerk	W06.14.0394/III
Datum advies	12 december 2014
Vindplaats	Staatscourant 2015, nr. 6333

Volledige tekst

Ontwerpbesluit tot wijziging van het Besluit uitvoering EU-verordeningen financiële markten in verband met de uitvoering en handhaving van verordening (EU) nr. 909/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 23 juli 2014 betreffende de verbetering van de effectenafwikkeling in de Europese Unie, betreffende centrale effectenbewaarinstellingen en tot wijziging van Richtlijnen 98/26/EG en 2014/65/EU en Verordening (EU) nr. 236/2012 (PbEU 2014, L 257), met nota van toelichting.

Bij Kabinetsmissive van 17 oktober 2014, no.2014001989, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Financiën, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het ontwerpbesluit tot wijziging van het Besluit uitvoering EU-verordeningen financiële markten in verband met de uitvoering en handhaving van verordening (EU) nr. 909/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 23 juli 2014 betreffende de verbetering van de effectenafwikkeling in de Europese Unie, betreffende centrale effectenbewaarinstellingen en tot wijziging van Richtlijnen 98/26/EG en 2014/65/EU en Verordening (EU) nr. 236/2012 (PbEU 2014, L 257), met nota van toelichting.

Dit ontwerpbesluit voorziet erin dat in het kader van de uitvoering en handhaving van Verordening (EU) nr. 909/2014 (hierna: de verordening) (*zie noot 1*) zowel de Nederlandsche Bank (DNB) als de Autoriteit Financiële Markten (AFM) worden aangewezen als bevoegde autoriteit. Hierbij worden de samenwerking en de taakafbakening tussen DNB en AFM nader bepaald. Voorts worden in het ontwerpbesluit artikelen uit de verordening aangewezen, waarvoor bij handhaving van een overtreding ervan een last onder dwangsom of bestuurlijke boete kan worden opgelegd. Hiertoe worden de bijlagen bij het Besluit uitvoering EU-verordeningen financiële markten, waarin de betreffende artikelen uit de verordening worden genoemd, aangepast.

De Afdeling advisering van de Raad van State maakt een opmerking over de bindende aanbeveling die DNB aan AFM kan doen. Voorts maakt zij een opmerking over de handhaving van een aantal bepalingen in de verordening waarvoor bij overtreding niet in de mogelijkheid van het opleggen van een dwangsom of boete is voorzien. Ten slotte maakt zij een opmerking over de voor de verschillende overtredingen gekozen boetecategorieën. Zij is van oordeel dat in verband daarmee aanpassing van het ontwerpbesluit wenselijk is.

1. Bindende aanbeveling DNB-AFM

In het voorgestelde artikel 2b van het Besluit uitvoering EU-verordeningen financiële markten is bepaald dat DNB de bevoegdheid heeft om de AFM een bindende aanbeveling te doen over de uitoefening van enkele bevoegdheden. Het betreft de bevoegdheden van de AFM om aan een centrale effectenbewaarinstelling een vergunning te verlenen op grond van de

artikelen 16 of 19 van de verordening, een vergunning in te trekken op grond van artikel 20 van de verordening, of een centrale effectenbewaarinstantie een dwangsom of boete op te leggen op grond van artikel 1:79 of 1:80 van de Wft. De bindende aanbeveling wordt gedaan indien DNB oordeelt dat zwaarwegende redenen betreffende soliditeit van de betrokken onderneming of de stabiliteit van het financiële stelsel daar aanleiding toe geven.

De AFM moet aan een bindende aanbeveling uitvoering geven. Hierdoor heeft de bindende aanbeveling rechtsgevolg en kan de beslissing om een bindende aanbeveling te doen als een besluit in de zin van artikel 1:3 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) worden gekwalificeerd. Tegen dit besluit zou, in elk geval, de AFM als belanghebbende in bezwaar kunnen gaan en beroep kunnen instellen. De bindende aanbeveling wordt in de artikelen 8:3 en 8:4 van de Awb immers niet genoemd als soort besluit dat van beroep is uitgesloten. Het feit dat in het voorgestelde artikel 2b, vierde lid, van het Besluit uitvoering EU-verordeningen financiële markten is bepaald dat de bindende aanbeveling deel uitmaakt van het besluit waarbij uitvoering is gegeven aan die bindende aanbeveling, voorkomt niet dat de bindende aanbeveling als afzonderlijk besluit moet worden aangemerkt. In het licht van de uitvoering van de verordening, die weliswaar rekening houdt met meer dan een aangewezen toezichthouder, maar die daarbij wel uitgaat van een duidelijke bevoegdheidsverdeling (zie *noot 2*) is het niet wenselijk als die uitvoering wordt belemmerd door geschillen tussen DNB en AFM. Om dit te voorkomen kan de beroepsmogelijkheid voor de AFM worden uitgesloten, door het desbetreffende besluit op te nemen in de op grond van artikel 8:5 van de Awb vastgestelde bijlage. In de toelichting wordt niet vermeld of hiertoe een voornemen bestaat.

Hierbij merkt de Afdeling op dat uitsluiting van bezwaar en beroep tegen de bindende aanbeveling er niet aan in de weg hoeft te staan dat een effectenbewaarinstantie in bezwaar en beroep gaat tegen een besluit van de AFM waarin ook de inhoud van de bindende aanbeveling is opgenomen.

De Afdeling adviseert in de toelichting op het voorgaande in te gaan. Voorts adviseert de Afdeling om bij een eerstvolgende gelegenheid de voornoemde bijlage van de Awb aan te passen.

2. Handhaving naleving verordening

In het ontwerpbesluit is voor de overtreding van voorschriften die zijn opgenomen in de artikelen 7, negende en tiende lid, onderdeel a, 47, tweede lid, 49, eerste lid, 51, tweede lid, en 54, zevende lid, van de verordening niet voorzien in de mogelijkheid tot het kunnen opleggen van een sanctie. Voor overtreding van andere voorschriften in de verordening, die in sommige gevallen een gelijksoortige strekking hebben, is wel voorzien in een sanctiemogelijkheid. Zo zijn zowel in het wel beboetbaar gestelde artikel 28, zesde lid, van de verordening als in het niet beboetbaar gestelde artikel 54, zevende lid, van de verordening verplichtingen tot kennisgeving aan de bevoegde autoriteiten opgenomen. Op grond van de artikelen 1:79, eerste lid, onderdeel b, en 1:80, eerste lid, onderdeel b, van de Wft kan worden bepaald dat overtreding van de in de genoemde bepalingen opgenomen voorschriften, tot het opleggen van een dwangsom of boete kan leiden. In de toelichting wordt niet aangegeven om welke redenen de desbetreffende bepalingen niet zijn toegevoegd aan de bijlagen bij het Besluit uitvoering EU-verordeningen financiële markten. Ook kan uit de toelichting niet worden opgemaakt of de naleving van de desbetreffende voorschriften op een andere wijze wordt verzekerd.

De Afdeling adviseert in de toelichting op het voorgaande in te gaan en het ontwerpbesluit zo nodig aan te passen.

3. Boetecategorieën

In de toelichting wordt ten aanzien van de indeling in boetecategorieën slechts vermeld dat daarbij zo veel mogelijk rekening is gehouden met alle mogelijke omstandigheden van het geval. Niet wordt vermeld op basis van welke criteria overtredingen van de verordening zijn ingedeeld. Hierdoor is het niet steeds duidelijk waarom bepaalde overtredingen in een bepaalde categorie thuishoren. Overtredingen van de artikelen 9, eerste lid, 19, vijfde en achtste lid, 23, zevende lid, 28, zesde lid, 30, derde lid, van de verordening hebben alle betrekking op het niet-naleven van de meldplicht aan de bevoegde autoriteiten, maar zij zijn afwisselend in boetecategorie 1 of 2 ingedeeld. Ook is niet duidelijk waarom overtredingen van artikel 48, zevende lid, en 59, derde lid, in boetecategorie 3 zijn geplaatst, terwijl vergelijkbare overtredingen (niet-naleven eisen ten aanzien van koppelingen en prudentiële eisen) in categorie 2 zijn ondergebracht. De overtreding van artikel 37, derde lid, is in categorie 2 geplaatst, terwijl het gaat om het verrichten van niet-toegestane financiële activiteiten. Dergelijke overtredingen zijn voor het overige in categorie 3 geplaatst.

De Afdeling adviseert toe te lichten welke criteria zijn gehanteerd bij de indeling van overtredingen in de drie boetecategorieën en zo nodig het ontwerpbesluit aan te passen.

De Afdeling advisering van de Raad van State geeft U in overweging in dezen een besluit te nemen, nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

De vice-president van de Raad van State

Nader rapport (reactie op het advies) van 16 februari 2015

Het ontwerpbesluit geeft de Afdeling aanleiding tot het maken van opmerkingen die naar haar oordeel aanpassing van het ontwerpbesluit wenselijk maken. Hieronder zal bij de bespreking van het advies de volgorde van de opmerkingen zoals de Afdeling hanteert, worden aangehouden.

1. De Afdeling adviseert om bij eerstvolgende gelegenheid het voorgestelde artikel 2b van het Besluit uitvoering EU-verordeningen toe te voegen aan de zogeheten negatieve lijst van hoofdstuk 1 van bijlage 2 bij de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Op grond van het voorgestelde artikel 2b kan de Nederlandsche Bank (DNB) de Autoriteit Financiële Markten (AFM) een bindende aanbeveling doen over de uitoefening van enkele bevoegdheden met betrekking tot centrale effectenbewaarinstellingen. De Afdeling merkt terecht op dat een bindende aanbeveling gekwalificeerd moet worden als een besluit in de zin van artikel 1:3 Awb. Tegen een dergelijk besluit is bezwaar en beroep mogelijk, in elk geval door de AFM.

Het is echter onwenselijk dat de uitvoering van de verordening kan worden belemmerd door geschillen tussen DNB en de AFM. Conform het advies van de Afdeling zal het voorgestelde artikel 2b van het Besluit uitvoering EU-verordeningen worden opgenomen op de negatieve lijst bij de Awb door middel van wijziging van het gelijktijdig met het onderhavige besluit ter advisering aan de Afdeling toegezonden ontwerp-wetsvoorstel Wet uitvoering verordening centrale effectenbewaarinstellingen, zodat bezwaar en beroep tegen een bindende aanwijzing uitgesloten zijn. Rechtsbescherming van belanghebbenden blijft gewaarborgd doordat een bindende aanbeveling onderdeel uitmaakt van het besluit waarbij uitvoering wordt gegeven aan die bindende aanbeveling. Aldus kan via de band van het uitvoeringsbesluit in rechte worden opgekomen tegen de bindende aanbeveling.

Wellicht ten overvloede wordt opgemerkt dat deze lijn -opname op de negatieve lijst- ook is

gevolgd met betrekking tot de reeds bestaande mogelijkheid een bindende aanbeveling te doen op grond van artikel 1:49, eerste en tweede lid, van de Wet op het financieel toezicht. Ook dit artikel geeft de ene toezichthouder de bevoegdheid de andere toezichthouder een bindende aanbeveling te geven bij het uitoefenen van bepaalde bevoegdheden, maar dan in het kader van de geschiktheid- en betrouwbaarheidstoets.

De nota van toelichting is naar aanleiding van het advies van de Afdeling aangevuld.

2. De Afdeling merkt op dat naar haar oordeel ten onrechte niet is voorzien in een sanctiemogelijkheid bij overtreding van de artikelen 7, negende en tiende lid, onderdeel a, 47, tweede lid, 49, eerste lid, 51, tweede lid, en 54, zevende lid, van de verordening.

Overeenkomstig het advies van de Afdeling zijn deze bepalingen toegevoegd aan artikel I, onderdelen E en F, van het ontwerpbesluit. Handhaving van deze bepalingen geschiedt door middel van oplegging van een last onder dwangsom of bestuurlijke boete.

3. Ten slotte merkt de Afdeling op dat de toelichting bij het ontwerpbesluit niet vermeldt op basis van welke criteria overtredingen van de verordening zijn ingedeeld.

Bij de bepaling in welke boetecategorie overtredingen vallen, is zoveel mogelijk rekening gehouden met alle mogelijk relevante omstandigheden van het geval, zoals de aard en de ernst van de overtreding. De lichtere, administratieve verplichtingen, zoals het (al dan niet periodiek) verstrekken van bepaalde informatie door een centrale effectenbewaarinstantie aan de toezichthouder, zijn opgenomen in boetecategorie 1. Zwaardere informatieverplichtingen, zoals bepaalde meldplichten, alsmede eisen aan de interne bedrijfsvoering van centrale effectenbewaarinstanties, zijn opgenomen in boetecategorie 2. In boetecategorie 3 zijn voorschriften opgenomen die betrekking hebben op de meest essentiële eisen die de verordening stelt, zoals de vergunningplicht voor centrale effectenbewaarinstanties.

Naar aanleiding van het voorgaande is de toelichting dienovereenkomstig aangepast. Overigens is de foutieve plaatsing van artikel 48, zevende lid, in boetecategorie 3 hersteld; deze bepaling is naar boetecategorie 1 verplaatst.

Van de gelegenheid is gebruik gemaakt om een aantal redactionele en inhoudelijke aanpassingen in het ontwerpbesluit aan te brengen. De inhoudelijke wijzigingen worden hierna toegelicht.

Allereerst zijn de artikelen 20, vijfde lid, 48, negende lid, en 57, vijfde lid, van de verordening, toegevoegd aan artikel I, onderdelen E en F van het ontwerpbesluit. Abusievelijk was niet voorzien in de handhaving van voornoemde bepalingen. Artikel 20, vijfde lid, en artikel 57, vijfde lid, bepalen dat bij intrekking van de vergunning van een centrale effectenbewaarinstantie, gezorgd wordt voor een passende procedure voor een tijdige en ordelijke afwikkeling. Artikel 48, negende lid, van de verordening stelt een uiterste termijn waarop interoperabele koppelingen tussen in de lidstaten actieve centrale effectenbewaarinstanties afwikkeling op basis van levering tegen betaling moeten ondersteunen. Om naleving van deze bepalingen te verzekeren, wordt ook voor deze bepalingen de mogelijkheid geïntroduceerd om bij overtreding daarvan een last onder dwangsom of een bestuurlijke boete op te leggen.

Voorts zijn de artikelen 5, derde lid, 6, vijfde lid, 16, tweede lid, 28, vierde lid en 39, vierde lid, verwijderd uit artikel I, onderdelen E en F. Bij nader inzien is gebleken dat die bepalingen niet handhaafbaar zijn.

Ten slotte werd er in de oorspronkelijke toelichting bij het ontwerpbesluit van uitgegaan dat

het ontwerpbesluit eerder in werking zal treden dan het Wijzigingsbesluit financiële markten 2015. Inmiddels is echter het Wijzigingsbesluit financiële markten 2015 (Wijzigingsbesluit) in werking getreden. Het Wijzigingsbesluit wijzigt, evenals het onderhavige besluit, artikel 2a van het Besluit uitvoering EU-verordeningen. De latere inwerkingtreding betekent dat de wijziging die het Wijzigingsbesluit in artikel 2a aanbracht, in het onderhavige besluit in artikel I, onderdeel C, moet worden overgenomen. Het besluit is op dit punt aangepast. Ik moge U hierbij het gewijzigde ontwerpbesluit en de gewijzigde nota van toelichting doen toekomen en U verzoeken overeenkomstig dit ontwerp te besluiten.

De Minister van Financiën

-
- (1) Verordening (EU) nr. 909/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 23 juli 2014 betreffende de verbetering van de effectenafwikkeling in de Europese Unie, betreffende centrale effectenbewaarinstanties en tot wijziging van Richtlijnen 98/26/EG en 2014/65/EU en Verordening (EU) nr. 236/2012 (PbEU 2014, L 257)
- (2) Artikel 11, eerste lid, van de verordening.
-

[Gehele tekst ontwerpregeling met toelichting \(pdf, 187 kB\)](#)