

Vergaderjaar 2010–2011

32 784

Regels met betrekking tot de financiële markten in de openbare lichamen Bonaire, Sint Eustatius en Saba en het toezicht op die markten (Wet financiële markten BES)

Nr. 4

ADVIES RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT¹

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 10 februari 2011 en het nader rapport d.d. 19 mei 2011, aangeboden aan de Koningin door de minister van Financiën. Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Bij Kabinetsmissive van 27 december 2010, no.10.003558, 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 houdende regels met betrekking tot de financiële markten in de openbare lichamen Bonaire, Sint Eustatius en Saba en het toezicht op die markten (Wet financiële markten BES), met memorie van toelichting.

Het voorstel regelt het toezicht op financiële markten in de openbare lichamen Bonaire, Sint Eustatius en Saba (BES). Het vervangt de bestaande wetgeving van Antilliaanse oorsprong en geeft het eerder aangekondigde eindmodel voor de regulering van de financiële markten in de openbare lichamen.

De Afdeling advisering van de Raad van State onderschrijft de strekking van het wetsvoorstel, maar maakt een aantal opmerkingen. Zij is van oordeel dat in verband daarmee enige aanpassing van het voorstel wenselijk is.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 27 december 2010, no. 10.003558, 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 10 februari 2011, no. W06.10.0575/III, bied ik u hierbij aan.

De Afdeling advisering van de Raad van State onderschrijft de strekking van het wetsvoorstel, maar maakt een aantal opmerkingen die naar haar oordeel enige aanpassing van het voorstel wenselijk maken.

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.

1. Het voorstel kent voor de BES een zelfstandig financieel toezichtstelsel. Voor de toepassing ervan worden financiële ondernemingen die zijn gevestigd in de andere landen van het Koninkrijk of in het Europese deel van Nederland, als «buitenlandse» ondernemingen beschouwd. Toch nemen zij in het stelsel – terecht – een bijzondere positie in vanwege de verhoudingen binnen het Koninkrijk. De opzet is hierbij toegesneden op de relatie van de BES met Curaçao en Sint Maarten. Dat is begrijpelijk, nu vooral banken gevestigd op die eilanden over filialen op de BES beschikken en het thans voor de BES voorgestelde toezichtstelsel in belangrijke mate is geënt op het Antilliaanse stelsel, zoals dat blijft bestaan op Curaçao en Sint Maarten. Hierin onderscheiden Curaçao en Sint Maarten zich van Aruba, dat al langer een ander toezichtstelsel heeft. Er zijn bovendien vooralsnog geen Arubaanse banken actief in de BES. Het is naar het oordeel van de Afdeling niettemin aangewezen dat in de toelichting aandacht wordt besteed aan de wenselijkheid, in dit geval in het bijzonder met het oog op de BES, dat op termijn de relaties tussen de verschillende toezichtstelsels, althans binnen de Caribische delen van het Koninkrijk, zoveel mogelijk worden geharmoniseerd. Dit mede in het licht van de vraag in hoeverre de verschillen tussen enerzijds de stelsels van Curaçao en Sint Maarten en anderzijds dat van Aruba op langere termijn een verschil in behandeling rechtvaardigen, zoals het voorstel impliceert. De Afdeling adviseert de toelichting in verband met het vorenstaande aan te vullen.

1. De Afdeling acht het aangewezen dat in de toelichting aandacht wordt besteed aan de positie van Aruba. De opzet van het wetsvoorstel is toegesneden op de relatie van de openbare lichamen met Curaçao en Sint Maarten. Het is echter de vraag, aldus de Afdeling, of de verschillen tussen enerzijds de toezichtstelsels van Curaçao en Sint Maarten en anderzijds dat van Aruba ook op wat langere termijn een verschil in behandeling rechtvaardigen, zoals het voorstel impliceert.

Overeenkomstig het advies van de Afdeling is in het algemene deel van de memorie van toelichting een passage toegevoegd waarin wordt ingegaan op de wenselijkheid om de verschillende toezichtstelsels in de Caribische delen van het Koninkrijk, met inbegrip van Aruba, zoveel mogelijk te harmoniseren. Naarmate van verdergaande harmonisatie sprake is, opent dat op den duur de weg om financiële ondernemingen die afkomstig zijn uit Aruba op dezelfde manier te behandelen als financiële ondernemingen uit Curaçao of Sint Maarten. Gewezen zij in dat verband op artikel 3:1, tweede lid, dat de mogelijkheid biedt om ook andere staten (of delen van het Koninkrijk) aan te wijzen, waar een in de openbare lichamen actieve financiële onderneming haar zetel mag hebben. Overigens is in het wetsvoorstel reeds rekening gehouden met de mogelijkheid dat op enig moment ook ondernemingen uit Aruba in de openbare lichamen actief kunnen worden. Bewust is in de bepalingen over de samenwerking met toezichthoudende instanties in de rest van het Koninkrijk geen beperking tot Curaçao of Sint Maarten opgenomen. Hetzelfde geldt voor het voorgenomen gemeenschappelijke depositogarantiestelsel (DGS) voor de openbare lichamen, Curaçao en Sint Maarten. De formulering van artikel 8:26, tweede lid, laat ruimte voor de mogelijkheid dat in de toekomst ook Aruba zich bij dat gemeenschappelijke DGS aansluit.

2. Artikel 1:27 geeft de mogelijkheid om bij ministeriële regeling vrijstelling te verlenen van regels die deze wet stelt, indien de belangen die de wet beoogt te beschermen, zich daartegen niet verzetten. De Afdeling merkt hierover op dat de voorgestelde bepaling een algemene en open strekking heeft. Zij adviseert in artikel 1:27 nader te specificeren op welke regels de vrijstelling betrekking kan hebben, met inachtneming van

2. De Afdeling merkt voorts op dat het voorgestelde artikel 1:27, dat de mogelijkheid biedt om bij ministeriële regeling vrijstelling te verlenen van regels die de onderhavige wet stelt, een algemene en open strekking heeft. Zij adviseert te specificeren op welke regels de vrijstelling betrekking kan hebben, met inachtneming van de beperking en reikwijdte van de figuur van de ministeriële regeling. Aan het advies van de Afdeling is gevolg gegeven. In artikel 1:27 (thans 1:26) zijn de delen van de wet waarvan vrijstelling kan worden verleend, gespecificeerd.

Van de gelegenheid is gebruik gemaakt om de tekst van het wetsvoorstel en de memorie van toelichting op een aantal punten aan te passen en te verduidelijken.

De belangrijkste aanpassingen kunnen als volgt worden toegelicht.

- In artikel 1:1 zijn in de definitie van *financiële dienst* de geldtransacties geschrapt. Bij nader inzien bestaat er geen behoefte aan die transacties onder de gedragsregels van hoofdstuk 5 te laten vallen. Verder is de definitie van *trustdienst* aangepast om deze in lijn te brengen met een overeenkomstige wijziging van de Europees-Nederlandse Wet toezicht trustkantoren.
- Artikel 1:19 (oud) is geschrapt. Het optrekken van een *Chinese Wall* tussen de toezichttaken in de openbare lichamen en Europees Nederland zou leiden tot een onevenredige belasting van de toezichtautoriteiten, terwijl een dergelijke scheiding ook tussen andere toezichtwetten niet gebruikelijk is. Voorts is de bepaling over gegevensuitwisseling met het Meldpunt ongebruikelijke transacties (artikel 1:23, tweede lid, oud) geschrapt. Voor die gegevensuitwisseling wordt in de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme BES een algemene voorziening opgenomen.
- De vergunningplicht in artikel 2:1 is aangescherpt. Activiteiten van kredietinstellingen, elektronischgeldinstellingen en geldtransactiekantoren waren aanvankelijk alleen vergunningplichtig wanneer zij vanuit een lokale vestiging in de openbare lichamen werden uitgeoefend. Met het oog op de effectiviteit van het toezicht zijn nu alle activiteiten in de openbare lichamen vergunningplichtig, ook wanneer zij vanuit een buitenlandse vestiging worden verricht. De bepaling over inkomende dienstverrichting door elektronischgeldinstellingen kon in verband met deze aanscherping vervallen (artikel 2:23 oud).
- In hoofdstuk 2 ontbrak nog een bepaling over het aanhouden van de beslissing op een vergunningaanvraag, in afwachting van een verklaring van geen bezwaar. Hierin is met artikel 2:10 alsnog voorzien. Voorts zijn de intrekkinggronden voor een vergunning voor kredietinstellingen en verzekeraars in lijn gebracht met de gronden die op grond van de Wet op het financieel toezicht (Wft) gelden (artikel 2:15, tweede lid).
- Aan de voorwaarden voor inkomende dienstverrichting door verzekeraars is een zeteleis toegevoegd (artikel 2:23, eerste lid, onderdeel a) ten einde die voorwaarden beter te doen aansluiten bij artikel 3:1.
- In navolging van Europese ontwikkelingen zijn de eisen die uit hoofde van het prudentieel toezicht aan elektronischgeldinstellingen worden gesteld, versoepeld (zie de artikelen 3:18, 3:23 en 3:36).
- In paragraaf 3.4 is een bepaling opgenomen op grond waarvan een verklaring van geen bezwaar ook bij de AFM kan worden aangevraagd, wanneer er bij de AFM tegelijkertijd een vergunningaanvraag loopt (artikel 3:31).
- De artikelen 4:4, tweede lid, en 4:5, vierde lid, zijn aangevuld met prudentiële eisen die ook voor beheerders en bewaarders van beleggingsinstellingen moeten gelden. De in artikel 1:5 opgenomen

¹ Zie in het bijzonder aanwijzing 26 van de Aanwijzingen voor de regelgeving, dat onder andere bepaalt dat delegatie van regelgevende bevoegdheid aan een minister wordt beperkt tot voorschriften van administratieve aard.

- taakopdracht aan DNB en de samenwerkingsbepaling in artikel 1:14 zijn in verband hiermee eveneens aangepast.
- Verzuimd was de in Wet toezicht beleggingsinstellingen en administrateurs BES opgenomen bepaling over het voorkomen van naamsverwarring over te nemen. Hierin is alsnog voorzien door artikel 4:13.
 - Artikel 4:17 is aangevuld met een actieve en passieve informatieplicht voor kredietinstellingen om de klant te informeren over het van toepassing zijnde depositogarantiestelsel (derde lid).
 - In artikel 4:35 werden schadeverzekeringen in het kader van de portefeuilleoverdracht ten onrechte over dezelfde kam geschoren als levensverzekeringen en natura-uitvaartverzekeringen. In het nieuwe tweede lid is thans het regime dat voor schadeverzekeringen moet gelden, opgenomen.
 - Paragraaf 4.5 is aangevuld in verband met de mogelijkheid dat een overeenkomst inzake een financieel product door tussenkomst van een onderbemiddelaar of een ondergevolmachtigde agent tot stand komt (artikelen 4:41 en 4:46). De ondergevolmachtigde agent is ook toegevoegd aan de definitie van *financiële onderneming* (artikel 1:1); de onderbemiddelaar hoefde niet in die definitie te worden opgenomen, omdat de definitie van *bemiddelaar* geen onderscheid maakt tussen bemiddelen en onderbemiddelen. Verder is in paragraaf 4.5 in navolging van de Wft een bepaling over volmachtverlening opgenomen (artikel 4:47).
 - Artikel 5:5 is aangevuld met een derde lid, op grond waarvan regels kunnen worden gesteld met betrekking tot provisietransparantie. Inzicht in de hoogte van de provisie kan de consument helpen om te komen tot een geïnformeerde beslissing omtrent bepaalde soorten financiële producten.
 - De in artikel 5:17 opgenomen termijn waarbinnen een consument het recht heeft om een kredietovereenkomst zonder opgave van redenen te ontbinden, is verkort tot vijf werkdagen. De aanvankelijk voorgestelde termijn van veertien werkdagen bleek in de praktijk op problemen te stuiten, met name vanwege de van rechtswege ontbinding van andere aan de kredietovereenkomsten verbonden (koop)overeenkomsten.
 - In paragraaf 5.4 ontbrak een nadere regeling betreffende de goedkeuring van het prospectus. Hierin is met artikel 5:20 alsnog voorzien.
 - Artikel 7:7 is uitgebreid met de bevoegdheid van de toezichthouder om woningen binnen te treden. Aan die bevoegdheid bestaat behoefte, omdat het in de openbare lichamen niet ongebruikelijk is dat marktpartijen aan huis kantoor houden. Voor het binnentreden van woningen gelden uiteraard wel bepaalde waarborgen (artikel 7:7, vierde lid).
 - In artikel 7:10, vierde lid, is een voorziening opgenomen voor het geval een (buitenlandse) onderneming haar administratie in het buitenland aanhoudt. De onderneming is in dat geval verplicht om de toezichthouders inzage te verlenen in die administratie en hen ook toegang te verlenen tot de plaats waar die administratie zich bevindt. Voor deze constructie is gekozen, omdat het alternatief – een verplichting om BES-activiteiten altijd vanuit een lokale vestiging in de openbare lichamen te verrichten – onnodig belastend zou zijn.
 - Artikel 7:12, eerste lid, is aangepast, opdat ook aan normadressaten die geen financiële onderneming of houder van een verklaring van geen bezwaar zijn, een aanwijzing kan worden gegeven. Daarbij is gekozen om de aanwijzingsbevoegdheid niet te begrenzen door een opsomming van de categorieën personen tot wie zij kan zijn gericht, maar door te vermelden op welke verplichtingen uit de wet een aanwijzing betrekking kan hebben.
 - In paragraaf 7.5 was ten onrechte het *lex mitior*-beginsel niet opgenomen. Hierin is door middel van artikel 7:31, vierde lid, alsnog voorzien.

- Paragraaf 7.8 is, in navolging van de Wft, aangevuld met een artikel over de openbaarmaking van bepaalde bestuurlijke boeten, nog voordat deze onherroepelijk zijn geworden (artikel 7:50). Het doet afbreuk aan de effectiviteit van het instrument als openbaarmaking alleen mogelijk zou zijn nadat een boete onherroepelijk is geworden. In het wetsvoorstel is daarom de mogelijkheid opgenomen bestuurlijke boeten ter zake van de ernstiger overtredingen vijf dagen na het opleggen ervan openbaar te maken. Deze aanvulling was aanleiding om, opnieuw in navolging van de Wft, ook artikel 7:53 in het wetsvoorstel op te nemen. Op grond van dat artikel dient de behandeling van een verzoek om voorlopige voorziening tegen een voorgenomen openbaarmaking achter gesloten deuren plaats te vinden.
- De artikelen 8:26 tot en met 8:29 zijn aangepast met het oog op het voornemen om een gezamenlijk DGS met Curaçao en Sint Maarten tot stand te brengen. In artikel 8:26, tweede lid, is uitdrukkelijk opgenomen dat het DGS voor de openbare lichamen deel kan uitmaken van een groter Caribisch DGS. Naar het zich laat aanzien, zullen de middelen van dat DGS in een stichting worden ondergebracht (zie artikel 8:27). In verband daarmee is ook de bepaling over subrogatie (artikel 8:29) aangepast.
- In hoofdstuk 10 zijn de artikelen 10:1 en 10:2 aangepast met het oog op een aantal bijzondere situaties die zich voordoen bij vergunningen die op grond van de bestaande toezichtwetten zijn verleend aan krediet-aanbieders en verleners van trustdiensten (zie artikel 10:1, eerste en derde lid, en artikel 10:2, eerste lid). Ook is ervoor gekozen om de aanvankelijk in artikel 10:11 (oud) en 10:24 (oud) opgenomen specifieke bepalingen voor een gefaseerde inwerkingtreding van bepaalde nieuwe verplichtingen te vervangen door het nieuwe artikel 10:21, dat een algemene grondslag bevat voor een gefaseerde inwerkingtreding van de wet. Daarbij dient nog te worden opgemerkt dat het aanvankelijke voornemen om nieuwe verplichtingen pas een jaar later van kracht te laten worden, is bijgesteld. Bij nader inzien is een termijn van een jaar onnodig ruim, reden waarom deze zal worden teruggebracht tot zes maanden.

De overige aanpassingen in het voorstel zijn van overwegend technische of redactionele aard. De memorie van toelichting is in overeenstemming gebracht met het gewijzigde voorstel. Tevens zijn in de toelichting redactionele verbeteringen aangebracht en sommige passages verduidelijkt.

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 waarnemend vice-president van de Raad van State,
P. van Dijk*

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. C. de Jager