

Kenmerk	W06.11.0450/III
Datum advies	14 december 2011
Vindplaats	Staatscourant

Volledige tekst

Ontwerpbesluit houdende wijziging van het Besluit prudentiële regels Wft in verband met de implementatie van richtlijn nr. 2009/111/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 16 september 2009 tot wijziging van de richtlijnen 2006/48/EG, 2006/49/EG en 2007/64/EG wat betreft banken die zijn aangesloten bij centrale instellingen, bepaalde eigenvermogensbestanddelen, grote posities, het toezichtkader en het crisisbeheer (PbEU L 302), met nota van toelichting.

Bij Kabinetsmissive van 25 oktober 2011, no.11.002579, 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 houdende wijziging van het Besluit prudentiële regels Wft in verband met de implementatie van richtlijn nr. 2009/111/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 16 september 2009 tot wijziging van de richtlijnen 2006/48/EG, 2006/49/EG en 2007/64/EG wat betreft banken die zijn aangesloten bij centrale instellingen, bepaalde eigenvermogensbestanddelen, grote posities, het toezichtkader en het crisisbeheer (PbEU L 302), met nota van toelichting.

Het ontwerpbesluit wijzigt het Besluit prudentiële regels Wft (hierna: Bpr) en strekt ter implementatie van richtlijn 2009/111/EG (hierna: de richtlijn). Deze richtlijn is onderdeel van het wijzigingstraject "Capital Requirements Directive II", ook wel de kapitaaleisenrichtlijn (CRD II)(*zie noot 1*) genoemd en is een belangrijke stap om de tekortkomingen bij financiële instellingen, die de financiële crisis aan het licht heeft gebracht, te verhelpen.

Deze richtlijnen bevatten herziene voorschriften inzake het risicobeheer bij beleggingsondernemingen en kredietinstellingen.

De Afdeling advisering van de Raad van State onderschrijft de strekking van het ontwerpbesluit, maar maakt daarbij opmerkingen over de reikwijdte van de grote positen regeling voor financiële instellingen en de wijze waarop enkele lidstaatopties worden ingevuld.

1. Grote positen regeling financiële instellingen

Met de implementatie van de richtlijn wordt in artikel 102 van het Bpr een nieuwe grote positen regeling voor posities in financiële instellingen geïntroduceerd.(*zie noot 2*) Deze regeling houdt in grote lijnen in dat de waarde van de grote posities van een bank of beleggingsonderneming nooit meer mag zijn dan 25% van het eigen vermogen. Ten opzichte van de oude regeling die de totale waarde van de grote posities van financiële ondernemingen beperkte tot achthonderd procent van het toetsingsvermogen is dit een aanzienlijke verzwaring. Door een wijziging in de definitie van de grote posities in artikel 1 van de Bpr worden de posities ten gevolge van zogenaamde intraday risks en settlement risks

echter voor een groot deel uitgezonderd van de nieuwe grote posten regeling door deze posities niet mee te nemen in de bepaling van de grote posten. (zie noot 3)

Genoemde settlement risks en intraday risks kunnen zowel ontstaan door grote posities die de financiële instelling zelf inneemt en voortvloeien uit eigen handelstransacties (trading activities) als uit door cliënt-gedreven transacties die de financiële instelling slechts uitvoert. In beide gevallen kan het gaan om aanzienlijke risico's die het bestaan van de instelling in gevaar kunnen brengen.

De uitzonderingen voor deze posities zijn gebaseerd op het in artikel I, onderdeel 19, van de richtlijn gewijzigde artikel 106 van richtlijn 2006/48/EG. Op grond van jurisprudentie (zie noot 4) dient een bepaling als artikel 106 en de bijbehorende overweging 22 bij de richtlijn, in hun onderlinge samenhang te worden gezien. Overweging 22 geeft aan dat de uitzonderingen voor deze posities gemaakt zijn ten behoeve van cliënten met het oog op een soepele werking van de financiële markten. (zie noot 5) Het Comité van Europese Bank Toezichthouders heeft aan deze overweging een nadere uitwerking gegeven. (zie noot 6)

Dit Comité wijst er op dat het bij het karakter van de uitgezonderde posities ten gevolge van settlement risks en intraday risks in beginsel gaat om cliënt-gedreven transacties. Noch uit de tekst van het ontwerpbesluit noch uit de toelichting blijkt dat genoemde uitgezonderde posities alleen cliënt gedreven transacties betreffen. Gegeven de in potentie zeer grote risico's waar het hier om gaat, acht de Afdeling het gewenst dat de toelichting hier duidelijkheid over geeft.

De Afdeling adviseert de toelichting aan te vullen.

2. Lidstaatopties

a. Lidstaatopties vrijstelling van posities in gedekte obligaties

In artikel I, onderdeel Q, wordt artikel 102 van het Bpr opnieuw vastgesteld waarbij tevens het gewijzigde artikel 113, vierde lid, van de herziene richtlijn banken wordt geïmplementeerd (zie noot 7). Op grond van dit artikel kunnen de in dat lid genoemde posities geheel of gedeeltelijk worden vrijgesteld van de toepassing van de grote postenregeling zoals opgenomen in artikel 111 van de herziene richtlijn banken. Dit geldt onder andere voor posities in geregistreerde gedekte obligaties.

In het ontwerpbesluit wordt van deze mogelijkheid gebruik gemaakt voor geregistreerde gedekte obligaties. Het maximum van 25% van het toetsingsvermogen blijft gehandhaafd voor deze categorie in het geval het toetsingsvermogen € 600 miljoen of meer is. Is het toetsingsvermogen minder, dan geldt een vaste limiet van € 150 miljoen. Hiermee wordt voor kleinere instellingen voor het beleggen in gedekte obligaties dus een gunstiger regime gecreëerd dan het geval zou zijn geweest bij toetsing aan het 25% regime in alle gevallen.

In het ontwerpbesluit wordt hiervoor gekozen omdat Nederlandse instellingen hebben aangegeven dat het zonder deze vrijstelling niet langer mogelijk zou zijn om in deze activa te beleggen. Ook elders in de toezichtwetgeving is gekozen voor een gunstiger behandeling van geregistreerde gedekte obligaties dan andere activa. Wel wordt het ongewenst geacht de vrijstelling onverkort toe te staan. (zie noot 8)

De toelichting lijkt te veronderstellen dat de risico's in gedekte obligaties zijn gemitigeerd doordat zij zijn afgedekt door onderliggende zekerheden. De Afdeling wijst er echter op dat het uiteindelijke risico altijd afhankelijk is van de kwaliteit van deze zekerheden. Dit betekent dat een concentratie van deze risico's bij één partij altijd een zeker (resterend) risico houdt.

De Afdeling vraagt met betrekking tot de wijze waarop de keuze voor deze vrijstelling wordt gemotiveerd in het bijzonder aandacht voor een van de doelstellingen van de richtlijn, te weten het tegengaan van overmatige concentratie van risico's bij één cliënt of groep van verbonden cliënten die kunnen leiden tot een onaanvaardbaar risico van verliezen. Een dergelijke situatie zou nadelig kunnen zijn voor de solvabiliteit van een kredietinstelling. (zie

noot 9)

Hoewel de richtlijn lidstaten de ruimte laat om te kiezen voor een vrijstelling van het regime van artikel 111, acht de Afdeling - verwijzend naar het doel van de richtlijn - de motivering in de toelichting onvoldoende dragend voor de betreffende keuze. Zij adviseert de toelichting hierop aan te vullen.

b. Overige lidstaatopties

Ook van enkele andere in de richtlijn opgenomen lidstaatopties om bepaalde posities buiten de grote posten regeling te houden wordt gebruik gemaakt. (zie *noot 10*) Deze posities kunnen eveneens de nodige risico's met zich meebrengen. Als voorbeeld kunnen hier genoemd worden de documentaire kredieten en niet-opgenomen kredietruimte. Deze kunnen wel degelijk tot belangrijke posities leiden.

Hoewel de Afdeling er begrip voor heeft dat ervoor gekozen wordt dergelijke posities buiten de grote posten regeling te houden, ontbreekt in de toelichting hiervoor een dragende motivering.

De Afdeling adviseert de toelichting hierop aan te vullen.

3. Voor redactionele kanttekeningen verwijst de Afdeling naar de bij het advies behorende bijlage.

De Afdeling advisering van de Raad van State geeft U in overweging in dezen een besluit te nemen, nadat aan het vorenstaande aandacht zal zijn geschonken.

De vice-president van de Raad van State

Bijlage bij het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State betreffende no.W06.11.0450/III met redactionele kanttekeningen die de Afdeling in overweging geeft.

- Het ontwerpbesluit vormt naast een gedeeltelijke implementatie van richtlijn 2009/111 (CRD II) ook een gedeeltelijke implementatie van richtlijn 2010/76 (CRD III). De aanhef, artikel IV (citeertitel) van het ontwerpbesluit en de transponeringstabel dient hierop aangepast te worden.

- In het voorgestelde artikel I, onderdeel A, subonderdeel 2, (de definitie van grote posities) de artikelleden 1 en 2 verletteren tot de artikelleden a en b.

- In het voorgesteld artikel I, onderdeel M, in artikel 91, tweede lid, onderdeel h, de zinsnede "voldoen aan de artikel 91a" vervangen door: voldoen aan artikel 91a.

- In het voorgestelde artikel I, onderdeel N, in artikel 91a, eerste lid, de zinsnede "De als vermogensbestanddelen" vervangen door: De vermogensbestanddelen.

- In artikel II van het ontwerpbesluit bij de verwijzingen naar diverse artikelen waaronder artikel 69 en artikel 91 en 91a, aangeven naar welk besluit verwezen wordt, in casu het Besluit prudentiële regels Wft.

Nader rapport (reactie op het advies) van 21 december 2011

De Afdeling advisering van de Raad van State onderschrijft de strekking van het ontwerpbesluit, maar maakt daarbij opmerkingen over de reikwijdte van de grote posten regeling voor financiële instellingen en de wijze waarop enkele lidstaatopties worden ingevuld.

1. Grote posten regeling financiële instellingen

De Afdeling advisering van de Raad van State merkt op dat door een wijziging in de definitie van grote posities in artikel 1 van het Besluit prudentiële regels Wft twee risico's grotendeels zijn uitgesloten van de grote posten regeling: settlement risk en intraday risk. Deze risico's kunnen op twee manieren ontstaan: enerzijds risico's uit door cliëntgedreven transacties waarbij een financiële instelling slechts een uitvoerder is, anderzijds risico's uit eigen handelsposities van een financiële instelling. Uitgangspunt van de richtlijn is dat het bij de uitgezonderde posities gaat om de risico's die voortvloeien uit cliëntgedreven transacties, zoals aangegeven in de overweging 22 van richtlijn 2009/111/EG. De Afdeling advisering van de Raad van State merkt echter op dat dit uitgangspunt noch in de tekst van het ontwerpbesluit noch in de nota van toelichting is opgenomen.

De artikelsgewijze toelichting bij artikel I, onderdeel A, is op dit punt aangevuld.

2. Lidstaattopties

a. Lidstaattoptie vrijstelling van posities in geregistreerde gedekte obligaties

De Afdeling advisering van de Raad van State merkt op dat de invulling van de lidstaattoptie die betrekking heeft op posities in geregistreerde gedekte obligaties onvoldoende gemotiveerd is.

Op grond van de herziene richtlijn banken worden geregistreerde gedekte obligaties volledig uitgezonderd van het grote posten regime. Dit betekent dat er op dit moment geen maxima gelden voor het aanhouden van deze instrumenten. Richtlijn 2009/111/EG geeft lidstaten de mogelijkheid om deze uitzondering te blijven hanteren. Nederland heeft er echter voor gekozen om geen volledige uitzondering van het grote posten regime op te nemen voor geregistreerde gedekte obligaties, maar ze op dezelfde manier te behandelen als andere exposures aan financiële tegenpartijen (artikel 102, tweede tot en met vierde lid van het ontwerpbesluit). Deze behandeling houdt in dat een instelling niet meer dan 25% van toetsingsvermogen in een positie aan een andere instelling mag aanhouden, tenzij het om een instelling gaat die minder dan €600 miljoen toetsingsvermogen heeft. In dat geval mag een instelling een grotere positie dan 25% aanhouden, mits de waarde van de grote positie niet hoger is dan €150 miljoen en niet meer bedraagt dan 100% van het toetsingsvermogen. Hiermee wordt deze nationale optie gedeeltelijk benut. Het aansluiten bij de algemene behandeling van posities tussen financiële instellingen bij de invulling van deze lidstaattoptie doet recht aan de doelstelling van de richtlijn, namelijk het tegengaan van overmatige concentratie van risico's bij één cliënt of groep van verbonden cliënten.

Aanvullend wordt opgemerkt dat de nota van toelichting bij het ontwerpbesluit ten onrechte suggereert dat geregistreerde gedekte obligaties een mildere behandeling genieten dan andere exposures aan financiële tegenpartijen en is daarom aangepast.

b. Overige lidstaattopties

De Afdeling advisering van de Raad van State merkt op dat, naast de uitzondering van posities in geregistreerde gedekte obligaties, ook enkele andere in de richtlijn opgenomen lidstaattopties worden gebruikt. De nota van toelichting bevat echter geen toelichting op de keuzes die hieraan ten grondslag liggen.

De overige lidstaattopties die betrekking hebben op het grote posten regime zijn opgenomen in regelingen van DNB. In de wijzigingsregeling (*zie noot 11*) waarin deze lidstaattopties zijn verwerkt is een toelichting op deze lidstaattopties opgenomen.

Voor de lidstaattoptie die betrekking heeft op geregistreerde gedekte obligaties is een uitzondering op deze systematiek gemaakt. De invulling van deze lidstaattoptie is in overleg met de sector tot stand gekomen. Naar aanleiding van deze discussie werd door de wens uitgesproken om de keuze voor de invulling van deze lidstaattoptie in wet- of regelgeving op

te nemen. Derhalve is deze lidstaattopties in het ontwerpbesluit opgenomen.

3. Redactionele opmerkingen

- De aanhef van het ontwerpbesluit alsmede de bijbehorende Transponeringstabel zijn naar aanleiding van de opmerking van de Afdeling advisering van de Raad van State aangepast, waarmee een verwijzing naar richtlijn 2010/76/EG is opgenomen. Daarnaast is een verwijzing naar deze richtlijn opgenomen in de inleiding van de nota van toelichting.

Naast deze aanpassingen is overwogen om de citeertitel van het ontwerpbesluit dienovereenkomstig aan te passen. Hier is echter niet voor gekozen, aangezien hiermee ten onrechte het beeld zou kunnen ontstaan dat de implementatie van richtlijn 2010/76/EG een vergelijkbaar gewicht heeft in betreffend ontwerpbesluit en bijbehorend wetvoorstel, terwijl het zwaartepunt van deze wetgeving ligt bij de implementatie van richtlijn 2009/111/EG.

- De overige redactionele opmerkingen van de Afdeling advisering van de Raad van State zijn verwerkt in het ontwerpbesluit.

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) De CRD II bestaat uit drie wijzigingsrichtlijnen 2009/27/EG, 2009/83/EG en 2009/111/EG en wijzigt de herziene richtlijn banken (2006/48/EG) en de herziene richtlijn kapitaaltoereikendheid (2006/49/EG), samen aangeduid als de CRD.

(2) De grote postenregeling luidt als volgt:

Artikel 111, eerste lid, Richtlijn 2006/48/EG:

1. Een kredietinstelling kan, met in aanmerkingneming van het effect van de kredietrisicolimitering overeenkomstig de artikelen 112 tot en met 117, jegens een cliënt of een groep van verbonden cliënten geen positie innemen waarvan de waarde meer dan 25% van haar eigen vermogen bedraagt. Wanneer deze cliënt een instelling is of wanneer een groep van verbonden cliënten een of meer instellingen omvat, kan deze waarde niet meer bedragen dan 25% van het eigen vermogen van de kredietinstelling of — als dit hoger is — 150 miljoen EUR, voor zover de som van de waarde van de posities, met in aanmerkingneming van het effect van de kredietrisicolimitering overeenkomstig de artikelen 112 tot en met 117, jegens alle verbonden cliënten die geen instelling zijn, niet meer bedraagt dan 25 % van het eigen vermogen van de kredietinstelling.

Indien het bedrag van 150 miljoen EUR meer bedraagt dan 25% van het eigen vermogen van de kredietinstelling, mag de waarde van de positie, met in aanmerkingneming van het effect van de kredietrisicolimitering overeenkomstig de artikelen 112 tot en met 117, een redelijke limiet, gelet op het eigen vermogen van de kredietinstelling, niet te boven gaan. Deze limiet wordt door kredietinstellingen bepaald in overeenstemming met de gedragslijnen en procedures bedoeld in bijlage V, punt 7, met het oog op het aanpakken en beheersen van concentratierisico's, en mag niet meer bedragen dan 100% van het eigen vermogen van de kredietinstelling.

De lidstaten kunnen een limiet vaststellen die lager is dan 150 miljoen EUR, en stellen de Commissie daarvan in kennis.

(3) Settlement risks zijn de risico's die ontstaan doordat de afhandeling van de verschillende verplichtingen van een financiële transactie niet tegelijkertijd plaats vindt. Een dergelijk risico ontstaat bij voorbeeld wanneer gekochte valuta's of effecten wel betaald zijn, maar door

verschil in tijdzones niet geleverd zijn door de tegenpartij. In dat geval is er het risico dat de tegenpartij partij voordat de transactie is afgewikkeld niet meer aan haar verplichtingen kan voldoen.

Intraday risks zijn de risico's behorende bij financiële transacties die op dezelfde dag waarop zij zijn aangegaan, ook weer worden afgewikkeld.

(4) Arrest Nilsson, zaak C-162/97, overweging 54.

(5) Overweging 22 van richtlijn 2009/111/EG: Aangezien een verlies op een positie jegens een kredietinstelling of een beleggingsonderneming even ernstig kan zijn als een verlies op enig andere positie, moeten dergelijke posities op dezelfde wijze worden behandeld en gemeld als elke andere positie. Er is evenwel voorzien in een alternatieve kwantitatieve beperking om het onevenredig zware effect van die benadering op instellingen van geringere omvang af te zwakken. Daarnaast worden zeer kortstondige posities in verband met geldtransfers, waaronder de uitvoering van betalingsopdrachten, clearing, afwikkeling en bewaring van financiële instrumenten ten behoeve van cliënten uitgezonderd met het oog op een soepele werking van de financiële markten en de daaraan gerelateerde infrastructuur. Die diensten omvatten bijvoorbeeld de verevening en afwikkeling van onderlinge geldposities en andere activiteiten die de afwikkeling versoepelen. De bedoelde posities omvatten posities die mogelijk niet voorspelbaar zijn en waarover de banken dus niet de volledige controle hebben, onder meer saldo's op interbancaire rekeningen die al dan niet rechtstreeks resulteren uit betalingen van cliënten, met inbegrip van overgemaakte of afgeboekte honoraria en rente, en andere betalingen voor cliëntendiensten, alsmede gegeven of ontvangen zekerheden.

(6) Implementation guidelines on Article 106(2)(c) and (d) of Directive 2006/48/EC recast, 28 juli 2010,

<http://www.eba.europa.eu/Publications/Standards-Guidelines.aspx>

(7) Richtlijn 2006/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 14 juni 2006 betreffende de toegang tot en de uitoefening van de werkzaamheden van kredietinstellingen (herschikking) (PbEU L 177).

(8) Nota van Toelichting, blz. 31 en 32.

(9) Zie overweging nr. 17 van richtlijn 2009/111.

(10) Nota van Toelichting, blz. 17: Naast de vrijstelling van geregistreerde gedekte obligaties op grond van artikel 113, vierde lid, onderdeel a, van de herziene richtlijn banken is een drietal vrijstellingen opgenomen in de Regeling solvabiliteitseisen kredietrisico 2010 (RSK 2010) van DNB. Het betreft hier de vrijstellingen op grond van artikel 113, vierde lid, onderdelen d, g en i. Deze zijn opgenomen in artikel 7:8, onderdelen f, g en h van de Regeling solvabiliteitseisen kredietrisico 2010.

(11) Regeling van De Nederlandsche Bank N.V. van 26 oktober 2010 tot wijziging van de regelingen solvabiliteitseisen voor het kredietrisico, voor het marktrisico en voor het operationeel risico, in verband met de implementatie van de richtlijnen nr. 2009/27/EG, nr. 2009/83/EG en nr. 2009/111/EG (Wijzigingsregeling solvabiliteitseisen Wft 2010 in verband met de implementatie van CRD II richtlijnen).

[Gehele tekst ontwerpregeling met toelichting \(pdf, 185 kB\)](#)