

Wijziging van Wet op het financieel toezicht en de Wet op de economische delicten in verband met de uitvoering van Verordening (EU) nr. 2016/1011 van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2016 betreffende indices die worden gebruikt als benchmarks voor financiële instrumenten en financiële overeenkomsten of om de prestatie van beleggingsfondsen te meten en tot wijziging van Richtlijnen 2008/48/EG en 2014/17/EU en Verordening (EU) nr. 596/2014 (PbEU 2016, L 171) (Wet uitvoering verordening financiële benchmarks)

MEMORIE VAN TOELICHTING

ALGEMEEN

§1. Inleiding

Dit wetsvoorstel geeft uitvoering aan enkele aspecten van Verordening (EU) nr. 2016/1011 van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2016 betreffende indices die worden gebruikt als benchmarks voor financiële instrumenten en financiële overeenkomsten of om de prestatie van beleggingsfondsen te meten en tot wijziging van Richtlijnen 2008/48/EG en 2014/17/EU en Verordening (EU) nr. 596/2014 (PbEU 2016, L 171) (hierna: de verordening financiële benchmarks). De verordening vormt, samen met de gewijzigde verordening en richtlijn marktmisbruik (Verordening (EU) nr. 596/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 16 april 2014 betreffende marktmisbruik (PbEU 2014, L 173) en Richtlijn nr. 2014/57/EU van het Europees Parlement en de Raad van 16 april 2014 betreffende strafrechtelijke sancties voor marktmisbruik (PbEU 2014, L 173)), de Europese reactie op enkele spraakmakende fraudezaken met betrekking tot benchmarks als LIBOR en EURIBOR.

§ 2. De verordening financiële benchmarks

Benchmarks vervullen een belangrijke rol in het financiële stelsel. Veel financiële instrumenten en overeenkomsten gebruiken benchmarks voor de prijsstelling. EURIBOR en LIBOR worden veel gebruikt als basis voor het bepalen van rentetarieven voor bijvoorbeeld hypothecaire leningen. De Brent-index is een veelgebruikte benchmark voor oliecontracten en de valuta-index van WM/Reuters wordt veel gebruikt in contracten die ondernemingen afsluiten om valutarisico af te dekken. Recente gevallen van fraude rondom benchmarks als EURIBOR, LIBOR en de index van WM/Reuters hebben laten zien dat benchmarks gevoelig voor manipulatie kunnen zijn. Het verbieden van manipulatie van benchmarks is niet afdoende om de risico's weg te nemen die zich voor doen bij de totstandkoming en het gebruik van benchmarks. De verordening financiële benchmarks biedt daarom een regelgevend kader voor de totstandkoming en het gebruik van benchmarks in de Europese Unie met als doel de integriteit, de betrouwbaarheid en de geschiktheid van financiële benchmarks te verbeteren. De verordening bevat daartoe verschillende elementen.

Ten eerste introduceert de verordening een vergunningplicht en doorlopend toezicht voor beheerders van benchmarks. Deze partijen, die verantwoordelijk zijn voor de totstandkoming van benchmarks, moeten voldoen aan allerhande eisen die erop gericht zijn belangenconflicten in het totstandkomingsproces te voorkomen en de kwaliteit van inputgegevens en gebruikte methodologieën te waarborgen.

Benchmarks, de onderliggende markten, contribuanten en beheerders kunnen echter sterk van elkaar verschillen. Rentebenchmarks zoals EURIBOR kwamen vanouds tot stand op basis van subjectieve inschattingen van contribuerende banken, terwijl de AEX-index berekend wordt op basis van daadwerkelijke transactiedata. Om een "*one-size-fits-none*"-aanpak te voorkomen, kent de verordening verschillende mechanismen om tot een proportionele aanpak te komen. Er is bijvoorbeeld een aparte regime voor grondstoffenbenchmarks dat aansluit bij reeds bestaande internationale principes rond de totstandkoming van dergelijke benchmarks. Ook voor rentebenchmarks is een apart regime om de specifieke risico's van dergelijke benchmarks beter te adresseren. Voor benchmarks die tot stand komen op basis van transactiedata van gereguleerde handelsplatformen, zoals de AEX-index, is er een lichter regime.

Daarnaast wordt onderscheid gemaakt in grootte: indien de onderliggende waarde van de contracten waarin de benchmark wordt gebruikt minstens €500 miljard bedraagt dan wordt de benchmark als cruciaal gezien. In dat geval zijn alle eisen met betrekking tot de totstandkoming van toepassing op de beheerder. Indien de onderliggende waarde van de contracten tussen de €50 en 500 miljard ligt, is er sprake van een significante benchmark en kan de beheerder kiezen om gebruik te maken van enkele gerichte vrijstellingen op de eisen. Ligt de onderliggende waarde van de contracten waarin een benchmark wordt gebruikt onder de €50 miljard, dan is er sprake van een niet-significante benchmark. De beheerder van een dergelijke benchmark kan van additionele vrijstellingen gebruik maken. Deze beheerders hoeven ook geen vergunning aan te vragen, maar dienen zich te registreren bij de toezichthouder.

Ten tweede stelt de verordening (indirect) enige eisen aan de partijen die bijdragen aan de benchmark, de zogenaamde contribuanten. Deze eisen richten zich voornamelijk op het proces van aanlevering van inputgegevens en hebben tot doel de integriteit en de betrouwbaarheid van inputgegevens te waarborgen. Voor contribuanten die reeds onder toezicht staan stelt de verordening zelf concrete eisen. Van andere contribuanten wordt verwacht dat zij zich committeren aan een door de beheerder van een benchmark opgestelde gedragscode die deze materie bestrijkt.

Verder geldt dat reeds onder toezichtstaande partijen verplicht kunnen worden om bij te dragen aan een cruciale benchmark. Indien contribuanten van een cruciale benchmark besluiten te stoppen met aanleveren dan kan de toezichthouder van de beheerder besluiten dat die instelling verplicht wordt om bij te dragen aan de benchmark. Wel geldt dat de representativiteit van de benchmark in gevaar moet komen door de stoppende contribuanten. Ook dient de toezichthouder van de beheerder een dergelijke maatregel in samenspraak met de toezichthouder van de onder toezichtstaande partij te nemen.

De plicht om bij te dragen kan aan elke geschikte onder toezichtstaande partij opgelegd worden; niet alleen aan de partijen die willen stoppen met bijdragen. Uiteraard moet de partij die verplicht wordt om bij te dragen wel actief zijn op de markt die de benchmark beoogt te meten. Bij een interbancaire rentebenchmark zullen het derhalve vooral banken zijn die verplicht kunnen

worden om bij te dragen aan de benchmark; beleggingsondernemingen zullen in de regel weinig actief zijn op de interbancaire geldmarkt.

Tot slot stelt de verordening een aantal eisen aan de informatievoorziening over benchmarks. Beheerders dienen een zogenaamde benchmarkverklaring te publiceren waarin wordt ingegaan op het doel van de benchmark (wat beoogt de benchmark te meten), de wijze van berekening, hoe omgegaan wordt met situaties waarin de benchmark tijdelijk niet goed berekend kan worden en de maatregelen die de beheerder zal nemen in het geval de benchmark wordt stopgezet. Op grond van dergelijke informatie kunnen gebruikers beter bepalen of een benchmark geschikt is voor hun doel.

In het kader van informatievoorziening amendeert de verordening tevens de richtlijn consumentenkrediet en de richtlijn hypothecair krediet.¹ Aan deze richtlijnen wordt een bepaling toegevoegd op grond waarvan een kredietaanbieder de consument op de hoogte moet stellen van de naam van de benchmark, de naam van de beheerder en de mogelijke gevolgen voor de consument indien het krediet gebruik maakt van een benchmark.

§ 3. Wijziging Nederlandse regelgeving

Europese verordeningen werken naar hun aard rechtstreeks en behoeven dan ook in principe geen implementatie in Nederlandse wet- en regelgeving. Dit geldt ook voor het grootste gedeelte van de verordening financiële benchmarks met uitzondering van twee elementen: het toezicht op de naleving van de verordening en de wijzigingen die de verordening aanbrengt in de richtlijn consumentenkrediet en de richtlijn hypothecair krediet.

De verordening financiële benchmarks stelt in de artikelen 41 en 42 een aantal eisen aan het toezicht op de naleving van de bepalingen uit de verordening. De Autoriteit Financiële Markten (AFM) beschikt op grond van de Wet op het financieel toezicht (Wft) reeds over de meeste door de verordening vereiste bevoegdheden. Het bestaande kader voldoet echter niet volledig aan hetgeen de verordening op dit gebied vereist. Het wetsvoorstel past daarom artikel 1:87, eerste lid, van de Wft aan. Voornoemd artikel behelst de mogelijkheid voor toezichthouders om personen tijdelijk de bevoegdheid te onttrekken om bepaalde functies uit te oefenen in financiële ondernemingen of marktexploitanten. Artikel 1:87, eerste lid, van de Wft wordt zodanig aangepast dat de toezichthouders ook personen de bevoegdheid kunnen onttrekken om bepaalde functies in een beheerder van een benchmark te vervullen.

Wat betreft het toezicht op de naleving zal verder overtreding van de artikelen 29, eerste lid en 34, eerste lid, van de verordening financiële benchmarks strafbaar worden gesteld. Hiertoe voegt het wetsvoorstel deze bepalingen toe aan de Wet op de economische delicten (WED).

Artikel 29, eerste lid, betreft de plicht voor marktpartijen in de Europese Unie om alleen benchmarks te gebruiken die zijn opgenomen in het door de *European Securities and Markets Authority* (ESMA) beheerde register. Het gaat, kort gezegd, om benchmarks van vergunninghoudende beheerders met zetel in

¹ Richtlijn nr. 2008/48/EG van het Europese 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, L 133) en 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).

de Europese Unie of benchmarks waarvan de beheerder zetelt in een derde land, maar die op grond van de derdelandenprocedure zijn goedgekeurd voor gebruik in de Europese Unie. Artikel 29, eerste lid, is derhalve één van de kernbepalingen van de verordening. Benchmarks die zijn opgenomen in het register zijn volgens de regels van de verordening tot stand gekomen en zouden in beginsel bestand moeten zijn tegen manipulatie. Door een niet-geregistreerde benchmark te gebruiken in een financieel product, verkoopt de aanbieder in essentie een product dat niet aan alle wettelijke vereisten voldoet. Dit zou als een vorm van fraude gezien kunnen worden. Overtreding van artikel 29, eerste lid, van de verordening vormt derhalve een schending van het hoofddoel van de verordening. De zaken rond LIBOR en EURIBOR hebben laten zien dat fraude met benchmarks een groot effect op het vertrouwen in de financiële sector kunnen hebben. In navolging van de mogelijkheid om fraude rond de totstandkoming van benchmarks strafrechtelijk te handhaven, is het passend dat fraude bij het gebruik van benchmarks ook strafrechtelijk vervolgd kan worden. Indien een marktpartij gebruik maakt van een niet-geregistreerde benchmark zal het Openbaar Ministerie (OM) die marktpartij op grond van dit wetsvoorstel daarom strafrechtelijk kunnen vervolgen.

Artikel 34, eerste lid, van de verordening financiële benchmarks betreft de vergunningplicht voor beheerders van benchmarks. Ook de vergunningsplicht is één van de hoofdnormen van de verordening. Een verkregen vergunning laat zien dat de desbetreffende beheerder in beginsel in overeenstemming met de verordening handelt en dat de door hem beheerde benchmarks in principe voldoen aan de eisen van de verordening financiële benchmarks. Schending van deze norm, raakt derhalve ook aan de kern van de verordening. Daarnaast wordt met het opnemen van de vergunningplicht in de WED aangesloten bij de bestaande praktijk: de vergunningplichten uit de Wft zijn reeds opgenomen in de WED.

De mogelijkheid tot strafrechtelijke handhaving laat uiteraard het principe onverlet dat iemand niet tweemaal voor hetzelfde feit bestraft mag worden. In voorkomend geval zal dus een keuze tussen bestuursrechtelijke of strafrechtelijke handhaving moeten worden gemaakt.

De wijzigingen die de verordening financiële benchmarks aanbrengt in de richtlijn consumentenkrediet en de richtlijn hypothecair krediet zullen worden geïmplementeerd in het Besluit gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft (BGfo) middels het Besluit uitvoering verordening financiële benchmarks. De verordening financiële benchmarks voegt concreet aan artikel 5, eerste lid, van de richtlijn consumentenkrediet en artikel 13, eerste lid, van de richtlijn hypothecair krediet onderdelen toe die duidelijk maken dat indien in een krediet gebruik wordt gemaakt van een benchmark er bepaalde informatie over de benchmark aan de consument moet worden verstrekt. Voornoemde bepalingen uit beide richtlijnen zijn geïmplementeerd in de artikelen 51b en 112 van het BGfo. De bepalingen uit het BGfo zullen middels het Besluit uitvoering verordening financiële benchmarks in lijn worden gebracht met de gewijzigde richtlijnartikelen.

§ 4. Gevolgen voor het bedrijfsleven

Het wetsvoorstel introduceert ten opzichte van de verordening financiële benchmarks geen additionele normen en zorgt derhalve niet tot additionele administratieve lasten of nalevingskosten.

§ 5. Transponeringstabel

Gebruikte afkortingen:

<i>BGfo</i>	<i>Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft</i>
<i>BuEU</i>	<i>Besluit uitvoering EU-verordeningen financiële markten</i>
<i>Sr</i>	<i>Wetboek van Strafrecht</i>
<i>Sv</i>	<i>Wetboek van Strafvordering</i>
<i>WED</i>	<i>Wet op de economische delicten</i>
<i>Wft</i>	<i>Wet op het financieel toezicht</i>

De verordening is rechtstreeks van toepassing en hoeft derhalve in principe niet geïmplementeerd te worden in nationale wet- en regelgeving. In onderstaande tabel zijn daarom alleen de bepalingen vermeldt die tot implementatie in nationale wet- en regelgeving zouden kunnen leiden. Meer concreet gaat het om de bepalingen uit de verordening financiële benchmarks op het gebied van toezicht en handhaving en de wijzigingen die de verordening aanbrengt in de richtlijn consumentenkrediet en de richtlijn hypothecair krediet.

Transponeringstabel behorende bij verordening (EU) nr. 2016/1011 van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2016 betreffende indices die worden gebruikt als benchmarks voor financiële instrumenten en financiële overeenkomsten of om de prestatie van beleggingsfondsen te meten en tot wijziging van Richtlijnen 2008/48/EG en 2014/17/EU en Verordening (EU) nr. 596/2014 (PbEU 2016, L 171)

Artikel, -lid of - onderdeel verordening	Te implementeren in	Bijzonderheden
Artikel 40, eerste lid	Artikelen 1 en 2 van het BuEU	Wordt opgenomen in het Besluit uitvoering verordening financiële benchmarks
Artikel 41, eerste lid, onderdeel a	Behoeft geen implementatie	Volgt reeds uit artikel 1:72 Wft jo. artikel 5:17 Awb
Artikel 41, eerste lid, onderdeel b	Behoeft geen implementatie	Volgt reeds uit artikel 1:72 Wft jo. artikel 5:16 Awb en artikel 1:74, eerste lid, Wft
Artikel 41, eerste lid, onderdeel c	Behoeft geen implementatie	Volgt reeds uit artikel 1:72 Wft jo. artikel 5:16 Awb en artikel 1:74, eerste lid, Wft
Artikel 41, eerste lid, onderdeel d	Behoeft geen implementatie	Volgt reeds uit artikel 1:72 Wft jo. artikel 5:15, eerste lid en artikel 5:17 Awb
Artikel 41, eerste lid, onderdeel e	Behoeft geen implementatie	Volgt reeds uit artikel 1:72 Wft jo. artikel 5:15, eerste lid en artikel 5:17 Awb
Artikel 41, eerste lid, onderdeel f	Behoeft geen implementatie	Volgt reeds uit artikel 1:72 Wft jo. artikel 5:16 Awb en

		artikel 5:17 Awb
Artikel 41, eerste lid, onderdeel g	Artikel 1, onder 2°, WED	De wetswijziging betreft de strafbaarstelling. De inzet van de bevoegdheid door het OM volgt verder uit artikel 18 WED en Eerste Boek, titel IV, derde afdeling, Sv
Artikel 41, eerste lid, onderdeel h	Behoeft geen implementatie	Volgt reeds uit de artikelen 1:75 en 1:79 Wft
Artikel 41, eerste lid, onderdeel i	Artikel 1:87, eerste lid, Wft	
Artikel 41, eerste lid, onderdeel j	Behoeft geen implementatie	Volgt reeds uit artikel 1:75 Wft
Artikel 41, tweede lid	Behoeft geen implementatie	Volgt reeds uit de Hoofdstukken 1.3 en 1.4 Wft
Artikel 41, derde lid	Behoeft geen implementatie	Volgt reeds uit de Hoofdstukken 1.3 en 1.4 Wft
Artikel 41, vierde lid	Behoeft geen implementatie	Deze bepaling werkt naar zijn aard rechtstreeks.
Artikel 42, eerste lid	Artikelen 1 en 2 van het BuEU	
Artikel 42, tweede lid, onderdeel a	Behoeft geen implementatie	Volgt reeds uit de artikelen 1:75 en 1:79 Wft.
Artikel 42, tweede lid, onderdeel b	Artikel 1, onder 2°, WED	De wetswijziging betreft de strafbaarstelling. De inzet van de bevoegdheid door het OM volgt verder uit de artikelen 8 WED en artikel 36e Sr.
Artikel 42, tweede lid, onderdeel c	Artikelen 1 en 2 van het BuEU	Wordt opgenomen in het Besluit uitvoering verordening financiële benchmarks
Artikel 42, tweede lid, onderdeel d	Behoeft geen implementatie	Volgt reeds uit artikel 35 van de verordening
Artikel 42, tweede lid, onderdeel e	Artikel 1:87, eerste lid, Wft	
Artikel 42, tweede lid, onderdeel f	Behoeft geen implementatie	Volgt reeds uit artikel 1:83 Wft
Artikel 42, tweede lid, onderdeel g	Artikelen 1 en 2 van het BuEU	Wordt opgenomen in het Besluit uitvoering verordening financiële benchmarks. Hoewel de generieke bevoegdheid om een bestuurlijke boete op te leggen reeds volgt uit artikel 1:80 Wft, dient deze bevoegdheid ten aanzien van verordeningen middels een algemene maatregel

		van bestuur geoperationaliseerd te worden.
Artikel 42, tweede lid, onderdeel h	Artikelen 1 en 2 van het BuEU	Wordt opgenomen in het Besluit uitvoering verordening financiële benchmarks. Hoewel de generieke bevoegdheid om een bestuurlijke boete op te leggen reeds volgt uit artikel 1:80 Wft, dient deze bevoegdheid ten aanzien van verordeningen middels een algemene maatregel van bestuur geoperationaliseerd te worden.
Artikel 43, eerste lid	Behoeft geen implementatie	Artikel 43, eerste lid, van de verordening bepaalt met welke omstandigheden toezichthouders in ieder geval rekening moeten houden bij het vaststellen van de boete in een concreet geval. Deze bepaling komt in meerdere Europese richtlijnen en verordeningen voor. Het Besluit uitvoering verordening marktmisbruik voegt een nieuwe artikel 1a in het Besluit bestuurlijke boetes financiële sector in ter implementatie van dit soort bepalingen. Deze bepaling treedt voor 1 juli 2018 in werking, waardoor aparte implementatie van artikel 43, eerste lid, van de verordening niet nodig is.
Artikel 43, tweede lid	Behoeft geen implementatie	Samenwerking tussen toezichthouders uit verschillende lidstaten wordt geregeld door de verordening zelf.
Artikel 45	Behoeft geen implementatie	Volgt reeds uit de artikelen 1:97 tot en met 1:99 Wft
Artikel 57	Artikel 112, vierde lid, BGfo	Wordt opgenomen in het Besluit uitvoering verordening financiële benchmarks
Artikel 58	Artikel 51b, onderdeel f, BGfo	Wordt opgenomen in het Besluit uitvoering

		verordening financiële benchmarks
--	--	-----------------------------------

ARTIKELSGEWIJS

ARTIKEL I

A

Aan artikel 1:1 van de Wft wordt met het oog op de wijziging van artikel 1:87 (zie onderdeel B) een definitie van de verordening financiële benchmarks toegevoegd.

B

Artikel 41, eerste lid, onderdeel i, van de verordening financiële benchmarks vereist dat de toezichthouder in staat moet zijn om een persoon tijdelijke de bevoegdheid te ontzeggen om beroepsactiviteiten uit te oefenen. Artikel 42, tweede lid, onderdeel e, van de verordening financiële benchmarks vereist dat de toezichthouder een persoon tijdelijk de bevoegdheid dient te kunnen ontzeggen om een leidinggevende functie uit te oefenen bij een beheerder van een benchmark of bij een reeds onder toezicht staande contribuant van de benchmark. Ter implementatie van deze bepalingen uit de verordening financiële benchmarks wordt artikel 1:87, eerste lid, van de Wft zodanig aangepast dat het voor de toezichthouder mogelijk wordt om een persoon tijdelijk de bevoegdheid te ontzeggen om bepaalde, inclusief leidinggevende, functies uit te oefenen bij een beheerder van een benchmark. De eis dat het verbod om bepaalde functies uit te oefenen ook moet kunnen worden opgelegd ten aanzien van reeds onder toezichtstaande contribuanten wordt ondervangen door het huidige artikel 1:87 dat van toepassing is op financiële ondernemingen en marktexploitanten.

Daar de verordening enkel vereist dat een tijdelijk verbod moet kunnen worden opgelegd, wordt het derde lid van artikel 1:87 Wft – dat ziet op een permanent verbod – niet aangepast.

ARTIKEL II

Dit artikel voegt de artikelen 29, eerste lid en 34, eerste lid, van de verordening financiële benchmarks toe aan de WED, waardoor overtreding van deze bepalingen ook strafrechtelijk gehandhaafd kan worden.

Door het mogelijk maken van strafrechtelijke handhaving is het overigens niet nodig enkele door de verordening financiële benchmarks vereiste bevoegdheden aan de bestuursrechtelijke toezichthouder toe te kennen. Op grond van de verordening financiële benchmarks moet het voor toezichthouders mogelijk zijn om te verzoeken dat activa worden bevroren (artikel 41, eerste lid, onderdeel g) en dat de met een inbreuk op de verordening behaalde winsten of vermeden verliezen teruggevorderd kunnen worden van de overtreder (artikel 42, tweede lid, onderdeel b). Deze bevoegdheden zijn momenteel niet aanwezig in de bestuursrechtelijke context. Wel kan het OM in het kader van een strafrechtelijk proces dergelijke

bevoegdheden, al dan niet met tussenkomst van een rechter, inzetten. Op grond van artikel 41, tweede lid, van de verordening financiële benchmarks mag bij de implementatie van bevoegdheden rekening worden gehouden met de nationale rechtsorde, waarbij samenwerking met andere autoriteiten toegestaan is. Dit biedt ruimte om bepaalde bevoegdheden niet aan de bestuursrechtelijke toezichthouder toe te kennen, wanneer bijvoorbeeld een bepaalde bevoegdheid al in het strafrecht aanwezig is. Evenals bij de implementatie van de verordening marktmisbruik wordt er daarom voor gekozen om deze bevoegdheden niet aan de bestuursrechtelijke toezichthouder toe te kennen.

ARTIKEL III

De Wet uitvoering verordening financiële benchmarks zal per 1 januari 2018 in werking treden, de dag dat ook de verordening van toepassing zal zijn.

De Minister van Financiën,