

Claude Debussylaan 54
1000 CS AmsterdamPostbus 2720
1000 CS AmsterdamTel: +31 20 551 7555
www.bakermckenzie.nl**Azië-Pacific**Bangkok
Beijing
Hanoi
Ho Chi Minhstad
Hong Kong
Jakarta*
Kuala Lumpur*
Manila*
Melbourne
Seoul
Shanghai
Singapore
Sydney
Taipei
Tokyo**Europa, Midden-
Oosten & Afrika**Abu Dhabi
Almati
Amsterdam
Antwerpen
Bahrein
Bakoe
Barcelona
Berlijn
Boedapest
Brussel
Cairo
Casablanca
Doha
Dubai
Düsseldorf
Frankfurt
Genève
Istanbul
Johannesburg
Kiev
Londen
Luxemburg
Madrid
Milan
Moskou
München
Parijs
Praag
Riyad
Rome
Sint Petersburg
Stockholm
Warschau
Wenen
Zurich**Latijns-Amerika**Bogota
Brazilië*
Buenos Aires
Caracas
Guadalajara
Juárez
Lima
Mexico Stad
Monterrey
Porto Alegre*
Rio de Janeiro*
Santiago
São Paulo*
Tijuana
Valencia**Noord-Amerika**Chicago
Dallas
Houston
Miami
New York
Palo Alto
San Francisco
Toronto

Vrijdag 20 december 2013

Zijne Excellentie de heer J.R.V.A. Dijsselbloem
Minister van Financiën
Ministerie van Financiën
Postbus 20201
2500 EE DEN HAAGPer internet
www.internetconsultatie.nl**Reactie op de consultatie Wet beloningsbeleid financiële ondernemingen**

Hooggeachte heer Dijsselbloem,

1. Introductie

Wij maken graag gebruik van de mogelijkheid om middels deze internetconsultatie te reageren op de consultatieversie van de Wet beloningsbeleid financiële ondernemingen.

Een van de doeleinden van dit wetsvoorstel is de implementatie van de richtlijn kapitaalvereisten ("CRD IV"), met name artikelen 92 *et seq* daarvan. Samengevat introduceren deze artikelen een bonusplafond van 100% als een commune Europese reactie op de financiële crisis. Zoals vermeld in uw brief aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 26 november 2013, gaan de voorgestelde maatregelen significant verder dan de CRD IV bepalingen omtrent beloningsbeleid doordat (i) een meer rigide bonusplafond van 20% van het jaarlijkse vaste inkomen wordt geïntroduceerd in plaats van 100%; (ii) een bonusplafond wordt geïntroduceerd voor de gehele Nederlandse financiële sector in plaats van enkel voor de banken; en (iii) het bonusplafond van toepassing wordt op elke persoon die in de financiële sector werkzaam is, op welke wijze dan ook.

In deze brief zullen wij aandacht besteden aan de noodzakelijkheid en evenredigheid van de voorgestelde maatregelen. Hierbij zullen wij ons focussen op één specifieke groep van financiële ondernemingen, de betaaldienstverleners. Dit laat onverlet dan onze argumentatie ook van toepassing kan zijn op andere financiële ondernemingen.

Onze conclusie is dat met betrekking tot in ieder geval betaaldienstverleners de voorgestelde maatregelen (i) niet noodzakelijk zijn om consumenten te beschermen, althans, niet evenredig zijn; (ii) indruisen tegen het doel van de richtlijn betaaldiensten, namelijk marktintegratie; en (iii) het Nederlandse investeringsklimaat waarschijnlijk aanzienlijk zullen schaden door banenverlies en gedeelde belastinginkomsten.

Baker & McKenzie Amsterdam N.V. is statutair gevestigd te Amsterdam en ingeschreven in het handelsregister onder nummer 34208804.

Baker & McKenzie Amsterdam N.V. is lid van Baker & McKenzie International, een Zwitserse Verein. 1577215-v1\AMSDMS

2. Juridisch kader

Vrij verkeer van diensten

2.1 In de consultatieversie van de Memorie van Toelichting wordt het volgende gesteld:

"De financiële sector is een sector waar (grote) risico's snel kunnen worden genomen en zich ook snel kunnen voltrekken. De gevolgen hiervan kunnen door de sterke verwevenheid van verschillende activiteiten groot zijn. Hiernaast heeft de financiële sector de afgelopen jaren deels sterk geleund op de steun van de samenleving. De kosten hiervan vallen neer bij de klanten en belastingbetaler. Dit maakt de financiële sector anders dan andere sectoren."¹

- 2.2 Tegen deze achtergrond zullen wij het verbod op beperkingen van het vrij verrichten van diensten zoals neergelegd in artikel 56 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (het "Verdrag") nader bekijken. Zoals in de Memorie van Toelichting terecht wordt opgemerkt blijkt uit vaste rechtspraak van het Europese Hof van Justitie ("HvJ") dat dit verbod niet alleen ziet op (discriminatoire) maatregelen die de markttoegang van dienstverleners uit andere EU-lidstaten beperken, maar ook op maatregelen die de werkzaamheden van dienstverleners uit andere EU-lidstaten verbieden, belemmeren of minder aantrekkelijk maken. Het verbod geldt ook indien de maatregelen geen onderscheid maken tussen binnenlandse dienstverleners en dienstverleners uit andere lidstaten indien zij de toegang tot de markt van dienstverleners uit andere lidstaten kunnen belemmeren.
- 2.3 Maatregelen die inbreuk maken op het door artikel 56 gewaarborgde vrije verkeer van diensten kunnen volgens vaste rechtspraak van het HvJ niettemin gerechtvaardigd worden geacht, wanneer het redelijke maatregelen van een lidstaat betreft die (i) noodzakelijk zijn voor de bescherming van bepaalde publieke belangen en (ii) evenredig zijn, dat wil zeggen geschikt zijn voor het beoogde doel en niet verder gaan dan noodzakelijk is om dat doel te bereiken. Hierbij geldt als uitgangspunt dat het aan de lidstaat is om het bewijs te overleggen dat aan deze beide voorwaarden is voldaan.
- 2.4 Bij dit laatste is bovendien van belang dat de toepasselijkheid van rechtvaardigingsgronden van geval tot geval moet worden beoordeeld. Hierbij gelden als uitgangspunten dat deze rechtvaardigingsgronden eng moeten worden uitgelegd en dat doelstellingen van economische aard geen redenen van openbare orde kunnen vormen. Dit laatste is slechts anders indien sprake is van een ernstige aantasting van het financiële evenwicht. Ook heeft het HvJ consumentenbescherming als een dwingend vereiste aangemerkt dat in beginsel binnen het recht van de Unie kan gelden als rechtvaardigingsgrond. Het is deze laatste rechtvaardigingsgrond waar in het wetsvoorstel een beroep op wordt gedaan.

¹ Memorie van Toelichting (Consultatieversie), p. 5.

3. Betaaldienstverleners

Reikwijdte voorgestelde maatregelen

- 3.1 Zoals hierboven genoemd, gaan de voorgestelde maatregelen verder dan de maatregelen zoals onlangs geïntroduceerd door CRD IV omdat deze niet alleen zien op het beloningsbeleid van instellingen zoals gedefinieerd in CRD IV (kortgezegd, banken) maar ook op de meeste andere financiële ondernemingen zoals gedefinieerd in de Wet op het financieel toezicht. Hierdoor vallen ook betaaldienstverleners, waaronder onafhankelijke, niet door de staat gefinancierde "internet payment service providers" en "merchant acquirers".

Betaaldienstverleners

- 3.2 De afgelopen jaren hebben deze betaaldienstverleners laten zien dat zij zeer innoverend zijn. Ze hebben nieuwe betaaldiensten geïntroduceerd waar consumenten direct bij zijn gebaat, zowel qua gebruiksgemak (elektronische betalingen) als kosten (laag niveau). Daarnaast opereren deze bedrijven in een relatief open markt met een groot aantal aanbieders. De klanten van betaaldienstverleners bestaan voornamelijk uit ondernemingen (*business-to-business*).
- 3.3 Het voorgestelde bonusplafond, tenminste op het voorgestelde niveau, heeft als gevolg dat wanneer betaaldienstverleners hun diensten vanuit Nederland willen ontwikkelen en aanbieden, zij niet, of minder makkelijk, gekwalificeerd personeel kunnen aantrekken, wat juist nodig is om de diensten verder te kunnen ontwikkelen. Om deze reden belemmeren de voorgestelde maatregelen het vrij verkeer van diensten.

Wij zullen hieronder uiteenzetten waarom het bonusplafond bij betaaldienstverleners niet noodzakelijk is om consumenten te beschermen en daarnaast indruist tegen het doel en de werking van de richtlijn betaaldiensten.

Noodzakelijkheid

Bestaande regelgeving

- 3.4 Betaaldienstverleners zijn al aan regels met betrekking tot een beheerst beloningsbeleid gebonden, die overigens tevens worden geïntegreerd in het wetsvoorstel. Daarnaast worden betaaldienstverleners als groep specifiek gereguleerd door de richtlijn betaaldiensten (2002/65/EG) en de opvolger daarvan, PSD II (COM(2013) 747). Deze richtlijnen hebben onder meer als doel consumenten te beschermen. Dit gebeurt onder andere door betaaldienstverleners te reguleren waarbij kapitaalseisen worden gesteld, gelden van de betaaldienstgebruikers worden afgescheiden en eisen worden gesteld met betrekking tot transparantie en informatie naar de betaaldienstgebruikers toe. Hierdoor worden consumenten reeds voldoende beschermd wat betreft contracteren en insolventiesituaties en is het niet

noodzakelijk aanvullende maatregelen te nemen om consumenten en belastingbetalers te beschermen.

Aard van de diensten

- 3.5 Betaaldienstverleners bieden hun diensten aan zakelijke afnemers aan (*business-to-business*), zoals internet winkeliers en andere ondernemingen. Hoewel consumenten stellig belang hebben bij de infrastructuur zoals die door betaaldienstverleners wordt aangeboden, is er, door het karakter van de markt waarop de betaaldienstverleners opereren, geen aanleiding of noodzaak om de consumenten verder te beschermen dan de wijze waarop de richtlijn dat reeds voorschrijft.

Inbreuk op de (nieuwe) richtlijn betaaldiensten

- 3.6 Blijkens de toelichting bij PSD II strekt deze ertoe:

"de verdere ontwikkeling van een EU-markt voor elektronische betalingen te ondersteunen, zodat consumenten, retailers en andere marktspelers alle voordelen van de interne EU-markt kunnen benutten, in overeenstemming met Europa 2020 en de digitale agenda. Om dit te bereiken en meer concurrentie, efficiency en innovatie op het gebied van elektronische betalingen te stimuleren, moet er sprake zijn van rechtsduidelijkheid en een gelijk speelveld; dit zorgt ervoor dat kosten en prijzen voor betalingsdienstgebruikers neerwaarts naar elkaar toe groeien, de keuze tussen en de transparantie van betalingsdiensten toeneemt, het gemakkelijker wordt om innoverende betalingsdiensten aan te bieden, en de veiligheid en de transparantie van betalingsdiensten wordt gegarandeerd."²

Echter, door het nemen van de voorgestelde maatregelen met betrekking tot het beloningsbeleid wordt de markttoegang van betaaldienstverleners niet bevorderd. Integendeel, van deze maatregelen gaat juist een niet te rechtvaardigen belemmering uit. Dit laat geen andere conclusie dan dat de voorgestelde maatregelen haaks staan op het hiervoor aangehaalde streven van de Europese wetgever om de markt voor betaaldiensten verder te integreren. Daarbij komt, dat de Europese Commissie ervoor heeft kunnen kiezen om een bonusplafond voor betaaldienstverleners te introduceren, zoals dat gebeurd is in CRD IV. Dat heeft zij echter niet nodig geacht.

- 3.7 Volgens vaste rechtspraak van het HvJ dienen lidstaten zich gedurende de omzettingstermijn van een richtlijn te onthouden van het nemen van maatregelen die de verwezenlijking van het door deze richtlijn voorgeschreven resultaat ernstig in gevaar brengen. Hoewel uit de rechtspraak van het HvJ volgt dat deze - uit het beginsel van loyale samenwerking voortvloeiende verplichting - in beginsel slechts van toepassing is op richtlijnen die reeds in werking zijn getreden, kan de in het wetsvoorstel vervatte regeling hoe dan ook niet bijdragen aan de integratie van de markt voor betaaldiensten.

² Zie <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0547:FIN:NL:PDF>, p. 2.

- 3.8 Nu het belang van deze integratie door de instellingen van de EU is erkend en door de wetgever is omarmd, brengt het beginsel van loyale samenwerking mee dat de lidstaten zich juist terughoudend moeten opstellen en moeten afzien van iedere maatregel die het vrije verkeer van dergelijke diensten zou kunnen belemmeren. Bovendien moeten de door de lidstaten aangedragen rechtvaardigingsgronden van een eventuele belemmering worden gezien in het licht van dat streven naar integratie, dat immers één van de beginselen vormt van het recht van de Europese Unie.
- 3.9 Uit het voorgaande volgt dat de in het wetsvoorstel vervatte maatregelen slechts als met de door het Verdrag geboden vrijheden verenigbaar kunnen worden geacht wanneer blijkt dat deze gerechtvaardigd zijn ondanks het erkende en inmiddels omarmde belang van verdergaande Europese integratie van betalingsdiensten. Nu van een dergelijke toereikende rechtvaardiging geen sprake is, althans daarvan uit het wetsvoorstel niet blijkt, moeten de voorgestelde maatregelen, althans voor zover het betalingsdienstverleners betreft, als onverenigbaar met het Verdrag worden aangemerkt.

Conclusie met betrekking tot betaaldienstverleners

- 3.10 Met betrekking tot betaaldienstverleners zijn de voorgestelde maatregelen niet noodzakelijk om consumenten te beschermen, althans, niet evenredig, door de aard van de diensten en de bestaande regelgeving. Daarnaast staan deze maatregelen haaks op het doel van de richtlijn betaaldiensten, het bevorderen van een verdere marktintegratie.

4. Gevolgen

De Memorie van Toelichting geeft een overzicht van de kosten die de voorgestelde maatregelen met zich meebrengen.³ In dit overzicht worden de kosten van een verslechterd investeringsklimaat helaas niet meegenomen. Wij begrijpen uit onze gesprekken met enkele van onze buitenlandse cliënten die als financiële onderneming actief zijn op de Nederlandse markt, dat deze kosten aanzienlijk zullen zijn, zowel qua banenverlies als lagere belastinginkomsten.

5. Aanbeveling

Om zowel het vrij verkeer van diensten als het Nederlandse investeringsklimaat te beschermen, stellen wij aan u voor om tenminste in lijn te blijven met de Europese standaarden met betrekking tot beheerst beloningsbeleid, zoals deze recentelijk nog zijn vastgesteld door CRD IV, en geen, of een minder stringent, bonusplafond te introduceren voor financiële ondernemingen waarvoor de voorgestelde maatregelen niet noodzakelijk of niet evenredig zijn om consumenten te beschermen.

Wij zijn graag bereid tot nadere toelichting, indien gewenst.

³ Memorie van Toelichting (Consultatieversie), p. 13.

Hoogachtend,

Namens Baker & McKenzie Amsterdam N.V.,



mr. Ph. J.G. Steffens
Partner



mr. G.J. van Slooten
Senior Associate



mr. P.M.W. Kroeze
Senior Associate