

Vergaderjaar 2010–2011

32 786

Wijziging van de Wet op het financieel toezicht, de Wet financiële markten BES en de Wet toezicht trustkantoren in verband met de introductie van de geschiktheidseis en de versterking van de samenwerking tussen de toezichthouders in het kader van de geschiktheidstoets en de betrouwbaarheidstoets

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. 21 april 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 8 april 2011, no. 11.000859, 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 tot wijziging van de Wet op het financieel toezicht, de Wet financiële markten BES en de Wet toezicht trustkantoren in verband met de introductie van de geschiktheidseis en de versterking van de samenwerking tussen de toezichthouders in het kader van de geschiktheidstoets en de betrouwbaarheidstoets, met memorie van toelichting.

Het voorstel vervangt de huidige in de Wet op het financieel toezicht (Wft) en de Wet toezicht trustkantoren (Wtt) neergelegde deskundigheidseis van dagelijkse beleidsbepalers en commissarissen van gereguleerde ondernemingen door een geschiktheidseis. Tevens wordt voorgesteld de in de Wft opgenomen voorschriften met betrekking tot de samenwerking tussen de Nederlandsche Bank N.V. (DNB) en de Stichting Autoriteit Financiële Markten (AFM) in het kader van de geschiktheidstoets en betrouwbaarheidstoets van beleidsbepalers en commissarissen te wijzigen en uit te breiden.

De Afdeling advisering van de Raad van State maakt naar aanleiding van het wetsvoorstel opmerkingen over de noodzaak en de gevolgen van de voorgestelde bepalingen inzake de samenwerking tussen de AFM en DNB en de motivering van de verenigbaarheid van het voorstel met het recht van de Europese Unie. Zij is van oordeel dat in verband daarmee het voorstel nader dient te worden overwogen.

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.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 8 april 2011, nr. 11.000859, 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 21 april 2011, nr. W06.11.0108/III, bied ik U hierbij aan.

Het voorstel geeft de Afdeling aanleiding tot het maken van inhoudelijke opmerkingen.

1. Noodzaak en gevolgen van de bepalingen inzake de samenwerking tussen AFM en DNB

De Wft stelt eisen aan de geschiktheid¹ en de betrouwbaarheid van personen die het dagelijks beleid van financiële ondernemingen bepalen, of die deel uitmaken van het interne toezichthoudende orgaan van de bedoelde financiële instelling (kortheidshalve samen hierna aan te duiden als: sleutelfunctionarissen).²

De toets op deze eisen vindt plaats in het kader van de vergunningverlening, bij het voornemen van de onderneming nieuwe sleutelfunctionarissen te benoemen en indien feiten en omstandigheden redelijke aanleiding geven tot een hertoetsing. De Wft bepaalt welke van de beide toezichthouders in de besluitvorming over, onder meer, de bedoelde geschiktheid en betrouwbaarheid het voortouw heeft (hierna: de vergunningverlenende toezichthouder). Ingevolge artikel 1:47 Wft dient de vergunningverlenende toezichthouder over een voorgenomen besluit op het punt van geschiktheid en betrouwbaarheid de zienswijze in te winnen van de andere toezichthouder alvorens een besluit te nemen. In zo'n geval is de andere toezichthouder adviseur van de vergunningverlenende toezichthouder.

Het onderhavige voorstel bevat nadere regels voor de samenwerking tussen de beide toezichthouders bij de voorbereiding van een besluit over de geschiktheid en/of betrouwbaarheid van een sleutelfunctionaris.³ Indien de andere toezichthouder kan instemmen met een op dit punt voorgenomen oordeel van de vergunningverlenende toezichthouder, dat aan hem om advies dient te worden voorgelegd, kan deze laatste toezichthouder overgaan tot het nemen van het beoogde besluit. In zoverre betekent het voorstel geen wezenlijke verandering van de thans bestaande onderlinge verhouding tussen de beide toezichthouders.

Dat ligt anders in het geval de andere toezichthouder, eigener beweging dan wel in reactie op een voorgenomen oordeel dat aan hem om advies is voorgelegd, constateert dat een sleutelfunctionaris niet (langer) beschikt over de vereiste geschiktheid of dat diens betrouwbaarheid niet (langer) buiten twijfel staat. In dat geval zal deze andere toezichthouder zijn opvatting eveneens neerleggen in een met redenen omklede aanbeveling aan de primaire toezichthouder. Maar anders dan nu, wordt deze aanbeveling bindend (voorgesteld artikel 1:49 Wft). Dit doorkruist de in de Wft voor de onderscheiden soorten financiële ondernemingen neergelegde taaktoedeling aan de beide toezichthouders, waarbij steeds het primaat is gelegd bij één van hen.

In het geval van bezwaar of beroep is het alleen de vergunningverlenende toezichthouder die het besluit conform de bindende aanbeveling voor zijn rekening zal moeten nemen. Dit terwijl hij in een geval als hier aan de orde – van niet parallel lopende opvattingen – zelf van oordeel was dat er geen reden bestond voor een negatief oordeel over de geschiktheid en/of de betrouwbaarheid van de betreffende sleutelfunctionaris. Dat zal hem in een ongemakkelijke positie brengen en kan bij een rechterlijke procedure leiden tot spanning tussen beide toezichthouders. De toelichting gaat aan dit soort aspecten voorbij.

¹ De Wft spreekt thans nog van: deskundigheid. Het voorstel strekt ertoe dit begrip te vervangen door: geschiktheid. De Afdeling zal in punt 1. van dit advies gemakshalve dit laatste begrip gebruiken; zij wijst echter op hetgeen onder punt 2. wordt opgemerkt over de voorgestelde vervanging van het begrip «deskundigheid».

² Artikelen 3:8, 3:9, 4:9 en 4:10 Wft.

³ Met dien verstande dat de bepalingen over de geschiktheidstoets alleen gelden voor banken en verzekeraars.

In de toelichting wordt de voorgestelde wijziging gepresenteerd als een maatregel die bijdraagt aan de goede samenwerking en afstemming tussen DNB en de AFM. De toelichting voert echter geen feiten of omstandigheden aan die duidelijk maken waarom het voor een goede samenwerking noodzakelijk is de Wft te wijzigen. Het ontbreken van een goede motivering van de voorgestelde wijziging valt te meer op nu uit een recente evaluatie van de samenwerking van DNB en AFM blijkt dat de samenwerkingsrelatie tussen beide toezichthouders goed is.¹ In deze evaluatie wordt ook opgemerkt: «Enkele respondenten hebben aangegeven dat er naar hun mening een grote discrepantie is ontstaan tussen enerzijds de maatschappelijke perceptie over de samenwerking die gevoed wordt door uitzonderlijke omstandigheden rond de DSB-bank en anderzijds de dagelijkse praktijk, waarin de beide toezichthouders elkaar op de werkvloer goed en ook steeds beter weten te vinden.»²

Als op grond van de vigerende samenwerkingsartikelen van de Wft een goede samenwerking tussen de beide toezichthouders is opgebouwd, lijkt er uit dat perspectief geen noodzaak te bestaan om een wijziging voor te stellen met betrekking tot de uitoefening van de in deze relevante bevoegdheden door de toezichthouders. De Afdeling heeft zich afgevraagd of hier niet sprake is van een geval van incidentenwetgeving. Zij is in elk geval van oordeel dat ertegen moet worden gewaakt dat een incident, mocht dat de dragende aanleiding zijn geweest voor de voorgestelde wijziging, direct leidt tot aanpassing van de wet.

Een goede beoordeling van het voorstel op dit punt is ook gebaat bij nadere informatie over de praktijk van de afstemming tussen de beide toezichthouders; de toelichting zegt daarover vrijwel niets.³ Zo zal tussen de beide toezichthouders vooroverleg plaatsvinden alvorens de een zich naar de ander uitsprekt. Alleen als dergelijk overleg niet zou leiden tot overeenstemming, zou dat wellicht een probleem kunnen geven. De artikelsgewijze toelichting stelt: «Gegeven het feit dat een redelijk handelende toezichthouder een aanbeveling – zeker wanneer die een bindend karakter heeft – niet zonder gegronde redenen zal doen, wordt (...) geregeld dat de vergunningverlenende toezichthouder een bindende aanbeveling altijd dient te volgen.» De Afdeling merkt op dat daar tegenover evenzo kan worden gesteld dat een redelijk handelende vergunningverlenende toezichthouder aan een goed gemotiveerde aanbeveling van de andere toezichthouder niet dan om even goede redenen zal voorbijgaan.

Dat zal zeker gelden als het gaat om het criterium van betrouwbaarheid; bij de beoordeling van geschiktheid is de marge van beoordeling iets groter. De Afdeling ziet niet in waarom het nodig is de huidige taakverdeling tussen beide toezichthouders, waarbij aan een van beide de primaire bevoegdheid is gegeven (namelijk tot vergunningverlening), te doorkruisen door de figuur van een bindende aanbeveling. Wel lijkt het haar van belang dat bij eventuele handhaving van de huidige verdeling van verantwoordelijkheid wordt gewaarborgd dat de uitwisseling van opvattingen te allen tijde onderdeel blijft van de toezichtvertrouwelijkheid.

De Afdeling adviseert, gelet op het bovenstaande, de noodzaak van de voorgestelde figuur van de bindende aanbeveling nader te motiveren, en op dit punt het voorstel zo nodig aan te passen. Dit betreft zowel de Wft als de Wet financiële markten BES.

¹ De samenwerking tussen DNB en AFM op basis van de Wft, Twin-peaks in de praktijk. Instituut voor Onderzoek van Overheidsuitgaven, Zoetermeer 11 juni 2010, p. 37. Bijlage bij Kamerstukken II 2009/10, 32 466, nr. 1.

² De samenwerking tussen DNB en AFM op basis van de Wft, Twin-peaks in de praktijk. Instituut voor Onderzoek van Overheidsuitgaven, Zoetermeer 11 juni 2010, p. 38. Bijlage bij Kamerstukken II 2009/10, 32 466, nr. 1.

³ De Afdeling wijst in dit verband bij voorbeeld op de door DNB en de AFM overeengekomen Beleidsregel deskundigheid 2011. Stcrt. 2010, nr. 20810, 29 december 2010.

1. Noodzaak en gevolgen van de bepalingen inzake de samenwerking tussen de AFM en DNB

In reactie op de opmerking van de Afdeling dat in de memorie van toelichting een motivering van de noodzaak voor de beoogde aanpassing in de samenwerking tussen DNB en AFM ontbreekt, is in de toelichting verduidelijkt dat de noodzaak van de beoogde aanpassing gelegen is in het feit dat betrouwbaarheid naar haar aard geen deelbaar begrip is. Voortschrijdend inzicht heeft geleid tot een heroverweging van het zwaartepunt dat bij een betrouwbaarheidsoordeel nu bij de vergunningverlenende toezichthouder ligt. Voorgesteld wordt niet langer de taakverdeling tussen de AFM en DNB bij het betrouwbaarheidsoordeel voorop te laten staan, maar de vraag of de betrouwbaarheid van betrokkene buiten twijfel staat. Heeft één van beide toezichthouders daarover twijfels, dan dient het oordeel te zijn dat de betrouwbaarheid niet buiten twijfel staat. In de toelichting was reeds beschreven dat beleidsbepalers en commissarissen bij meerdere ondernemingen in de financiële sector actief kunnen zijn en er daarnaast cross-sectorale functiewisselingen plaatsvinden. Verduidelijkt is dat het hierdoor van belang is dat, indien wordt geoordeeld dat de betrouwbaarheid van betrokkene buiten twijfel staat, dit oordeel door beide toezichthouders wordt gedragen.

Vanwege deze redenen wordt voorgesteld dat indien het verschil van inzicht ook na onderlinge afstemming niet te overbruggen blijkt te zijn, het standpunt van de toezichthouder die van oordeel is dat de betrouwbaarheid van de getoetste persoon niet (langer) buiten twijfel staat doorslaggevend is.

Met betrekking tot de positief geëvalueerde samenwerking is in de algemene toelichting aangevuld dat dit in zijn algemeenheid het geval is maar niet uitsluit dat op concrete onderdelen de samenwerking versterkt dient te worden.

De door de Afdeling geconstateerde onwenselijkheid dat de vergunningverlenende toezichthouder een besluit rechtens moet verdedigen waar hij zelf niet achter staat is in de overweging die geleid hebben tot dit wetsvoorstel meegenomen. Met betrekking tot een beroepsprocedure is er niet voor gekozen in dit wetsvoorstel bepaalde gerechtelijke procedures te regelen. Met betrekking tot de bezwaarprocedure is in de toelichting beschreven dat de vergunningverlenende toezichthouder zich zal dienen uit te laten over de aanbeveling dat hij heeft overgenomen van de niet-vergunningverlenende toezichthouder en de vergunningverlenende toezichthouder zal in dit geval de niet-vergunnende toezichthouder dienen te betrekken bij de beslissing op bezwaar.

Er is bij de opstelling van het wetsvoorstel een aantal alternatieven overwogen om te voorkomen dat beleidsbepalers en commissarissen in functie kunnen blijven wanneer een van de toezichthouders twijfelt over hun betrouwbaarheid. Zo is overwogen een dubbele toets uit te laten voeren, zowel door de AFM als DNB, waarna de toezichthouder die eventueel negatief oordeelt zelf het besluit aan de financiële onderneming bekendmaakt. Dit zou echter het huidige evenwicht in het Twin Peaks systeem teveel verstoren en de taakverdeling teveel doorkruisen. Bovendien zou dit leiden tot een substantiële stijging in de toezichtkosten omdat er dan tweemaal hetzelfde getoetst zou moeten worden. Een ander overwogen alternatief is de niet-vergunningverlenende toezichthouder de bevoegdheid te geven een aanbeveling uit te brengen die alleen wegens zwaarwegende redenen genegeerd kan worden. Daardoor zou echter feitelijk niets aan de bestaande situatie worden gewijzigd.

In de voorgestelde systematiek worden alle oordelen omtrent de betrouwbaarheid van beleidsbepalers en commissarissen tussen de toezichthouders uitgewisseld waarna de niet-vergunningverlenende toezichthouder in de gelegenheid wordt gesteld hierop een marginale toets uit te voeren en bijvoorbeeld te bezien of bij hem gegevens bekend zijn die nog niet in het oordeel zijn meegewogen. Dit is deels reeds de huidige praktijk van de afstemming tussen beide toezichthouders. Nieuw is dat, indien na een intensieve afstemming een verschil van inzicht blijft bestaan, de niet-vergunningverlenende toezichthouder ervoor kan kiezen, nadat daaraan een brede belangenafweging en een zorgvuldige procedure is vooraf gegaan, een bindende aanbeveling uit te brengen. Hoewel het wetsvoorstel de kaders van deze samenwerking wettelijk verankert zullen de toezichthouders de praktische invulling van deze samenwerking nader dienen af te stemmen. Van belang is dat, zoals de Afdeling opmerkt, de uitwisseling van opvattingen tussen de AFM en DNB onder toezichtvertrouwelijke informatie valt en dus slechts onder zeer uitzonderlijke gevallen met derden kan worden gedeeld.

Naar aanleiding van de voorgestelde gewijzigde procedure omtrent de betrouwbaarheidstoets is eveneens gekeken naar de geschiktheidstoets. Hier wordt voorgesteld het zwaartepunt van de vergunningverlenende toezichthouder te verleggen naar de toezichthouder die de commissaris of beleidsbepaler van een bank of verzekeraar ongeschiktheid acht. Niet omdat geschiktheid een ondeelbaar begrip is maar omdat het essentieel wordt geacht te borgen dat de beleidsbepalende en toezichthoudende organen van banken en verzekeraars zowel over kennis op gedragsgebied als prudentieel gebied beschikken.

2. Verenigbaarheid met het recht van de Europese Unie

Op grond van het voorstel wordt de in de Wft, alsmede de Wtt en de Wet financiële markten BES, neergelegde deskundigheidseis zoals deze geldt voor de onder 1. bedoelde sleutelfunctionarissen vervangen door de eis van geschiktheid. De toelichting geeft aan dat daarmee wordt beoogd aan te sluiten bij de ontwikkelingen in de maatschappij en praktijk waarbij steeds hogere eisen worden gesteld aan de deskundigheid van de dagelijks beleidsbepalers en commissarissen. Het begrip «deskundig» omvat niet alleen de kennis en ervaring waarover de hiervoor bedoelde personen dienen te beschikken, maar stelt tevens eisen aan de vaardigheden en het professionele gedrag van die personen, aldus de toelichting.

De Afdeling merkt op dat de deskundigheidseis in de regelgeving op het terrein van financiële markten de implementatie behelst van bepalingen van diverse Europese richtlijnen.¹ Uit de toelichting valt niet af te leiden of het voorstel zich in die zin beperkt tot de implementatie van de desbetreffende richtlijnbeoordelingen dat slechts het begrip «deskundigheid» wordt vervangen door een ander begrip – «geschiktheid» – met dezelfde beoogde inhoud en reikwijdte, dan wel of beoogd is strengere eisen te stellen. Voor zover dat laatste is beoogd, mist de Afdeling een motivering waaruit blijkt dat de desbetreffende richtlijnen dit toestaan. Indien de regering meent dat dit het geval is, zal nog wel moeten worden gemotiveerd waarom het voorstel, gelet op het vrije verkeer van diensten, wordt gerechtvaardigd door een dwingend vereiste van algemeen belang, en noodzakelijk en proportioneel is.

De Afdeling adviseert de toelichting aan te vullen.

2. Verenigbaarheid met het recht van de Europese Unie (EU)

De Afdeling adviseert de toelichting aan te vullen op het punt van verenigbaarheid met het EU-recht. Naar aanleiding daarvan is onder andere verduidelijkt dat het voorgestelde nieuwe begrip «geschikt» niet is

¹ Bijvoorbeeld artikel 42, eerste lid, van Richtlijn 2009/138/ EG (Solvabiliteit II).

bedoeld om strengere eisen te stellen. De reden om het begrip geschikt te hanteren is dat dit begrip beter past bij de huidige praktijk. Ook is dit wetsvoorstel niet bedoeld ter implementatie van richtlijnen.

In de toelichting is verder beschreven dat de geschiktheids eis een open norm blijft, net als de huidige deskundigheids eis. Ook is aangegeven hoe de huidige invulling van de geschiktheids eis (professioneel gedrag, ervaring, vaardigheden en kennis) zich verhoudt met het EU-recht. Daarbij is van belang dat de invulling van de open norm in de toezichtpraktijk en de beleidsregel van de toezichthouder die de open norm nader duidt rekening zal dienen te houden met de Europese ontwikkelingen.

De redactionele kanttekeningen van de Afdeling zijn verwerkt. Voorts is de toelichting aangevuld op het punt van de Wet financiële markten BES.

Van de gelegenheid is gebruik gemaakt om enkele technische wijzigingen door te voeren en de passage in de algemene toelichting met betrekking tot de reactie van de AFM en DNB enigszins uit te breiden. Voorts is de introductie van deskundigheidstoetsing bij commissarissen in dit wetsvoorstel opgenomen omdat de beoogde inwerkingtreding van het onderhavige wetsvoorstel naar verwachting gelijk is aan het moment waarop het wetsvoorstel waarin het voorstel tot introductie van deskundigheidstoetsing bij commissarissen was opgenomen¹, in werking zal treden. Vanwege de vervanging van het begrip deskundig door geschikt, bestaat er inhoudelijke samenhang met de introductie van de deskundigheids/geschiktheidstoets bij commissarissen. Het kabinet kiest er daarom voor om deze wetswijzigingen beide in het onderhavige voorstel op te nemen.

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 het voorstel van wet niet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal dan nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

*De vice-president van de Raad van State,
H. D. Tjeenk Willink*

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

¹ Kamerstukken II 2009/10, 32 512, nr. 2.

Bijlage

**bij het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State
betreffende no. W06.11.0108/III met redactionele kanttekeningen
die de Afdeling in overweging geeft.**

- In artikel 1:49, eerste en tweede lid, «uit eigener beweging» vervangen door: uit eigen beweging.
- In artikel II Aanwijzing 171b Ar in acht nemen.