

Vergaderjaar 2012–2013

33 632

Wijziging van de Wet op het financieel toezicht en enige andere wetten (Wijzigingswet financiële markten 2014)

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. 8 april 2013 en het nader rapport d.d. 8 mei 2013, aangeboden aan de Koning door de minister van Financiën. Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Bij Kabinetsmissive van 4 februari 2013, no. 13.000182, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Financiën, mede namens de Minister van Veiligheid en Justitie, 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 en enige andere wetten (Wijzigingswet financiële markten 2014), met memorie van toelichting.

Het wetsvoorstel bevat, als onderdeel van de jaarlijkse wijzigingscyclus van nationale regelgeving op het terrein van de financiële markten, een omvangrijk aantal wijzigingen van diverse wetten op dat terrein. De Afdeling advisering van de Raad van State maakt naar aanleiding van het wetsvoorstel een aantal opmerkingen. De Afdeling plaatst kritische kanttekeningen bij de invoering van een algemene publiekrechtelijke zorgplicht, de voorgestelde aanpassing van de geheimhoudingsbepalingen om uitwisseling van informatie in het Financieel Expertise Centrum (FEC) mogelijk te maken, en de introductie van de mogelijkheid voor de Accountantskamer om de gronden van een klacht ambtshalve aan te vullen. Voorts maakt de Afdeling opmerkingen over de introductie van nieuwe kapitaalbuffers voor banken en beleggingsondernemingen en de invoering van toezicht op afwikkelondernemingen. Zij is van oordeel dat in verband daarmee het voorstel deels nader dient te worden overwogen.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 4 februari 2013, nr. 13.000182, 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 8 april 2013, nr. W06.13.0026/III, bied ik U hierbij aan.

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.

Het voorstel geeft de Afdeling aanleiding tot het maken van diverse inhoudelijke opmerkingen. Voor de reactie hierop zal de volgorde van opmerkingen zoals de Afdeling in haar advies hanteert worden aangehouden.

1. Introductie in de Wft van een algemene zorgplicht

1.1 Noodzaak en reikwijdte

Het voorgestelde artikel 4:24a Wft introduceert, naast de specifieke bepalingen in de Wft inzake een zorgvuldige behandeling van cliënten door financiële dienstverleners, een algemene zorgplicht voor financiële dienstverleners. Artikel 4:24a, eerste lid, Wft bepaalt dat een financiële dienstverlener op zorgvuldige wijze de gerechtvaardigde belangen van de consument of begunstigde in acht neemt. Het tweede lid bepaalt dat indien een financiële dienstverlener adviseert, deze daarbij handelt in het belang van de consument of begunstigde. De Afdeling merkt hierover het volgende op.

a. Noodzaak van de voorgestelde zorgplicht; het civiele recht

De memorie van toelichting merkt ter onderbouwing van de noodzaak van de invoering in de Wft van een algemene zorgplicht onder meer op dat veel financiële producten dermate ingewikkeld zijn dat volledige transparantie, in de vorm van complete en tegelijkertijd begrijpelijke informatie voor de consument, moeilijk te realiseren is. Voorts zorgen niet alleen de complexiteit, maar ook de lange looptijd van veel financiële producten ervoor dat vaak pas na enkele jaren duidelijk wordt of het product voldoet aan de doelstelling en behoefte van de consument. Verder leert de ervaring dat zelfs wanneer een consument over alle voorhanden informatie beschikt en deze informatie tot zich heeft genomen, dit nog niet garandeert dat deze consument vervolgens op rationele wijze voor hem of haar passende beslissingen neemt. Het is daarom wenselijk dat financiële dienstverleners een zekere zorgplicht jegens hun klanten hebben, aldus de toelichting. Daarnaast merkt de toelichting op dat de afgelopen jaren duidelijk is geworden dat de ontwikkelingen in de financiële sector soms sneller gaan dan de ontwikkeling van regelgeving. Hierdoor kan bij gebreke van een wettelijke basis niet altijd tijdig worden ingegrepen bij schadelijk marktgedrag dat onder andere voortkomt uit informatie-scheefheid, terwijl dit marktgedrag vergaande (financiële) gevolgen kan hebben voor consumenten en uiteindelijk voor het vertrouwen in de financiële markten. Een vangnet achter de verschillende specifieke normen die consumenten beogen te beschermen is daarom wenselijk, aldus de toelichting.

In de toelichting wordt opgemerkt dat ook het civiele recht een algemene zorgplicht kent. Daarbij wordt gewezen op artikel 401 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, dat bepaalt dat een opdrachtnemer bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht moet nemen. De Afdeling wijst erop dat de Hoge Raad in het civiele recht, naast de genoemde zorg van een goed opdrachtnemer, ook een bijzondere zorgplicht voor financiële instellingen aanneemt. De zorg waartoe een financiële instelling jegens een cliënt gehouden is, gaat daarbij verder dan de zorg die contractspartijen onder normale omstandigheden jegens elkaar in acht moeten nemen. De bijzondere zorgplicht van een financiële instelling vloeit volgens vaste rechtspraak voort uit de bijzondere functie die financiële instellingen in het maatschappelijk verkeer vervullen, waarbij zij als bij uitstek deskundig te achten professionele financiële

dienstverleners bij het publiek een bepaald vertrouwen genieten.² Deze bijzondere zorgplicht heeft zowel betrekking op de zorg die een instelling jegens haar particuliere cliënten (in het kader van een contractuele relatie) in acht moet nemen³, als op zorg die zij onder omstandigheden jegens bepaalde derden moet betrachten.⁴ De Hoge Raad oordeelde dat de strekking van de bijzondere zorgplicht het beschermen van cliënten tegen het gevaar van eigen lichtzinnigheid of gebrek aan inzicht is. De omvang van de zorgplicht hangt af van de omstandigheden van het geval, waaronder de eventuele deskundigheid van de cliënt en diens inkomens- en vermogenspositie.⁵

De Afdeling concludeert dat aan de noodzaak voor bescherming van de afnemers van financiële diensten door de bovengenoemde brede bijzondere zorgplicht in het civiele recht al tegemoet is gekomen. Financiëledienstverleners hebben nu reeds een bijzondere zorgplicht jegens hun klanten. Deze is niet, zoals in de toelichting wordt opgemerkt, beperkt tot opdrachtverhoudingen. Naar het oordeel van de Afdeling zal daarom de noodzaak van een aanvullende, publiekrechtelijke zorgplicht toereikend moeten worden gemotiveerd.

De toelichting merkt op dat waar het civiele recht het primaat voor het aanhangig maken van een geschil in beginsel bij de partijen zelf legt, het publiekrecht handhaving door een toezichthouder mogelijk maakt. Omdat consumenten de nadelige gevolgen van een financieel product vaak niet kunnen overzien en de weg naar de civiele rechter voor de individuele consument vaak moeilijk is, kan een publiekrechtelijke algemene zorgplicht een wezenlijke aanvulling vormen op het systeem van consumentenbescherming dat reeds bestaat op grond van de civielrechtelijke, tot opdrachtverhoudingen beperkte zorgplicht, aldus de toelichting.

De Afdeling onderkent dat de invoering van een publiekrechtelijke zorgplicht handhaving door de toezichthouder mogelijk maakt, zonder dat naleving van deze zorgplicht daarmee afhankelijk is van een gang naar de civiele rechter door een door een zorgplichtschending getroffen consument. Handhaving door de AFM zal op grond van het voorstel geschieden door het geven van een aanwijzing. De toelichting vermeldt niet wat de inhoud van een dergelijke aanwijzing zou (kunnen) zijn. Het ligt in de rede dat de aanwijzing in ieder geval zal inhouden dat de onderneming in het vervolg, ter voorkoming van financieel nadeel van de consument, van een bepaalde, met de zorgplicht strijdige, handelwijze dient af te zien. De Afdeling merkt echter op dat de bestaande bevoegdheden⁶ van de AFM in het algemeen voldoende mogelijkheden bieden om in te grijpen als financiëledienstverleners bij het aanbieden van producten (dreigen te) handelen in strijd met hun civielrechtelijke zorgplicht.

De Afdeling gaat ervan uit dat het niet de bedoeling is dat de AFM met het geven van een aanwijzing een onderneming ook kan verplichten om ten aanzien van reeds geleden schade een bepaalde gedragslijn te volgen.

² Zie onder meer HR 23 mei 1997, NJ 1998/192.

³ Zie voor de achtergrond en het doel van de zorgplicht voor cliënten onder meer HR 11 juli 2003, NJ 2005/103.

⁴ Zie onder meer HR 23 december 2005, NJ 2006, 289.

⁵ HR 26 juni 1998, NJ 1998, 660.

⁶ Bijvoorbeeld in het kader van de handhaving – bijvoorbeeld door middel van het geven van een aanwijzing ex. Artikel 1:75 Wft – van de bij en krachtens Afdeling 4.2.3 «Zorgvuldige dienstverlening», gestelde regels. Het betreft bijvoorbeeld gedetailleerde regels ter zake van de verstrekking van informatie over financiële producten voorafgaand aan de totstandkoming van en tijdens de looptijd van een overeenkomst inzake financiële dienstverlening. Daarbij kan voorts worden gewezen op de invoering van ex ante toezicht op de ontwikkeling van financiële producten.

Naar de mening van de Afdeling volgt uit de aard van het gedragstoezicht dat dit betrekking heeft op toekomstig gedrag en niet op herstel van verzuimen in het verleden. Dit ware in de toelichting te verduidelijken. Dit heeft ook tot gevolg dat een consument die al is getroffen door een schending van de publiekrechtelijke zorgplicht om schadeloosstelling te verkrijgen, toch nog steeds de gang naar de civiele rechter zal dienen te maken. De Afdeling stelt vast dat ook om die reden het voorstel weinig toegevoegde waarde heeft.

b. Reikwijdte

De toelichting vermeldt dat de algemene zorgplicht voor financiële dienstverleners geen afbreuk doet aan «de eigen verantwoordelijkheid van consumenten om zich naar vermogen te informeren over en op een prudente wijze om te gaan met het afnemen van financiële producten, alsmede correcte informatie te verstrekken aan de financiële dienstverlener.⁷ De financiële dienstverlener dient in de uitvoering van zijn zorgplicht rekening te houden met de «gerechtvaardigde belangen van de cliënt». Dat zijn, volgens de toelichting, belangen die al dan niet rechtstreeks door de financiële dienstverlening worden geraakt en wier behartiging in redelijkheid van een financiële dienstverlener kan worden verwacht.⁸

De Afdeling is van oordeel dat de voorgestelde publiekrechtelijke zorgplicht, zoals uitgelegd in de toelichting, een wel zeer ruim bereik heeft. Op de financiële dienstverlener komt op grond van het voorstel een zware verantwoordelijkheid tot behartiging van het belang van de consument te rusten. De Afdeling wijst daarbij ook op de hiervoor, onder a al aangehaalde opmerking in de toelichting dat «verder blijkt dat zelfs wanneer een consument over alle voorhanden informatie beschikt en deze informatie tot zich heeft genomen, daaruit niet per definitie kan worden geconcludeerd dat een consument vervolgens op rationele wijze voor hem of haar passende beslissingen neemt». Dit gegeven vormt blijkens de toelichting mede de noodzaak voor een bijzondere zorgplicht in de Wft.

Waar de consument weliswaar de verantwoordelijkheid draagt om zich naar vermogen te informeren, lijkt de financiële dienstverlener er voor verantwoordelijk te worden dat de consument uiteindelijk een passende beslissing neemt.⁹ De Afdeling is er niet van overtuigd dat een dergelijke verdeling van verantwoordelijkheid tussen de financiële dienstverlener en de consument recht doet aan de eigen verantwoordelijkheid van de consument. Met een zodanig vergaande publiekrechtelijke zorgplicht valt zelfs niet uit te sluiten dat de consument slechts een beperkt verantwoordelijkheidsbesef aan de dag zal leggen, nu de verantwoordelijkheid voor de bescherming van zijn belang in belangrijke mate bij de financiële dienstverlener zal komen te berusten.

In het licht van al bovenstaande is de Afdeling niet overtuigd van het nut en de noodzaak van een zo vergaande publiekrechtelijke zorgplicht. Zij adviseert daarom de invoering van een publiekrechtelijke zorgplicht nader te overwegen.

⁷ Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 2, onderdeel c.

⁸ Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 2, onderdeel b.

⁹ Ziet de Afdeling het goed, dan rust op de financiële dienstverlener op grond van de voorgestelde zorgplicht zelfs de verplichting om af te zien van het aangaan van overeenkomsten waar de klant, toereikend geïnformeerd, uitdrukkelijk om verzoekt, indien hij er niet zeker van is dat het product te alle tijden zal voldoen aan de doelstelling en behoefte van de consument (hetgeen vaak pas op termijn vastgesteld kan worden).

Onverminderd het bovenstaande merkt de Afdeling het volgende op.

1.2 Nadere regulering van de zorgplicht

Het voorgestelde artikel 4:24a, derde lid, Wft biedt een grondslag om bij of krachtens algemene maatregel van bestuur nadere voorschriften vast te stellen ter invulling van de zorgplicht. Het doel van deze delegatiegrondslag is volgens de toelichting tweeledig. Enerzijds biedt deze bepaling de wetgever de mogelijkheid om naar aanleiding van (nieuwe) ontwikkelingen in de financiële sector de algemene zorgplicht nader in te vullen. Anderzijds kan het derde lid als grondslag dienen om, indien dit wenselijk wordt geacht, naar aanleiding van concrete schendingen van de algemene zorgplicht de nadere invulling van de algemene zorgplicht ook in regelgeving vast te leggen.¹⁰

De Afdeling merkt op dat de voorgestelde algemene zorgplicht in de Wft ertoe strekt om als vangnet te fungeren onder de reeds bestaande specifieke voorschriften voor financiële dienstverleners. Een dergelijke vangnetbepaling is naar haar aard onbepaald. De Afdeling meent dat het in dat licht niet voor de hand ligt om de vangnetbepaling bij lagere regeling nader in te vullen. Daarmee wordt afbreuk gedaan aan het vangnetkarakter van de bepaling.

Onverminderd het feit dat een nadere concretisering of invulling in strijd moet worden geacht met het karakter van de vangnetbepaling, merkt de Afdeling verder nog op dat, nu de reikwijdte van de zorgplichtbepaling naar haar aard onbepaald is, de grondslag voor nadere regelgeving dat eveneens is. De grondslag biedt de mogelijkheid nadere regels te stellen «met betrekking tot het eerste en tweede lid.» De Afdeling acht een dergelijke onbegrensde grondslag voor nadere regelgeving onwenselijk.

De Afdeling adviseert het voorgestelde artikel 4:24a, derde lid, Wft te schrappen.

1. Introductie in de Wft van een algemene zorgplicht

1a. Noodzaak van de voorgestelde zorgplicht; het civiele recht

De Afdeling plaatst vraagtekens bij de noodzaak om een publiekrechtelijke zorgplicht in de Wet op het financieel toezicht (Wft) te introduceren, gezien de bijzondere zorgplicht voor financiële instellingen die in het civiele recht is ontwikkeld en de reeds bestaande voorschriften in de Wft. Terecht merkt de Afdeling op dat in de jurisprudentie van de Hoge Raad een bijzondere zorgplicht voor financiële instellingen is aangenomen, die verder gaat dan de zorg die contractspartijen onder normale omstandigheden jegens elkaar in acht moeten nemen. Dit volgt uit de bijzondere functie die financiële instellingen in het maatschappelijk verkeer vervullen. De toelichting bij het voorstel is aangepast om tot uitdrukking te brengen dat de voorgestelde publiekrechtelijke zorgplicht wezenlijk dezelfde norm betreft die in het civiele recht voor financiële instellingen is ontwikkeld. Financiële instellingen dienen, vanwege hun bijzondere maatschappelijke positie, bijzondere zorg te betrachten richting de consument. Deze zorgplicht strekt ertoe om de consument te beschermen tegen de gevaren die voortvloeien uit de informatiescheefheid tussen de consument en de financiële dienstverlener alsmede het beperkte vermogen van de consument om de verstrekte informatie volledig te beoordelen. De voorgestelde publiekrechtelijke zorgplicht beoogt in materieel opzicht geen nieuwe norm te introduceren, maar slechts deze norm publiekrecht-

¹⁰ Memorie van toelichting, artikelsgewijze toelichting bij artikel I, onderdeel RRR.

telijk te verankeren. Publiekrechtelijke verankering van de zorgplicht maakt handhaving door de toezichthouder mogelijk, zonder dat naleving van deze zorgplicht afhankelijk is van een gang naar de civiele rechter door de getroffen consument.

De Afdeling merkt op dat de bestaande regels in de Wft betreffende zorgvuldige dienstverlening in het algemeen aan consumenten dezelfde mate van bescherming bieden als de civielrechtelijke zorgplicht. Zoals aangegeven in de toelichting, is het uitgangspunt dat de Autoriteit Financiële Markten (AFM) zal optreden op basis van de bestaande regels in de Wft. Echter, de ontwikkelingen in de financiële sector gaan soms sneller dan de ontwikkeling van de regelgeving. Door het ontbreken van een wettelijke basis kan niet altijd tijdig worden ingegrepen. Wanneer deze specifieke regels ontbreken, maar wel kan worden vastgesteld dat de financiële dienstverlener op onzorgvuldige wijze omgaat met de belangen van de klant, biedt de algemene zorgplicht een grondslag om alsnog op te treden en daarmee (verdere) schade voor consumenten te voorkomen. De algemene zorgplicht fungeert hier als vangnet. Handhaving van de publiekrechtelijke zorgplicht richt zich hiermee op het voorkomen van (verdere) schade voor consumenten. Daarmee is de publiekrechtelijke handhaving van de zorgplicht een wezenlijke aanvulling op het systeem van consumentenbescherming, nu de toezichthouder kan ingrijpen alvorens de consument schade ondervindt dan wel voordat de groep van getroffen consumenten zich verder uitbreidt. De toezichthouder zal doorgaans een voorsprong in kennis hebben en tijdiger kunnen optreden ten opzichte van de consument. Publiekrechtelijke handhaving zal niet resulteren in schadeloosstelling van de getroffen consument. Uiteraard is het wel denkbaar dat een consument een door de toezichthouder opgelegde sanctie gebruikt ter onderbouwing van een civielrechtelijke vordering.

Een soortgelijk stelsel, waarbij sprake is van zowel publiekrechtelijke handhaving als handhaving door de civiele rechter van bepaalde (open) normen, bestaat reeds in het kader van de handhaving van het consumentenrecht. De Autoriteit Consument en Markt (ACM) en de AFM kunnen op grond van de Wet handhaving consumentenbescherming (Whc) bepaalde normen die voortvloeien uit het civiele recht (zoals de normen neergelegd in afdeling 3A titel 3 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek) bestuursrechtelijk handhaven, terwijl deze normen ook door de civiele rechter worden gehandhaafd naar aanleiding van geschillen die aanhangig worden gemaakt door consumenten of andere belanghebbenden. Uit het voorgaande blijkt dat het in sommige gevallen, in het bijzonder waar het gaat om de bescherming van consumenten, wenselijk kan zijn om handhaving van bepaalde normen zowel civielrechtelijk (op individuele basis dan wel door middel van een collectieve actie) als bestuursrechtelijk (bij collectieve c.q. structurele schendingen) mogelijk te maken teneinde de doelmatigheid van het toezicht te bevorderen.

De Afdeling merkt verder op dat de handhaving van de publiekrechtelijke zorgplicht zal geschieden door het geven van een aanwijzing, die in ieder geval zal inhouden dat de financiële dienstverlener in het vervolg van een bepaalde, met de zorgplicht strijdige, handelwijze dient af te zien. In dat kader wordt opgemerkt dat de handhaving van de algemene zorgplicht door de AFM zich moet richten op toekomstig gedrag en niet op herstel van verzuimen uit het verleden. De toelichting is op dit punt verduidelijkt.

1b. Reikwijdte

De Afdeling merkt op dat de voorgestelde publiekrechtelijke zorgplicht een zeer ruim bereik heeft. Daarmee zou op de financiële dienstverlener een zware verantwoordelijkheid komen te rusten tot behartiging van het belang van de consument. Zoals hiervoor is aangegeven, beoogt de publiekrechtelijke zorgplicht in beginsel geen verder reikende verantwoordelijkheid voor financiële dienstverleners te introduceren dan hetgeen reeds geldt ingevolge het civiele recht. Wel wordt met de publiekrechtelijke zorgplicht de mogelijkheid gecreëerd om schendingen van de zorgplicht langs de publiekrechtelijke weg te handhaven. Het uitgangspunt van de publiekrechtelijke zorgplicht is dat een financiële dienstverlener de gerechtvaardigde belangen van de consument op zorgvuldige wijze in acht neemt, hetgeen niet betekent dat de financiële dienstverlener te allen tijde ervoor verantwoordelijk is dat de consument een passende beslissing neemt. In de wettekst wordt dit ook tot uitdrukking gebracht, waarbij een onderscheid wordt gemaakt tussen adviseren en andere vormen van financiële dienstverlening. Behoudens bij advies, rust op de financiële dienstverlener niet de verantwoordelijkheid om het belang van de consument te behartigen, maar de verantwoordelijkheid het belang van de consument op zorgvuldige wijze in acht te nemen. Bij advies geldt een zwaardere verantwoordelijkheid die gerechtvaardigd wordt door de specifieke rol die de adviseur geacht wordt te vervullen. Diens advies dient juist het belang van de klant te behartigen. De Afdeling geeft verder aan dat niet valt uit te sluiten dat als gevolg van de publiekrechtelijke zorgplicht de consument slechts een beperkt verantwoordelijkheidsbesef aan de dag zal leggen. De publiekrechtelijke zorgplicht legt weliswaar een zwaardere verantwoordelijkheid op de financiële dienstverlener dan enkel het verstrekken van de juiste informatie aan de consument, maar dit doet geen afbreuk aan de eigen verantwoordelijkheid van de consument om zich naar vermogen te informeren en op een prudente wijze om te gaan met het afnemen van financiële producten. Hoe ver de zorgplicht en de verantwoordelijkheid van een financiële dienstverlener in een concreet geval reikt, hangt – evenals in het civiele recht – af van de omstandigheden van het geval.

1.2 Nadere regulering van de zorgplicht

De Afdeling merkt tot slot op dat de delegatiegrondslag opgenomen in het voorgestelde artikel 4:24a, derde lid, Wft afbreuk doet aan het vangnetkarakter van de publiekrechtelijke zorgplicht. Naar aanleiding hiervan is het voorgestelde artikel 4:24a, derde lid, Wft geschrapt.

2. Introductie van een nieuwe kapitaalbuffer

Het voorgestelde artikel 3:62a Wft introduceert een grondslag om aan banken en beleggingsondernemingen kapitaaleisen te stellen, in aanvulling op de bestaande eisen aan het eigen vermogen, de solvabiliteit en de liquiditeit. Een bank of beleggingsonderneming dient op grond van artikel 3:62a te beschikken over een bij algemene maatregel van bestuur uit te werken kapitaalbuffer. De kapitaalbuffer is bedoeld om naast de normale solvabiliteit extra ruimte te creëren om tijdelijke schokken in de kapitaalpositie op te vangen en fungeert aldus in zekere zin als extra stootkussen.

De toelichting geeft aan dat een algemene maatregel van bestuur de kapitaalbuffer zal onderscheiden in drie soorten: een systeemrelevantiebuffer voor systeemrelevante banken en beleggingsondernemingen, een instellingsspecifieke anticyclische kapitaalbuffer en een kapitaalconserve-

ringsbuffer.¹¹ De laatste twee buffers (die voor alle banken gelden)¹² komen voort uit de ontwerp-richtlijn «CRD IV»¹³, die het kapitaalakkoord Bazel III beoogt om te zetten in EU-regelgeving. De systeemrelevantiebuffer is de nationale pendant van de door de Financial Stability Board geïntroduceerde kapitaalbuffer voor mondiaal systeemrelevante banken.

De Afdeling merkt hierover het volgende op.

a. Uitwerking van de kapitaalbuffer

De essentiële onderdelen van de regeling met betrekking tot de kapitaalbuffer zijn niet opgenomen in het onderhavige voorstel. In plaats daarvan wordt opgemerkt dat de desbetreffende regeling bij of krachtens algemene maatregel van bestuur zal worden uitgewerkt. Hierbij kan worden bepaald dat de omvang van onderdelen van de kapitaalbuffer kan worden vastgesteld bij besluit van DNB.

Hoewel de uitwerking van de regeling een technisch karakter heeft, zijn de hoofdlijnen van de regeling en de veronderstellingen die daaraan ten grondslag liggen van wezenlijk belang. De uiteindelijke hoogte van de kapitaalbuffer zal het risico van een systeemcrisis beïnvloeden, alsmede het risicoprofiel van individuele instellingen. Voorts kan de hoogte ook de ruimte van banken om krediet te verstrekken beïnvloeden, alsmede de door banken in rekening te brengen tarieven en de concurrentiepositie van banken onderling. Het gaat hierbij veelal om tegengestelde belangen.

De Afdeling realiseert zich dat in de loop der jaren veel bancaire regelgeving is uitgewerkt in lagere regelgeving, ook op het niveau van de toezichthouders. Daardoor is de rol van de wetgever in formele zin op dit terrein dienovereenkomstig geleidelijk beperkter geworden. In het licht van het primaat van de wetgever dienen de belangrijkste keuzen echter door de wetgever zelf te worden gemaakt; zij mogen niet worden overgelaten aan de lagere regelgever. Dit geldt in dit geval te meer nu het hier niet gaat om een implementatie die de Nederlandse wetgever geen eigen afwegingsruimte biedt, en het lidstaten vrij staat aan de systeemrelevantiebuffer invulling te geven.

De Afdeling adviseert de belangrijkste elementen, met name de aard van de drie onderscheiden kapitaalbuffers, in de wet zelf op te nemen en eventuele (sub)delegatie te motiveren en te clausuleren.

b. Kapitaalconserveringsplan en handhaving door DNB

Het voorgestelde artikel 3:62a, tweede lid, onderdeel b, Wft bepaalt dat een onderneming, indien zij niet voldoet aan de kapitaalbuffereisen, een kapitaalconserveringsplan ter goedkeuring aan DNB dient voor te leggen. In dat plan wordt aangegeven welke maatregelen de onderneming voornemens is te treffen om te gaan voldoen aan die kapitaalbuffereisen. Indien DNB haar goedkeuring aan het plan onthoudt, kan DNB op grond van het voorgestelde artikel 3:62a, vierde lid, onderdeel a, Wft

¹¹ Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 3.

¹² Voor systeemrelevante banken gelden aldus alle drie de buffers cumulatief.

¹³ Ontwerp-richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de toegang tot de werkzaamheden van kredietinstellingen en het bedrijfseconomisch toezicht op kredietinstellingen en beleggingsondernemingen en tot wijziging van Richtlijn 2002/87/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende het aanvullende toezicht op kredietinstellingen, verzekeringsondernemingen en beleggingsondernemingen in een financieel conglomeraat. COD 2011/0203. Over de ontwerp-richtlijn is op 3 maart 2013 een politiek akkoord in de Raad bereikt.

voorschrijven dat de onderneming een groter toetsingsvermogen dient aan te houden dan op grond van artikel 3:57 Wft is voorgeschreven.

De Afdeling merkt op dat deze regeling zo gelezen kan worden dat de op grond van deze regeling voorgeschreven vergroting van het toetsingsvermogen¹⁴ komt naast de eis om de kapitaalbuffer te herstellen. Indien deze interpretatie juist is, lijkt de onderneming daarmee te worden geconfronteerd met een grotere herstelopdracht dan wordt gerechtvaardigd door de aard van de kapitaalbuffer (stootkussen dat mag indeuken). De onderneming zal dan naast het hogere toetsingsvermogen ook het herstel van de kapitaalbuffer moeten realiseren. Indien het daarentegen slechts de bedoeling is dat DNB kan voorschrijven dat op de voorgeschreven datum de kapitaalbuffer weer volledig zal zijn hersteld, adviseert de Afdeling dit zo te verwoorden.

De Afdeling adviseert de toelichting in het licht van het bovenstaande te verduidelijken en zo nodig het voorstel aan te passen.

c. Systeemrelevantiebuffer

Zoals hierboven reeds is opgemerkt, zal een van de elementen van de bij amvb voor te schrijven kapitaalbuffer de zogenoemde systeemrelevantiebuffer zijn die zal gelden voor banken en beleggingsondernemingen die op nationaal niveau systeemrelevant zijn.¹⁵

In november 2012 heeft het Bazels Comité voor Banktoezicht de definitieve versie vastgesteld van het «framework for dealing with domestic systemically important banks.» Dit document geeft principes¹⁶ waarmee rekening dient te worden gehouden bij het reguleren van systeemrelevante instellingen op nationaal niveau.¹⁷ De regels van het Bazels Comité laten de mogelijkheid open om, afhankelijk van de lokale omstandigheden, al dan niet te kiezen voor een zekere differentiatie.

Wat betreft de samenstelling van de systeemrelevantiebuffer wordt in de toelichting opgemerkt dat afhankelijk van de mate van systeemrelevantie, de desbetreffende bank of beleggingsonderneming additioneel kernkapitaal ter grootte van één tot drie procent van de naar risico gewogen activa (rwa) zal moeten aanhouden (differentiatie). Ziet de Afdeling het goed, dan is sprake van systeemrelevantie indien een faillissement van financiële onderneming de stabiliteit van het gehele financieel stelsel in gevaar brengt. In die redenering ligt het niet voor de hand om binnen de categorie instellingen die (nationaal) systeemrelevant zijn te gaan differentiëren naar de mate van systeemrelevantie, door middel van de invoering van een bandbreedte van één tot drie procent van de rwa, voor de aanvullende buffer (in wezen naar de mate waarin de stabiliteit van het financieel systeem metterdaad in gevaar wordt gebracht). Indien de regering heeft beoogd een andere definitie van systeemrelevantie te hanteren, ligt differentiatie wellicht wel voor de hand. De toelichting biedt hierin naar het oordeel van de Afdeling onvoldoende inzicht.

De Afdeling adviseert de toelichting in het licht van het bovenstaande aan te vullen en zo nodig het voorstel aan te passen.

¹⁴ Het toetsingsvermogen vormt, ingevolge artikel 3:57, derde lid, de uitdrukking van de, op grond van artikel 3:57, eerste lid, aan te houden solvabiliteit.

¹⁵ Deze buffer is een aanvulling op de systeemrelevantiebuffer voor instellingen die op mondiaal niveau systeemrelevant zijn (G-SIB's) en waar internationale regelgeving op van toepassing zal zijn.

¹⁶ «principle based»

¹⁷ Om misverstanden te voorkomen wijst de Afdeling er op dat het framework thans nog niet in regelgeving is opgenomen.

2. Introductie van een nieuwe kapitaalbuffer

a. Uitwerking van de kapitaalbuffer

De door de Afdeling geconstateerde trend dat in de loop der jaren veel bancaire regelgeving is uitgewerkt in lagere regelgeving, ook op het niveau van de toezichthouders, houdt verband met het bij uitstek technische karakter van die regelgeving. Europese uniforme regels werden tot nu toe met name vastgesteld in richtlijnen. In haar streven naar uniformiteit kiest de Europese wetgever tegenwoordig steeds vaker voor rechtstreeks werkende verordeningen, die geen omzetting behoeven. Bij de (herschikkende) vierde richtlijn kapitaalvereisten (CRD IV) zal dan ook een groot deel van de technische details in een Level 1 verordening terechtkomen. Daarmee zal in de toekomst uitwerking in lagere nationale regelgeving steeds minder voorkomen. Omdat de kapitaalbuffers onder CRD IV niet volgen uit de rechtstreeks werkende verordening maar uit de richtlijn, zal dit onderwerp niettemin wel implementatie vergen.

Bij de implementatie van de meeste van de onderdelen van de kapitaalbuffer zal er voor de nationale wetgevers in de lidstaten geen enkele vrijheid zijn omdat die onderdelen volledig worden beheerst door de richtlijn. Ten aanzien van de invulling van een systeemrelevantiebuffer wordt de lidstaten wel enige ruimte gelaten, maar hierbij brengt de aard van het instrument mee dat die invulling, indien nodig, snel moet kunnen worden aangepast aan gewijzigde omstandigheden of nieuwe inzichten. Met de buffer wordt immers beoogd het moeilijk in te schatten risico te adresseren dat de instelling vormt voor het financiële stelsel. In het verleden is gebleken dat systeemcrises konden uitbarsten omdat verbanden niet, niet goed of niet op tijd werden doorzien. Naar zijn aard is het beoordelingskader voor de bepaling van systeemrelevantie dan ook geen statisch geheel. Daarbij past dat gebruik wordt gemaakt van gedelegeerde regelgeving.

Ten aanzien van het uitwerkingsniveau van de verschillende componenten van de kapitaalbuffer in de nationale regelgeving, geldt dat deze een hoge mate van technisch detail kennen. Hierbij ligt het derhalve in de rede dat de inhoudelijke uitwerking van de vereisten niet in de wet in formele zin wordt opgenomen maar op een lager regelgevingsniveau. Op wetsniveau wordt de basis gelegd voor de kapitaalbuffer. Conform het advies van de Afdeling zullen de componenten daarvan op wetsniveau worden benoemd in een nieuw tweede lid van artikel 3:62a van de Wft en op die manier worden geclausuleerd. In dit wetsvoorstel wordt uitsluitend de grondslag gelegd voor de systeemrelevantiebuffer: om die reden bevat het tweede lid vooralsnog slechts één onderdeel. Bij de implementatie van de richtlijn CRD IV zullen de overige componenten van de kapitaalbuffer eveneens in het genoemde lid worden opgenomen.

b. Kapitaalconserveringsplan en handhaving door DNB

De Afdeling constateert terecht dat artikel 3:62a, vierde lid (oud), onderdeel a, van de Wft anders gelezen kon worden dan beoogd was. Onder artikel 3:57 van de Wft geldt een solvabiliteitsvereiste dat wordt gekwantificeerd door middel van een toetsingsvermogen. Het aanwezige toetsingsvermogen kan het minimaal vereiste toetsingsvermogen overstijgen, maar dat onderscheid werd door de wet niet benoemd. Het is aangewezen om een helder onderscheid aan te brengen tussen het minimaal vereiste toetsingsvermogen in het kader van de solvabiliteit en het aanwezige toetsingsvermogen. In verband hiermee is een wijziging van artikel 3:57 van de Wft toegevoegd. Die verduidelijking van de relatie tussen minimaal aan te houden toetsingsvermogen en aanwezig

toetsingsvermogen heeft de regering bovendien in staat gesteld om artikel 3:62a, vijfde lid (nieuw), onderdeel a, van de Wft te verduidelijken.

c. Systeemrelevantiebuffer

Voor de vaststelling van systeemrelevantie is bepalend of een bank of beleggingsonderneming de stabiliteit van het financiële stelsel al dan niet in gevaar kan brengen. In zoverre lijkt systeemrelevantie een binair begrip. Uit de vaststelling dat sommige ondernemingen systeemrelevant zijn, volgt echter niet automatisch dat alle systeemrelevant bevonden ondernemingen in dezelfde mate een risico vormen voor het financiële stelsel. De impact van het wegvallen van een bepaalde financiële onderneming op het financiële stelsel zal in bijna alle gevallen groter zijn dan nul, zoals bij elk faillissement van een onderneming wederpartijen een nadeel zullen ondervinden. Dat betekent echter niet dat ex ante al die ondernemingen systeemrelevant moeten worden bevonden. Wanneer vooraf wordt geconcludeerd dat het faillissement van de betreffende bank of beleggingsonderneming naar verwachting slechts een beperkte impact heeft op het financiële stelsel, zal dat in beginsel leiden tot de vaststelling dat de financiële onderneming in kwestie niet systeemrelevant is. De methodiek voor de ex ante vaststelling van systeemrelevantie bevat een drempel waarboven de impact van het faillissement van een bank of beleggingsonderneming op het financiële stelsel systeemrelevant wordt bevonden.

De beoordeling van de impact van het wegvallen van een bank of beleggingsonderneming op het financiële stelsel levert aldus een genuanceerd beeld op. Om te voorkomen dat een systeemrelevante bank met een grotere risico-voetafdruk in de problemen komt, is het belangrijk dat zij nog weerbaarder is dan een eveneens systeemrelevante bank die minder risico met zich mee brengt. Daarom moet de eerstgenoemde preventief een hoger buffervereiste opgelegd kunnen krijgen dan laatstgenoemde. Wanneer een systeemrelevante bank haar risico-voetafdruk verkleint (bijvoorbeeld door beter afwikkelaar te worden), zal dat kunnen leiden tot een lager buffervereiste. Dit dient tevens als aanmoediging voor systeemrelevante instellingen om weerbaarder te worden op een andere manier dan via de systeemrelevantiebuffer.

Voor de goede orde wordt nog opgemerkt dat de hierboven beschreven systeemrelevantie niet moet worden verward met wat in de context van de artikelen 6:1 en 6:2 van de Wft wel wordt aangeduid als «systeemrelevante gevolgen»: de gevolgen die de problemen waarin een onderneming verkeert, kunnen hebben voor de stabiliteit van het financiële stelsel. In de artikelen 6:1 en 6:2 van de Wft staat een concrete situatie centraal en gaat het om de vraag of van die situatie een ernstig en onmiddellijk gevaar uitgaat voor de stabiliteit van het financiële stelsel. Of de onderneming in kwestie in een eerder stadium als systeemrelevant is aangemerkt, is daarbij niet van belang. Onder omstandigheden kan zelfs het omvallen van een kleine, op zichzelf niet systeemrelevant geoordeelde onderneming grote systeemrelevante gevolgen hebben en een ernstig gevaar opleveren voor de financiële stabiliteit. De mate waarin een onderneming systeemrelevant wordt geoordeeld is slechts een inschatting van de impact die het omvallen van die onderneming op het financiële stelsel zal hebben, met als doel de risico's voor het financiële stelsel zoveel mogelijk bij voorbaat te beperken.

Naar aanleiding van de opmerking van de Afdeling is de toelichting in deze zin aangepast. Tevens is van de gelegenheid gebruik gemaakt om op enkele punten redactionele verbeteringen door te voeren.

3. Toezicht op afwikkelondernemingen

Een belangrijk onderdeel van het voorstel wordt gevormd door de invoering van toezicht op zogenoemde «afwikkelondernemingen». Het voorstel introduceert voor afwikkelondernemingen een meldingsplicht bij de Nederlandsche Bank (DNB). Indien het aantal door de onderneming met betrekking tot girale betalingstransacties verleende afwikkeldiensten in een bepaald jaar een vooraf vastgestelde drempel overschrijdt, wordt de onderneming vergunningplichtig en dient zij bij DNB een vergunning aan te vragen. In alle gevallen dienen afwikkelondernemingen te voldoen aan de algemene voorschriften die zijn opgenomen in de Delen 3 en 4 van de Wft.

De Afdeling merkt hierover het volgende op.

a. Reikwijdte van het toezicht

a.1. Het toezicht richt zich op afwikkelondernemingen. Een afwikkelonderneming is, ingevolge de voorgestelde aanpassing van artikel 1:1 Wft, degene die afwikkeldiensten verleent. Afwikkeldiensten zijn werkzaamheden, gericht op het doorzenden van verzoeken die betrekking hebben op de goedkeuring van betaalopdrachten, het goedkeuren van dergelijke verzoeken namens een betalende betaaldienstverlener en het salderen. Salderen is het vaststellen van geldelijke vorderingen of verplichtingen van betaaldienstverleners uit hoofde van betaalopdrachten van betaaldienstgebruikers.

Om dit onderdeel van het voorstel goed te kunnen beoordelen, acht de Afdeling het nodig de plaats en de rol van de afwikkelondernemingen in het betalingsverkeer te bezien. Een betalingstransactie wordt hierbij gezien als een betaling ten laste van een betaalrekening van een opdrachtgever¹⁸ bij een bank¹⁹ ten gunste van een betaalrekening van de begunstigde bij dezelfde of een andere bank.²⁰ Bij de uitvoering van betalingstransacties door banken vindt verrekening tussen banken onderling plaats, die kan leiden tot veranderingen in de saldi van rekeningen die banken onderling en bij centrale banken aanhouden. Hierbij maken de banken gebruik van door diverse ondernemingen aangeboden systemen die binnen de financiële wereld doorgaans worden aangeduid als clearing and settlement systems. Indien de goede werking van deze systemen niet gewaarborgd is, kan systeemrisico ontstaan. Er bestaan in dit verband, kort gezegd, 3 categorieën systemen²¹: (i) systemen gericht op hoogwaardig betalingsverkeer dat vooral is gericht op grote betalingen tussen banken onderling, (ii) systemen die vooral zijn gericht op retail betalingstransacties waarbij de verrekening tussen de banken plaatsvindt op basis van netto posities en (iii) systemen die de uitvoering van bepaalde typen betalingen faciliteren (bijvoorbeeld door betaling met een internetkassa mogelijk te maken).

Ziet de Afdeling het goed, dan kan onder het begrip «afwikkelonderneming» op grond van het voorstel een veelheid aan, zeer diverse partijen worden begrepen die zijn betrokken bij girale betalingstransacties. Het is daarom van belang dat voldoende duidelijk is welke ondernemingen onder het voorgestelde wettelijk toezichtkader zullen komen te vallen. Uit

¹⁸ Doorgaans is de opdrachtgever een cliënt, maar de bank kan ook zelf op eigen naam rekeningen aanhouden en opdrachtgever zijn.

¹⁹ Of andere betaaldienstverlener.

²⁰ Ter wille van de inzichtelijkheid beperkt de Afdeling zich tot de hoofdlijnen van het proces.

²¹ Deze indeling in drie categorieën sluit aan bij de thans door DNB gehanteerde systematiek voor aanbieders voor het vrijwillige toezicht van DNB: de zogenaamde oversight taak.

de toelichting kan worden afgeleid dat wordt beoogd alleen toezicht te introduceren op afwikkelondernemingen die werkzaamheden verrichten in het kader van giraal retail betalingsverkeer.²² De twee andere hierboven genoemde categorieën vallen buiten het voorstel. Het voorstel bevat echter niet een dergelijke beperking tot retail betalingsverkeer.²³

De Afdeling adviseert tekst en toelichting op elkaar af te stemmen en daarbij de toelichting te verduidelijken met enkele voorbeelden van ketens van afwikkelondernemingen.

Onverminderd het bovenstaande merkt de Afdeling het volgende op.

a.2. In de toelichting wordt opgemerkt dat «teneinde een mogelijk misverstand te voorkomen, telecombedrijven die de verzoeken doorzenden, niet onder de definitie van «afwikkelonderneming» vallen.»²⁴ De Afdeling onderschrijft dat als uitgangspunt, maar merkt op dat de definitie²⁵ van afwikkelonderneming telecomondernemingen niet lijkt uit te sluiten. Zij wijst er vervolgens op dat onduidelijkheid kan ontstaan bij ondernemingen zoals SWIFT²⁶ (daargelaten of in het voorbeeld van SWIFT Nederlands toezicht van toepassing is), die met een dergelijke beperking van de reikwijdte mogelijk geheel of voor een deel buiten het toezicht vallen. Dat ligt bij dergelijke ondernemingen niet voor de hand.

De Afdeling adviseert de toelichting in het licht van het bovenstaande aan te vullen en zo nodig het voorstel aan te passen.

b. Verhouding tot richtlijn betaaldiensten

In de toelichting wordt ingegaan op de verhouding van het onderhavige voorstel tot de verordening betreffende over-the-counter-derivaten, centrale tegenpartijen en transactieregisters (EMIR).²⁷ Deze verordening is, zoals de toelichting opmerkt, niet van toepassing op ondernemingen die diensten verrichten ter zake van het retail betalingsverkeer. De toelichting gaat echter niet in op de verhouding van het onderhavige voorstel tot de richtlijn betaaldiensten.²⁸ Deze richtlijn vormt de basis onder de Single Euro Payments Area (SEPA). SEPA heeft blijkens de toelichting tot gevolg dat nieuwe instellingen delen van het Nederlandse retail betalingsverkeer gaan verwerken. Dit vormt vervolgens ten minste voor een deel de aanleiding voor de invoering van toezicht op afwikkelondernemingen.²⁹ Er is blijkens de toelichting dus een rechtstreeks verband tussen de activiteiten die vallen onder het regime van de richtlijn betaaldiensten en afwikkeldiensten.

De Afdeling signaleert dat sommige werkzaamheden die vallen onder de (brede) definitie van afwikkeldiensten in artikel 1:1 Wft ook lijken te vallen onder een van de in de richtlijn betaaldiensten geformuleerde definities

²² Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 2.

²³ Bijvoorbeeld in de artikelen 2:3.0a en 2:3.0b Wft.

²⁴ Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 2, onderdeel b.

²⁵ In het bijzonder onderdeel a. van de definitie van afwikkelonderneming.

²⁶ Society for Worldwide Interland Financial Telecommunication.

²⁷ European Market Infrastructure Regulation. Verordening 648/2012 van het Europees Parlement en de Raad, van 4 juli 2012 betreffende otc-derivaten, centrale tegenpartijen en transactieregisters (PbEU 2012/201).

²⁸ Richtlijn 2007/64/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 november 2007 betreffend/e betalingsdiensten in de interne markt tot wijziging van de Richtlijnen 97/7/EG, 2002/65/EG, 2005/60/EG en 2006/48/EG, en tot intrekking van Richtlijn 97/5/EG.

²⁹ Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 2, onderdeel a.

van betaaldiensten.³⁰ In dat geval is de onderneming onderworpen aan het toezicht op betaaldienstverleners op grond van de richtlijn betaaldiensten.

De Afdeling merkt voorts op dat in de reacties op de consultatie van het voorstel is gewezen op een voornemen van de Europese Commissie om dit jaar te komen met voorstellen tot aanpassing van de richtlijn betaaldiensten. Het toezicht op afwikkelondernemingen zou daarvan deel uitmaken. Als de Europese Commissie metterdaad met dergelijke voorstellen komt, ligt het niet in de rede daarop thans vooruit te lopen.

De Afdeling adviseert de toelichting in het licht van het voorgaande aan te vullen en zo nodig het voorstel aan te passen.

c. Toezicht

Thans oefent DNB toezicht uit op basis van vrijwilligheid, waarbij als richtsnoer worden gehanteerd de Principles for Financial Market Infrastructures. Uit de toelichting leidt de Afdeling af dat deze principes moeten worden gezien als een invulling van de inhoudelijke bepalingen van het voorstel zoals neergelegd in het voorgestelde artikel 2:3.0d Wft. De toelichting is hierover echter niet expliciet. De Afdeling adviseert de toelichting op dit punt te verduidelijken.

d. Gedragstoezicht op afwikkelondernemingen

Het voorgestelde artikel 1, onderdeel BBBB, introduceert, naast het prudentieel toezicht, tevens gedragstoezicht op afwikkelondernemingen. Het voorgestelde artikel 4:76a bepaalt dat een afwikkelonderneming zorg draagt voor het tijdig en efficiënt verlenen van haar diensten en beschikt over mechanismen waarmee periodiek het kostenniveau, prijsniveau en serviceniveau en de efficiëntie van de door haar verleende diensten worden beoordeeld. Het voorgestelde artikel 4:76b bepaalt onder meer dat een afwikkelonderneming de betaaldienstverleners waarmee zij een overeenkomst heeft gesloten, inzicht biedt in de financiële risico's en de kosten die zijn verbonden aan de afwikkeldiensten.

De genoemde wettelijke voorschriften zien blijkens het voorgaande in belangrijke mate op (transparantie over) de kosten en het prijs- en serviceniveau van afwikkeldiensten. Daarmee richten deze voorschriften zich op de bescherming van de belangen van de afnemers van de diensten van de afwikkelondernemingen.

Ziet de Afdeling het goed, dan zijn de wederpartijen van afwikkelondernemingen in alle gevallen professionele partijen, meestal betaaldienstverleners. Zij is er in dat licht niet van overtuigd dat ten aanzien van deze partijen een dergelijk niveau van wettelijke bescherming noodzakelijk is. Deze wederpartijen zouden in staat moeten worden geacht, bijvoorbeeld door contractuele afspraken, zelfstandig hun belangen adequaat te beschermen.

De Afdeling adviseert het voorgestelde gedragstoezicht op afwikkelondernemingen alsnog dragend te motiveren en het voorstel zo nodig aan te passen.

³⁰ Bijvoorbeeld punt 7 van de Bijlage die als betaaldienst definieert: Uitvoering van betalingstransacties waarbij de instemming van de betaler met een betalingstransactie wordt doorgegeven met behulp van een telecommunicatie-, digitaal of IT-instrument en de betaling rechtstreeks geschiedt aan de exploitant van de telecommunicatiediensten, het IT-systeem of het netwerk, die louter optreedt als intermediair tussen de betalingsdienstgebruiker en de persoon die de goederen levert of de diensten verricht.

e. Doorberekening van toezichtkosten bij afwikkelondernemingen

De Wet bekostiging financieel toezicht (Wbft) biedt de grondslag om de kosten van het toezicht door te berekenen aan onder toezicht staande instellingen. Het voorgestelde nieuwe artikel 1a, onderdeel a, van de Wbft regelt, kort gezegd, dat het toezicht op afwikkelondernemingen door DNB niet zal worden doorberekend.

De toelichting merkt hierover het volgende op. DNB bevordert de goede werking van het betalingsverkeer, zowel in haar hoedanigheid van nationale centrale bank van Nederland als in haar hoedanigheid van onderdeel van het Europees stelsel van centrale Banken (ESCB). Dit mede ter voorkoming van systeemrisico's, die zich tot over de landsgrenzen kunnen uitstrekken. Bijgevolg zijn de kosten die gepaard gaan met het toezicht dat met het oog daarop wordt uitgevoerd niet op een eenduidige wijze toe te rekenen aan onder toezicht staande instellingen. Omdat DNB het toezicht op onder meer afwikkelondernemingen vervult mede in de hoedanigheid van onderdeel van het ESCB en afstemt binnen dat stelsel, wordt voorgesteld de daarop betrekking hebbende wetgeving niet onder de reikwijdte van de Wet bekostiging financieel toezicht te laten vallen.³¹

De Afdeling merkt in de eerste plaats op dat het gegeven dat toezicht, bijvoorbeeld ter voorkoming van systeemrisico's, een grensoverschrijdend karakter heeft, thans geen reden lijkt zijn om toezichtlasten niet aan instellingen door te berekenen. Toezicht op grote internationaal opererende financiële ondernemingen (bijvoorbeeld grote banken en verzekeraars) heeft ontegenzeggelijk een grensoverschrijdend karakter terwijl de kosten van dit toezicht wel worden doorberekend. De Afdeling merkt voorts op dat op grond van het voorgestelde artikel 1a, onderdeel a, Wbft ook toezichtlasten die wel eenvoudig zijn toe te rekenen aan individuele onder toezicht staande afwikkelondernemingen, bijvoorbeeld de behandeling van de aanvraag van een vergunning of de toetsing van de geschiktheid van een beleidsbepaler, niet aan deze ondernemingen kunnen worden doorberekend. Dit lijkt niet in overeenstemming met het uitgangspunt zoals dat in de Wbft is neergelegd, namelijk dat toezichtlasten in beginsel voor rekening komen van de sector.³²

De Afdeling merkt daarbij op dat niet wordt ingegaan op de toezichtlasten voor de Autoriteit Financiële Markten (AFM), die het gedragstoezicht zal gaan uitoefenen.

De Afdeling adviseert de toelichting in het licht van het bovenstaande aan te vullen en zo nodig het voorstel aan te passen.

3. Toezicht op afwikkelondernemingen

a. Reikwijdte van het toezicht

a.1. De Afdeling merkt op dat het wetsvoorstel onduidelijk is ten aanzien van welke ondernemingen onder het begrip «afwikkelonderneming» vallen. Ter verheldering is de memorie van toelichting aangepast en in overeenstemming gebracht met het wetsvoorstel. De memorie van toelichting is niet langer toegesneden op retail betalingsverkeer. Daarnaast adviseert de Afdeling de toelichting te verduidelijken met enkele voorbeelden van ketens van afwikkelondernemingen. Naar aanleiding daarvan is het voorbeeld dat reeds in de memorie van toelichting was opgenomen nader uitgewerkt.

³¹ Memorie van toelichting, artikelsgewijze toelichting bij artikel VII, onderdeel A.

³² Naast een bijdrage van de Staat.

a.2. De Afdeling geeft aan dat de definitie van afwikkelonderneming telecomondernemingen niet lijkt uit te sluiten, terwijl uit de toelichting blijkt dat dat wel is beoogt. Onderdeel a van de definitie van «afwikkel-diensten» is in lijn met het advies aangevuld. Dit onderdeel verwijst naar het doorzenden van verzoeken die betrekking hebben op de goedkeuring van betaalopdrachten. Hieraan is toegevoegd «door een ander dan een aanbieder van communicatienetwerken». Daardoor vallen telecomondernemingen, postondernemingen, koeriersdiensten en SWIFT niet onder het begrip «afwikkelonderneming». Ook de memorie van toelichting is op dit punt aangepast.

b. Verhouding tot richtlijn betaaldiensten

De Afdeling vraagt zich af of de betaaldiensten genoemd in de bijlage bij de richtlijn betaaldiensten, niet tevens kwalificeren als afwikkeldienst waardoor er wellicht een overlap in het toezicht zou kunnen ontstaan. Om te voorkomen dat (ondersteunende) diensten in de afwikkeling van het betalingsverkeer, gelet op onder meer de door de Afdeling aangehaalde omschrijving, ook vergunningplichtige activiteiten zouden vormen waarvoor een vergunning moet worden aangevraagd als betaalinstelling, is in artikel 3, onderdelen h en j, van de richtlijn betaaldiensten opgenomen dat deze diensten zijn vrijgesteld. Dit artikel is in de Nederlandse wetgeving geïmplementeerd in artikel 1:5a, tweede lid, onderdelen h en j, van de Wft.

c. Toezicht

De Afdeling merkt op dat het niet duidelijk is op welke wijze invulling gegeven dient te worden aan de *Principles for Financial Market Infrastructures* bij de uitoefening van het toezicht door DNB. De memorie van toelichting is in lijn met het advies aangevuld.

d. Gedragstoezicht op afwikkelondernemingen

De Afdeling geeft aan dat zij niet overtuigd is van de noodzaak van het hoge niveau van wettelijke bescherming van partijen, aangezien het voornamelijk professionele marktpartijen betreft. De memorie van toelichting op dit punt is aangevuld. Opgemerkt wordt dat de gedragsvoorschriften in dit geval de bescherming van een hoger doel dienen, namelijk de bescherming van het maatschappelijk belang dat gemoeid is met een goede werking van het retail betalingsverkeer. De omstandigheid dat de wederpartijen van afwikkelondernemingen professioneel zijn en in staat zouden moeten worden geacht zelfstandig hun belangen adequaat te beschermen is op zichzelf genomen juist, maar is geen garantie dat deze wederpartijen ook voldoende aandacht hebben voor de bescherming van het maatschappelijk belang van een goede werking van het girale retail betalingsverkeer.

e. Doorberekening van toezichtkosten bij afwikkelondernemingen

Artikel VII van het wetsvoorstel bevat onder meer het voorstel om de kosten die DNB maakt vanwege het toezicht op afwikkelondernemingen en vanwege de uitvoering en handhaving van regels gesteld bij of krachtens twee verordeningen van de Europese Unie, waaronder EMIR³³, niet onder de reikwijdte van de Wet bekostiging financieel toezicht (Wbft) te laten vallen. Bijgevolg is het de bedoeling om deze kosten niet aan onder toezicht staande instellingen door te berekenen maar door de

³³ Verordening (EU) nr. 648/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 4 juli 2012 betreffende otc-derivaten, centrale tegenpartijen en transactieregisters (PbEU 2012, L 201).

centrale bank te laten financieren. Achterliggende reden hiervan is dat DNB bedoelde werkzaamheden tevens uitvoert als deelnemster aan het Europees stelsel van centrale banken (ESCB) alwaar de aandacht vooral uitgaat naar het voorkomen van systeemrisico's die zich tot over de landsgrenzen kunnen uitstrekken. De Afdeling merkt op dat een grensoverschrijdend karakter van toezicht geen reden lijkt te zijn om toezichtlasten niet aan instellingen door te berekenen. Zij verwijst daarbij naar het grensoverschrijdend karakter van het toezicht op bijvoorbeeld grote banken en verzekeraars, terwijl de kosten van dat toezicht, overeenkomstig het in de Wbft neergelegde uitgangspunt, wel worden doorberekend.

Naar aanleiding hiervan wordt opgemerkt dat krachtens de Wbft komen de kosten van de betrokkenheid van de toezichthouder bij het toezicht ingevolge de nationale toezichtwetgeving en EU-rechtshandelingen voor doorberekening aan marktpartijen in aanmerking. De door DNB in het kader van het ESCB te maken kosten vallen daar evenwel niet onder.

Bij het toezicht op de naleving van EMIR is geen eenduidige scheidslijn aan te brengen tussen de kosten die in ESCB-verband worden gemaakt en alle andere kosten. Om die reden komt een (integrale) doorberekening van kosten aan marktpartijen de regering minder juist voor. Inmiddels is wel vastgesteld dat het toezicht op de naleving van EMIR door andere partijen dan de «central counterparties», zoals verzekeraars en banken, niet wordt afgestemd binnen het ESCB. Bijgevolg dienen de kosten van het toezicht op andere partijen dan de «central counterparties» wel onder de reikwijdte van de Wbft te vallen. Daartoe zal, nadat de Afdeling daarover om advies is gevraagd, een nota van wijziging op het wetsvoorstel worden ingediend.

4. Verstrekking van toezichtvertrouwelijke informatie

De in de artikel I, onderdelen O en P, voorgestelde wijzigingen van de artikelen 1:90 en 1:93 Wft verruimen de thans geldende geheimhoudingsbepalingen in Afdeling 1.5.1 Wft. Deze bepalingen vormen in belangrijke mate de implementatie van verschillende richtlijnen die beperkingen stellen aan de verstrekking aan derden van vertrouwelijke gegevens over financiële instellingen die berusten bij de toezichthouders. De bepalingen in de bedoelde richtlijnen gaan uit van een in beginsel gesloten systeem van verstrekking. Aldus moet zijn gewaarborgd dat financiële instellingen die zijn onderworpen aan toezicht erop kunnen vertrouwen dat de informatie die zij verplicht zijn aan de toezichthouder te verstrekken door deze als vertrouwelijk zal worden behandeld, zodat er in zoverre voor hen geen belemmering behoeft te zijn om alle informatie te verstrekken die voor het toezicht relevant is. Dit gesloten stelsel betekent voor de toezichthouder dat gegevens die ingevolge de Wft zijn aangemerkt als vertrouwelijk in beginsel alleen bekend mogen worden gemaakt aan de personen of instanties die worden genoemd in de bepalingen van Afdeling 1.5.1. van de Wft. De thans voorgestelde aanvullingen van de artikelen 1:90 en 1:93 Wft verruimen de kring van personen en instanties aan wie toezichtvertrouwelijke informatie mag worden verstrekt.

De Afdeling merkt daarover het volgende op.

a. Verstrekking aan de minister

Het voorgestelde nieuwe vijfde lid van artikel 1:90 Wft bepaalt dat de toezichthouder eigener beweging of desgevraagd de vertrouwelijke gegevens of inlichtingen aan de andere toezichthouder of aan de Minister van Financiën verstrekt die deze met het oog op de stabiliteit van het

financiële stelsel behoeft. In de toelichting wordt opgemerkt dat de informatieverstrekking aan de minister in lijn is met de [ontwerp]richtlijn CRD IV. Deze ontwerp-richtlijn onderkent als nieuw element het belang van informatie-uitwisseling in verband met de stabiliteit van het financiële stelsel en bepaalt uitdrukkelijk dat zij aan dergelijke informatie-uitwisseling niet in de weg staat, aldus de toelichting.

De Afdeling wijst erop dat de ontwerp-richtlijn CRD IV betrekking heeft op banken en indirect op beleggingsondernemingen. Ziet de Afdeling het goed dan is in de Europese regelgeving ten aanzien van andere financiële ondernemingen (verzekeraars, marktexploitanten, beheerders van beleggingsinstellingen) vooralsnog geen vergelijkbare bepaling opgenomen. De toelichting vermeldt niet of een vergelijkbare aanpassing van het Europese geheimhoudingsregime te verwachten is.

De Afdeling adviseert in de toelichting in te gaan op de mogelijkheden op grond van de desbetreffende Europese richtlijnen om toezichtvertrouwelijke informatie over andere financiële instellingen dan banken en beleggingsondernemingen te verstrekken aan de Minister van Financiën en het voorstel zo nodig aan te passen.

b. Uitwisseling binnen het FEC

Het voorgestelde artikel 1:93, eerste lid, onderdeel h, Wft bepaalt dat de toezichthouder vertrouwelijke gegevens kan verstrekken aan de Algemene Inlichtingen- en Veiligheidsdienst, de Belastingdienst, de Fiscale Inlichtingen en Opsporingsdienst, de Nationale Politie, het Openbaar Ministerie en andere bij ministeriële regeling aan te wijzen instanties voor zover dat, met het oog op de integriteit van de financiële markten en de op die markten werkzame personen, voor een goede samenwerking en informatie-uitwisseling met die instanties nodig is. Blijkens de toelichting strekt deze bepaling er toe informatie-uitwisseling binnen het Financieel Expertise Centrum (FEC) beter mogelijk te maken. De Afdeling merkt hierover het volgende op.

b.1. De toelichting biedt geen inzicht in de (formeel-juridische) status van het FEC, en evenmin in het Informatieprotocol FEC 2011 op basis waarvan informatie-uitwisseling plaatsvindt. Naar het oordeel van de Afdeling kan het feit dat op grond van het voorstel informatie mag worden verstrekt aan de daar genoemde partijen er niet toe leiden dat ook informatie-uitwisseling binnen het FEC mogelijk wordt. De toezichthouders mogen namelijk toezichtvertrouwelijke informatie slechts verstrekken in een één-op-één relatie met de in de wet genoemde partijen. Ieder van deze partijen is vervolgens gehouden deze informatie vertrouwelijk te behandelen. Deze eis staat in de weg aan hetgeen met het voorstel wordt beoogd, namelijk het mogelijk maken van informatie-uitwisseling binnen het FEC, niet gerealiseerd.

De Afdeling merkt verder op dat het in het voorgestelde artikel 1:93, eerste lid, onderdeel h, Wft geformuleerde noodzaakcriterium voor de verstrekking van vertrouwelijke informatie, te weten «voor zover dat met het oog op de integriteit van de financiële markten en de op die markten werkzame personen, voor een goede samenwerking en informatie-uitwisseling met die instanties nodig is» nauwelijks beperkend is. Verstrekking van vertrouwelijke informatie kan naar het oordeel van de Afdeling niet worden gerechtvaardigd met, kort gezegd, een beroep op de noodzaak van een goede samenwerking en informatie-uitwisseling. Daar komt bij dat het bij de uitwisseling van informatie kan gaan om verwerking van persoonsgegevens in de zin van de Wet bescherming persoonsgegevens.

De Afdeling adviseert het voorstel op dit punt in het licht van het bovenstaande nader te bezien.

Onverminderd het bovenstaande merkt de Afdeling het volgende op.

b.2. De Afdeling stelt vast dat de kring van personen aan wie informatie kan worden verstrekt door de in de voorgestelde delegatiebepaling opgenomen «andere bij ministeriële regeling aan te wijzen instanties» in beginsel onbegrensd is. Zij acht dat onwenselijk gelet op de aard van de geheimhoudingsbepalingen en het uitgangspunt van een gesloten systeem van verstrekking.

De Afdeling adviseert de voorgestelde subdelegatie voldoende te clausuleren.

4. Verstrekking van toezichtvertrouwelijk informatie

a. Verstrekking aan de minister

De Afdeling wijst er op dat de ontwerp-richtlijn CRD IV betrekking heeft op banken en beleggingsondernemingen. Dit roept terecht de vraag op in hoeverre artikel 56, aanhef en onderdeel c, van die ontwerp-richtlijn ook relevant is waar het gaat om toezichtvertrouwelijke informatie met betrekking tot andere categorieën financiële ondernemingen. Het antwoord op die vraag is gelegen in het bijzondere karakter van genoemd artikel. Het artikel roept geen nieuwe uitzondering op de geheimhoudingsplicht voor toezichthouders in het leven, maar verwoordt het gedurende de laatste jaren gerijpte inzicht dat de bestaande geheimhoudingsregimes voor toezichtvertrouwelijke informatie vanzelfsprekend niet in de weg behoren te staan aan het uitwisselen van informatie die van belang is voor de stabiliteit van het financiële stelsel. Het expliciteert daarmee een beginsel dat de kaders van CRD IV overstijgt en ook relevant is voor de (in veel opzichten gelijklopende) geheimhoudingsbepalingen uit andere richtlijnen op het terrein van de financiële markten.

b. Uitwisseling binnen het FEC

b.1. Naar aanleiding van de opmerkingen van de Afdeling is het noodzaak-criterium aangepast in het voorgestelde artikel 1:93, eerste lid, onderdeel f, van de Wft. De informatieverstrekking kan niet gerechtvaardigd worden met een beroep op de noodzaak van een goede samenwerking en informatie-uitwisseling; de informatie mag slechts verstrekt worden als dat voor de ontvangende instantie dienstig is voor de uitoefening van haar wettelijke taak. Voorts volgt uit het tweede lid van artikel 1:93 van de Wft, dat de toezichthouder de toezichtvertrouwelijke informatie alleen mag verstrekken als bij het beoogde gebruik sprake is van voldoende doelbinding.

b.2. Tenslotte is, in overeenstemming met het advies van de Raad, de kring van personen aan wie informatie kan worden verstrekt in de wet begrensd en is het uitgangspunt van een gesloten systeem van verstrekking daarmee gehandhaafd.

5. Overige opmerkingen

a. Verrekening van bankspaardeposito's eigen woning

Het voorgestelde artikel I, onderdeel, HHH, introduceert een nieuw artikel 3:265d Wft. Dat artikel bepaalt, kort gezegd, dat bij het faillissement, het uitspreken van de noodregeling of de inwerkingstelling van het deposi-

togarantiestelsel (DGS), van rechtswege bankspaardeposito's worden verrekend met de verbonden eigen woningschuld. Deze verrekening vindt plaats teneinde te voorkomen dat het tegoed op de bankspaarrekening voor vergoeding uit hoofde van het depositogarantiestelsel in aanmerking zou komen.

a.1. Het voorgestelde artikel 3:265d, aanhef, bepaalt onder meer dat verrekening plaatsvindt «ongeacht mogelijk bestaande rechten van derden ten aanzien van het bankspaardeposito eigen woning, onderscheidenlijk de verbonden eigenwoningsschuld». De Afdeling begrijpt deze passage aldus dat een zekerheidsrecht gevestigd door een derde partij³⁴ op het bankspaardeposito of de verbonden eigenwoningsschuld (de hypotheekvordering) niet in de weg staat aan verrekening.³⁵ In de toelichting wordt dit element van de van rechtswege verrekening niet toegelicht. De Afdeling adviseert dat alsnog te doen.

a.2. Artikel 3:159h bepaalt dat DNB in het kader van het zogenoemde overdrachtsplan een bedrag beschikbaar kan stellen voor de overgang van deposito-overeenkomsten. Ingevolge het voorgestelde artikel I, onderdeel CCC, wordt een uitzondering gemaakt voor de overgang van bankspaardeposito's eigen woning.

De toelichting vermeldt niet hoe een dergelijke overgang zal worden gefinancierd. Bij de overgang van deposito-overeenkomsten worden vorderingen van spaarders op de bank overgedragen (de overgang zal niet vergezeld gaan van activa ter grootte van het totale tegoed op de spaarrekeningen). Ingeval de verbonden eigen-woningsschulden (vordering van de bank op de spaarder) niet tevens overgaan³⁶, lijkt niet te zijn voorzien in financiering. De Afdeling merkt bovendien op dat sprake kan zijn van uitvoering van het overdrachtsplan zonder dat aan een voorwaarde voor verrekening van rechtswege (uitspreken van de noodregeling, faillissement of inwerkingstelling van het DGS) uit het voorgestelde artikel 3:265d is voldaan.³⁷

De Afdeling adviseert de toelichting in het licht van het bovenstaande aan te vullen en zo nodig het voorstel aan te passen.

b. Deelnemingen in marktexploitanten

Het voorgestelde artikel I, onderdeel HHHH, wijzigt artikel 5:32d Wft. Artikel 5:32d Wft bepaalt, kort gezegd, dat degene die een gekwalificeerde deelneming in een marktexploitant wil verwerven of vergroten, daarvoor een verklaring van geen bezwaar (vvgb) moet verkrijgen van de Minister van Financiën. Artikel 5:32d, tweede lid, onderdeel b, bepaalt dat de minister de vvgb verleent tenzij de handeling zou kunnen leiden of zou leiden tot een invloed op de desbetreffende marktexploitant die in strijd is met de belangen die deze wet beoogt te beschermen. Het voorgestelde nieuwe onderdeel b van artikel 5:32d, tweede lid, bepaalt dat de minister de vvgb verleent tenzij de handeling zou kunnen leiden of zou leiden tot een invloed op de betrokken marktexploitant of effect op de door hem geëxploiteerde of beheerde gereguleerde markt die een bedreiging vormt voor de belangen die deze wet beoogt te beschermen.

³⁴ Niet zijnde de bank waar het bankspaardeposito wordt aangehouden en, indien van toepassing, de afzonderlijke hypotheekverstrekker.

³⁵ Bijvoorbeeld waar het gaat om hypotheekleningen die tot zekerheid van gedekte obligaties strekken.

³⁶ Het voorgestelde artikel 3:159i bepaalt dat in het overdrachtsplan kan worden bepaald dat de verbonden eigenwoningsschuld niet tevens overgaat. In het geval sprake is van een verbonden eigenwoningsschuld bij een andere instelling dan de bank waarop het overdrachtsplan betrekking heeft, zal de schuld eveneens niet kunnen overgaan.

³⁷ Het voorgestelde artikel 3:159i, derde lid, Wft lijkt hier wel van uit te gaan.

In de toelichting wordt hierover opgemerkt dat het thans geldende onderdeel b, voor meerderlei uitleg vatbaar is, hetgeen leidt tot onduidelijkheid bij de toepassing daarvan. Het criterium kan zo worden gelezen, dat het vooral betrekking heeft op de zeggenschap over de marktexploitant die volgt uit een mogelijk gewijzigde samenstelling van het bestuur van de onderneming door de gekwalificeerde deelneming. Uit deze beperkte uitleg van dit criterium kan volgen dat andere risico's met betrekking tot het functioneren van de gereglementeerde markt niet kunnen worden meegewogen bij de beoordeling van de aanvraag voor een verklaring van geen bezwaar. De positie van de beleggers die handelen op de gereglementeerde markt is bijvoorbeeld een belang dat de Wft beoogt te beschermen, maar dat mogelijk buiten de reikwijdte van het criterium genoemd in artikel 5:32d, tweede lid onderdeel b, valt, aldus de toelichting. Een dergelijke beperkte uitleg is volgens de toelichting echter niet beoogd door de wetgever.

De toelichting verwijst daartoe naar artikel 26a, tweede lid, onderdeel a, van de Wet toezicht effectenverkeer 1995, als de voorganger van artikel 5:32d Wft.

De Afdeling wijst er op dat artikel 5:32d de omzetting vormt van artikel 38 van de Richtlijn markten in financiële instrumenten (Mifid).³⁸ Artikel 38, derde lid, Mifid bepaalt dat de bevoegde autoriteit de voorgenomen wijzigingen in de zeggenschap over de gereglementeerde markt en/of de marktexploitant weigert goed te keuren wanneer er objectieve en aantoonbare redenen zijn om aan te nemen dat deze wijzigingen een bedreiging vormen voor de gezonde en prudente bedrijfsvoering van de gereglementeerde markt. Deze bepaling is geïmplementeerd in artikel 5:32d, tweede lid, onderdeel c.

De Afdeling merkt op dat de aangehaalde bepaling in de Mifid zich uitsluitend richt op de bedrijfsvoering van de marktexploitant; andere belangen, zoals de positie van beleggers, worden daar niet genoemd. Dit roept de vraag op naar de verhouding tussen het voorgestelde artikel 5:32d, tweede lid, onderdeel b, en artikel 38 Mifid.

De Afdeling adviseert de toelichting in het licht van het bovenstaande aan te vullen en zo nodig het voorstel aan te passen.

c. Aanvulling van gronden door de Accountantskamer

Het voorgestelde artikel XV, tweede lid, wijzigt artikel 22, vijfde lid, van de Wet tuchtspraak accountants (Wtra). Artikel 22, vijfde lid, Wtra bepaalt, kort gezegd, dat de Accountantskamer de rechtsgrond van een klacht ambtshalve aanvult, indien sprake is van een wettelijke controle in de zin van de Wet toezicht accountantsorganisaties. Het voorstel voegt daaraan toe dat in alle andere gevallen de Accountantskamer de klacht ambtshalve kan aanvullen.

In de toelichting wordt hierover opgemerkt dat het in de praktijk kan voorkomen dat klagers, bij gebrek aan vakinhoudelijke kennis of bekendheid met het dossier, moeite hebben met het omschrijven van de klacht. Tevens kunnen tijdens het onderzoek ter zitting nieuwe feiten boven tafel komen die de klacht ondersteunen of die aanwijzing geven voor klachtwaardig gedrag waar de klacht niet op ziet.

³⁸ Richtlijn 2004/39/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 april 2004 betreffende markten voor financiële instrumenten, tot wijziging van de Richtlijnen 85/611/EEG en 93/6/EEG van de Raad en van Richtlijn 2000/12/EG van het Europees Parlement en de Raad en houdende intrekking van Richtlijn 93/22/EEG van de Raad.

De Afdeling merkt op dat de voorgestelde aanvulling moet worden gezien in het licht van het algemene leerstuk van aanvulling van (rechts)gronden. Daarbij is van belang dat het tuchtrecht weliswaar een eigen karakter heeft, maar vooral aanleunt tegen het strafrecht. In dit licht moet vanwege de rechtszekerheid voorzichtigheid worden betracht met aanvulling van rechtsgronden. Het komt de Afdeling voor dat de Accountantskamer een klacht niet zodanig moet kunnen aanvullen dat daardoor in zekere zin een nieuwe (afzonderlijke) klacht wordt geformuleerd door zelf een klacht te omschrijven. De Accountantskamer zou namelijk treden buiten de omvang van het geding zoals door de klager is aangebracht. De Afdeling acht dit, gelet op de aard van de procedure, niet passend.

De Afdeling adviseert het voorstel in het licht van het bovenstaande nader te bezien.

5. Overige opmerkingen

a. Verrekening van bankspaardeposito's eigen woning

a.1. De Afdeling merkt met betrekking tot artikel 3:265d op dat zij de passage «ongeacht mogelijk bestaande rechten van derden ten aanzien van het bankspaardeposito eigen woning» aldus begrijpt dat een zekerheidsrecht gevestigd door een derde partij op het bankspaardeposito of de verbonden eigenwoningschuld niet in de weg staat aan verrekening. De door de Afdeling gegeven interpretatie is juist en de artikelsgewijze toelichting in de memorie van toelichting is in lijn met die interpretatie verduidelijkt.

a.2. De Afdeling gaat in op artikel 3:159h dat bepaalt dat DNB in het kader van het overdrachtsplan een bedrag beschikbaar kan stellen voor de overgang van deposito-overeenkomsten en dat het wetsvoorstel een uitzondering maakt voor de overgang van bankspaardeposito's. De Afdeling merkt op dat de toelichting niet vermeldt hoe een dergelijke overgang wordt gefinancierd. De algemene toelichting is op dit punt aangevuld.

De Afdeling merkt bovendien op dat sprake kan zijn van uitvoering van een overdrachtsplan zonder dat aan de voorwaarde voor verrekening van rechtswege (uitspreken van de noodregeling of faillissement of in werkingstelling van het depositogarantiestelsel) is voldaan. In de aanvulling op de algemene toelichting wordt ook hierop ingegaan.

b. Deelnemingen in marktexploitanten

De Afdeling merkt op dat artikel 38 van de MiFID zich uitsluitend richt op de bedrijfsvoering van de marktexploitant en vraagt naar de verhouding tussen het voorgestelde artikel 5:32d, tweede lid, onderdeel b, en artikel 38 MiFID.

Artikel 5:32d, tweede lid, van de Wft implementeert artikel 38 van de MiFID. In artikel 38 zijn de eisen opgenomen die worden gesteld aan personen die invloed van betekenis uitoefenen op het beheer van een gereglementeerde markt. Het geschiktheids criterium zoals opgenomen in artikel 38, eerste lid, van de MiFID wordt nader ingevuld door de criteria zoals opgenomen in artikel 5:32d, tweede lid, van de Wft. Daaronder vallen de onderdelen a en b. Onderdeel c implementeert artikel 38, derde lid, van de MiFID. Opgemerkt wordt dat uit de regels die gelden voor gereglementeerde markten niet volgt dat daarbij sprake is van maximum-harmonisatie. Dit in tegenstelling tot de regels die gelden voor beleggingsondernemingen: artikel 31, eerste lid, tweede alinea, van de MiFID bepaalt uitdrukkelijk dat lidstaten geen aanvullende verplichtingen kunnen

opleggen aan beleggingsondernemingen. Een dergelijke bepaling is niet opgenomen voor gereguleerde markten. De memorie van toelichting is op dit punt verduidelijkt.

c. Aanvulling van gronden door de Accountantskamer

Het tuchtrecht heeft gemeenschappelijke kenmerken met andere rechtsgebieden: het strafrecht, het privaatrecht en het algemeen bestuursrecht. Er zijn echter ook belangrijke verschillen tussen het tuchtrecht en andere rechtsgebieden. Deze zijn zodanig dat het tuchtrecht een *sui generis* karakter heeft. De primaire functie van het tuchtrecht is niet zozeer gelegen in het bestraffen van bepaalde gedragingen, maar in het waarborgen van de kwaliteit van de beroepsuitoefening en het in stand houden van de eer en goede naam van de beroepsgroep. Tegelijkertijd moet geconstateerd worden dat klagers, met name cliënten van accountants, lang niet in alle gevallen voldoende onderlegd zijn om te komen tot een nauwkeurige formulering van de klacht. Naarmate het geding vordert en meer informatie beschikbaar komt over de vermeende gedraging van de accountant, kan bovendien blijken dat de klacht zich richt tot meer of andere feiten, respectievelijk rechtsgronden, dan vermeld in het oorspronkelijke klaagschrift. Ook kan tijdens het onderzoek blijken dat zich nog meer feiten hebben voorgedaan, ook buiten de waarneming van de klager, die tuchtwaardig gedrag inhouden. Het zou onwenselijk zijn wanneer de klacht door onbekendheid of ondeskundigheid van de klager onvolledig of onjuist geformuleerd wordt en tuchtzaken hierdoor negatief beïnvloed worden. Om deze redenen kan een ambtshalve aanvulling van de klacht door de accountantskamer wenselijk zijn. Met de aanvulling van de klacht wordt voorkomen dat slecht omschreven of onvolledige klachten ongegrond worden verklaard, terwijl de onderzochte feiten erop wijzen dat de betreffende accountant in strijd heeft gehandeld met de toepasselijke wet- en regelgeving. Bovendien is de accountantskamer reeds op grond van artikel 22, vijfde lid, Wet tuchtrechtspraak accountants gehouden om de klacht ambtshalve aan te vullen indien sprake is van een wettelijke controle. Met het voorgestelde artikel wordt deze bestaande regeling ter zake van het ambtshalve aanvullen van klachten uitgebreid.

De Afdeling merkt terecht op dat voorzichtigheid moet worden betracht met de aanvulling van rechtsgronden. Dit geldt des te meer bij een wijziging van de omvang van de klacht. De beginselen van behoorlijke tuchtprocedure, waaronder het beginsel van rechtszekerheid, brengen met zich mee dat de accountant tijdig alle onderdelen van de klacht dient te kennen zodat hij voldoende gelegenheid heeft om zich te verweren. Deze beginselen zijn onverkort van toepassing in klachtzaken bij de Accountantskamer. Het voorgestelde artikel 22, vijfde lid, van de Wet tuchtrechtspraak accountants is aangepast om te expliciteren dat bij ambtshalve aanvulling van klachten de betrokken accountant in de gelegenheid wordt gesteld om schriftelijk op de aangevulde klacht te reageren. Dit geldt ook indien de aanvulling van de klacht geschiedt naar aanleiding van feiten die ter zitting boven tafel zijn gekomen. Aan de accountant wordt de gelegenheid geboden om na de zitting schriftelijk op de aangevulde klacht te reageren. Vanzelfsprekend kan de beklagde accountant ook tijdens de zitting op de aangevulde klacht reageren. Indien de schriftelijke reactie van de accountant daartoe aanleiding geeft, kan de zitting door de Accountantskamer worden heropend zodat de accountant de mogelijkheid krijgt om zijn reactie alsnog ter zitting nader toe te lichten. De tekst en toelichting van het wetsvoorstel zijn in deze zin aangepast.

6. Redactionele kanttekeningen

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

6. Redactionele kanttekeningen

De redactionele kanttekeningen van de Afdeling zijn overgenomen.

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,
J.P.H. Donner*

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.R.V.A. Dijsselbloem

Bijlage bij het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State betreffende no. W06.13.0026/III met redactionele kanttekeningen die de Afdeling in overweging geeft.

- Het voorgestelde artikel 2:3.0m Wft schrappen in verband met doublure met het voorgestelde artikel 2:3.0h Wft.
- Het voorgestelde artikel 3:35 Wft splitsen in 2 onderdelen en na «een verbod als bedoeld in artikel 2:3.0e, 2:3.0j of 2:3.0o» invoegen: is opgelegd.
- In het in artikel I, onderdeel FFFF, voorgestelde artikel 5:25o, zesde lid, opnemen dat met toezending aan de AFM is voldaan aan de verplichting tot toezending aan het handelsregister.
- In het voorgestelde artikel III, onderdelen A en C een eenduidige terminologie hanteren aanzien van tot de handel op een gereguleerde markt toegelaten effecten dan wel in de toelichting aangeven welk onderscheid is beoogd.
- Het in het voorgestelde artikel V, onderdeel D, gewijzigde artikel 9, zesde lid, van de Muntwet 2002, redigeren als volgt: De waarde van munten die opzettelijk zijn veranderd of een bewerking hebben ondergaan waarvan redelijkerwijs is te verwachten dat ze de munt verandert, wordt niet vergoed.