

Vergaderjaar 2013–2014

33 918

Wijziging van de Wet op het financieel toezicht en enige andere wetten op het terrein van de financiële markten (Wijzigingswet financiële markten 2015)

Nr. 4

ADVIES AFDELING ADVISERING RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT¹

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 27 februari 2014 en het nader rapport d.d. 8 april 2014, 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 6 januari 2014, no. 2014000003, 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 op het terrein van de financiële markten (Wijzigingswet financiële markten 2015), met memorie van toelichting.

Het voorstel bevat, als onderdeel van de jaarlijkse wijzigingscyclus van nationale regelgeving op het terrein van de financiële markten, een omvangrijk aantal wijzigingen van wetten op dat terrein.

De Afdeling advisering van de Raad van State maakt opmerkingen over de uitbreiding van de geschiktheids- en betrouwbaarheidseis en over de toezending van ingediende klachten aan de Autoriteit Financiële Markten (AFM) en de Nederlandse Beroepsorganisatie van Accountants (NBA) en de mogelijke opschorting van de behandeling van de klacht. Ten aanzien van de uitbreiding van de geschiktheids- en betrouwbaarheidseis merkt de Afdeling op dat in de toelichting nader dient te worden gemotiveerd waarom het voor het mitigeren van door banken en verzekeraars te nemen risico's noodzakelijk is om verantwoordelijken op lagere niveaus binnen de organisatie aan een geschiktheidseis te onderwerpen. De Afdeling wijst er verder op dat door het voorstel de verhouding tussen de verantwoordelijkheid van de onderneming en de verantwoordelijkheid van de overheid substantieel verschuift. De overheid neemt met dit voorstel een verantwoordelijkheid op zich waarvan niet duidelijk is of deze

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.

waargemaakt kan worden. Ook gaat de Afdeling in op enige EU-rechtelijke aspecten en maakt zij enkele meer technische opmerkingen.

De Afdeling is van oordeel dat in verband met het voorgaande aanpassing van het wetsvoorstel en de toelichting wenselijk is.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 6 januari 2014, nr. 2014000003, 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 27 februari 2014, nr. No. W06.13.0468/III, bied ik U hierbij aan.

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. Onderscheiden verantwoordelijkheden

De Afdeling hecht eraan vooraf, in algemene zin, een opmerking te maken over het onderscheiden van de verantwoordelijkheid van het bestuur van de financiële instelling enerzijds en de verantwoordelijkheid van de overheid anderzijds. De grens tussen beide verantwoordelijkheden is de laatste jaren in beweging, nu vanwege de financiële crisis vanaf 2008 door de overheid krachtig moest worden opgetreden. De reden daarvoor lag in het gegeven dat de financiële sector een bijzondere sector is vanwege zijn essentiële functie voor onze economische en maatschappelijke bedrijvigheid. De overheid heeft daarom een bijzondere verantwoordelijkheid jegens de financiële sector om toezicht te houden en voorwaarden te scheppende gericht op stabiliteit. Dit heeft sinds 2008 tot een reeks van wetten geleid. Het doel hiervan is om te komen tot een gezonde en stabiele financiële sector die dienstig is aan de maatschappij. Daarbij is een deel van die wijzigingen ingegeven door de wens van de wetgever om het nemen van onverantwoorde risico's zo veel als mogelijk te voorkomen.

De Afdeling onderschrijft dit doel. De Afdeling meent evenwel, dat bij deze aangescherpte publieke verantwoordelijkheid de balans met de primaire verantwoordelijkheid van het bestuur van de financiële onderneming voor de stabiliteit van zijn instelling niet verloren mag gaan. Op dat niveau ligt de verantwoordelijkheid voor het dagelijkse reilen en zeilen en de interne bedrijfsvoering. De laatste jaren is ook gebleken dat die primaire verantwoordelijkheid van het bestuur benadrukt moet worden. Daaronder valt ook het versterken en waarborgen van het normbesef onder de medewerkers van de financiële instelling. De leiding van de financiële instelling kan daarop aangesproken worden en wordt daarvoor verantwoordelijk gehouden.

De Afdeling beziet de voorstellen voor uitbreiding van de betrouwbaarheids- en geschiktheidseis voor personen werkzaam bij een bank of verzekeraar, en de uitbreiding van de verplichting tot het afleggen van een eed of belofte door medewerkers van bepaalde financiële instellingen in deze context. De Afdeling heeft eerder geadviseerd over de bredere invoering van een eed of belofte voor werknemers van financiële ondernemingen.² Zij verwijst daarnaar.

² Advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 12 november 2012 over het Wijzigingsbesluit financiële markten 2013 (W06.12.0382/III).

1. Onderscheiden verantwoordelijkheden

De Afdeling verwijst voor haar opmerkingen over de eed of belofte voor – kort gezegd – degenen die het risicoprofiel van de onderneming wezenlijk kunnen beïnvloeden en degenen met klantcontact naar een eerder advies³. In dat advies merkt ze op dat er vanouds een grote terughoudendheid is met betrekking tot een verplichte eed of belofte; een wettelijke verplichting bestaat alleen voor publieke ambten en ambtenaren en voor een beperkt aantal gereguleerde professionele beroepen, aldus de Afdeling. In die gevallen is volgens de Afdeling, anders dan bij medewerkers van financiële ondernemingen, sprake van de uitoefening van publiek gezag of zijn de personen die gehouden zijn een eed of belofte af te leggen te beschouwen als de exponent of personificatie van de onderneming dan wel dragen deze personen (eind)verantwoordelijkheid voor het handelen van de onderneming.

Ik onderschrijf dat terughoudendheid moet worden betracht met de introductie van een verplichte eed of belofte. Ik ben echter van oordeel dat een eed of belofte voor medewerkers van financiële ondernemingen is aangewezen. Het vertrouwen van de consument in financiële ondernemingen is ernstig geschaad, mede door omvangrijke incidenten die zich de afgelopen periode op de financiële markten hebben voorgedaan. De introductie van een eed of belofte voor medewerkers van financiële ondernemingen kan bijdragen aan benodigd herstel van vertrouwen in de financiële onderneming en daarmee de financiële markten. De eed of belofte is een waardevol instrument om het belang te onderstrepen van de centrale normen en waarden waar de financiële sector voor staat en om de bewustwording daarvan te versterken bij de persoon die de eed of belofte aflegt. Ik ben van oordeel dat het van belang is dat niet alleen het hogere management een eed of belofte aflegt en naleeft, maar dat ook bepaalde medewerkers binnen de organisatie dit doen. Ook medewerkers op werkvloerniveau moeten zich immers ten volle bewust zijn van de gedragsregels die hen persoonlijk aangaan en ervan doordrongen zijn dat werken in de financiële sector maatschappelijke verantwoordelijkheid met zich brengt; een maatschappelijke verantwoordelijkheid die het afleggen van een eed of belofte rechtvaardigt. Los van het vorenstaande ben ik van oordeel dat degenen die het risicoprofiel van de financiële onderneming wezenlijk kunnen beïnvloeden of degenen met klantcontact, naast de beleidsbepalers, te beschouwen zijn als de (ethische) personificatie van de onderneming. Het vertrouwen van de consument in bijvoorbeeld een bank, wordt immers grotendeels bepaald door bijvoorbeeld het contact dat hij heeft met de medewerkers van de bank, zoals een hypotheekadviseur.

Voor de volledigheid wordt opgemerkt dat aan de systematiek van de Wet op het financieel toezicht (Wft) niet wordt getornd; de eed of belofte voor medewerkers maakt onderdeel uit van de integere en beheerste bedrijfsvoering van financiële ondernemingen. Het is aan de financiële onderneming om ervoor zorg te dragen dat deze medewerkers een eed of belofte afleggen en de daaraan ten grondslag liggende normen naleven.

³ Advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 12 november 2012 over het Wijzigingsbesluit financiële markten 2013 (W06.12.0382/III).

2. Uitbreiding geschiktheids- en betrouwbaarheidseis

Ingevolge artikel 3:9 Wft dient de betrouwbaarheid van personen die het beleid van de financiële onderneming (mede) bepalen buiten twijfel te staan.⁴ Ingevolge artikel 3:8 Wft dient voor personen die het dagelijks beleid van de financiële onderneming bepalen tevens vast te staan dat zij daartoe geschikt zijn.⁵

Het voorgestelde artikel I, onderdelen S en T, breidt de kring van personen op wie de geschiktheids- en betrouwbaarheidseis van toepassing is uit naar alle «personen werkzaam onder verantwoordelijkheid van een bank of verzekeraar met zetel in Nederland, die verantwoordelijk zijn voor natuurlijke personen wier werkzaamheden het risicoprofiel van de onderneming wezenlijk kunnen beïnvloeden.» In de toelichting wordt hierover opgemerkt dat «door te verlangen dat personen verantwoordelijk voor medewerkers die het risicoprofiel van de financiële onderneming wezenlijk (kunnen) beïnvloeden, geschikt en betrouwbaar zijn, kan beter worden tegengegaan dat onder hun verantwoordelijkheid risico's worden genomen die de stabiliteit van en het vertrouwen in de financiële sector in gevaar brengen.»⁶

De Afdeling merkt hierover het volgende op.

a. Kring van personen

Het onderhavige voorstel breidt de kring van personen die onder het bereik van de geschiktheids- en betrouwbaarheidseis vallen uit tot personen [...] «die verantwoordelijk zijn voor natuurlijke personen wier werkzaamheden het risicoprofiel van de onderneming wezenlijk kunnen beïnvloeden.» Daarbij leidt de Afdeling uit de toelichting af dat het begrip «werkzaamheden die een wezenlijke invloed (kunnen) hebben op het risicoprofiel van de financiële onderneming» ruim moet worden opgevat. Zo wordt in de toelichting opgemerkt dat «voor de bepaling van de activiteiten die een wezenlijke invloed (kunnen) hebben op het risicoprofiel van de financiële onderneming, niet alleen moet worden gekeken naar de financiële risico's van deze activiteiten maar ook naar de niet-financiële risico's. Ook niet-financiële risico's, zoals juridische, reputatie- en IT-risico's, kunnen immers een wezenlijke invloed hebben op het risicoprofiel van een onderneming.»⁷

⁴ Bestuurders zijn normaal gesproken de personen die het beleid bepalen. Bij medebeleidsbepalers kan bij voorbeeld gedacht worden aan de commissarissen.

⁵ Onder personen die het dagelijks beleid bepalen worden verstaan degenen die de beleid- en besluitvorming gericht op het dagelijks daadwerkelijk uitoefenen van het bedrijf bepalen. Het betreft potentieel een bredere groep dan de bestuurders van de onderneming omdat ook personen die geen bestuurders zijn zodanige invloed kunnen hebben dat zij feitelijk het dagelijks beleid bepalen. Commissarissen vallen hier niet onder, maar worden in artikel 3:8 Wft apart aangewezen als functionarissen die onder de geschiktheidseis vallen.

⁶ Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 2b.

⁷ Memorie van toelichting, artikelsgewijze toelichting bij artikel 3:17b, derde alinea.

Wie onder de reikwijdte van deze uitbreiding vallen, wordt in het voorstel niet nader omschreven.⁸ Ziet de Afdeling het goed dan wordt de kring van personen die na inwerkingtreding van het onderhavige voorstel aan een betrouwbaarheids- en geschiktheidseis wordt onderworpen aanmerkelijk vergroot. Het betreft immers een ieder die binnen een bank of verzekeraar verantwoordelijkheid draagt voor personen wier werkzaamheden het risicoprofiel van de onderneming wezenlijk kunnen beïnvloeden. Er is geen beperking aangebracht ten aanzien van het niveau binnen de organisatie waar de verantwoordelijke werkzaam is; het kan aldus zowel een «lagere» afdelingsmanager als het hoofd compliance betreffen. Aldus is, zo meent de Afdeling, sprake van een discrepantie tussen de tekst van het voorstel en de toelichting waarin onder meer wordt opgemerkt dat slechts ongeveer 650 personen verantwoordelijk zijn voor werkzaamheden die het risicoprofiel wezenlijk kunnen beïnvloeden.⁹ De Afdeling meent dat in dit verband de tekst van het voorstel en de toelichting met elkaar in overeenstemming moeten worden gebracht.

De Afdeling merkt vervolgens op dat in het systeem van de Wft maar ook van het Burgerlijk Wetboek, het een interne aangelegenheid van de financiële instelling is om in de eigen organisatie te bewerkstelligen dat voor de onderneming relevante risico's worden beheerst. De wet stelt in dat verband eisen aan de onderneming als zodanig.¹⁰ Het bestuur van de instelling is voor de naleving daarvan verantwoordelijk. De Afdeling merkt op dat met de uitbreiding van de door de overheid opgelegde geschiktheidseis het toezicht zodanig uitgebreid wordt dat op de overheid een veel verder strekkende verantwoordelijkheid dan thans komt te rusten. De overheid trekt immers de beoordeling van de geschiktheid (vaardigheden, kennis en professioneel gedrag) van medewerkers onder het niveau van de (dagelijks) beleidsbepalers, mede aan zich.

De wet vereist dat personen die binnen de reikwijdte van de geschiktheids- en betrouwbaarheidseis vallen bij voortduring aan die eisen voldoen. Die continue verantwoordelijkheid geldt de onderneming en betreft, zoals hierboven opgemerkt, ook de overheid die met het voorstel die verantwoordelijkheid breder aan zich trekt. De Afdeling merkt op dat een verdergaande verantwoordelijkheid voor de overheid ook met zich kan brengen dat de overheid (in de praktijk De Nederlandsche Bank) ook breder aanspreekbaar wordt op de (continue) invulling van die verantwoordelijkheid.

De Afdeling is, mede in het licht van hetgeen zij onder 1. heeft opgemerkt, van oordeel dat door het voorstel de verhouding tussen de verantwoordelijkheid van de onderneming en de verantwoordelijkheid van de overheid substantieel verschuift. Daarnaast merkt de Afdeling op dat de overheid met dit voorstel een verantwoordelijkheid op zich neemt waarvan niet

⁸ In de toelichting wordt opgemerkt dat onder personen die verantwoordelijk zijn voor medewerkers die het risicoprofiel van de financiële onderneming wezenlijk kunnen beïnvloeden, niet wordt verstaan de brede categorie van personen die betrokken zijn bij de uitvoering van dergelijke werkzaamheden, maar alleen de smallere categorie van personen die (eind)verantwoordelijk zijn voor de uitvoering van die werkzaamheden. [...] Voor de invulling van deze groep personen met betrekking tot banken mogelijk aansluiting gezocht kan worden bij Bindende Technische Standaarden die worden ontwikkeld door de Europese Bankautoriteit in het kader van de richtlijn CRD IV. In deze BTS, die nu nog in ontwikkeling zijn, is een aantal categorieën van personen opgenomen «wier beroepsactiviteiten een wezenlijke invloed hebben op het risicoprofiel» van de ondernemingen die onder het bereik van die richtlijn vallen. Voor de invulling met betrekking tot deze doelgroep bij verzekeraars kan aansluiting worden gezocht bij de eventuele nadere uitwerkingen van de verplichtingen aangaande sleutelfunctionarissen, aldus de toelichting. Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 2b.

⁹ Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 13.

¹⁰ Bijvoorbeeld artikel 3:17 Wft.

duidelijk is of deze waargemaakt kan worden. Zij adviseert in de toelichting de uitbreiding van het geschiktheids- en betrouwbaarheidseis dragend te motiveren en zo nodig het voorstel aan te passen.

b. Beperking tot banken en verzekeraars

De thans geldende artikelen 3:8 en 3:9 Wft zijn van toepassing op betaalinstanties, clearinginstellingen, elektronischgeldinstellingen, entiteiten voor risico-acceptatie, banken, premiepensioeninstellingen en verzekeraars. Ingevolge de artikelen 4:9 en 4:10 Wft gelden dezelfde eisen ook voor beheerders, beleggingsmaatschappijen, beleggingsondernemingen, bewaarders, financiële dienstverleners en pensioenbewaarders.

De in artikel I, onderdelen S en T, voorgestelde uitbreiding is beperkt tot banken en verzekeraars. De toelichting vermeldt dienaangaande dat zowel bij banken als bij verzekeraars bepaalde risicovolle transacties de stabiliteit van en het vertrouwen in de financiële sector in gevaar kunnen brengen. Om die reden is de voorgestelde uitbreiding van de kring van op geschiktheid en betrouwbaarheid te toetsen personen specifiek toegesneden op banken en verzekeraars, aldus de toelichting.¹¹

De Afdeling onderkent dat voor banken geldt dat zij een bijzondere positie innemen waar het gaat om de stabiliteit van en het vertrouwen in de financiële sector. Dit geldt, wellicht in mindere mate, ook voor verzekeraars. Zij sluit echter niet uit dat bijvoorbeeld ook clearinginstellingen, beheerders van grote beleggingsinstellingen, beleggingsondernemingen of beleggingsmaatschappijen met bepaalde risicovolle transacties de stabiliteit van en het vertrouwen in de financiële sector in gevaar kunnen brengen. De Afdeling adviseert in de toelichting de keuze om de uitbreiding van de geschiktheids- en betrouwbaarheidseis te beperken tot banken en verzekeraars nader te motiveren.

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

c. Medewerkers onder verantwoordelijkheid van een bank of verzekeraar

De thans geldende artikelen 3:8 en 3:9 Wft zijn van toepassing op de daar genoemde financiële ondernemingen met zetel in Nederland. Ingevolge het voorgestelde artikel I, onderdelen S en T, zijn de geschiktheids- en betrouwbaarheidseis van overeenkomstige toepassing op bepaalde personen werkzaam onder verantwoordelijkheid van een bank of verzekeraar met zetel in Nederland.

Het is niet duidelijk wat moet worden verstaan onder «werkzaam onder verantwoordelijkheid van». Niet duidelijk is bijvoorbeeld in hoeverre de bedoelde verantwoordelijkheid van een bank of verzekeraar met zetel in Nederland zich ook uitstrekt tot, al dan niet in Nederland gevestigde, dochterondernemingen met een beperkte operationele vrijheid. De Afdeling wijst er daarbij op dat, indien is beoogd ook al dan niet in Nederland gevestigde dochterondernemingen in deze regeling te betrekken, het nog maar de vraag is of zij onder het bereik van de Wft (kunnen) vallen.

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

¹¹ Memorie van toelichting, algemeen deel van de toelichting, paragraaf 2b.

2. *Uitbreiding geschiktheids- en betrouwbaarheidseis*

a. *Kring van personen*

De Afdeling merkt op dat de kring van personen verduidelijking behoeft. Ze vraagt zich af hoever de term «verantwoordelijk voor natuurlijke personen» reikt omdat het om eenieder kan gaan die verantwoordelijkheid draagt voor personen wier werkzaamheden het risicoprofiel van de onderneming wezenlijk kunnen beïnvloeden, inclusief een «lagere» afdelingsmanager.

Het onderhavige wetsvoorstel beoogt dat, naast personen die het beleid bij banken en verzekeraars (mede)bepalen, de betrouwbaarheids- en geschiktheidseis van toepassing wordt op andere cruciale functies. Voorbeelden uit de memorie van toelichting zijn de functies van hoofd compliance en hoofd juridische zaken van een bank. Personen in deze functies zullen doorgaans beleidsbepalers adviseren, maar niet zelf het beleid (mede) bepalen. Gezien de mogelijke impact van hun werkzaamheden op het (integere) beleid van de onderneming is het van groot belang dat dergelijke functies bij banken en verzekeraars vervuld worden door personen die geschikt en betrouwbaar zijn. Uiteraard is het in eerste instantie het bestuur van de onderneming dat zorg dient te dragen voor het (integere) beleid van de onderneming maar vanwege het grote maatschappelijke belang is een expliciete wettelijke norm die hoge eisen stelt aan de betrouwbaarheid en geschiktheid van cruciale functies bij banken en verzekeraars te rechtvaardigen. Dit maakt het immers voor de toezichthouder mogelijk om (preventief) toezicht op deze norm te houden en in te grijpen waar nodig. Ik deel de opvatting van de Afdeling dat deze extra verantwoordelijkheid waargemaakt moet kunnen worden en wil de kring van personen dan ook niet te groot maken. Ook wil ik het de ondernemingen niet te moeilijk maken om vacatures snel in te vullen en hen niet met veel aanvullende administratieve handelingen belasten. Om die reden zullen de eisen van geschiktheid en betrouwbaarheid slechts diegenen betreffen die bijvoorbeeld wezenlijke invloed kunnen uitoefenen op het aannamebeleid, de risicobeheersmaatregelen om fraudes te voorkomen, en het beleggingsbeleid dat de handelaren nastreven. Bij een grootbank of grote verzekeraar betreft dit enkele personen aan de top van de bank, direct onder het echelon van beleidsbepalers en niet de gehele managementlijn die zich daaronder bevindt. Bij kleine banken en verzekeraars zal het doorgaans zo zijn, afhankelijk van de organisatie, dat alle leidinggevenden die verantwoordelijk zijn voor natuurlijke personen wier werkzaamheden het risicoprofiel van de onderneming wezenlijk kunnen beïnvloeden tevens beleidsbepaler (in het eerste echelon) zijn. Deze kleine ondernemingen hoeven dan de kring die onder de geschiktheidseis en betrouwbaarheidseis vallen niet uit te breiden.

Omdat de omschrijving «personen verantwoordelijk voor natuurlijke personen wier werkzaamheden het risicoprofiel van de onderneming wezenlijk kunnen beïnvloeden» inderdaad een grote groep managers zou kunnen omvatten, terwijl slechts de top van het management is bedoeld, is ervoor gekozen om in het wetsvoorstel de eerder gekozen omschrijving van de kring van personen te vervangen door «personen die een leidinggevende functie vervullen direct onder het echelon van de beleidsbepalers en die verantwoordelijk zijn voor natuurlijke personen wier werkzaamheden het risicoprofiel van de onderneming wezenlijk kunnen beïnvloeden». In de toelichting is de afbakening van deze doelgroep uitgebreider beschreven. Zoals de Afdeling opmerkt moet het begrip «werkzaamheden die een wezenlijke invloed (kunnen) hebben op het risicoprofiel van de onderneming» inderdaad ruim worden opgevat maar de wijzigingen in wettekst en in de toelichting verduidelijken dat de

uitbreiding ziet op (een) enkele leidinggevende(n) per risicogebied en niet eenieder die binnen een bank of verzekeraar verantwoordelijkheid draagt voor de bedoelde risicovolle functies.

Op de hier beschreven manier kan mijns inziens waargemaakt worden dat naleving van de norm door de onderneming zelf naar behoren kan geschieden. Het biedt ook de toezichthouder handvatten om beter te kunnen controleren dat ondernemingen adequate maatregelen treffen en procedures hebben om betrouwbaarheid en geschiktheid continu te borgen.

Een belangrijke reden om deze norm voor te stellen is daarnaast dat banken en verzekeraars over minder signalen met betrekking tot iemands betrouwbaarheid kunnen beschikken dan de AFM en DNB. Bijvoorbeeld omdat DNB of AFM in het verleden al een (integriteits)onderzoek naar de persoon heeft uitgevoerd vanwege een eerder incident. Ook kan de toezichthouder informatie uit strafrecht dossiers ontvangen waarover ondernemingen niet kunnen beschikken. Er wordt benadrukt dat dit de onderneming er niet van ontslaat zelf onderzoek uit te voeren bij referenten (eerdere werkgevers) en een verklaring omtrent gedrag op te vragen. Tevens wordt benadrukt dat geen verschuiving van verantwoordelijkheden is beoogd van de onderneming naar de overheid, maar dat er een aanvulling wordt voorgesteld op de verantwoordelijkheid die geheel bij de onderneming blijft liggen. Mochten er gebreken worden geconstateerd dan is het primair aan de onderneming om in actie te komen. De toezichthouders kunnen bestuursdwang toepassen in het onwaarschijnlijke geval dat de onderneming niet wil bijdragen aan een verbetertraject aangaande de borging van de betrouwbaarheid en geschiktheid van bedoelde medewerkers.

b. Beperking tot banken en verzekeraars

De Afdeling geeft terecht aan dat risicovolle transacties ook bij andere ondernemingen dan banken en verzekeraars worden verricht. In de toelichting is aangevuld dat de spill-over effecten (daarvan is sprake indien een gebeurtenis binnen één onderneming grote gevolgen kan hebben voor andere ondernemingen binnen een branche of zelfs daarbuiten) zich vooral bij banken voordoen en in beperkte mate bij verzekeraars. Die laatste groep dient overigens op grond van Europese regelgeving (Solvency II richtlijn) al te voldoen aan de hier voorgestelde uitbreiding van de doelgroep. Indien de toezichthouders echter op enig moment ook bij andere branches dergelijke risico's ontwaren, zal overwogen worden deze branches tevens onder de uitbreiding van de doelgroep te brengen.

c. Medewerkers onder verantwoordelijkheid van een bank of verzekeraar

De Afdeling merkt op dat niet duidelijk is wat onder «werkzaam onder verantwoordelijkheid van» moet worden verstaan en vraagt zich af of daar ook buitenlandse dochterondernemingen onder kunnen vallen. De reikwijdte van de doelgroep is zo breed mogelijk omschreven omdat anders het risico bestaat dat onwelwillende partijen zich aan de norm onttrekken, bijvoorbeeld door risicovolle activiteiten naar buitenlandse bijkantoren over te hevelen. De bedoeling is dus dat iedere hoge leidinggevende die het risicoprofiel van zijn onderneming met zetel in Nederland wezenlijk kan beïnvloeden onder de norm komt te vallen. Hieronder vallen dus ook buitenlandse werknemers die werkzaamheden verrichten bij bijkantoren van een Nederlandse bank of verzekeraar.

De terminologie «werkzaam onder verantwoordelijkheid van» is overigens afkomstig van de norm omtrent vakbekwaamheid (4:9, tweede lid, Wft) alwaar in de toelichting bij dat artikel is beschreven dat het werknemers of andere natuurlijke personen betreft die onder verantwoordelijkheid van de onderneming diensten verrichten, zoals uitzendkrachten en gedetacheerden.

3. EU aspecten

Het voorstel bevat, als onderdeel van de jaarlijkse wijzigingscyclus van regelgeving op de financiële markten in beginsel alle aanpassingen die een nationale achtergrond hebben. Wijzigingen die voortkomen uit bijvoorbeeld de implementatie van Europese richtlijnen en verordeningen maken hiervan geen deel uit. Dat neemt niet weg dat het primair en secundair recht van de Europese Unie kaders vormen waarmee rekening dient te worden gehouden. Dit geldt temeer op het terrein van de financiële markten dat in niet onbelangrijke mate op Europees niveau geharmoniseerd is. De Afdeling merkt op dat in de toelichting in algemene zin en bij concrete voorstellen beperkt wordt ingegaan op de verhouding tussen de diverse voorstellen en die Europese kaders.

De Afdeling wijst meer in het bijzonder op het voorgestelde artikel 3:62c Wft waarin, kort gezegd, wordt bepaald dat het financiële ondernemingen niet is toegestaan hun status als «systeemrelevante» instelling ten behoeve van reclamedoelinden te gebruiken. De Afdeling merkt op dat het voorgestelde verbod niet is beperkt tot ondernemingen met zetel in Nederland¹² en zich dus tevens uitstrekt tot ondernemingen gevestigd in andere lidstaten van de Europese Unie of de Europese Economische Ruimte die hier financiële diensten aanbieden. Daarmee zijn de bepalingen inzake het vrij verkeer van diensten van toepassing. De memorie van toelichting besteedt geen aandacht aan de verenigbaarheid van het voorstel met het Unie-recht.

De Afdeling adviseert de toelichting in het licht van het bovenstaande aan te vullen.

3. EU aspecten

Met betrekking tot artikel 3:62c, dat verbiedt om in reclame-uitingen te refereren aan systeemrelevantie, merkt de Afdeling op dat het niet is beperkt tot ondernemingen met zetel in Nederland en zij adviseert de toelichting aan te vullen. Naar aanleiding daarvan wordt het volgende opgemerkt. In de versie van het wetsvoorstel die voor advies aan de Afdeling is aangeboden, kon misschien onduidelijkheid bestaan over de kring van ondernemingen waarop het artikel van toepassing was. Deze mogelijke onduidelijkheid kon ontstaan doordat de tekst van artikel 3:62c niet beperkt was tot ondernemingen met zetel in Nederland, terwijl dit artikel wel was opgenomen in paragraaf 3.3.6A.1, met als opschrift «financiële ondernemingen met zetel in Nederland». Bedoeld was het verbod te laten gelden voor alle in het artikel genoemde ondernemingen die in Nederland opereren, ongeacht of zij hun zetel in Nederland dan wel daarbuiten hebben. Het advies van de Afdeling heeft aanleiding gegeven artikel 3:62a in een aparte paragraaf op te nemen, waarvan het opschrift niet langer is beperkt tot ondernemingen met zetel in Nederland. Artikel 3:62c, het enige artikel van deze paragraaf, bestaat uit twee leden. Het eerste lid is van toepassing is op banken en bepaalde beleggingsonderne-

¹² Het feit dat de bepaling is opgenomen in paragraaf 3.3.6A.1 «Financiële ondernemingen met zetel in Nederland» maakt niet dat deze reikwijdte van het voorgestelde artikel 3:62c ook is beperkt tot ondernemingen met zetel in Nederland.

mingen met zetel in Nederland en het tweede lid verklaart het eerste lid van overeenkomstige toepassing op in Nederland opererende banken en hetzelfde type beleggingsondernemingen met zetel buiten Nederland.

4. Procedure bij de accountantskamer

Ingevolge het voorgestelde artikel 25a, eerste lid, van de Wet tuchtspraak accountants doet de secretaris van de accountantskamer periodiek opgave van ingediende klachten, met een beschrijving van de aard en inhoud van de klacht aan (a) de Autoriteit Financiële Markten (AFM) en (b) de voorzitter van de Nederlandse Beroepsorganisatie van Accountants (NBA). Het tweede lid bepaalt dat de secretaris desgevraagd, of op last van de voorzitter van de accountantskamer, aan deze instanties een afschrift van het klaagschrift en de reactie van betrokkene, de daarbij gevoegde stukken en eventuele aanvullingen daarop, zendt. Het derde lid bepaalt vervolgens dat de voorzitter van de accountantskamer op verzoek van de AFM of de voorzitter van de NBA de behandeling van een klacht voor ten hoogste zes maanden kan opschorten indien deze instanties hebben aangegeven een onderzoek te verrichten of voornemens te zijn een onderzoek te verrichten naar het handelen of nalaten waarop de klacht betrekking heeft en dat onderzoek kan leiden tot het indienen van een klacht door (en van) deze instanties.

De toelichting vermeldt dat de voorgestelde regeling wenselijk is gelet op het feit dat tegen bepaalde gedragingen van accountants klachten worden ingediend door zowel particuliere klagers als de AFM of de NBA. Ook komt het voor dat klachten door particuliere klagers ongegrond worden verklaard omdat zij over onvoldoende

bewijsmateriaal beschikken om de klachten goed te verwoorden en te motiveren. Dit hangt volgens de toelichting veelal samen met een gebrek aan deskundigheid bij particuliere klagers en het feit dat zij geen inzage hebben in het (controle)dossier. De AFM en de voorzitter van de NBA kunnen daarentegen, indien daartoe aanleiding is, wel inzage in het controledossier verkrijgen en zij kunnen klachten doorgaans beter verwoorden en uitgebreider en beter motiveren. De AFM en de NBA hebben echter doorgaans een langere tijd nodig om een klacht voor te bereiden. Indien in de tussentijd een onvoldoende gemotiveerde klacht ongegrond wordt verklaard, kan de accountantskamer een latere klacht over hetzelfde feitencomplex ingediend door de AFM of de NBA niet altijd in behandeling nemen vanwege de mogelijke werking van het ne bis in idem beginsel, zo stelt de toelichting. Wanneer de tuchtrechter dit beginsel niet aan de orde acht, kan het voorgaande tot gevolg hebben dat een eerst ongegronde klacht later alsnog gegrond wordt verklaard, hetgeen vanuit het oogpunt van rechtszekerheid en efficiëntie ook onwenselijk is. Om deze redenen wordt het wenselijk geacht dat de AFM en de NBA op de hoogte worden gehouden van alle ingediende klachten. Dat biedt hen de gelegenheid om zich te beraden of zij ook aanleiding zien om een klacht in te dienen. Tevens is het wenselijk dat de behandeling van een klacht tijdelijk door de tuchtrechter kan worden opgeschort opdat de AFM of de NBA een eigen klacht over hetzelfde feitencomplex zorgvuldig kan voorbereiden en indienen, aldus de toelichting.¹³

¹³ Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 8, onderdeel d.

De Afdeling merkt op dat het niet gebruikelijk is om in het kader van een juridische procedure de rechtsprekende instantie in zekere zin een actieve «signaalfunctie» te geven in de richting van toezichthouders.¹⁴ Het is, zo meent de Afdeling, niet aan een (tucht-)rechtelijk college om toezichthouders te attenderen op klachten die jegens onder toezicht staande accountants zijn gerezen en die door de klager niet zelf bij de toezichthouders onder de aandacht zijn gebracht.

Daar komt bij dat ingevolge het tweede lid de accountantskamer op verzoek van de toezichthouders of ambtshalve het procesdossier, zonder tussenkomst van de in de procedure betrokken partijen, verstrekt aan de toezichthouders. Dit is onwenselijk. De klager in een procedure bij de accountantskamer staat normaliter niet onder toezicht van de AFM of NBA, de toezichthouders kunnen aldus geen recht doen gelden op informatie van de klager. Het «doorgeven» van informatie van de klager aan de toezichthouders ligt in die zin niet in de rede. Het door de accountantskamer verstrekken van door de klager in een procedure ingebrachte informatie kan daarbij inbreuk maken op de persoonlijke levenssfeer van de klager.

Teneinde tegemoet te komen aan de in de toelichting genoemde problemen ligt het naar het oordeel van de Afdeling veeleer in de rede potentiële klagers ertoe te bewegen zich tot de toezichthouders te wenden alvorens formeel een klacht bij de accountantskamer wordt ingediend.

De Afdeling merkt ten slotte op dat op andere terreinen in het kader van het tuchtrecht op verschillende wijzen is voorzien in een rol voor een publiekrechtelijk orgaan van de beroepsgroep. Zo bepaalt artikel 46c van de Advocatenwet dat klachten tegen advocaten worden ingediend bij de deken van de orde waartoe zij behoren. Indien de klager daarom verzoekt, is de deken hem behulpzaam bij het op schrift stellen van de klacht en indien een ingediende klacht verduidelijking behoeft, is de deken de klager daarbij op diens verzoek behulpzaam. Thans wordt in het kader van het tuchtrecht voor accountants voor een alternatieve betrokkenheid gekozen. De Afdeling meent dat nader moet worden gezien op welke wijze de verschillende tuchtrechtelijke regelingen op elkaar dienen te worden afgestemd.

De Afdeling adviseert het voorgestelde artikel 25a van de Wet tuchrechtspraak accountants te schrappen.

4. Procedure bij accountantskamer

De Afdeling vraagt zich af of het wenselijk is dat de Autoriteit Financiële Markten (AFM) en de Nederlandse Beroepsorganisatie van Accountants (NBA) op de hoogte worden gesteld van klachten die zijn ingediend bij de accountantskamer. De Wet tuchrechtspraak accountants (Wtra) regelt thans dat de AFM en de NBA worden geïnformeerd over uitspraken van de accountantskamer, het instellen van hoger beroep tegen deze uitspraken en beslissingen van het College van Beroep voor het bedrijfsleven in hoger beroep.¹⁵ Het voorgestelde artikel 25a Wtra heeft tot doel om de AFM en de NBA in een eerder stadium op de hoogte te doen geraken van klachten die tegen accountants worden ingediend. Zodoende kunnen zij een beter beeld krijgen van wat zich met betrekking tot een

¹⁴ Een uitzondering wordt gevormd door artikel 99 van de Wet op het notarisambt waarin is bepaald dat afschriften van klachten tegen notarissen worden verzonden aan de KNB en het Bureau financieel toezicht.

¹⁵ Artikelen 38, zevende lid, 43, derde lid en 46, eerste lid, van de Wet tuchrechtspraak accountants.

beroepsuitoefenaar voordoet. Dit kan vervolgens aanleiding geven tot het verrichten van (nader) onderzoek door deze instanties. Ook kunnen de AFM of de NBA naar aanleiding hiervan een zelfstandige klacht indienen, die doorgaans onderbouwd zal zijn met relevante informatie uit het (controle)dossier, of andere handhavingmaatregelen treffen. Met het oog op een efficiënte rechtspleging en ter bevordering van de kwaliteit van de beroepsuitoefening is het wenselijk dat de AFM en de NBA tijdig worden geattendeerd op ingediende tuchtklachten. De Afdeling merkt op dat het niet gebruikelijk is dat een rechtsprekende instantie de toezichthouders op de hoogte stelt van ingediende tuchtklachten. Andere wetten kennen echter ook regelingen op grond waarvan de toezichthoudende en andere instanties worden geattendeerd op tuchtrechtelijke klachten tegen de onder toezichtstaande beroepsuitoefenaars alsmede eventuele procedures in hoger beroep. Zoals de Afdeling zelf in een voetnoot bij het advies opmerkt, bepaalt artikel 99, eerste lid, van de Wet op het notarisambt dat afschriften van klachten tegen notarissen worden verzonden aan de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie en het Bureau Financieel Toezicht. Voorts kan de deken der Nederlandse orde van advocaten (de landelijk deken), op grond van de Advocatenwet, zich alle stukken met betrekking tot een klacht bij de raad van discipline doen overleggen, indien hij overweegt om hoger beroep in te stellen tegen een beslissing van de raad van discipline.¹⁶ Daartoe moet van een beslissing van de raad van discipline ook een afschrift worden gestuurd aan de landelijk deken.¹⁷ Op grond van de Gerechtsdeurwaarderswet wordt een afschrift van het beroepsschrift gezonden aan de minister van Veiligheid en Justitie, ook wanneer de minister geen klager is in eerste aanleg.¹⁸

De Afdeling merkt voorts op dat het doorzenden van informatie van de klager aan de toezichthouders onwenselijk is en kan leiden tot een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de klager. Naar aanleiding van deze opmerking is het wetsvoorstel aangepast in die zin dat de klager, bij het indienen van zijn klacht, de accountantskamer kan verzoeken om de opgave als bedoeld in het eerste lid en de betreffende processtukken slechts in geanonimiseerde vorm aan de AFM en de NBA door te zenden. Daarbij wordt wel opgemerkt dat de procedure bij de accountantskamer een openbaar karakter heeft. Dit betekent dat bepaalde informatie van en met betrekking tot de klager, waaronder ook de informatie die op grond van artikel 25a Wtra aan de AFM en de NBA kan worden doorgezonden, alsnog in de openbaarheid kan komen indien de klacht wordt behandeld. Zo zal de door de klager ingebrachte informatie aan de orde komen tijdens de behandeling ter zitting, welke in de regel in het openbaar plaatsvindt. Ook zal deze informatie door de accountantskamer in de uitspraak worden verwerkt, die op grond van artikel 38, zevende lid, van de Wtra, aan de AFM en de NBA wordt gezonden. Daarnaast kan de accountantskamer bij een intrekking van de klacht op grond van artikel 30 van de Wtra besluiten dat de klacht om redenen van algemeen belang moet worden voortgezet door de AFM of de NBA. In een dergelijk geval zullen de AFM en de NBA ook alle processtukken met betrekking tot een bepaalde klacht ontvangen. Tot slot bepaalt artikel 30 van de Wet toezicht accountantsorganisaties (Wta) dat de externe accountant aan de controlecliënt moet melden dat hij betrokken is bij een tuchtrechtsgeding met betrekking tot een wettelijke controle bij de betreffende cliënt.

Naar aanleiding van de opmerking van de Afdeling over de mogelijkheid van potentiële klagers om zich tot de toezichthouders te wenden alvorens zij een klacht indienen, wordt opgemerkt dat klagers deze mogelijkheid

¹⁶ Artikel 56, tweede lid, van de Advocatenwet.

¹⁷ Artikel 50, eerste lid, onderdeel b, van de Advocatenwet.

¹⁸ Artikel 46, eerste lid, van de Gerechtsdeurwaarderswet.

reeds tot op zeker hoogte hebben. Alhoewel de Wtra geen formele betrokkenheid van deze instanties voorschrijft in de voorbereiding van particuliere klachten, kunnen klagers de AFM en de NBA reeds attenderen op (vermeende) schendingen van (gedrags)regels door accountants zodat deze instanties een eigen onderzoek kunnen initiëren naar deze gedragingen. Daarnaast kunnen particuliere klagers zich wenden tot de NBA en een klacht indienen bij de door de NBA ingestelde klachtencommissie.

5. Overige opmerkingen

a. Geregistreeerde gedekte obligaties

Het voorgestelde artikel 3:33a Wft introduceert een formeelwettelijk kader voor zogenoemde geregistreeerde gedekte obligaties. Het betreft obligaties die worden uitgegeven door banken waarbij door de uitgevende instelling onderpand is afgezonderd als zekerheid voor die obligatie. Ingevolge het voorgestelde artikel 3:33a Wft kan DNB zowel de uitgevende banken opnemen in een register als de (categorieën) gedekte obligaties indien aan bepaalde vereisten wordt voldaan.

a.1. Ingevolge het voorgestelde artikel 3:33a, eerste lid, Wft worden, indien aan de in de onderdelen a en b genoemde voorwaarden wordt voldaan, zowel de uitgevende bank als de door de bank uitgegeven of uit te geven categorieën van gedekte obligaties door DNB opgenomen in een openbaar register. Ingevolge het derde lid kan DNB de registratie van een categorie obligaties doorhalen indien niet langer wordt voldaan aan de voorwaarden genoemd in het eerste lid, onderdeel a. Ingevolge het vijfde lid kan DNB de registratie van de uitgevende bank doorhalen indien niet langer wordt voldaan aan de voorwaarden genoemd in het eerste lid, onderdeel b, of het voorgestelde artikel 3:33b Wft. In het zevende lid wordt ten slotte bepaald dat een uitgevende bank wier registratie is doorgehaald niet over gaat tot uitgifte van obligaties behorende tot een reeds geregistreeerde categorie gedekte obligaties.

In de toelichting wordt niet ingegaan op de gevolgen van doorhaling van de registratie van een categorie obligaties of van een uitgevende bank. Met betrekking tot doorhaling van de registratie van een uitgevende bank wordt slechts opgemerkt dat dit een verregaande sanctie is die niet alleen de uitgevende instelling maar ook de obligatiehouders raakt.¹⁹ Ziet de Afdeling het goed dan kan doorhaling van zowel een categorie obligaties als van een uitgevende bank ook gevolgen hebben voor reeds uitgegeven gedekte obligaties. Zij is van oordeel dat de toelichting op dit punt verduidelijking behoeft.

De Afdeling adviseert in de toelichting nader in te gaan op de gevolgen van doorhaling van een geregistreeerde categorie gedekte obligaties en doorhaling van een geregistreeerde uitgevende bank.

a.2. Ingevolge het voorgestelde artikel 3:33a, vierde lid, Wft kan DNB in het register vermelden dat een categorie gedekte obligaties voldoet aan bepaalde eisen uit de verordening kapitaalvereisten. Het gevolg van deze vermelding is, kort gezegd, dat voor deze obligaties een lagere risicoweging en aldus een lagere solvabiliteits eis geldt. Ingevolge artikel 3:33a, vierde lid, besluit DNB deze vermelding te wijzigen «indien de omstandigheden daartoe aanleiding geven.» De Afdeling merkt op dat deze bevoegdheid voor DNB onbepaald is. In de toelichting wordt gesuggereerd dat DNB tot wijziging zou moeten overgaan indien de bank niet meer voldoet aan de voorwaarden uit de verordening kapitaalvereisten of

¹⁹ Memorie van toelichting, artikelsgewijze toelichting bij artikel I, onderdeel EE.

onvoldoende informatie aanlevert om te kunnen beoordelen of hiervan sprake is.²⁰ De Afdeling adviseert de bevoegdheid voor DNB om de vermelding bedoeld in het voorgestelde artikel 3:33a, vierde lid, Wft te wijzigen, hiertoe te beperken.

De Afdeling adviseert het voorstel in het licht van het voorgaande aan te passen.

b. Overgang van zekerheidsrechten bij overdracht

Het voorgestelde artikel I, onderdeel NN, voegt twee leden toe aan artikel 3:159o Wft. In artikel 3:159o, tweede en derde lid, wordt, kort gezegd, bepaald dat een overdracht op grond van een overdrachtsplan verrekenbedingen of zekerheidsrechten niet aantast. Uit de toelichting blijkt onder meer dat wordt beoogd te expliciteren dat goederenrechtelijke rechten, indien de zaak waarop zij zijn gevestigd wordt overgedragen aan een derde, door de overdracht niet worden aangetast.

In de toelichting wordt hierover het volgende opgemerkt. «Met betrekking tot zekerheidsrechten is het tweede deel van de volzin van het tweede lid opgenomen («noch worden daardoor...»). Ten gevolge van deze zinsnede kunnen zekerheidsrechten worden uitgeoefend tegen de probleeminstelling als de goederen niet mee overgaan en tegen de overnemer als dat wél zo is. Eveneens stelt deze zinsnede buiten twijfel dat nevenrechten na de overgang tegen de overnemer kunnen worden uitgeoefend. Thans wordt ingegaan op de vraag of degene ten behoeve van wie een zakelijk zekerheidsrecht is gevestigd, dit recht kan blijven uitoefenen wanneer het goed waarop het zekerheidsrecht is gevestigd, overgaat. Dit kan de rechthebbende inderdaad. Dat de rechthebbende dat kan doen volgt niet alleen uit de tweede volzin van het tweede lid, maar ook uit het zaaksgevolg van een zakelijke recht. Dit zaaksgevolg komt erop neer dat de rechthebbende zijn zakelijke recht kan uitoefenen ongeacht onder wie het voorwerp van zijn recht zich bevindt. Voor het minder waarschijnlijke geval dat de schuldeiser niet een zakelijk zekerheidsrecht maar een persoonlijk zekerheidsrecht heeft bedongen, is in de tweede zin de zinsnede «of andere rechten tot zekerheid» opgenomen.»²¹

De toelichting suggereert, zo meent de Afdeling, dat de rechthebbende op een persoonlijk zekerheidsrecht dat recht na een overdracht kan uitoefenen jegens de derde die in het kader van een overdrachtsplan bepaalde activa of passiva heeft overgenomen. De Afdeling vraagt in dit verband of beoogd is om in het onderhavige wetsvoorstel in het kader van het overdrachtsplan een ander regime te introduceren dan hetgeen volgt uit het Burgerlijk Wetboek, aangezien aan persoonlijke zekerheidsrechten geen zaaksgevolg toekomt. Indien dat beoogd is vergt de toelichting aanvulling. Indien dat dat is niet beoogd vergt het voorstel aanpassing. De Afdeling adviseert de toelichting te verduidelijken en het wetsvoorstel zo nodig aan te passen.

c. Aanpassing recht op premie-incasso

Ingevolge het voorgestelde artikel I, onderdeel GGG, geldt het zogenoemde automatische recht op premie-incasso voortaan alleen voor bemiddelaars in Schadeverzekeringen voor zover deze niet onder het provisieverbod vallen. Het recht op premie-incasso is het recht van de bemiddelaar om premies voor de verzekeraar te incasseren. De wijziging houdt verband

²⁰ Memorie van toelichting, artikelsgewijze toelichting bij artikel I, onderdeel EE.

²¹ Memorie van toelichting, artikelsgewijze toelichting bij artikel I, onderdeel NN.

met de invoering van het provisieverbod dat beoogt financiële banden tussen bemiddelaars en aanbieders (verzekeraars) zoveel mogelijk door te snijden om zo ongewenste sturing te voorkomen. Schadeverzekeringen die onder het provisieverbod vallen, worden om die reden in het tweede lid ook uitdrukkelijk uitgezonderd van het automatische recht op premie-incasso. Het gaat om betalingsbeschermers en individuele arbeidsongeschiktheidsverzekeringen.

De Afdeling wijst er op dat, zoals ook in de toelichting wordt onderkend²², het voor een bemiddelaar mogelijk blijft premies voor deze verzekeringen te incasseren indien dit wordt overeengekomen tussen de verzekeraar en bemiddelaar. Daarmee kan, indien dit wordt overeengekomen, de financiële band en de daarmee samenhangende mogelijkheid van sturing, aldus blijven bestaan. De toelichting wijst er weliswaar op dat bij algemene maatregel van bestuur voor de situatie waarin bemiddelaar premies incasseren regels kunnen worden gesteld, maar gaat hier verder niet op in.

De Afdeling adviseert de toelichting in het licht van het voorgaande aan te vullen.

5. Overige opmerkingen

a. Geregistreerde gedekte obligaties

Aan beide opmerkingen van de Afdeling met betrekking tot geregistreerde gedekte obligaties is gevolg gegeven. Met betrekking tot opmerking a.1 is in de toelichting opgenomen wat de gevolgen zijn voor obligatiehouders van doorhaling van de registratie van de uitgevende bank. Daarnaast is de opmerking van de Afdeling aanleiding geweest om de bevoegdheid om de registratie van geregistreerde gedekte obligaties door te halen (aanvankelijk opgenomen in artikel 3:33a, derde lid, van het voorstel) te heroverwegen. Dit heeft er toe geleid dat het derde lid van artikel 3:33a is geschrapt. Omdat de toezichthouder bij het verzoek tot registratie reeds toetst of de activa die dienen ter dekking van de uit te geven obligaties zijn afgescheiden van het vermogen van de uitgevende bank, is deze bepaling overbodig en wekt zij onnodig de indruk dat obligatiehouders met een dergelijke doorhaling rekening moeten houden.

Naar aanleiding van opmerking a.2 van de Afdeling is ervoor gekozen de tweede volzin van artikel 3:33a, vierde lid (van de door de Afdeling commentarierende versie) eveneens te schrappen. Daarin was bepaald dat DNB tot wijziging van de vermelding zou kunnen overgaan indien de omstandigheden hiertoe aanleiding geven. Zoals was opgemerkt in de toelichting, was de bedoeling van deze zin enkel om ervoor te zorgen dat DNB een vermelding dat een categorie geregistreerde gedekte obligaties niet voldoet, wijzigt als op een later moment aan DNB blijkt dat deze wel voldoen aan artikel 129 van de verordening kapitaalvereisten. Bij nader inzien geeft de eerste volzin dit in combinatie met de toelichting voldoende duidelijk aan. De tweede volzin was daarom overbodig en kon aanleiding geven tot verwarring. In plaats daarvan is opgenomen dat een nalaten van de uitgevende bank om voldoende informatie aan te leveren om vast te stellen of een categorie geregistreerde gedekte obligaties leidt tot het (weerlegbare) rechtsvermoeden dat de obligaties niet (meer) voldoen aan de verordening kapitaalvereisten. Dit om te voorkomen dat DNB de vermelding pas kan doorhalen nadat zij heeft vastgesteld dat de geregistreerde gedekte obligaties daaraan niet voldoen.

²² Memorie van toelichting, artikelsgewijze toelichting bij artikel I, onderdeel GGG.

De redactionele opmerkingen van de Afdeling hebben aanleiding gegeven tot enkele wijzigingen. Daarnaast is van de gelegenheid gebruik gemaakt om een additionele redactionele wijziging door te voeren en de delegatiebepaling van artikel 3:33b, derde lid, aan te vullen.

b. Overgang van zekerheidsrechten bij overdracht

Naar aanleiding van de vraag of beoogd is om in het onderhavige wetsvoorstel in het kader van het overdrachtsplan een ander regime te introduceren dan hetgeen volgt uit het Burgerlijk Wetboek, is de toelichting op onderdeel NN aangevuld met een voorbeeld en met de opmerking dat het wetsvoorstel inderdaad beoogt af te wijken van het Burgerlijk Wetboek, namelijk van artikel 6:157, tweede lid.

c. Aanpassing recht op premie-incasso

De Afdeling wijst er op dat, zoals ook in de toelichting wordt onderkend²³, het voor een bemiddelaar mogelijk blijft premies voor deze verzekeringen te incasseren indien dit wordt overeengekomen tussen de verzekeraar en bemiddelaar. Daarmee kan, indien dit wordt overeengekomen, de financiële band en de daarmee samenhangende mogelijkheid van sturing, aldus blijven bestaan. De Afdeling merkt op dat in de toelichting weliswaar staat dat bij algemene maatregel van bestuur voor de situatie waarin bemiddelaars premies incasseren regels kunnen worden gesteld, maar dat hier verder niet op ingegaan wordt. De Afdeling adviseert de toelichting aan te vullen. De memorie van toelichting is in lijn met het advies aangevuld.

6. Redactionele bijlage

De Afdeling verwijst naar de bij dit advies behorende redactionele bijlage.

Aan de redactionele opmerkingen is aandacht besteed.

Tot slot is van de gelegenheid gebruik gemaakt om nog enkele aanpassingen aan te brengen in het wetsvoorstel en de memorie van toelichting.

Nadat het wetsvoorstel voor advies aan de Afdeling was aangeboden, is de discussie in de sector over de wijziging inzake concernfinancieringsmaatschappijen voortgezet, in het bijzonder door financieringsmaatschappijen van buitenlandse concerns die minder goed in de gelegenheid waren te reageren binnen de consultatietermijn. Dit heeft geleid tot het voortgeschreden inzicht dat de aanscherping van de vergunningplicht niet behoeft te gelden wanneer de moeder van het concern of de uitzettende groepsmaatschappij onder toezicht staat in een door de minister aangewezen staat die geen lidstaat is. De minister kan een staat aanwijzen indien het aldaar uitgeoefende toezicht in voldoende mate waarborgen biedt ten aanzien van de belangen die deze wet beoogt te beschermen. Een dergelijke systematiek is niet nieuw; zij is reeds eerder in de Wft toegepast, bijvoorbeeld met betrekking tot clearinginstellingen, herverzekeraars en afwikkelondernemingen. In dit kader wordt benadrukt dat de financieringsmaatschappijen van concerns uit staten die vermoedelijk zullen worden aangewezen ook thans niet vergunningplichtig zijn; voor hen betekent het voortgeschreden inzicht dan ook geen verandering ten opzichte van de huidige situatie. Voor de goede wordt opgemerkt dat het voortgeschreden inzicht geen betrekking heeft op een moeder of uitzettende groepsmaatschappij die onder toezicht staat van DNB of een toezichthoudende instantie in een lidstaat. Zij zijn nu niet vergunning-

²³ Memorie van toelichting, artikelsgewijze toelichting bij artikel I, onderdeel GGG.

plichtig, worden dat ook niet, en waren dat evenmin onder het wetsvoorstel dat voor advies aan de Afdeling was aangeboden.

Voorts is van de gelegenheid gebruikgemaakt om de definitie van het begrip «gelieerde entiteiten» in de voorgestelde wijziging van artikel 24b van de Wet toezicht accountantsorganisaties nader te verduidelijken.

De Afdeling advisering van de Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal, 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

Redactionele bijlage bij het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State betreffende no. W06.13.0468/III

- In artikel I, onderdeel H, gewijzigde artikel 2:16, vierde lid, Wft de noodzaak van het handhaven van het thans geldende onderdeel b, bezien.
- Gelet op het in artikel I, onderdeel K, te wijzigen artikel 2:67 Wft, artikel 2:67b Wft bezien op doublures.
- Het in artikel I, onderdeel L, te wijzigen artikel 2:68 Wft, de wenselijkheid van het stellen van voorschriften, genoemd in artikel 2:67b, eerste lid, onderdelen f en g, Wft bezien.
- In artikel I, onderdeel N, tweede lid, «Er wordt een lid toegevoegd, luidende:» vervangen door: Er worden twee leden toegevoegd, luidende.
- In het in artikel I, onderdeel N, in te voegen artikel 2:70, tweede lid, Wft de voorwaarde van voorafgaande mededeling door de toezichthoudende instantie van de lidstaat van herkomst, van toepassing laten zijn op beide onderdelen.
- Het in artikel I, onderdeel O, in te voegen derde lid, van artikel 2:70a Wft formuleren als volgt: Een beheerder als bedoeld in het eerste of tweede lid meldt haar voornemen om aan niet-professionele beleggers aan te bieden aan de Autoriteit Financiële Markten.
- In het voorgestelde artikel 3:2, tweede lid, «onderdelen a en b» vervangen door: onderdeel a.
- In het voorgestelde artikel 3:2, vijfde en zesde lid, «eerste, tweede en derde lid» vervangen door: eerste tot en met vierde lid.
- In het voorgestelde artikel 3:2, zesde lid, «Indien een onderneming, bedoeld in het vierde lid»: vervangen door: Indien een onderneming, bedoeld in het eerste lid, aanhef.
- In het voorgestelde artikel 3:2, achtste lid, «de onderneming, bedoeld in het vijfde lid, niet voldoet aan dat lid» vervangen door: de onderneming, bedoeld in het eerste lid, aanhef, niet voldoet aan het eerste tot en met derde lid.
- In het voorgestelde artikel 3:33a, eerste lid, onderdeel b, Wft «aan aanvullende regels» vervangen door: bij of krachtens algemene maatregel van bestuur te stellen regels.
- In het voorgestelde artikel 3:33a, tweede lid, Wft «de bij of krachtens het eerste lid, onderdelen a en b, gestelde regels.»: het eerste lid, onderdelen a en b.
- In het voorgestelde artikel 3:33a, derde lid, Wft «de regels bedoeld in» schrappen.
- In het voorgestelde artikel 3:33a, zevende lid, «categorie geregistreerde gedekte obligaties» vervangen door: geregistreerde categorie gedekte obligaties. En voorts «de uitgevende bank heeft doorgehaald» vervangen door: de registratie van de uitgevende bank heeft doorgehaald.
- In het voorgestelde artikel 3:33b Wft het eerste lid formuleren als volgt: Een bank verstrekt over geregistreerde gedekte obligaties die door haar zijn uitgegeven, tijdig informatie aan de Nederlandsche Bank aan de hand waarvan deze kan vaststellen of wordt voldaan aan het bij of krachtens artikel 3:33a, eerste, tweede en achtste lid, bepaalde.
- In het voorgestelde artikel 29a, derde lid, de artikelen 6111b en verder van het Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering van overeenkomstige toepassing verklaren op de door de accountantskamer op te leggen dwangsom.