

No.W06.11.0047/III

's-Gravenhage, 15 april 2011

Bij Kabinetsmissive van 24 februari 2011, no.11.000452, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Financiën, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot wijziging van de Bankwet 1998 en de Wet op het financieel toezicht in verband met het versterken van de governance bij de toezichthouders op de financiële markten (Wet versterking governance van De Nederlandsche Bank en de Autoriteit Financiële Markten), met memorie van toelichting.

Het voorstel is allereerst gericht op versterking van de interne governance van De Nederlandsche Bank (DNB) en de Autoriteit Financiële markten (AFM). Daartoe worden onder meer de wettelijke taken van de raad van commissarissen (RvC) van DNB en de raad van toezicht (RvT) van de AFM uitgebreid, wordt het aantal mogelijke herbenoemingen binnen de directie van DNB en het bestuur van de AFM beperkt en worden profielschetsen, functieprofielen en een betrouwbaarheid- en geschiktheidstoets voor de directieleden en bestuurders en leden van de RvC en RvT van DNB respectievelijk de AFM ingevoerd. Daarnaast bevat het voorstel bepalingen die de interventiemogelijkheden van de Minister van Financiën ten aanzien van de toezichthouders uitbreiden. Het gaat hier om de bevoegdheid beleidsregels te stellen met betrekking tot de uitoefening van het financieel toezicht door DNB en de AFM alsmede de bevoegdheid om randvoorwaarden te stellen aan de begroting van DNB en de AFM waar het gaat om de uitvoering van de Wet op het financieel toezicht (Wft).

Op 23 maart 2011 heeft een delegatie uit de Afdeling advisering met de Minister van Financiën over het voorstel beraadslaagd.

De Afdeling advisering van de Raad van State maakt opmerkingen met betrekking tot de toedeling van taken en bevoegdheden aan de directeuren van DNB, het toezicht van de RvC en de RvT op het toezichtbeleid van DNB respectievelijk de AFM en de voorgestelde nieuwe bevoegdheden tot interventie van de Minister van Financiën jegens DNB en de AFM. Zij is van oordeel dat in verband daarmee het voorstel nader dient te worden overwogen.

#### 1. Toedeling van taken en bevoegdheden binnen de directie van DNB

DNB is een naamloze vennootschap (NV) waarvan de Staat der Nederlanden de enige aandeelhouder is. De directie van DNB is belast met het besturen van de Bank. De directie bestaat uit een president en drie tot vijf directeuren.<sup>1</sup>

Op basis van het voorgestelde artikel 12a, eerste lid,<sup>2</sup> Bankwet 1998 kan bij of krachtens de statuten worden bepaald dat taken van de directie die voortvloeien uit de uitoefening van toezicht op financiële instellingen op de voet van daarvoor geldende wettelijke regelingen, worden toebedeeld aan één of meer directeuren en dat zij hieromtrent rechtsgeldig en zelfstandig namens de Bank kunnen besluiten.<sup>3</sup> De

<sup>1</sup> Artikel 12 Bankwet 1998.

<sup>2</sup> Artikel I, onderdeel B.

<sup>3</sup> Artikel 12a, eerste lid.

directeur of directeuren aan wie de betreffende taken zijn toebedeeld, kunnen bovendien, ingevolge het voorgestelde artikel 12a, tweede lid, door de directie worden gemachtigd tot uitoefening van de bevoegdheden die nodig zijn voor het vervullen van deze taken, tenzij de regeling waarop de bevoegdheid steunt zich daartegen verzet.<sup>4</sup> De betreffende machtiging omvat, krachtens het voorgestelde artikel 12a, derde lid, tevens de bevoegdheid om beleid te bepalen ten aanzien van de betreffende taken, tenzij dit in een mandaatbesluit is uitgesloten.

Uit een oogpunt van de governance van DNB betekent toepassing van het voorgestelde artikel 12a Bankwet een zeer ingrijpende verandering. Het trok dan ook de aandacht van de Afdeling dat het wetsvoorstel op dit onderdeel, met uitsluitend een korte passage in de artikelsgewijze toelichting, bijzonder summier is gemotiveerd.

De Afdeling zal hierna allereerst opmerkingen maken over de noodzaak tot en de effecten van de voorgestelde bepaling. Vervolgens zal zij ingaan op de juridische vormgeving.

*a. Noodzaak; uitvoerbaarheid; effecten*

*DNB: twee hoofdtaken, één organisatie*

DNB heeft twee hoofdtaken te vervullen: de taak op het terrein van het monetaire beleid en het betalingsverkeer (de taak als Centrale Bank) enerzijds en die op het terrein van prudentieel toezicht op financiële instellingen (de toezichttaak) anderzijds. De eerste taak is met de komst van de euro ingrijpend veranderd, waarbij het accent steeds meer is verlegd naar de samenwerking met de collega-instellingen in de EMU-landen, meer in het bijzonder in het Europees Stelsel van Centrale Banken (ESCB) en de Europese Centrale Bank (ECB). Voor de ECB en de nationale centrale banken, evenals voor de leden van hun besluitvormende organen, geldt dat zij hun taak vervullen in onafhankelijkheid.<sup>5</sup> Tegelijk heeft het afgelopen decennium een sterke ontwikkeling laten zien op het terrein van het financieel toezicht, met de kanteling van het financieel toezicht en de komst van de Wft als belangrijke stappen. Voor de uitvoering van de prudentiële toezichttaak is DNB een zelfstandig bestuursorgaan. Het moeten vervullen van beide hoofdtaken, met een zo verschillend zwaartepunt, maakt dat het leiding geven aan DNB een complexe verantwoordelijkheid is.

De directie van DNB oefent thans beide hoofdtaken uit op basis van collegialiteit van bestuur. Dat vloeit niet alleen voort uit het vennootschapsrecht, zoals dat geldt voor DNB als NV, het doet ook recht aan de grote inhoudelijke samenhang tussen de beide hoofdtaken. Dit neemt niet weg dat bij wege van interne taakverdeling de verschillende taken van DNB nader zijn verdeeld over verschillende directeuren.<sup>6</sup>

*Het voorstel: noodzaak*

De toelichting geeft aan dat door artikel 12a een grondslag wordt gecreëerd om bij of krachtens de statuten een duidelijk primair aanspreekpunt te hebben voor onderwerpen die betrekking hebben op toezichttaken. Hiertoe zal DNB in haar statuten de functie van voorzitter toezicht introduceren. Tevens zullen (bestuursrechtelijke)

<sup>4</sup> Artikel 12a, tweede lid.

<sup>5</sup> Artikel 130 VWEU en artikel 7 van het Protocol (nr. 4) betreffende de Statuten van het Europees Stelsel van Centrale Banken en van de Europese Centrale Bank.

<sup>6</sup> <http://www.dnb.nl/over-dnb/organisatie/directie/index.jsp> zoals geraadpleegd op 18 maart 2011.

besluiten inzake de bij of krachtens de statuten gemandateerde taken worden genomen door een of meer toezichtdirecteuren.<sup>7</sup>

Als deze weg wordt ingeslagen, betekent dit een markante bestuurlijke differentiatie, met bijbehorende externe werking, tussen de beide hoofdtaken van DNB. De Afdeling mist allereerst in de memorie van toelichting elke motivering voor de beoogde aanpassing van de governance van DNB. Wil de noodzaak van het voorstel op dit punt voldoende worden aangetoond, dan zal dat moeten zijn gebaseerd op een deugdelijke analyse van eventuele problemen in de huidige inrichting en werkwijze van de directie en in de uitvoering van haar taken, ook gezien in relatie tot de omgeving van DNB. Mede uit een oogpunt van soberheid en bestendigheid van wetgeving, moet immers voorkomen worden dat een eventueel incident leidt tot ingrijpen door de wetgever zonder goede reden.

Verder wijst de Afdeling op het feit dat, voor zover het gaat om het prudentieel toezicht op de pensioenfondsen, ingevolge artikel 39 van het Besluit uitvoering Pensioenwet en Wet verplichte beroepspensioenregeling, de toezichthouder aan de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid mededeelt welk bestuurslid dan wel directielid als aanspreekpunt fungeert en dat de toezichthouder de minister tevens in kennis stelt van wijzigingen in de samenstelling en taakverdeling binnen het bestuur of de directie. In de Wft dan wel een uitvoeringsbesluit onder de Wft, zou een overeenkomstige bepaling, dan in relatie tot de Minister van Financiën, kunnen worden opgenomen. Op deze wijze kan de verantwoordelijkheid voor het prudentieel toezicht op financiële instellingen binnen de directie van DNB als geheel duidelijk kunnen worden gemarkeerd en naar buiten toe kenbaar worden gemaakt. Ook zo gezien, rijst de vraag naar de noodzaak van het voorgestelde artikel 12a Bankwet 1998.

#### *Doeltreffendheid*

Naar de Afdeling van de Minister van Financiën heeft begrepen, moet de verandering van governance binnen de directie van DNB ertoe leiden dat wordt voorkomen dat de uitoefening van de prudentiële toezichttaak van DNB door risico's van reputatieschade haar weerslag heeft op de President van DNB waar het betreft diens taken op monetair gebied. Wat ook zij van dat risico voor de President in diens primaire verantwoordelijkheid voor de monetaire hoofdtaak, de vraag is of behoud van de (hierna nader te bespreken) collegialiteit van bestuur binnen de directie van DNB als geheel niet op voorhand in de weg staat aan realisatie van bedoeld oogmerk. Uitgaande van die collegialiteit, zal bij het instellen van de functie van voorzitter toezicht uiteindelijk toch ook de President van DNB, als de voorzitter van de directie, zich niet kunnen onttrekken aan de beeldvorming over de taakvervulling door DNB als zodanig op het terrein van het financieel toezicht, en aan het afleggen van verantwoording ook over de vervulling van deze taak.

#### *Uitvoerbaarheid: effecten op de collegialiteit van besluitvorming*

Ook als de noodzaak ervan voldoende kan worden onderbouwd, dient te worden voorkomen dat een voorgestelde wettelijke maatregel in zichzelf in de uitvoering nieuwe problemen creëert. De toelichting is ook in zoverre ontoereikend dat zij niet helder uiteenzet welke (soort van) verdeling van taken en bevoegdheden de regering met het voorstel voor ogen staat. Dit punt is van belang voor de vraag of de beoogde

<sup>7</sup> Toelichting, artikelsgewijs bij artikel I, onderdeel B.

verdeling van taken en bevoegdheden uitvoerbaar en werkbaar is, en welke gevolgen zij zal hebben.

Thans is de directie belast met het besturen van DNB.<sup>8</sup> In de nota 'Toezicht op afstand' wordt gesteld dat de voorgenomen nieuwe structuur de collegiale besluitvorming van de directie van DNB onverlet zal laten.<sup>9</sup> De Minister van Financiën heeft dit tegenover de Afdeling bevestigd. Naar het oordeel van de Afdeling wordt met het onverkort vasthouden van de collegialiteit van bestuur recht gedaan aan de hierboven al genoemde inhoudelijke samenhang tussen de beide hoofdtaken van DNB. Dit onderstreept het belang dat de directie van DNB de ruimte heeft voor een onderlinge taakverdeling die geen afbreuk doet aan deze collegialiteit, maar haar veeleer ondersteunt.

Ingevolge het voorstel zullen taken betreffende het toezicht op financiële instellingen kunnen worden toebedeeld aan één of meer directeuren.<sup>10</sup> Naar de Afdeling van de Minister van Financiën heeft begrepen, zullen de statuten van DNB moeten gaan voorzien in de functie van voorzitter toezicht en in het instellen van een toezichtraad. Het voorgenomen arrangement betekent dat de betreffende directeuren ter uitvoering van de hun toebedeelde taken rechtsgeldig en zelfstandig namens de Bank kunnen besluiten.

De Afdeling kan dit niet rijmen met het tegelijkertijd volledig handhaven van de collegialiteit van bestuur. Indien de toedeling van bevoegdheid aan de toezichtdirecteur(en) zo ver zou gaan dat zij feitelijk zou neerkomen op een vorm van delegatie, zou dat de collegialiteit van besluitvorming binnen de directie aantasten. Indien het daarentegen blijft bij mandaat<sup>11</sup>, binnen de door de directie van DNB als geheel getrokken kaders, dan onderstreept dat de hiervoor al opgeworpen vraag naar de noodzaak van het voorstel, en met name de vraag of aan zo'n wijze van taakverdeling uiteindelijk veel betekenis toekomt vanuit het oogmerk van het afschermen van de monetaire taak, en daarmee van de President, ten opzicht van de toezichttaak van DNB. Dit nog daargelaten het feit dat de collegiale verhoudingen onder druk kunnen komen te staan als voor de uitoefening van de toezichttaak binnen de directie als geheel drie niveaus ontstaan: de President, de voorzitter toezicht en de directeur(en) toezicht.

#### *RvC*

Ook moet onder ogen worden gezien dat de beoogde verandering van taaktoedeling in de directie van DNB ook gevolgen zal (kunnen) hebben voor de taakverdeling en werkwijze in de RvC van DNB. Dit geldt te meer gezien de voorgestelde verruiming van de taak van deze interne toezichthouder naar ook het beleid van de directie ter uitvoering van artikel 4 (zie ook hierna onder 2). Ook op dit punt zwijgt de toelichting.

De Afdeling adviseert het voorstel in het licht van voorgaande te heroverwegen.

Onverminderd het voorgaande merkt de Afdeling het volgende op.

<sup>8</sup> Artikel 12, eerste lid, Bankwet 1998. Artikelen 6 van de Statuten van de Nederlandsche Bank NV.

<sup>9</sup> Toezicht op afstand, De relatie tussen de minister van Financiën en de financiële toezichthouders De Nederlandsche Bank (DNB) en de Autoriteit Financiële Markten (AFM) 2011 – 2016, februari 2011, Bijlage bij Kamerstukken II 2010/11, 32 648, nr. 1, blz. 20

<sup>10</sup> Artikel 12a, eerste lid.

<sup>11</sup> Zie voor de begrippen mandaat en delegatie hierna, onder b.

### *b. Mandaat of delegatie*

Bij toepassing van het voorgestelde artikel 12a, eerste lid, zullen de betreffende directeuren rechtsgeldig en zelfstandig namens de Bank kunnen besluiten wat betreft de hun bij of krachtens de statuten toegekende taken. Artikel 12a, tweede lid, spreekt over machtiging tot uitoefening van de bevoegdheden die nodig zijn voor het vervullen van deze taken. De toelichting geeft onder meer aan dat met het tweede lid wordt bepaald dat (bestuursrechtelijke) besluiten inzake de bij of krachtens de statuten gemandateerde taken genomen worden door een of meer toezichtdirecteuren.<sup>12</sup>

Het is de Afdeling niet direct duidelijk of de regering met het voorgestelde artikel 12a, eerste en tweede lid, in hun onderlinge samenhang gelezen, voor zover het gaat om publiekrechtelijke bevoegdheden, uitsluitend het oog heeft op de rechtsfiguur van mandaat, dan wel mede een opening beoogt tot delegatie van deze bevoegdheden. Mandaat is een publiekrechtelijk vorm van vertegenwoordiging: het betreft de bevoegdheid om *in naam van* een bestuursorgaan besluiten te nemen.<sup>13</sup> Delegatie daarentegen, is het overdragen door een bestuursorgaan van zijn bevoegdheid tot het nemen van besluiten aan een ander die deze onder eigen verantwoordelijkheid uitoefent.<sup>14</sup> De overgedragen bevoegdheid wordt *zelfstandig* en op eigen naam uitgeoefend.

De Afdeling meent dat, voor zover het gaat om de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden, uit de tekst van de wet alsmede uit de toelichting ondubbelzinnig moet blijken van welke rechtsfiguur hier sprake is.<sup>15</sup> Zij adviseert het voorstel aan te passen en de toelichting aan te vullen.

### *c. Toedeling van bevoegdheid of vertegenwoordiging*

Het voorgestelde artikel 12a, tweede lid, dient er, aldus de toelichting, ook toe dat machtiging mogelijk is tot het verrichten van de met de toezichtbevoegdheden samenhangende privaatrechtelijke rechtshandelingen. Voorbeelden zijn de bevoegdheid met een onder toezicht staande instelling (privaatrechtelijke) afspraken te maken over de wijze van toezicht, en eventuele andere bevoegdheden dan de besluiten, bedoeld in het derde lid (zoals de bevoegdheid om DNB bij een bestuursrechtelijke procedure te vertegenwoordigen).<sup>16</sup>

De Afdeling wijst op het onderscheid tussen de toedeling van publiekrechtelijke bevoegdheden<sup>17</sup> en vragen van vertegenwoordiging. Bij dat laatste moet vervolgens worden onderscheiden tussen de vertegenwoordiging van de desbetreffende rechtspersoon in het privaatrecht<sup>18</sup> en die van het desbetreffende bestuursorgaan in een bestuursrechtelijk geding.<sup>19</sup> De Afdeling meent dat de tekst van artikel 12a, tweede lid, onhelder is doordat daarin de bedoelde onderscheidingen onvoldoende tot uitdrukking komen.

<sup>12</sup> Toelichting, artikelsgewijs bij artikel I, onderdeel B.

<sup>13</sup> Artikel 10:1 Awb.

<sup>14</sup> Artikel 10:13 Awb.

<sup>15</sup> Vergelijk waar het gaat om mandaat artikel 166 Provinciewet en artikel 168 Gemeentewet.

<sup>16</sup> Toelichting, artikelsgewijs bij artikel I, onderdeel B.

<sup>17</sup> Hoofdstuk 10 Awb.

<sup>18</sup> Artikel 2:130 BW.

<sup>19</sup> Artikel 8:23 Awb.

De Afdeling adviseert het voorstel aan te passen en de toelichting aan te vullen.

*d. Bereik van het voorstel*

Ingevolge het voorgestelde artikel 12a zullen taken van de directie van DNB die voortvloeien uit artikel 4, eerste lid, Bankwet 1998 kunnen worden toebedeeld aan één of meer directeuren. Artikel 4, eerste lid, Bankwet 1998 bepaalt dat DNB de taak heeft tot het uitoefenen van toezicht op financiële instellingen op de voet van de daarvoor geldende wettelijke regelingen. Daarbij gaat het, naast het prudentieel toezicht door DNB op de financiële ondernemingen (ingevolge artikel 1:24 Wft), ook om de Pensioenwet. Ingevolge artikel 151, derde lid, Pensioenwet is DNB namelijk ook belast met het prudentieel toezicht (en het materieel toezicht) op de pensioenfondsen.

De Afdeling acht het, voor een goed begrip van het bereik van het voorstel, wenselijk dat wordt verduidelijkt dat ook het toezicht door DNB op de pensioenfondsen onder de voorgestelde bepaling valt. Aandacht voor de Pensioenwet is mede van belang in verband met het feit dat op het terrein van de Pensioenwet de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SZW) de verantwoordelijke minister is, terwijl het onderhavige voorstel, met de voorgestelde aanpassingen van de Bankwet en de Wft, niet verder reikt dan de Minister van Financiën (zie verder hierna, onder 3.3.). De Afdeling adviseert in de toelichting op het bovenstaande in te gaan en zo nodig het voorstel aan te passen.

2. Toezicht van de RvC resp. de RvT op het toezichtbeleid van DNB resp. de AFM

Het voorstel ziet op een verbreding van de wettelijke taak van de RvC van DNB en van de RvT van de AFM.<sup>20</sup> Deze raden zullen niet meer alleen de taak hebben toe te zien op de bedrijfs- en beheersmatige aspecten. De wettelijke taak zal ook (de waarborgen voor) beleidsmatige aspecten gaan omvatten, te weten de uitvoering van het toezicht door DNB en AFM in algemene zin en de borging van de kwaliteit en effectiviteit van het toezichtbeleid.

In algemene zin motiveert de toelichting de wijziging van de interne governance als volgt: 'Gezien het toezicht op afstand en de daarmee gepaard gaande beperkte mogelijkheden voor externe sturing door de minister van Financiën is het van belang dat de interne governance voldoende geborgd is. De interne 'checks and balances' moeten er voor zorgen dat er voldoende waarborgen binnen de organisatie van de toezichthouder aanwezig zijn om zorgvuldige besluitvorming mogelijk te maken.'<sup>21</sup>

De RvC van DNB, en in dat kader ook de positie van de overheidscommissaris bij DNB verdienen hier nadere aandacht. De overheidscommissaris is een functie die de Bankwet vanouds kent,<sup>22</sup> al lang voor de markante verdere ontwikkeling van de prudentiële toezichttaak van DNB in met name het afgelopen decennium. De huidige taak van de overheidscommissaris beperkt zich – in tegenstelling tot de huidige taak

<sup>20</sup> Het door artikel I, onderdeel C, voorgestelde artikel 13, zesde lid, van de Bankwet 1998 resp. het door artikel II, onderdeel C, voorgestelde artikel 1:27, tweede lid, van de Wft.

<sup>21</sup> Toelichting, algemeen deel.

<sup>22</sup> In 1863 werd bij DNB een Koninklijk Commissaris ingesteld. In de Bankwet 1998 verdween deze functie om plaats te maken voor een overheidscommissaris.

van de RvC<sup>23</sup> - niet tot de bedrijfsmatige aspecten van DNB. De overheidscommissaris heeft juist tot taak om ten behoeve van de minister informatie te vergaren over de taakuitvoering van DNB en heeft de bevoegdheid om bij de directie van DNB gegevens en inlichtingen in te winnen over de wijze waarop zij haar taken uitvoert.<sup>24</sup>

Als gevolg van het voorstel zullen de leden van de RvC ook toezicht (kunnen gaan) uitoefenen op de kwaliteit en effectiviteit van het (beleid terzake van het) prudentiële toezicht door DNB. Daarbij mogen zij, aldus de toelichting, toezichtvertrouwelijke informatie, inclusief informatie met betrekking tot individuele gevallen voor zover nodig voor de borging van de kwaliteit en de effectiviteit van het beleid, bij de directie opvragen en betrekken in hun algemeen toezicht.<sup>25</sup> Dit gaat verder dan wat de overheidscommissaris thans kan, daar deze geen gegevens en inlichtingen kan opvragen die ingevolge het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie of de wettelijke regelingen betreffende het toezicht op financiële instellingen geheim is.<sup>26</sup> Met de verbreding van de taak van de RvC wordt echter, aldus de toelichting, geen verandering beoogd in het toezicht zoals dat wordt uitgeoefend door de overheidscommissaris, bedoeld in artikel 13, tweede lid.<sup>27</sup> Naar het oordeel van de Afdeling maakt de toelichting niet voldoende duidelijk waarin, na de voorgestelde uitbreiding, de nieuwe taak van de RvC zich onderscheidt van de taak en bevoegdheden van de overheidscommissaris.

De voorgestelde verbreding van de taak van de RvC resp. de RvT betekent onder meer dat beide organen, ten behoeve van hun algemene interne toezicht, de bevoegdheid krijgen tot het opvragen van toezichtvertrouwelijke informatie in zoverre nodig voor de borging van de kwaliteit en de effectiviteit van het toezichtbeleid, aldus de memorie van toelichting. De Afdeling mist in de toelichting aandacht voor de vraag of de voorgestelde nieuwe bevoegdheid van de RvC resp. de RvT tot het opvragen van toezichtvertrouwelijke informatie zich verdraagt met het in de Wft, ter implementatie van de desbetreffende richtlijnen, neergelegde gesloten stelsel van informatieverstrekking. Evenmin gaat de toelichting in op de betekenis van de nieuwe bevoegdheid voor de RvC/RvT uit een oogpunt van eventuele medeaansprakelijkheid van deze organen voor de wijze waarop het toezicht is uitgeoefend.

De Afdeling adviseert in de toelichting op het bovenstaande in te gaan, en zo nodig het voorstel aan te passen.

### 3. Nieuwe bevoegdheden tot interventie

#### 3.1. Beleidsregels

In de toezichtvisie als geformuleerd in de nota 'Toezicht op afstand' is beschreven dat de minister in zijn toezicht op DNB en de AFM een interventiepiramide zal hanteren. Deze piramide voorziet in verschillende soorten interventiemechanismen, zodat in alle situaties een passend instrument voorradig is. De minister constateert daarbij dat het

<sup>23</sup> In de toelichting bij de Bankwet 1998 werd de taak van de RvC beschreven als een taak met een bedrijfseconomisch karakter. De aandacht van de RvC is minder gericht op de (details van) de uitvoering van de wettelijke taken. Kamerstukken II 1997/98, 25719, nr. 3, blz. 13.

<sup>24</sup> Artikel 14 Bankwet 1998.

<sup>25</sup> Toelichting, artikelsgewijs bij artikel I, onderdeel C.

<sup>26</sup> Artikel 14, tweede lid, Bankwet 1998.

<sup>27</sup> Toelichting, artikelsgewijs bij artikel I, onderdeel C.

middenkader van de interventiepiramide karig is ingevuld.<sup>28</sup> Om dit middenkader te completeren, introduceert het voorgestelde artikel 1:25b Wft onder meer de bevoegdheid van de Minister van Financiën om beleidsregels te stellen voor de taakuitoefening door de toezichthouder (DNB en AFM).<sup>29</sup>

*a. Noodzaak; clausulering*

De Afdeling merkt op dat bij de totstandkoming van de Wft nadrukkelijk niet is voorzien in de bevoegdheid tot het stellen van beleidsregels. De memorie van toelichting stelde hierover destijds dat nut en noodzaak hiertoe niet aanwezig waren. Het stellen van beleidsregels met betrekking tot toezichtstaken was bovendien niet aan de orde, omdat de benodigde (technische) kennis ter zake op het ministerie in veel gevallen ontbrak.<sup>30</sup>

In aansluiting hierop, heeft de Minister van Financiën zich naderhand op het standpunt gesteld dat de internationale context waarin de beide toezichthouders opereren, afwijking rechtvaardigt van de bevoegdheid ex artikel 21 van de Kaderwet zbo's om beleidsregels te stellen met betrekking tot hun taakuitoefening. Hij concludeerde dat het bestaande normstellende kader (wet, amvb en ministeriële regeling) toereikend is voor de vastlegging van het beleid ten aanzien van het toezicht op de financiële markten, en dat de beide toezichthouders voor het overige, in verband met de internationale context, zo onafhankelijk mogelijk van de minister moeten kunnen opereren.<sup>31</sup>

Kennelijk meent de regering dat de situatie op dit punt thans wezenlijk anders ligt. Verwacht zou mogen worden dat de toelichting deze verandering van standpunt duidelijk motiveert, en onder verwijzing naar verandering van omstandigheden en inzichten, en aldus aangeeft waarom nu wel behoefte bestaat tot aanvulling van het bestaande normstellende kader met beleidsregels.

Blijkens de artikelsgewijze toelichting is de motivering voor de voorgestelde bevoegdheid zelf gelegen in de systeemverantwoordelijkheid van de minister voor het stelsel van toezicht op de financiële markten. De toelichting stipuleert nadrukkelijk dat de bevoegdheid tot het stellen van beleidsregels niet mag leiden tot bemoeienis met individuele gevallen. Verder zal aan het geven van beleidsregels overleg moeten vooraf zijn gegaan met de betreffende toezichthouder.

De Afdeling mist hier een nadere invulling van de visie van de regering op de inhoud van de systeemverantwoordelijkheid van de Minister van Financiën voor het stelsel van financieel toezicht, bezien in verhouding tot de zelfstandigheid die DNB en AFM als toezichthouders toekomt om hun taak, in de genoemde internationale context en in overeenstemming met de wettelijke regelingen, verantwoord te kunnen uitoefenen. Daar komt bij dat de toelichting niet ingaat op de samenhang van de voorgestelde verbreding van de taak van de RvC/RvT met de voorgestelde bevoegdheid van de

<sup>28</sup> Toezicht op afstand, De relatie tussen de minister van Financiën en de financiële toezichthouders De Nederlandsche Bank (DNB) en de Autoriteit Financiële Markten (AFM) 2011 – 2016, februari 2011, Bijlage bij Kamerstukken II 2010/11, 32 648, nr. 1, blz. 14.

<sup>29</sup> Daarnaast biedt het voorgestelde artikel 1:30, vijfde lid, Wft de minister de mogelijkheid een nadere invulling te geven aan de criteria waaraan een begroting van de toezichthouders, DNB en de AFM, moet voldoen wil de minister daaraan zijn instemming verbinden.

<sup>30</sup> Kamerstukken II 2003/04, 29 708, nr. 3, blz. 33.

<sup>31</sup> Brief van 31 januari 2008, Kamerstukken II 2007/08, 25 268, nr. 56, blz. 4.



minister tot het stelen van beleidsregels: hoe verhouden de nieuwe verantwoordelijkheid van de interne toezichthouder en die van de minister zich tot elkaar?

*b. Europese ontwikkelingen*

In aansluiting op wat hiervoor, onder 3.1.a., al is opgemerkt over de internationale context, gaat de Afdeling nog nader in op de Europeesrechtelijke dimensie van het voorstel op dit punt. In reactie op de financiële crisis zijn op Europees niveau verstrekkende maatregelen ingevoerd die onder meer zien op de totstandkoming van een Europees systeem voor financieel toezicht (ESFS).<sup>32</sup> Hoofddoel van het ESFS is erop toe te zien dat de regels die van toepassing zijn op de financiële sector naar behoren worden uitgevoerd, teneinde de financiële stabiliteit te bewaren en te zorgen voor vertrouwen in het financiële stelsel als geheel, met voldoende bescherming voor gebruikers van financiële diensten. Daartoe zullen drie nieuwe Europese Autoriteiten en de reeds bestaande nationale toezichthouders nauw samenwerken. Binnen het ESFS krijgen de Europese Autoriteiten de bevoegdheid om geharmoniseerde technische reguleringsnormen op het gebied van financiële diensten in te stellen om, mede door de invoering van één 'rulebook', te zorgen voor gelijke marktvoorwaarden en voor adequate bescherming van depositohouders, beleggers en consumenten in de gehele Unie. Ook op niet door technische regulerings- of uitvoeringsnormen geregelde gebieden zijn de Autoriteiten bevoegd om richtsnoeren te geven en aanbevelingen te doen betreffende de toepassing van het Unierecht. Voorts is een mechanisme ingesteld waarbij de Autoriteiten gevallen van niet-naleving of onjuiste toepassing van Unierecht aanpakken. Tevens kunnen de Autoriteiten de nationale toezichthoudende autoriteiten verplichten tot het nemen van bepaalde maatregelen om een noodsituatie te verhelpen. Zo ook dienen de Autoriteiten actief te bevorderen dat een gemeenschappelijke toezichtcultuur tot stand komt. Het gaat dan niet alleen om convergentie van toezichtpraktijken in de lidstaten, maar tevens om de capaciteit van toezichthouders om kwalitatief hoogstand toezichtresultaat te bereiken alsmede om de onafhankelijkheid van de nationale autoriteiten.

Kort gezegd, is de recente Europese wetgeving erop gericht het toezicht op de financiële markten in de EU-lidstaten zowel wat betreft de gehanteerde regels als de wijze van uitoefening van het toezicht door de nationale toezichthouders nader te harmoniseren en, zo nodig, uniformeren. Nu vanuit de Europese Unie de uitvoering van het toezicht op de financiële markten sterker zal worden aangestuurd, is het de vraag waarom het op nationaal niveau noodzakelijk wordt geacht een nieuwe sturingsbevoegdheid, tot het stellen van beleidsregels, te introduceren. Meer in het bijzonder is voorts de vraag of de voorgestelde nationale bevoegdheid zich verdraagt met de genoemde ontwikkelingen in Europees verband.

Alles bijeen, adviseert de Afdeling de voorgestelde bevoegdheid in het licht van het voorgaande nader te bezien en toe te lichten. Mocht worden besloten haar te handhaven, dan is het in elk geval geraden om de clausuleringen zoals nu weergegeven in de toelichting op te nemen in de tekst van het voorstel zelf.

---

<sup>32</sup> Verordening (EU) nr. 1093/2010, Verordening (EU) nr. 1094/2010 en Verordening (EU) nr. 1095/2010.

### 3.2. Begroting

Artikel 1:30, vijfde lid, Wft geeft de Minister van Financiën de bevoegdheid al dan niet in te stemmen met de begroting van elk van beide toezichthouders. Het voorstel bevat een aanvulling op dit vijfde lid. Daarin wordt bepaald dat de Minister van Financiën, alvorens de toezichthouder de begroting ter instemming voorlegt, een nadere invulling kan geven aan de twee criteria (strijd met het recht of het algemeen belang) op grond waarvan hij instemming kan onthouden.

Ook na kennisneming van de toelichting, vermag de Afdeling niet in te zien waarom het nodig is om een beleidskader dat de minister zou willen hanteren bij het gebruik van genoemde bevoegdheid een expliciete grondslag te geven in de wet zelf. Zij adviseert de bedoelde volzin te schrappen.

### 3.3. Verhouding Financiën – SZW

Wanneer het gaat om bevoegdheden tot interventie, dient in het oog te worden gehouden dat destijds is besloten de pensioenfondsen niet te brengen binnen het bereik van de Wft. Het wettelijke regime voor de pensioenfondsen wordt onder meer gevormd door de Pensioenwet. Hoofdstuk 7 van de Pensioenwet – "Toezicht, handhaving en overige taken toezichthouder" – bevat een aantal bepalingen over de bevoegdheden van de toezichthouder jegens de pensioenfondsen. Bezien in samenhang daarmee, is van belang dat op het terrein van de pensioenfondsen niet de Minister van Financiën, maar de Minister van SZW de verantwoordelijke minister is. Het trok de aandacht van de Afdeling dat het voorstel geheel voorbij gaat aan de aldus op het toezichtterrein bestaande verdeling van verantwoordelijkheid tussen de beide ministers, en met name aan haar betekenis voor de hiervoor behandelde nieuwe interventiebevoegdheden.

De Afdeling adviseert in de toelichting op het voorgaande in te gaan en het voorstel aan te passen.

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

De Afdeling advisering van de Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet niet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal dan nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

De vice-president van de Raad van State,

Bijlage bij het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State betreffende no.W06.11.0047/III met redactionele kanttekeningen die de Afdeling in overweging geeft.

- Voorgesteld artikel 12, vijfde lid, tweede volzin, Bankwet 1998 vervangen door: Tegen besluiten, als bedoeld in het vierde lid, eerste volzin, kan een belanghebbende beroep instellen bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven.
- Voorgesteld artikel 1:26, derde lid, nieuwe volzin, Wft vervangen door: Tegen deze besluiten kan een belanghebbende beroep instellen bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven.
- In voorgesteld artikel 1:27a, eerste lid, Wft 'en geschikt zijn in verband met' vervangen door: en die geschikt zijn voor.