

No.W06.11.0108/III

's-Gravenhage, 21 april 2011

Bij Kabinetsmissive van 8 april 2011, no.11.000859, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Financiën, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot wijziging van de Wet op het financieel toezicht, de Wet financiële markten BES en de Wet toezicht trustkantoren in verband met de introductie van de geschiktheidseis en de versterking van de samenwerking tussen de toezichthouders in het kader van de geschiktheidstoets en de betrouwbaarheidstoets, met memorie van toelichting.

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

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

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

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

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

Het onderhavige voorstel bevat nadere regels voor de samenwerking tussen de beide toezichthouders bij de voorbereiding van een besluit over de geschiktheid en/of

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

² Artikelen 3:8, 3.9, 4:9 en 4:10 Wft.

betrouwbaarheid van een sleutelfunctionaris.³ Indien de andere toezichthouder kan instemmen met een op dit punt voorgenomen oordeel van de vergunningverlenende toezichthouder, dat aan hem om advies dient te worden voorgelegd, kan deze laatste toezichthouder overgaan tot het nemen van het beoogde besluit. In zoverre betekent het voorstel geen wezenlijke verandering van de thans bestaande onderlinge verhouding tussen de beide toezichthouders.

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

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

In de toelichting wordt de voorgestelde wijziging gepresenteerd als een maatregel die bijdraagt aan de goede samenwerking en afstemming tussen DNB en de AFM. De toelichting voert echter geen feiten of omstandigheden aan die duidelijk maken waarom het voor een goede samenwerking noodzakelijk is de Wft te wijzigen. Het ontbreken van een goede motivering van de voorgestelde wijziging valt te meer op nu uit een recente evaluatie van de samenwerking van DNB en AFM blijkt dat de samenwerkingsrelatie tussen beide toezichthouders goed is.⁴ In deze evaluatie wordt ook opgemerkt: 'Enkele respondenten hebben aangegeven dat er naar hun mening een grote discrepantie is ontstaan tussen enerzijds de maatschappelijke perceptie over de samenwerking die gevoed wordt door uitzonderlijke omstandigheden rond de DSB-bank en anderzijds de dagelijkse praktijk, waarin de beide toezichthouders elkaar op de werkvloer goed en ook steeds beter weten te vinden.'⁵

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

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

⁴ De samenwerking tussen DNB en AFM op basis van de Wft, Twin-peaks in de praktijk. Instituut voor Onderzoek van Overheidsuitgaven, Zoetermeer 11 juni 2010, p. 37. Bijlage bij Kamerstukken II 2009/10, 32466, nr. 1.

⁵ De samenwerking tussen DNB en AFM op basis van de Wft, Twin-peaks in de praktijk. Instituut voor Onderzoek van Overheidsuitgaven, Zoetermeer 11 juni 2010, p. 38. Bijlage bij Kamerstukken II 2009/10, 32466, nr. 1.

dat een incident, mocht dat de dragende aanleiding zijn geweest voor de voorgestelde wijziging, direct leidt tot aanpassing van de wet.

Een goede beoordeling van het voorstel op dit punt is ook gebaat bij nadere informatie over de praktijk van de afstemming tussen de beide toezichthouders; de toelichting zegt daarover vrijwel niets.⁶ Zo zal tussen de beide toezichthouders vooroverleg plaatsvinden alvorens de een zich naar de ander uitspreekt. Alleen als dergelijk overleg niet zou leiden tot overeenstemming, zou dat wellicht een probleem kunnen geven. De artikelsgewijze toelichting stelt: "Gegeven het feit dat een redelijk handelende toezichthouder een aanbeveling – zeker wanneer die een bindend karakter heeft – niet zonder gegronde redenen zal doen, wordt (...) geregeld dat de vergunningverlenende toezichthouder een bindende aanbeveling altijd dient te volgen." De Afdeling merkt op dat daar tegenover evenzo kan worden gesteld dat een redelijk handelende vergunningverlenende toezichthouder aan een goed gemotiveerde aanbeveling van de andere toezichthouder niet dan om even goede redenen zal voorbijgaan.

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

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

2. Verenigbaarheid met het recht van de Europese Unie

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

De Afdeling merkt op dat de deskundigheidseis in de regelgeving op het terrein van financiële markten de implementatie behelst van bepalingen van diverse Europese richtlijnen.⁷ Uit de toelichting valt niet af te leiden of het voorstel zich in die zin beperkt tot de implementatie van de desbetreffende richtlijnbevestigingen dat slechts het begrip "deskundigheid" wordt vervangen door een ander begrip – "geschiktheid" – met dezelfde beoogde inhoud en reikwijdte, dan wel of beoogd is strengere eisen te stellen. Voor zover dat laatste is beoogd, mist de Afdeling een motivering waaruit blijkt dat de

⁶ De Afdeling wijst in dit verband bij voorbeeld op de door DNB en de AFM overeengekomen Beleidsregel deskundigheid 2011. Strct. 2010, nr. 20810, 29 december 2010.

⁷ Bijvoorbeeld artikel 42, eerste lid, van Richtlijn 2009/138/ EG (Solvabiliteit II).

desbetreffende richtlijnen dit toestaan. Indien de regering meent dat dit het geval is, zal nog wel moeten worden gemotiveerd waarom het voorstel, gelet op het vrije verkeer van diensten, wordt gerechtvaardigd door een dwingend vereiste van algemeen belang, en noodzakelijk en proportioneel is.

De Afdeling adviseert de toelichting aan te vullen.

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

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

De vice-president van de Raad van State,

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

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