

Ministerie van Financiën

> Retouradres Postbus 20201 2500 EE Den Haag

Aan de Koningin

Directie Financiële Markten

Korte Voorhout 7
2511 CW Den Haag
Postbus 20201
2500 EE Den Haag
www.minfin.nl

Ons kenmerk

FM/2011/8764

Datum

Betreft Nader rapport inzake 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

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 8 april 2011, nr. 11.000859, machtigde Uwe Majesteit de Afdeling advisering van de Raad van State haar advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 21 april 2011, nr. W06.11.0108/III, bied ik U hierbij aan.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De Afdeling adviseert de toelichting aan te vullen op het punt van verenigbaarheid met het EU-recht. Naar aanleiding daarvan is onder andere verduidelijkt dat het voorgestelde nieuwe begrip 'geschikt' niet is bedoeld om strengere eisen te stellen. De reden om het begrip geschikt te hanteren is dat dit begrip beter past bij de huidige praktijk. Ook is dit wetsvoorstel niet bedoeld ter implementatie van richtlijnen.

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

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

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

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,

mr. drs. J.C. de Jager

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