

Vergaderjaar 2007–2008

31 468

Herstel van wetstechnische gebreken in de Wet op het financieel toezicht en een aantal andere wetten (Reparatiewet Wft)

Nr. 4

ADVIES RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT¹

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Raad van State d.d. 22 februari 2008 en het nader rapport d.d. 14 mei 2008, aangeboden aan de Koningin door de minister van Financiën. Het advies van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Bij Kabinetsmissive van 28 december 2007, no.07.004224, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Financiën, bij de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot wijziging van de Wet op het financieel toezicht en een aantal andere wetten (Reparatiewet Wft), met memorie van toelichting.

Het wetsvoorstel strekt tot reparatie van technische gebreken in de Wet op het financieel toezicht (hierna: Wft). Voorts zijn in het wetsvoorstel bepalingen opgenomen ter regeling bij wet van de nog niet in de Wft opgenomen onderwerpen uit de Tijdelijke regeling invoering Wft.

De Raad van State onderschrijft de strekking van het wetsvoorstel, maar vindt reden tot het uiten van twijfel over de voldragenheid van het voorstel. Hij is van oordeel dat in verband daarmee aanpassing van het voorstel wenselijk is.

Het wetsvoorstel betreft de reparatie van, mede op grond van reacties uit het veld, geconstateerde technische verschrijvingen, onjuiste verwijzingen en technische omissies die niet tijdig zijn opgemerkt of alsnog zijn opgetreden in het complexe proces dat heeft geleid tot de omvangrijke Wft. Met het voorstel zijn geen beleidsinhoudelijke wijzigingen beoogd. Verwacht mag worden dat in een geval als dit de technische reparatie met zodanige zorgvuldigheid wordt voorbereid dat het voorstel zelf geen technische tekortkomingen bevat, of anderszins reden geeft tot opmerkingen.

Bij zijn beoordeling van het wetsvoorstel heeft de Raad moeten concluderen dat aan deze verwachting niet wordt voldaan. Hij wijst daartoe op de volgende punten, die betrekking hebben op het eerste gedeelte van het voorstel.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 28 december 2007, no. 07.004224, machtigde Uwe Majesteit de Raad van State zijn advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 22 februari 2008, no. W06.07.0490/III, bied ik U hierbij aan.

¹ De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

De Raad van State geeft in overweging het voorstel van wet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal, nadat met het advies rekening zal zijn gehouden.

In reactie op het advies van de Raad van State merk ik het volgende op, waarbij de volgorde van de punten wordt aangehouden zoals die door de Raad van State is gehanteerd.

1. Algemene opmerking van de Raad van State over het wetsvoorstel Alvorens in te gaan op de specifieke door de Raad in zijn advies genoemde punten (hieronder vanaf punt 2), wordt opgemerkt dat het voorstel, naar aanleiding van de aanbeveling van de Raad om het in zijn geheel nogmaals te bezien en het daarbij te controleren op correctheid, consistentie en volledigheid, niet alleen is gecontroleerd op de door de Raad in zijn advies opgebrachte punten, maar integraal. Dit heeft, naast de vanaf punt 2 in dit nader rapport genoemde wijzigingen, geleid tot aanpassingen van het voorstel. Zo is gekeken of een wijziging van een artikel in de Wet op het financieel toezicht (Wft) consequent is doorgevoerd in alle soortgelijke artikelen in de Wft. Dit heeft er bijvoorbeeld toe geleid dat de artikelen 1:58a, tweede lid, en 1:58c, derde lid, op dezelfde wijze zijn aangepast als artikel 1:58, tweede lid. Hetzelfde geldt bijvoorbeeld voor de wijzigingen van de artikelen 2:9 en 2:53. Voorts zijn de redactionele omissies en verschrijvingen die zijn opgemerkt tijdens de integrale toetsing alsnog geredresseerd in het wetsvoorstel. Als voorbeelden daarvan kunnen worden genoemd de nieuw in het voorstel opgenomen redactionele wijzigingen van de artikelen 1:93, 1:93aa (nieuw), 2:6, 2:97, 2:98, 2:103, 3:53 en 3:72. Het voorstel bevat hierdoor meer artikelen dan het voorstel dat aan de Raad was voorgelegd. Het voorgaande wil overigens niet zeggen dat de Wft na inwerkingtreding van het onderhavige wetsvoorstel geen omissies of onjuistheden meer bevat. Zoals in de algemene toelichting bij het wetsvoorstel te lezen is, worden de gebreken in de Wft in twee fasen hersteld. Door het onderhavige reparatiewetsvoorstel zullen de nu bekende verschrijvingen, onjuiste verwijzingen en technische omissies in de Wft en in een aantal andere wetten worden hersteld. In een volgend wetsvoorstel zullen wijzigingen van de Wft worden voorgesteld die meer inhoudelijk van aard zijn (Wijzigingswet Wft). Het onderhavige wetsvoorstel herstelt derhalve de thans opgemerkte technische gebreken in de Wft. Inhoudelijke fouten, beleidsmatige aanpassingen en later opgemerkte technische omissies zullen, voor zover herstel niet op korte termijn noodzakelijk is, op een later tijdstip door voornoemde Wijzigingswet Wft worden hersteld.

Artikel I, onderdeel A

Artikel I, onderdeel A, strekt er onder meer toe dat de thans geldende definitie van «cliënt» komt te vervallen. In de toelichting wordt opgemerkt dat de bestaande definitie ertoe strekt duidelijk te maken dat het begrip in de wet, in afwijking van het normale spraakgebruik, ook wordt gebruikt voor personen met wie nog geen contractuele relatie bestaat. Deze ruime reikwijdte van het begrip «cliënt» zal ingevolge het wetsvoorstel tot uitdrukking worden gebracht door het in artikel I, onderdeel E, voorgestelde nieuwe artikel 1:15a Wft. De Raad merkt op dat de bestaande definitie van «cliënt» is ingevoegd met de vierde nota van wijziging¹ bij het wetsvoorstel Wft. Als toelichting bij die wijziging werd opgemerkt dat de definitie van het begrip «cliënt» ertoe strekt duidelijk te maken dat «bij een financiële dienst met betrekking tot een financieel instrument of verzekering de zakelijke afnemer op dezelfde wijze wordt beschermd als de consument». Schrappen van de definitie van het begrip «cliënt» betekent dat deze – voor de verhouding tussen de begrippen «cliënt» en «consument» belangrijk te achten – verduidelijking niet langer een directe grondslag heeft in de Wft. Dit aspect zou op z'n minst in de toelichting moeten worden behandeld.

2. Artikel I, onderdeel A

De aanbeveling van de Raad om de toelichting bij het vervallen van de definitie van *cliënt* aan te passen, is overgenomen. In de toelichting wordt vermeld dat wanneer het begrip «cliënt» wordt gebruikt in de Wft, het begrip de betekenis heeft die het heeft in het normale spraakgebruik en dus ook de zakelijke afnemer omvat. Op grond van het voorgestelde artikel 1:15a (Artikel I, onderdeel D, in het wetsvoorstel) is het ingevolge de wet bepaalde ook van toepassing op personen aan wie een financiële onderneming voornemens is een financiële dienst te verlenen.

¹ Kamerstukken II 2005/06, 29 708, nr. 19.

Artikel I, onderdeel B

Artikel I, onderdeel B, wijzig artikel 1:5 Wft. In artikel 1:5 Wft wordt de ontheffing voor «kleine» elektronischgeldinstellingen geregeld. Uit het commentaar van De Nederlandsche Bank (DNB) dat heeft geleid tot het onderhavige onderdeel van het wetsvoorstel kan worden afgeleid dat de wijziging verband houdt met artikel 8 van richtlijn 2000/46/EG¹. De voorgestelde wijziging beoogt de vrijstelling te beperken tot instellingen met zetel in Nederland.

De Raad merkt op dat uit artikel 8 van deze richtlijn niet volgt dat de ontheffing enkel voor instellingen met zetel in de ontheffende staat kan gelden. De ontheffing kan immers ook betrekking hebben op instellingen met zetel in een andere lidstaat die middels het aanbieden van diensten in Nederland actief zijn.

3. Artikel I, onderdeel B

In reactie op de opmerking van de Raad wordt opgemerkt dat het onderwerp bij nader inzien zodanig inhoudelijk is dat het voorstel om artikel 1:5 te wijzigen niet langer in het onderhavige wetsvoorstel is opgenomen. In het kader van de Wijzigingswet Wft (zie hierboven onder punt 1) zal dit onderwerp nader worden bezien, mede met inachtneming van de opmerking van de Raad.

Artikel I, onderdeel M

Artikel I, onderdeel M, wijzig artikel 1:58, tweede lid, Wft. De voorgestelde bepaling creëert een bevoegdheid voor de toezichthouder om aan financiële ondernemingen met zetel in een andere lidstaat, onder omstandigheden een verbod op te leggen nieuwe overeenkomsten in Nederland te sluiten. Uit de toelichting blijkt dat deze bepaling mede strekt ter implementatie van artikel 30, derde lid, van richtlijn 2006/48/EG.²

De Raad merkt op dat in het tweede lid van artikel 1:58 Wft zoals dit thans luidt, voor de toezichthouder de verplichting is opgenomen de toezichthoudende instantie van de lidstaat waar de onderneming haar zetel heeft, in kennis te stellen alvorens het genoemde verbod uit te vaardigen. Dit volgt ook uit artikel 30, derde lid, van de genoemde richtlijn. Deze eis is in het voorgestelde nieuwe tweede lid van artikel 1:58 Wft niet opgenomen. De richtlijn is in zoverre onvolledig geïmplementeerd.

Thans geldende artikelen 1:58a, tweede lid, en 1:58c, derde lid, Wft.

De thans geldende artikelen 1:58a, tweede lid, en 1:58c, derde lid, Wft bevatten eenzelfde redactie en omissie als het door artikel I, onderdeel M, te wijzigen artikel 1:58, tweede lid. Het is de Raad niet duidelijk waarom niet tevens aanpassing van deze artikelen is voorgesteld. De artikelen 1:58a, tweede lid, en 1:58c, derde lid, Wft zouden op eenzelfde wijze als 1:58, tweede lid aangepast dienen te worden.

4. Artikel I, onderdeel M

Naar aanleiding van de opmerking van de Raad moet worden opgemerkt dat de door de Raad bedoelde verplichting wel in het huidige artikel 1:58, tweede lid, is opgenomen en dat deze per vergissing is verwijderd bij de voorgestelde herformulering van artikel 1:58, tweede lid, in het onderhavige wetsvoorstel. De verplichting is alsnog in het tweede lid opgenomen. Voorts heeft de opmerking van de Raad aanleiding gegeven het derde lid opnieuw te bezien. In dat lid wordt de verplichting opgenomen om de andere toezichthoudende instantie in kennis te stellen *nadat* het verbod is uitgevaardigd. Het voorstel is aangepast in de zin dat het derde lid vervalft. De verwijzingen naar artikel 1:58, derde lid, in de artikelen 1:58, vierde lid, aanhef (nieuw), 1:58a, derde lid, 1:58b, derde lid, 1:58c, vierde lid, 1:58d, tweede lid, 1:66, tweede lid, en 1:67, tweede lid, zijn naar aanleiding daarvan aangepast.

Ook zijn overeenkomstig het advies de artikelen 1:58a, tweede lid, en 1:58c, derde lid, op dezelfde wijze aangepast als artikel 1:58, tweede lid.

Artikel I, onderdeel V

In artikel I, onderdeel V, wordt onder meer in het thans geldende artikel 1:105, eerste lid, onderdeel c, Wft de verwijzing naar artikel 5:71, zesde lid, Wft vervangen door een verwijzing naar artikel 5:81, derde lid, Wft. De Raad merkt op dat in artikel 1:105, eerste lid, onderdeel c, Wft wordt verwezen naar een groot aantal verbodsbepalingen. Dit volgt tevens uit de

¹ Richtlijn 2000/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van 18 september 2000 betreffende de toegang tot, de uitoefening van en het bedrijfseconomisch toezicht op de werkzaamheden van instellingen voor elektronisch geld (PbEG 2000, L275).

² Richtlijn 2006/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 14 juni 2006, betreffende de toegang tot en de uitoefening van de werkzaamheden van kredietinstellingen (PbEU 2006, L177).

redactie van artikel 1:105, eerste lid, onderdeel c, Wft («de verboden, bedoeld in de artikelen...»). De in te voegen verwijzing naar artikel 5:81, derde lid, Wft betreft echter geen verbodsnorm, maar een grondslag voor de bevoegdheid van de Autoriteit Financiële Markten ontheffing te verlenen van een aantal in deel 5 Wft opgenomen verboden.

5. Artikel I, onderdeel V

Naar aanleiding van de opmerking van de Raad is de verwijzing naar artikel 5:81 vervangen door verwijzingen naar de artikelen 5:74 en 5:79. In deze bepalingen zijn namelijk wel verboden opgenomen. De oorspronkelijk opgenomen verwijzing naar artikel 5:71, zesde lid, bleek onjuist en is dus vervallen.

Artikel I, onderdeel CC

Artikel I, onderdeel CC, wijzigt artikel 2:10 Wft. Artikel 2:10, eerste lid, Wft bepaalt onder meer dat clearinginstellingen met zetel in een ingevolge artikel 2:6, tweede lid, Wft aangewezen staat (een staat waarin naar het oordeel van de minister een adequaat toezichtsregime geldt) die door middel van het verrichten van diensten naar Nederland hun bedrijf wensen uit te oefenen DNB daarvan in kennis dienen te stellen. De thans geldende bepaling wordt aangevuld met de eis dat de clearinginstelling een door de toezichthoudende instantie van de aangewezen staat afgegeven verklaring over legt waaruit blijkt dat de instelling in die staat bevoegd is tot het uitoefenen van het bedrijf van clearinginstelling.

De Raad merkt op dat in artikel 2:8, eerste lid, Wft reeds een verplichting is opgenomen voor clearinginstellingen met zetel buiten Nederland die door middel van het verrichten van diensten naar Nederland hun bedrijf wensen uit te oefenen DNB daarvan in kennis te stellen en ervoor te zorgen en aan te tonen dat zal worden voldaan aan hetgeen ingevolge artikel 3:57 Wft is bepaald. De Raad wijst er echter op dat clearinginstellingen met zetel in een aangewezen staat in artikel 2:8, tweede lid, Wft van de verplichting in artikel 2:8, eerste lid, Wft worden uitgezonderd. Artikel 2:8 Wft wordt in het voorstel niet gewijzigd. Aldus bestaat een spanning tussen de uitzondering ingevolge artikel 2:8, tweede lid, en de verplichting van artikel 2:10. De nu voorgestelde wijziging in artikel 2:10 Wft neemt deze spanning niet weg.

6. Artikel I, onderdeel CC

De opmerking van de Raad is aanleiding geweest om de verhouding tussen de artikelen 2:8 en 2:10 niet in dit voorstel mee te nemen, aangezien deze materie te inhoudelijk van aard is voor een reparatiewet. In het kader van de Wijzigingswet Wft (zie hierboven onder punt 1 en de algemene toelichting bij het onderhavige wetsvoorstel) zal dit onderwerp nader worden gezien mede met inachtneming van de opmerking van de Raad. Eenzelfde inhoudelijk probleem speelt in de verhouding tussen de artikelen 2:54 en 2:52. De voorgestelde technische wijzigingen van de artikelen 2:10 en 2:54 staan los van de door de Raad opgemerkte spanning en worden gehandhaafd in het onderhavige wetsvoorstel.

Artikel I, onderdeel GG

Artikel I, onderdeel GG, wijzigt artikel 2:27, vierde lid, Wft. In artikel 2:27, eerste lid, Wft is bepaald dat het een ieder met zetel in Nederland verboden is zonder vergunning van DNB het bedrijf van levensverzekeraar of schadeverzekeraar uit te oefenen. Deze verbodsnorm geldt ingevolge het (thans geldende én het te wijzigen) vierde lid niet indien een onderneming optreedt als waarborg- of garantiefonds en voldoet aan één van de in artikel 3:6, tweede, derde of vierde lid, Wft neergelegde voorwaarden. Volgens de toelichting is de wijziging noodzakelijk teneinde de oorspronkelijke doelstelling van het vierde lid van artikel 2:27 Wft beter tot uitdrukking te laten komen. Het is de Raad echter niet duidelijk wat het belang van artikel 2:27, vierde lid, Wft is. Reeds nu is het op grond van artikel 3:6, eerste lid, een ieder verboden zonder vergunning van DNB of een toezichthoudende instantie van een andere lidstaat voor het uitoefenen van het bedrijf van schadeverzekeraar op te treden als waarborgof garantiefonds. Deze verbodsnorm geldt ingevolge 3:6, tweede, derde of vierde lid, Wft niet indien de persoon¹ voldoet aan de daar gestelde voorwaarden.

¹ Onder persoon wordt ingevolge de definitiebepaling in artikel 1:1 Wft verstaan natuurlijke personen en rechtspersonen.

7. Artikel I, onderdeel GG

In overeenstemming met het advies van de Raad van State wordt voorgesteld artikel 2:27, vierde lid, te laten vervallen.

Artikel I, onderdeel II

Artikel I, onderdeel II, wijzigt artikel 2:31 Wft. In artikel 2:31 Wft zijn de vereisten opgenomen met betrekking tot de gegevens die een schade- of levensverzekeraar dient over te leggen wanneer bij DNB een vergunning wordt aangevraagd. De voorgestelde wijziging betreft de mogelijkheden tot het verlenen van een ontheffing door DNB. Aan de in artikel 2:31, vijfde lid, Wft opgenomen opsomming van de onderdelen waarvoor ontheffing mogelijk is, wordt onderdeel i, toegevoegd. Dit onderdeel verwijst naar de eisen met betrekking tot de solvabiliteit uit artikel 3:57 Wft. De Raad wijst er op dat in artikel 3:57 Wft voor schade- of levensverzekeraars geen ontheffingsmogelijkheid is opgenomen. Hetzelfde geldt voor onderdeel h van artikel 2:31, eerste lid, Wft dat verwijst naar artikel 3:53 Wft, dat regels omtrent het minimum eigen vermogen bevat. De toelichting zou duidelijk moeten maken waarom een schade- of levensverzekeraar in het kader van vergunningverlening wel voor een ontheffing in aanmerking kan komen die op grond van artikel 2:2 Wft doorwerkt in het lopend toezicht, wanneer deze verzekeraars naderhand, in het kader van het lopende toezicht, niet meer om een dergelijke ontheffing kunnen verzoeken.

8. Artikel I, onderdeel II

Naar aanleiding van deze opmerking is het voorstel herzien. Bij de omzetting van de sectorale wetten naar de Wft was beoogd dat de ontheffingsmogelijkheden die bestaan tijdens lopend toezicht en de ontheffingsmogelijkheden die bestaan in het kader van de vergunningaanvraag, dezelfde zijn. Dat is ten onrechte niet steeds het geval. Naar aanleiding van de opmerking van de Raad van State is de gehele Wft op dit punt opnieuw bekeken. Dit heeft ertoe geleid dat ook de artikelen 2:37, 2:41, 2:49, 2:51, 2:67, 2:68 en 2:99 worden aangepast.

Thans geldende artikelen 2:49, derde lid, juncto 3:53, zesde lid, en 3:57, zesde lid Wft

De hierboven geschetste discrepantie tussen de mogelijkheid ontheffing te verlenen van bepaalde eisen in de fase van de vergunningaanvraag en gedurende het lopend toezicht heeft de Raad eveneens geconstateerd met betrekking tot natura-uitvaartverzekeraars in de thans geldende artikelen 2:49, derde lid, juncto 3:53, zesde lid, en 3:57, zesde lid Wft. Het voorstel voorziet echter niet in wijziging van deze bepalingen.

Slotsom

Met de voorgaande punten heeft de Raad zijn aan het begin van dit advies opgenomen conclusie willen onderbouwen dat het voorstel niet voldoet aan de verwachting dat een – omvangrijke – technische reparatie als deze niet zelf technische tekortkomingen vertoont, of anderszins aanleiding geeft tot opmerkingen die reden (kunnen) geven tot verdere aanpassing van – i.c. – de Wft.

De Raad beveelt daarom aan het voorstel in zijn geheel nogmaals te bezien, en het daarbij te controleren op correctheid, consistentie en volledigheid.

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,
H. D. Tjeenk Willink*

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,
W. J. Bos