

Vergaderjaar 2010–2011

32 782

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)

Nr. 4

ADVIES RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT¹

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 15 april 2011 en het nader rapport d.d. 19 mei 2011, aangeboden aan de Koningin door de minister van Financiën. Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is cursief afgedrukt.

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.

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.

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.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 24 februari 2011, nr. 11.000452, 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 15 april 2011, nr. W06.11.0047/III, bied ik U hierbij aan.

Het voorstel geeft de Afdeling aanleiding tot het maken van enkele inhoudelijke opmerkingen. Onderstaand zal de volgorde van opmerkingen zoals de Afdeling in haar advies hanteert worden aangehouden.

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.¹

Op basis van het voorgestelde artikel 12a, eerste lid,² 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.³ De 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.⁴ 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*

¹ Artikel 12 Bankwet 1998.

² Artikel I, onderdeel B.

³ Artikel 12a, eerste lid.

⁴ Artikel 12a, tweede lid.

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.¹ 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.²

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) besluiten inzake de bij of krachtens de statuten gemandateerde taken worden genomen door een of meer toezichtdirecteuren.³

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

¹ Artikel 130 VWEU en artikel 7 van het Protocol (nr. 4) betreffende de Statuten van het Europese Stelsel van Centrale Banken en van de Europese Centrale Bank.

² <http://www.dnb.nl/over-dnb/organisatie/directie/index.jsp> zoals geraadpleegd op 18 maart 2011.

³ Toelichting, artikelsgewijs bij artikel I, onderdeel B.

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 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.¹ In de nota «Toezicht op afstand» wordt gesteld dat de voorgenomen nieuwe structuur de collegiale besluitvorming van de directie van DNB onverlet zal laten.² 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.³ 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 mandaat⁴, 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.

¹ Artikel 12, eerste lid, Bankwet 1998.

Artikelen 6 van de Statuten van de Nederlandsche Bank NV.

² 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

³ Artikel 12a, eerste lid.

⁴ Zie voor de begrippen mandaat en delegatie hierna, onder b.

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 toezicht-houder 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.

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.¹

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.¹ 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.² 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.³ 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).¹

De Afdeling wijst op het onderscheid tussen de toedeling van publiekrechtelijke bevoegdheden⁴ en vragen van vertegenwoordiging. Bij dat laatste moet vervolgens worden onderscheiden tussen de vertegenwoordiging van de desbetreffende rechtspersoon in het privaatrecht⁵ en die van het desbetreffende bestuursorgaan in een bestuursrechtelijk geding.⁶ De Afdeling meent dat de tekst van artikel 12a, tweede lid, onhelder is

¹ Artikel 10:1 Awb.

² Artikel 10:13 Awb

³ Vergelijk waar het gaat om mandaat artikel 166 Provinciewet en artikel 168 Gemeentewet.

⁴ Hoofdstuk 10 Awb.

⁵ Artikel 2:130 BW.

⁶ Artikel 8:23 Awb.

doordat daarin de bedoelde onderscheidingen onvoldoende tot uitdrukking komen.

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.

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

In reactie op de opmerking van de Afdeling dat in de memorie van toelichting elke motivering voor de beoogde aanpassing van de governance van de Nederlandsche Bank (DNB) ontbreekt, is in de toelichting verduidelijkt dat de reden voor de beoogde aanpassing gelegen is in de wenselijkheid een duidelijkere herkenbaarheid van het onderscheid te bewerkstelligen tussen enerzijds de verantwoordelijkheid van DNB voor taken die voortvloeien uit het Verdrag en de statuten van het Europees stelsel van centrale banken en van de Europese Centrale Bank (ESCB-statuten) en anderzijds de verantwoordelijkheid voor prudentiële toezichttaken, zonder dat dit ten koste gaat van de inhoudelijke samenhang tussen deze hoofdtaken. De stelselonafhankelijkheid zoals die geldt voor de taken ingevolge het Verdrag en de ESCB-Statuten geldt niet voor DNB als prudentieel toezichthouder. Voor die laatstgenoemde taak is DNB zelfstandig bestuursorgaan. Het moeten vervullen van beide hoofdtaken, met een zo verschillend zwaartepunt, maakt dat het leiding geven aan DNB een complexe aangelegenheid is. Dit maakt een versterking van de herkenbaarheid van de verschillende verantwoordelijkheden binnen DNB van belang. Daarom bevat dit voorstel een grondslag voor een versterking van de bestuursstructuur binnen de directie van DNB.

In de toelichting bij het wetsvoorstel is ten behoeve daarvan opgenomen dat de kern van de versterking van de bestuursstructuur de introductie betreft van de functie van voorzitter Toezicht alsmede de introductie van de Toezichtraad. De voorzitter Toezicht wordt tevens voorzitter van de Toezichtraad. Deze Toezichtraad, een intern orgaan dat in ieder geval bestaat uit de toezichtdirecteuren en de divisiedirecteuren met toezichtportefeuilles, heeft als taak het voorbereiden van de beraadslaging en

besluitvorming van onderwerpen die voortvloeien uit de taak van de bank om toezicht te houden op financiële ondernemingen.

Met het oog op de, hiervoor reeds genoemde, vergroting van de herkenbaarheid van de te onderscheiden verantwoordelijkheden binnen de directie van DNB is in de memorie van toelichting verduidelijkt dat een van de toezichtdirecteuren binnen de directie eerstverantwoordelijk zal zijn voor het toezichtbeleid, te weten de voorzitter Toezicht. Op deze manier wordt een duidelijk primair aanspreekpunt gecreëerd voor onderwerpen die betrekking hebben op toezichttaken en kan de onafhankelijkheid van de president beter worden geborgd doordat hij niet primair wordt aangesproken op aangelegenheden die de prudentiële toezichtstaak van DNB betreffen. Hierdoor kan het risico op reputatieschade voor de president als onafhankelijke monetaire autoriteit voor operationele risico's die liggen in de toezichtsfeer zoveel mogelijk worden beperkt. Daarnaast is in de toelichting tot uitdrukking gebracht dat de versterking van de bestuursstructuur onverlet laat dat de directie gezamenlijk eindverantwoordelijk blijft voor het toezicht op de financiële sector zoals dat door het zelfstandig bestuursorgaan DNB wordt uitgeoefend. Zodoende kan de samenhang van de hoofdtaken op prudentieel gebied, zoals hiervoor reeds genoemd, geborgd blijven.

Ook heeft de Afdeling opmerkingen aangaande de uitvoerbaarheid van de voorgestane wettelijke maatregel, over de toedeling van bevoegdheid of vertegenwoordiging en adviseert zij expliciet aan te geven van welke rechtsfiguur in voorgestelde bepaling sprake is.

In reactie op de opmerkingen van de Afdeling is de toelichting uitgebreid. Zo is verduidelijkt dat de besluiten die door de toezichtdirecteuren worden genomen, aan de directie in zijn geheel worden toegerekend. De toezichtdirecteuren zijn, net als de overige leden van de directie, achteraf verantwoordelijk aan de directie als geheel voor de uitoefening van hun taken. Het gaat hier om een vennootschapsrechtelijke taakverdeling.

Ook is in de toelichting geëxpliciteerd dat voor zover de vennootschapsrechtelijke taakverdeling als gevolg van toepassing van artikel 12a in de statuten van DNB wijzigt, dit ook gevolgen heeft voor de publiekrechtelijke bevoegdheden binnen het bestuursorgaan DNB. De betreffende directeuren zullen bevoegd worden om in mandaat besluiten in de zin van hoofdstuk 4 van de Algemene wet bestuursrecht te nemen.

Op de mandaatverlening zijn de beperkingen van afdeling 10.1.1 van de Algemene wet bestuursrecht van toepassing. Dat wil zeggen dat de besluiten worden toegerekend aan het bestuursorgaan DNB. Juridisch gezien blijft een besluit dat op basis van artikel 12a is genomen dus gelden als besluit van DNB.

Opgemerkt wordt dat de bevoegdheid niet wordt beperkt tot specifieke wetten in het kader waarvan de toezichthouders zijn aangewezen. Dit betekent dat de nadere taakverdeling ook kan gelden ten aanzien van bevoegdheden op grond van de Pensioenwet, waarvoor de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid eerstverantwoordelijk is.

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.¹ 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

¹ 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.

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.»¹

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,² 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 van de RvC³ – 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.⁴

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.⁵ 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.⁶ 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.⁵ 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 informatieverstreking. 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.

¹ Toelichting, algemeen deel.

² In 1863 werd bij DNB een Koninklijk Commissaris ingesteld. In de Bankwet 1998 verdween deze functie om plaats te maken voor een overheidscommissaris.

³ 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, 25 719, nr. 3, blz. 13.

⁴ Artikel 14 Bankwet 1998.

⁵ Toelichting, artikelsgewijs bij artikel I, onderdeel C.

⁶ Artikel 14, tweede lid, Bankwet 1998.

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

Naar aanleiding van het advies van de Afdeling om in de toelichting duidelijk te maken waarin de nieuwe taak van de raad van commissarissen (RvC) van DNB zich onderscheidt van de taak en bevoegdheden van de overheidscommissaris is in de toelichting aangegeven dat ten aanzien van de overheidscommissaris geldt dat de verbrede taak van de raad van commissarissen, waarvan deze commissaris deel uitmaakt, duidelijk wordt onderscheiden van de specifieke taak van de overheidscommissaris ten behoeve van de minister van Financiën op grond van artikel 14 van de Bankwet 1998.

Met betrekking tot de opmerking van de Afdeling dat in de toelichting aandacht voor de verhouding tussen de bevoegdheid tot het opvragen van toezichtvertrouwelijke informatie en het gesloten stelsel van informatieverstrekking ontbreekt, is nu in de toelichting verduidelijkt dat de geheimhoudingsbepaling van artikel 1:89 van de Wet op het financieel toezicht (Wft) de bevoegdheid tot het opvragen van toezichtvertrouwelijke informatie door de RvC niet in de weg staat, aangezien het hierbij gaat om de leden van een orgaan (onderdeel) van de toezichthouder. In dat verband wordt wel opgemerkt dat de commissaris die van overheidswege is benoemd deze toezichtvertrouwelijke informatie niet mag aanwenden voor de uitoefening van zijn specifieke taak ten behoeve van de minister op grond van artikel 14 van de Bankwet 1998. Dit in verband met het bepaalde in het tweede lid van artikel 14.

Tot slot wordt opgemerkt dat voorgestelde nieuwe bevoegdheid voor de RvC dan wel de raad van toezicht (RvT) van de AFM geen verandering met zich meebrengt in relatie tot medeaansprakelijkheid van deze organen voor de wijze waarop het toezicht wordt uitgeoefend. Het gaat hierbij immers om een orgaan (onderdeel) van de toezichthouder, dat als zodanig niet aansprakelijk gesteld kan worden.

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 middenkader van de interventiepiramide karig is ingevuld.¹ 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).²

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.³

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

¹ 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.

² 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.

³ Kamerstukken II 2003/04, 29 708, nr. 3, blz. 33.

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.¹

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 minister tot het stellen 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).² 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

¹ Brief van 31 januari 2008, Kamerstukken II 2007/08, 25 268, nr. 56, blz. 4.

² Verordening (EU) nr. 1093/2010, Verordening (EU) nr. 1094/2010 en Verordening (EU) nr. 1095/2010.

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.

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.

3. Nieuwe bevoegdheden tot interventie

3.1. Beleidsregels

Naar aanleiding van de opmerking van de Afdeling dat een nadere motivering ontbreekt ten aanzien van de behoefte aan de bevoegdheid om beleidsregels vast te kunnen stellen en de systeemverantwoordelijkheid van de minister van Financiën voor het stelstel van financieel toezicht, is de toelichting gewijzigd. In de toelichting is nu de wenselijkheid tot uitdrukking gebracht waarbij uitdrukkelijk het belang is opgenomen dat recht kan blijven worden gedaan aan de internationale context waarin de toezichthouders opereren en het gegeven dat de toezichthouders «op afstand staan». In de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen is in artikel 21 de mogelijkheid voor een minister opgenomen om beleidsregels vast te stellen ten aanzien van de taakuitoefening door een bestuursorgaan. De bevoegdheid om beleidsregels vast te stellen past binnen het middenkader van de zogenaamde interventiepiramide, zoals uiteengezet in de nota «Toezicht op afstand» (Kamerstukken II 2010/11, 32 648, nr. 1) waarbij de minister van Financiën wordt geacht op verschillende niveaus over instrumenten te beschikken die hem ondersteunen bij zijn toezicht op de toezichthouders. In voornoemde nota is uiteengezet dat het middenkader thans één wettelijke bevoegdheid bevat. Het wordt wenselijk geacht dit middenkader uit te breiden met de beleidsregelbevoegdheid.

Daarnaast is in de toelichting verduidelijkt dat de beleidsregels niet gebruikt zullen worden om het systeem van de open normen in de Wft aan te tasten. Op die manier wordt ook recht gedaan aan de systeemverantwoordelijkheid van de minister van Financiën: het beleid ten aanzien van het toezicht op de financiële markten is vastgelegd in een normstellend kader (wet, algemene maatregel van bestuur en ministeriële regeling) en de toezichthouders voeren het toezicht binnen dat kader uit.¹

Daarnaast vraagt de Afdeling naar de verhouding tussen de verbreding van de taak van de RvC en de nieuwe bevoegdheid van de minister.

De verbreding van de taak van de RvC/RvT van beide toezichthouders is gericht op het versterken van de «interne» governance. Het is bedoeld als een versteviging van de interne «checks and balances». De nieuwe beleidsregelbevoegdheid van de minister ziet op een instrument dat de minister van Financiën ter beschikking staat in zijn verhouding met de toezichthouders.

Tot slot vraagt de Afdeling in haar advies of de voorgestelde nationale bevoegdheid zich verdraagt met de Europese ontwikkelingen in het toezicht.

In de toelichting bij deze bepaling is aangegeven dat de voorgestelde bevoegdheid tot het vaststellen van beleidsregels ziet op het stellen van regels omtrent generieke onderwerpen betreffende de financiële sector die zijns inziens in het toezicht aandacht behoeven of inzake algemene overkoepelende toezichtaspecten zoals de samenwerking tussen de toezichthouders. Het gaat hierbij dus om het verbeteren van de samenwerking tussen nationale toezichthouders en om nationaal prioriteiten te stellen. De recent opgerichte Europese toezichtautoriteiten gaan zich daarentegen bezighouden met grensoverschrijdende aangelegenheden.

¹ Zie hiervoor ook de brief van de minister van Financiën van 31 januari 2008, Kamerstukken II 2007/08, 25 268, nr. 56.

Naast het uitbreiden van de bestaande toelichting op een aantal van bovenstaand genoemde punten adviseert de Afdeling de clausuleringen zoals weergegeven in de toelichting op te nemen in de tekst van het voorstel zelf.

Dit advies van de Afdeling is ter harte genomen, nu in de wettekst zelf is opgenomen dat de minister van Financiën beleidsregels kan vaststellen ten aanzien van de toepassing door de toezichthouders van de hoofdstukken 1.2 en 1.3 van de Wft.

In de toelichting bij het artikel wordt aangegeven dat daarbij bijvoorbeeld kan worden gedacht aan algemene regels betreffende de samenwerking tussen de toezichthouders of generieke onderwerpen betreffende de financiële sector die in het toezicht aandacht behoeven.

3.2. Begroting

In reactie op de opmerking van de Afdeling over de wijziging van artikel 1:30, vijfde lid, van de Wft wordt opgemerkt dat inmiddels is er voor gekozen om de bevoegdheid voor de minister van Financiën om door middel van een vooraankondiging randvoorwaarden aan te geven waarbinnen de totale begroting dient te worden opgesteld niet in dit wetsvoorstel op te nemen. Deze bevoegdheid zal worden opgenomen in het thans in voorbereiding zijnde wetsvoorstel «Bekostiging financieel toezicht». De voorgestelde bevoegdheid past vanwege de inhoudelijke samenhang beter binnen de systematiek van laatstgenoemd voorstel en het opnemen van deze bevoegdheid in het wetsvoorstel «Bekostiging financieel toezicht» geeft tevens de gelegenheid de exacte formulering in het licht en de context van dat wetsvoorstel nader te bezien.

3.3. Verhouding Financiën – SZW

Met de opmerking van de Afdeling over verdeling van verantwoordelijkheden tussen de minister van Financiën en de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SZW), met name aan haar betekenis voor de in dit voorstel geïntroduceerde nieuwe interventiebevoegdheden, is rekening gehouden nu in de toelichting bij de voorgestelde beleidsregelbevoegdheid is opgenomen dat deze bevoegdheid zich uitstrekt tot het deel van het beleid voor toezicht op de financiële markten waarvoor de minister van Financiën verantwoordelijkheid draagt. Er is dan ook geen wijziging beoogd in de bestaande verantwoordelijkheidsverdeling tussen de minister van Financiën en de minister van SZW (voor de Pensioenwet).

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

De redactionele kanttekeningen van de Afdeling zijn verwerkt.

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,
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,
J.C. de Jager

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.