

Vergaderjaar 2005–2006

29 708

Regels met betrekking tot de financiële markten en het toezicht daarop (Wet op het financieel toezicht)

Nr. 18

ADVIES RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT¹

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Raad van State d.d. 27 juni 2005 en het nader rapport d.d. 20 september 2005, aangeboden aan de Koningin door de minister van Financiën. Het advies van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Bij Kabinetsmissive van 12 april 2005, no. 05.001334, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Financiën, bij de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt de derde nota van wijziging op het voorstel van wet houdende regels met betrekking tot de financiële markten en het toezicht daarop (Wet op het financieel toezicht), met toelichting.

Deze nota van wijziging strekt tot implementatie van richtlijn nr. 2002/87/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 16 december 2002 betreffende het aanvullende toezicht op kredietinstellingen, verzekerings-ondernemingen en beleggingsondernemingen in een financieel conglomeraat en tot wijziging van de Richtlijnen 73/239/EEG, 79/267/EEG, 92/49/EEG, 92/96/EEG, 93/6/EEG en 93/22/EEG van de Raad en van de Richtlijnen 98/78/EG en 2000/12/EG van het Europees Parlement en de Raad (PbEU L 35) (hierna: fico-richtlijn) door middel van wijziging van het voorstel van Wet op het financieel toezicht² (hierna: Wft). De doelstelling van deze richtlijn is het invoeren van toezicht op financiële conglomeraten en het onderling afstemmen van dat toezicht door verschillende toezichthoudende instanties. De Raad van State maakt een aantal opmerkingen en is van oordeel dat in verband daarmee enige aanpassing van het wetsvoorstel wenselijk is.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 12 april 2005, nr. 05.001334, machtigde Uwe Majesteit de Raad van State zijn advies inzake de bovenvermelde nota van wijziging rechtstreeks aan mij te doen toekomen.

Dit advies, gedateerd 27 juni 2005, nr. WO6.05.0130/IV, bied ik U hierbij aan.

De Raad maakt een aantal opmerkingen die hierna worden behandeld.

1. Wetgevingsproces

Over het wetgevingsproces maakt de Raad de volgende opmerkingen.

a. Implementatie in de Wft

De implementatietermijn van de fico-richtlijn liep af op 10 augustus 2004. De keuze voor implementatie door middel van deze nota van wijziging op de Wft is in zoverre te billijken dat implementatie in een afzonderlijke wet, vooruitlopend op de Wft, zou betekenen dat de Wft al snel na inwerkingtreding weer

¹ De oorspronkelijke tekst van de derde nota van wijziging zoals voorgelegd aan de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

² Kamerstukken II, 29 708.

gewijzigd zou moeten worden. Dit neemt echter niet weg dat, zover de Raad thans kan overzien, niet valt te verwachten dat de Wft al op korte termijn in werking zal treden. Dit betekent dat er een tussenperiode zal ontstaan waarin de fico-richtlijn eerst ook nog in de huidige sectorale toezichtwetten geïmplementeerd zal moeten worden, zoals ook gebeurt bij de prospectusrichtlijn¹. In dit verband verdient de aandacht dat de Commissie inmiddels heeft aangekondigd een inbreukprocedure in gang te zullen zetten. De Raad adviseert in de toelichting op het voorgaande in te gaan, en zo nodig alsnog ook te voorzien in implementatie van de fico-richtlijn in de huidige sectorale toezichtwetten.

b. Voorbehoud in verband met de tweede nota van wijziging
In zijn advies over het voorstel voor de tweede nota van wijziging op de Wft² heeft de Raad onder meer gewezen op de complexiteit van de Wft. De Raad behoudt zich voor om, bij zijn advisering over de voorgenomen Invoeringswet Wft, terug te komen op dit advies over de derde nota van wijziging indien de Wft zoals deze dan zal voorliggen bij de Tweede Kamer, hem daartoe aanleiding zou geven.

1. Wetgevingsproces

a. Implementatie in de Wft

De implementatietermijn van de ficorichtlijn liep af op 10 augustus 2004. De keuze voor implementatie door middel van deze nota van wijziging op de Wft is in zoverre te billijken dat implementatie in een afzonderlijke wet, vooruitlopend op de Wft, zou betekenen dat de Wft al snel na inwerkingtreding weer gewijzigd zou moeten worden. Dit neemt echter niet weg dat, zover de Raad thans kan overzien, niet valt te verwachten dat de Wft al op korte termijn in werking zal treden. Dit betekent dat er een tussenperiode zal ontstaan waarin de ficorichtlijn eerst ook nog in de huidige sectorale toezichtwetten geïmplementeerd zal moeten worden, zoals ook gebeurt bij de prospectusrichtlijn³. In dit verband verdient de aandacht dat de Commissie inmiddels heeft aangekondigd een inbreukprocedure in gang te zullen zetten.

De Raad adviseert in de toelichting op het voorgaande in te gaan, en zo nodig alsnog ook te voorzien in implementatie van de ficorichtlijn in de huidige sectorale toezichtwetten.

Overeenkomstig het advies van de Raad wordt in de toelichting wat uitgebreider ingegaan op de keuze voor een aanpassing van de Wft in plaats van aanpassing van de sectorale wetten.

Het op dit moment alsnog voorzien in implementatie van de ficorichtlijn in de huidige sectorale toezichtwetten zal geen tijdswinst opleveren, omdat de voortgang van het Wft-wetsvoorstel inmiddels zover is gevorderd, dat het niet reëel is te verwachten dat een in te dienen afzonderlijk wetsvoorstel eerder in werking kan treden dan de Wft. Daar komt bij dat de sectorale toezichtwetten zich door hun opzet veel moeilijker dan de Wft lenen voor de implementatie van de richtlijn, met alle risico's van dien voor een soepele aansluiting op de Wft.

2. Inpassing in de structuur van de Wft

Over de inpassing van de derde nota van wijziging in de structuur van de Wft merkt de Raad het volgende op.

a. Samenwerkingsbepalingen

In afdeling 1.3.2 van het algemeen deel van de Wft wordt de samenwerking van de beide Nederlandse toezichthouders met de toezichthouders in andere lidstaten geregeld. Deze afdeling bevat naast algemene bepalingen ook regels die op specifieke omstandigheden betrekking hebben⁴. De thans voorgestelde nieuwe afdeling 2.6.4 van deel 2 van de Wft bevat, in paragraaf 2, enkele bepalingen die zien op de samenwerking tussen verschillende toezichthouders in het kader van het aanvullende toezicht (zie de artikelen 2:326 en 2:328). Het verdient aanbeveling alle bepalingen over de samenwerking tussen de toezichthouders, en daarmee ook de nu voorgestelde nieuwe bepalingen, op te nemen in het algemeen deel. Dit vergroot de overzichtelijkheid van de Wft als geheel, doordat op die manier in het algemeen deel alle bepalingen staan die van toepassing zijn op de verplichtingen en de bevoegdheden van de

¹ Kamerstukken I 2004/05, 30 013, A.

² Advies van de Raad van 7 april 2005 (W06.04.0559/IV).

³ Kamerstukken I 2004/05, 30 013, A.

⁴ In de aan de Raad toegezonden versie van de tweede nota van wijziging zijn dat bijvoorbeeld de artikelen 1:44 en 1:45.

toezichthouders, terwijl de volgende delen voorschriften bevatten die zich richten tot de desbetreffende financiële ondernemingen.
De Raad adviseert het voorstel overeenkomstig het voorgaande aan te passen.

b. Handhavingsbepalingen

Afdeling 1.4.2 van het algemeen deel van de Wft bevat de bepalingen over de handhavingbevoegdheden van de toezichthouders. Dit onderwerp is ook aan de orde in het nu voorgestelde artikel 2:327. Overeenkomstig hetgeen hiervoor, onder 2.a, is opgemerkt, verdient het aanbeveling dat ook alle bepalingen over de handhavingbevoegdheden van de toezichthouders worden opgenomen in het algemeen deel.

Verder merkt de Raad op dat in artikel 2:327, eerste en derde lid, de artikelen 1:61 tot en met 1:70 van overeenkomstige toepassing worden verklaard. Deze artikelen zien op overtredingen van voorschriften van de Wft. Derhalve behoeven ze niet van overeenkomstige toepassing te worden verklaard, maar kan worden volstaan met het aanpassen van de bijlagen bij de artikelen 1:61 en 1:62.

De Raad adviseert het voorstel overeenkomstig het voorgaande aan te passen.

2. Inpassing in de structuur van de Wft

a. Samenwerkingsbepalingen

In afdeling 1.3.2 van het algemeen deel van de Wft wordt de samenwerking van de beide Nederlandse toezichthouders met de toezichthouders in andere lidstaten geregeld. Deze afdeling bevat naast algemene bepalingen ook regels die op specifieke omstandigheden betrekking hebben¹. De thans voorgestelde nieuwe afdeling 2.6.4 van deel 2 van de Wft bevat, in paragraaf 2, enkele bepalingen die zien op de samenwerking tussen verschillende toezichthouders in het kader van het aanvullende toezicht (zie de artikelen 2:326 en 2:328). Het verdient aanbeveling alle bepalingen over de samenwerking tussen de toezichthouders, en daarmee ook de nu voorgestelde nieuwe bepalingen, op te nemen in het algemeen deel. Dit vergroot de overzichtelijkheid van de Wft als geheel, doordat op die manier in het algemeen deel alle bepalingen staan die van toepassing zijn op de verplichtingen en de bevoegdheden van de toezichthouders, terwijl de volgende delen voorschriften bevatten die zich richten tot de desbetreffende financiële ondernemingen.

De Raad adviseert het voorstel overeenkomstig het voorgaande aan te passen. Overeenkomstig het advies van de Raad is de inhoud van de artikelen 2:326 (thans 1:35a) en 2:328 (1:37a) verplaatst naar het Algemeen deel.

b. Handhavingsbepalingen

Afdeling 1.4.2 van het algemeen deel van de Wft bevat de bepalingen over de handhavingbevoegdheden van de toezichthouders. Dit onderwerp is ook aan de orde in het nu voorgestelde artikel 2:327. Overeenkomstig hetgeen hiervoor, onder 2.a, is opgemerkt, verdient het aanbeveling dat ook alle bepalingen over de handhavingbevoegdheden van de toezichthouders worden opgenomen in het algemeen deel.

Deze aanbeveling is niet overgenomen. Artikel 2:327 (2:326) maakt het mogelijk dat DNB de handhavingbevoegdheden zoals opgenomen in het Algemeen deel in bepaalde situaties ook kan toepassen ten opzichte van gemengde financiële holdings en gereguleerde entiteiten in een financieel conglomeraat. Het artikel regelt dus niet de handhavingsinstrumenten zelf, maar verruimt het toepassingsgebied ervan in een aantal specifieke, op financiële conglomeraten toegespitste situaties.

Verder merkt de Raad op dat in artikel 2:327, eerste en derde lid, de artikelen 1:61 tot en met 1:70 van overeenkomstige toepassing worden verklaard. Deze artikelen zien op overtredingen van voorschriften van de Wft. Derhalve behoeven ze niet van overeenkomstige toepassing te worden verklaard, maar kan worden volstaan met het aanpassen van de bijlagen bij de artikelen 1:61 en 1:62.

DNB moet als coördinator ook tegen een gemengde financiële holding kunnen optreden indien een gereguleerde entiteit met zetel buiten Nederland zich niet aan de ficorichtlijn houdt. De Wft bevat voor die gereguleerde entiteiten geen regels en dus zou DNB niet tegen de holding kunnen optreden. Artikel 2:327 (2:326), eerste lid, beoogt hiervoor een oplossing te bieden door

¹ In de aan de Raad toegezonden versie van deze nota van wijziging zijn dat bijvoorbeeld de artikelen 1:44 en 1:45.

te bepalen dat, indien geregementeerde entiteiten met zetel buiten Nederland regels overtreden die overeenkomen met die van de Wft, DNB toch een aanwijzing kan geven of een bestuurlijke boete of dwangsom kan opleggen. Het is juist dat de bijlagen bij de artikelen 1:61 en 1:62 zullen moeten worden aangevuld, maar dat kan alleen betrekking hebben op regels die ingevolge de Wft zijn gesteld.

3. Begrippenkader derde nota van wijziging

Met de derde nota van wijziging worden enkele nieuwe begrippen in de Wft geïntroduceerd. Daarover merkt de Raad het volgende op.

a. Verhouding tot ook elders in de Wft gehanteerde begrippen

Artikel 2:320, onderdeel e respectievelijk g, bevat een definitie van de begrippen «groep» en «intragroepsovereenkomsten». Deze begrippen komen echter ook al elders in de Wft voor, zonder dat zij zijn gedefinieerd. Dit roept de vraag op of de definities niet behoren te worden opgenomen in het algemeen deel. De Raad adviseert in de toelichting op het voorgaande in te gaan, en het voorstel zo nodig aan te passen.

b. «Aanvullend toezicht»

Het begrip «aanvullend toezicht» wordt een aantal keren gebruikt, bijvoorbeeld in de artikelen 2:320, onderdeel j, onder 1°, 2:321, tweede, derde en vierde lid, en 2:323. In de inleiding van paragraaf 3 van het algemeen deel van de toelichting wordt gesteld dat het toezicht op financiële conglomeraten aanvullend van aard is in die zin dat het toezicht op basis van de sectorale richtlijnen onverlet wordt gelaten. In de genoemde artikelen wordt het begrip «aanvullend toezicht» niet gedefinieerd. Niet direct duidelijk is waarom behoefte bestaat aan dit begrip «aanvullend toezicht», en waarom niet wordt gesproken van toezicht als bedoeld in de artikelen 2:329 tot en met 2:332. De Raad adviseert in de toelichting op het voorgaande in te gaan, en het voorstel zo nodig aan te passen.

c. Relevante toezichthoudende instanties

In het voorgestelde artikel 2:320, onderdeel j, wordt, ter implementatie van artikel 2, zeventiende lid, van de fico-richtlijn, het begrip «relevante toezichthoudende instantie» gedefinieerd. Op verschillende plaatsen wordt ook de aanduiding «(betrokken) toezichthoudende instanties in andere lidstaten» gebruikt. In enkele van die bepalingen moet, gezien de richtlijn, echter naar de relevante toezichthoudende instanties worden verwezen (zie de artikelen 2:321, zevende lid, 2:325, tweede lid, 2:326, eerste lid, en 2:328, eerste lid). De Raad adviseert dit verschil in terminologie toe te lichten, en het voorstel waar nodig aan te passen.

3. Begrippenkader derde nota van wijziging

a. Verhouding tot ook elders in de Wft gehanteerde begrippen

Artikel 2:320, onderdeel e respectievelijk g, bevat een definitie van de begrippen «groep» en «intragroepsovereenkomsten». Deze begrippen komen echter ook al elders in de Wft voor, zonder dat zij zijn gedefinieerd. Dit roept de vraag op of de definities niet behoren te worden opgenomen in het algemeen deel. De Raad adviseert in de toelichting op het voorgaande in te gaan, en het voorstel zo nodig aan te passen. De opmerking van de Raad dat de begrippen ook elders in de Wft voorkomen is juist. Indien begrippen niet worden gedefinieerd worden zij gebruikt in de gebruikelijke betekenis ervan. Het begrip groep bijvoorbeeld wordt in de Wft gebruikt in de betekenis die het BW daaraan geeft. In afdeling 2.6.4 wordt het begrip groep echter gebruikt in de betekenis die de richtlijn eraan geeft en die is ruimer dan die van het BW. Deze definities hebben dus geen betekenis voor de rest van de Wft en dit komt tot uitdrukking door de aanhef van artikel 2:320. Overeenkomstig het advies is in de toelichting hieraan aandacht besteed.

b. «Aanvullend toezicht»

Het begrip «aanvullend toezicht» wordt een aantal keren gebruikt, bijvoorbeeld in de artikelen 2:320, onderdeel j, onder 1°, 2:321, tweede, derde en vierde lid, en 2:323. In de inleiding van paragraaf 3 van het algemeen deel van de toelichting wordt gesteld dat het toezicht op financiële conglomeraten

aanvullend van aard is in die zin dat het toezicht op basis van de sectorale richtlijnen onverlet wordt gelaten. In de genoemde artikelen wordt het begrip «aanvullend toezicht» niet gedefinieerd. Niet direct duidelijk is waarom behoefte bestaat aan dit begrip «aanvullend toezicht», en waarom niet wordt gesproken van toezicht als bedoeld in de artikelen 2:329 tot en met 2:332. Het begrip aanvullend toezicht is ontleend aan de richtlijn, waarin dit begrip veelvuldig wordt gebruikt. Dit heeft er mee te maken dat de richtlijnbepalingen zich richten tot de gereguleerde entiteiten in een financieel conglomeraat – zij het veelal «op het niveau van het conglomeraat» –, zodat het toezicht in die zin «aanvullend» is ten opzichte van het sectorale («solo») toezicht op die entiteiten. Naar aanleiding van het advies van de Raad is, om mogelijke onduidelijkheid te voorkomen, het begrip aanvullend toezicht in de nota van wijziging telkens vervangen door een meer precieze verwijzing naar de relevante artikelen of, waar dit niet tot misverstanden kan leiden, kortweg door het woord toezicht.

c. Relevante toezichthoudende instanties

In het voorgestelde artikel 2:320, onderdeel j, wordt, ter implementatie van artikel 2, zeventiende lid, van de fico-richtlijn, het begrip «relevante toezichthoudende instantie» gedefinieerd. Op verschillende plaatsen wordt ook de aanduiding «(betrokken) toezichthoudende instanties in andere lidstaten» gebruikt. In enkele van die bepalingen moet, gezien de richtlijn, echter naar de relevante toezichthoudende instanties worden verwezen (zie de artikelen 2:321, zevende lid, 2:325, tweede lid, 2:326, eerste lid, en 2:328, eerste lid).

De Raad adviseert dit verschil in terminologie toe te lichten, en het voorstel waar nodig aan te passen. De Raad meent ten onrechte dat in de genoemde artikelen zou moeten worden verwezen naar «relevante toezichthoudende instanties». Zoals in de toelichting bij artikel 2:320, onderdeel j, in andere bewoordingen uiteen is gezet, vormen de relevante toezichthoudende instanties een deelverzameling van de bij een financieel conglomeraat betrokken toezichthoudende instanties. De relevante toezichthoudende instanties mogen bijvoorbeeld veelal bepaalde beslissingen nemen, maar moeten die wel meedelen aan alle andere betrokken toezichthoudende instanties. Dit geldt ook voor het uitwisselen van informatie.

Artikel 2:325, tweede lid, dat uitvoering geeft aan artikel 11, eerste lid, van de richtlijn, is iets ruimer geformuleerd dan de richtlijn, omdat de richtlijn eist dat «indien nodig, andere betrokken bevoegde autoriteiten» coördinatieregelingen treffen. Artikel 11, tweede lid, van de richtlijn vergt dat DNB altijd in overleg treedt met de betrokken toezichthoudende instanties. Het lijkt immers veelal niet mogelijk zonder overleg met de andere toezichthoudende instanties te weten of zij moeten deelnemen aan coördinatieregelingen.

4. Overige opmerkingen over de implementatie van de fico-richtlijn

In zijn advies over deel 2 merkte de Raad ten aanzien van implementatie het volgende op¹. Indien afwijking van een richtlijn wordt overwogen, dient allereerst te worden geanalyseerd of de desbetreffende richtlijn daarvoor de ruimte biedt. Indien de richtlijn zich niet uitspreekt over verruiming of de richtlijn het aan de lidstaat overlaat om al dan niet verruiming aan te brengen, dient voorts te worden nagegaan of het EG-Verdrag zich tegen een dergelijke verruiming verzet. Hetzelfde geldt als het onderwerp van de verruiming niet door de richtlijn wordt bestreken. Het resultaat van de hiervoor bedoelde analyse en toetsing dient bij een positieve uitkomst voor de voorgenomen afwijking te worden neergelegd in de toelichting om aldus die afwijking te rechtvaardigen. Daarnaast achtte de Raad het geboden dat bij de implementatie van een richtlijn de definities in die richtlijn zo nauwkeurig mogelijk worden overgenomen. Afwijking houdt risico's in en compliceert eventuele (al dan niet gedwongen) terugkeer naar de tekst van de richtlijn in de toekomst. De Raad merkt op dat deze algemene uitgangspunten ook gelden voor de implementatie van de fico-richtlijn. Over deze implementatie maakt de Raad nog de volgende opmerkingen.

¹ Kamerstukken II 2004/05, 29 708, nr. 11, punten 2.2 en 2.3.

² Richtlijn nr. 2000/12/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 20 maart 2000 betreffende de toegang tot en de uitoefening van de werkzaamheden van kredietinstellingen (PbEG L 126).

a. In artikel 18, eerste lid, van de fico-richtlijn en het met artikel 29, elfde lid, van die richtlijn in de richtlijn banken² ingevoegde artikel 56 bis wordt bepaald dat de daar bedoelde verificatie niet alleen op eigen initiatief door de bevoegde autoriteit, maar ook op verzoek van de moederonderneming of van een van de gereguleerde entiteiten kan plaatsvinden. In het voorgestelde

artikel 2:323, vijfde lid, onderscheidenlijk artikel 2:308a, tweede lid, ontbreekt deze laatste mogelijkheid echter.

b. In de voorgestelde artikelen 2:321, tweede, derde en vijfde lid, en 2:323, zevende lid, wordt gesproken van «na overleg met» onderscheidenlijk «in samenwerking met» de (andere) relevante toezichthoudend instanties, terwijl in artikel 3, derde tot en met zesde lid, en artikel 5, vierde lid, van de fico-richtlijn «bij onderlinge overeenkomst» of «met instemming van» staat.

c. In artikel 2:321, derde lid, wordt artikel 3, vierde lid, onderdeel b, van de fico-richtlijn niet geïmplementeerd, terwijl dit blijktens de transponeringstabel wel de bedoeling is.

d. Op grond van artikel 11, eerste lid, aanhef en onderdeel f en laatste alinea, van de fico-richtlijn kunnen uit de richtlijn en zogenoemde coördinatie-regelingen voor de coördinator andere taken voortvloeien dan die welke zijn bedoeld in de onderdelen a tot en met d van dat lid. Volgens de toelichting vindt implementatie daarvan plaats in het voorgestelde artikel 2:325, tweede lid. Uit de tekst van die bepaling blijkt dat echter niet.

e. In het voorgestelde artikel 2:326, derde lid, onderdelen a en b, en vierde lid, ontbreekt ten opzichte van de vergelijkbare bepalingen in artikel 12, tweede lid, onderdelen a en b en laatste alinea, van de fico-richtlijn telkens een zinsnede, onderscheidenlijk met een verwijzing naar de goedkeuring of machtiging van, de sancties of maatregelen getroffen door en de doeltreffendheid van de besluiten van de bevoegde autoriteiten.

f. De voorgestelde artikelen 2:326, zesde lid, en 2:327, eerste, tweede en derde lid, betreffen beide implementatie van artikel 16 van de fico-richtlijn. De wijze van implementatie is weinig duidelijk. Zo hebben de vier bedoelde bepalingen enerzijds afwisselend betrekking op de gemengde financiële holding en/of geregementeerde entiteiten, terwijl ze anderzijds zijn gericht op DNB, al dan niet als coördinator, of algemeen zijn geformuleerd. Tevens is niet duidelijk wat er precies wordt bedoeld met de formulering in artikel 2:327, eerste en derde lid, «bepalingen die naar strekking overeenkomen met die van de artikelen 2:329, derde lid, 2:330, vierde lid, 2:331, vierde lid, en 2:332, vierde lid,» en waarom daarbij naar die specifieke leden wordt verwezen. De Raad verwijst voorts naar hetgeen hij hiervoor, onder 2.b, heeft opgemerkt over artikel 2:327. Ten slotte is onduidelijk waarom de bepalingen over twee artikelen zijn verdeeld.

g. Het voorgestelde artikel 2:328, eerste lid, is anders geredigeerd dan artikel 15 van de fico-richtlijn. Daardoor wordt dit laatste artikel naar het oordeel van de Raad niet geheel correct geïmplementeerd. Op grond van artikel 15 moet DNB, wanneer een toezichthoudende instantie in een andere lidstaat gegevens of inlichtingen wil verifiëren bij een «groepslid» van een financieel conglomeraat, deze verificatie zelf doen of die buitenlandse toezichthouder gelegenheid geven deze te doen of te laten doen. Die toezichthouder mag aan de verificatie deelnemen, als ze deze niet zelf verricht. Ingevolge artikel 2:328, eerste lid, tweede volzin, mag hij dit echter alleen als hij de verificatie door een ander laat verrichten, en niet als DNB deze doet. Verder zijn op grond van artikel 2:328, tweede lid, de artikelen 5:13, 5:17 en 5:20 van de Algemene wet bestuursrecht van overeenkomstige toepassing als DNB in dit kader inlichtingen vordert. Een dergelijke inlichtingen-plicht jegens de buitenlandse toezichthouder ontbreekt echter, zodat in voor-komende gevallen van een effectieve verificatie door deze toezichthouder geen sprake kan zijn.

h. Volgens de artikelsgewijze toelichting is het voorgestelde artikel 2:329, derde lid, gebaseerd op artikel 6, tweede lid, van de fico-richtlijn. Niet duidelijk is echter in hoeverre dit inderdaad het geval is, vooral niet waar het de in artikel 2:329, derde lid, opgenomen volgtijdelijkheid en verwijzing naar het tweede lid betreft.

De Raad adviseert voornoemde afwijkingen en uitbreidingen ten opzichte van de fico-richtlijn (nader) toe te lichten en van een toereikende rechtvaardiging te voorzien, en het voorstel zo nodig aan te passen.

4. Overige opmerkingen over de implementatie van de ficorichtlijn
In zijn advies over deel 2 merkte de Raad ten aanzien van implementatie het volgende op¹. Indien afwijking van een richtlijn wordt overwogen, dient allereerst te worden geanalyseerd of de desbetreffende richtlijn daarvoor de ruimte biedt. Indien de richtlijn zich niet uitspreekt over verruiming of de richtlijn het aan de lidstaat overlaat om al dan niet verruiming aan te brengen, dient voorts te worden nagegaan of het EG-Verdrag zich tegen een dergelijke verruiming verzet. Hetzelfde geldt als het onderwerp van de verruiming niet door de richtlijn wordt bestreken. Het resultaat van de hiervoor bedoelde analyse en toetsing dient bij een positieve uitkomst voor de voorgenomen afwijking te worden neergelegd in de toelichting om aldus die afwijking te rechtvaardigen. Daarnaast achtte de Raad het geboden dat bij de implementatie van een richtlijn de definities in die richtlijn zo nauwkeurig mogelijk worden overgenomen. Afwijking houdt risico's in en compliceert eventuele (al dan niet gedwongen) terugkeer naar de tekst van de richtlijn in de toekomst. De Raad merkt op dat deze algemene uitgangspunten ook gelden voor de implementatie van de ficorichtlijn. Over deze implementatie maakt de Raad nog de volgende opmerkingen.

a. In artikel 18, eerste lid, van de ficorichtlijn en het met artikel 29, elfde lid, van die richtlijn in de richtlijn banken² ingevoegde artikel 56 bis wordt bepaald dat de daar bedoelde verificatie niet alleen op eigen initiatief door de bevoegde autoriteit, maar ook op verzoek van de moederonderneming of van een van de gereguleerde entiteiten kan plaatsvinden. In het voorgestelde artikel 2:323, vijfde lid, onderscheidenlijk artikel 2:308a, tweede lid, ontbreekt deze laatste mogelijkheid echter. Het gaat erom dat in geval van een financieel conglomeraat met een moederonderneming met zetel buiten de Europese Unie of in geval van een bankgroep met een financiële holding met zetel buiten de Unie wordt nagegaan of er aldaar sprake is van gelijkwaardig toezicht. De richtlijn legt deze plicht op de betrokken toezichthouder en deze plicht is opgenomen in genoemde artikelen. Het is dan niet van belang op wiens initiatief het onderzoek plaatsvindt. Daarom zijn de door de Raad genoemde passages niet overgenomen in de nota van wijziging. De toelichting is met deze overweging aangevuld.

b. In de voorgestelde artikelen 2:321, tweede, derde en vijfde lid, en 2:323, zevende lid, wordt gesproken van «na overleg met» onderscheidenlijk «in samenwerking met» de (andere) relevante toezichthoudende instanties, terwijl in artikel 3, derde tot en met zesde lid, en artikel 5, vierde lid, van de ficorichtlijn «bij onderlinge overeenkomst» of «met instemming van» staat. Indien zou worden gesproken van «bij onderlinge overeenkomst» zou zo'n overeenkomst kunnen worden aangemerkt als een soort verdrag waarvoor parlementaire goedkeuring zou zijn vereist. Hoewel de richtlijn spreekt over «overeenkomst», moet dit worden begrepen als een gecoördineerde invulling van de op grond van de wettelijke voorschriften in de lidstaten bestaande beleidsruimte. De gekozen formuleringen in artikel 2:321, tweede, derde en vijfde lid, en 2:323, zevende lid, laten hierover geen twijfel bestaan.

c. In artikel 2:321, derde lid, wordt artikel 3, vierde lid, onderdeel b, van de ficorichtlijn niet geïmplementeerd, terwijl dit blijktens de transponeringstabel wel de bedoeling is.

Artikel 3, vierde lid, onderdeel b, van de ficorichtlijn is onduidelijk geredigeerd. De richtlijn beoogt aanvullend toezicht toe passen waar dit aangewezen is. Dit betekent dat een financieel conglomeraat eerder wel dan niet in het aanvullende toezicht dient te worden betrokken. In dat licht bezien dient onderdeel b dus niet te worden uitgelegd als een mogelijkheid om een financieel conglomeraat drie jaar lang buiten het aanvullende toezicht te houden. Het artikel dient aldus te worden uitgelegd dat indien een financieel conglomeraat na drie jaar niet meer als zodanig kwalificeert, de toezichthoudende instanties kunnen besluiten dat conglomeraat toch nog enige tijd aan aanvullend toezicht te blijven onderwerpen. Artikel 3, vijfde en zesde lid, van de richtlijn voorziet echter ook al in mogelijkheden om een financieel conglomeraat langer aan toezicht te onderwerpen. Onderdeel b heeft zo bezien geen toegevoegde waarde en is dan ook niet geïmplementeerd. De transponeringstabel is aangepast.

¹ Kamerstukken II 2004/05, 29 708, nr. 11, punten 2.2 en 2.3.

² Richtlijn nr. 2000/12/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 20 maart 2000 betreffende de toegang tot en de uitoefening van de werkzaamheden van kredietinstellingen (PbEG L 126).

d. Op grond van artikel 11, eerste lid, aanhef en onderdeel f en laatste alinea, van de ficorichtlijn kunnen uit de richtlijn en zogenoemde coördinatie-regelingen voor de coördinator andere taken voortvloeien dan die welke zijn bedoeld in de onderdelen a tot en met d van dat lid. Volgens de toelichting vindt implementatie daarvan plaats in het voorgestelde artikel 2:325, tweede lid. Uit de tekst van die bepaling blijkt dat echter niet.

Het is een misverstand dat implementatie van artikel 11, eerste lid, aanhef en onderdeel f en laatste alinea, plaatsvindt in het voorgestelde artikel 2:325, tweede lid. Dat lid bepaalt dat DNB in overleg treedt met toezichthoudende instanties van andere lidstaten. Dat kan leiden tot coördinatie-regelingen, waarin de coördinator kan worden belast met meer taken dan de artikel 2:325, eerste lid, genoemde. De toezichthoudende instanties en DNB kunnen onderling afspraken maken ten behoeve van het aanvullende toezicht, maar daarbij kunnen zij geen afspraken maken die verder gaan dan de richtlijn of de nationale regelgeving toestaan. Het is dan ook niet nodig artikel 11, eerste lid, onderdeel f en laatste alinea, met zoveel woorden in de nota te verwerken. Naar aanleiding van het advies van de Raad is wel de toelichting bij artikel 2:325, tweede lid, aangevuld en artikel 2:325, eerste lid, verduidelijkt.

e. In het voorgestelde artikel 2:326, derde lid, onderdelen a en b, en vierde lid, ontbreekt ten opzichte van de vergelijkbare bepalingen in artikel 12, tweede lid, onderdelen a en b en laatste alinea, van de ficorichtlijn telkens een zinsnede, onderscheidenlijk met een verwijzing naar de goedkeuring of machtiging van, de sancties of maatregelen getroffen door en de doeltreffendheid van de besluiten van de bevoegde autoriteiten.

De Raad merkt terecht op dat een deel van de bepaling van de richtlijn niet is overgenomen. Hierin is alsnog voorzien.

f. De voorgestelde artikelen 2:326, zesde lid, en 2:327, eerste, tweede en derde lid, betreffen beide implementatie van artikel 16 van de ficorichtlijn. De wijze van implementatie is weinig duidelijk. Zo hebben de vier bedoelde bepalingen enerzijds afwisselend betrekking op de gemengde financiële holding en/of gereglementeerde entiteiten, terwijl ze anderzijds zijn gericht op DNB, al dan niet als coördinator, of algemeen zijn geformuleerd. Tevens is niet duidelijk wat er precies wordt bedoeld met de formulering in artikel 2:327, eerste en derde lid, «bepalingen die naar strekking overeenkomen met die van de artikelen 2:329, derde lid, 2:330, vierde lid, 2:331, vierde lid, en 2:332, vierde lid,» en waarom daarbij naar die specifieke leden wordt verwezen. De Raad verwijst voorts naar hetgeen hij hiervoor, onder 2.b, heeft opgemerkt over artikel 2:327. Ten slotte is onduidelijk waarom de bepalingen over twee artikelen zijn verdeeld.

Naar aanleiding van het advies van de Raad is artikel 2:327 (2:326) verduidelijkt en vereenvoudigd.

Het eerste lid regelt de situatie waarin DNB coördinator is van een financieel conglomeraat. DNB moet in dat geval maatregelen kunnen treffen tegen de gemengde financiële holding, ook indien aan de artikelen 6 tot en met 9 (kapitaaltoereikendheid, risicoconcentraties, intragroepsovereenkomsten en -posities en bedrijfsvoering) van de richtlijn is voldaan, maar toch de solvabiliteit in gevaar zou kunnen komen of de intragroepsovereenkomsten en -posities of de risicoconcentraties de financiële positie van de gereglementeerde entiteiten zou kunnen bedreigen. De richtlijn maakt het mogelijk dat DNB in een vroeg stadium kan optreden, omdat ook indien nog wordt voldaan aan de eisen, maar er een negatieve trend is, zij maatregelen kan eisen.

Wanneer DNB coördinator is, zal in beginsel de gemengde financiële holding zijn zetel in Nederland hebben, maar dat hoeft niet. Vandaar dat in het eerste lid wordt gesproken over de gemengde financiële holding in het algemeen. Aangezien gereglementeerde entiteiten zich ook in andere lidstaten kunnen bevinden, wordt eveneens gesproken over gereglementeerde entiteiten in het algemeen. Aangezien ook tegen de holding moet kunnen worden opgetreden indien alleen gereglementeerde entiteiten in andere lidstaten zich niet aan de richtlijn houden, kan niet worden volstaan met het noemen van de artikelen 2:329 (2:327) tot en met 2:332 (2:330), maar wordt ook verwezen naar de daarmee overeenkomende artikelen die andere lidstaten op grond van de richtlijn hebben vastgesteld.

Het tweede lid ziet op geregementeerde entiteiten met zetel in Nederland. Ook in dit geval moet op grond van de richtlijn het mogelijk zijn dat DNB in een vroeg stadium maatregelen kan treffen tegen die entiteiten.

Het derde lid ziet op de situatie waarin DNB geen coördinator is en de gemengde financiële holding zich in Nederland bevindt. De holding overtreedt dan geen Nederlandse regelgeving, maar toch moet DNB op verzoek van de coördinator maatregelen kunnen treffen in situaties die overeenkomen met die geschetst in het eerste lid.

De verdeling van de bepalingen van artikel 16 van de richtlijn over de artikelen 2:326 (1:35a), zesde lid, en 2:327 (2:326) is gedaan op grond van de volgende overweging. Artikel 16 van de richtlijn legt de verplichting aan de coördinator op om maatregelen te treffen tegen de gemengde financiële holding. Die holding behoeft zich echter niet te bevinden in de lidstaat van de coördinator. De coördinator zal dan veelal afhankelijk zijn van de toezichthoudende instantie van de lidstaat waar de holding zijn zetel heeft. Daarom is bepaald dat DNB in die gevallen de coördinator behulpzaam kan zijn om de gewenste maatregelen te treffen. Dit is derhalve veeleer een samenwerkingsbepaling en daarom opgenomen in artikel 2:326 (1:35a), zesde lid. Artikel 2:327 (2:326) ziet daarentegen op de handhaving en bevat de mogelijke sancties.

g. Het voorgestelde artikel 2:328, eerste lid, is anders geredigeerd dan artikel 15 van de ficorichtlijn. Daardoor wordt dit laatste artikel naar het oordeel van de Raad niet geheel correct geïmplementeerd. Op grond van artikel 15 moet DNB, wanneer een toezichthoudende instantie in een andere lidstaat gegevens of inlichtingen wil verifiëren bij een «groepslid» van een financieel conglomeraat, deze verificatie zelf doen of die buitenlandse toezichthouder gelegenheid geven deze te doen of te laten doen. Die toezichthouder mag aan de verificatie deelnemen, als ze deze niet zelf verricht. Ingevolge artikel 2:328, eerste lid, tweede volzin, mag hij dit echter alleen als hij de verificatie door een ander laat verrichten, en niet als DNB deze doet. Verder zijn op grond van artikel 2:328, tweede lid, de artikelen 5:13, 5:17 en 5:20 van de Algemene wet bestuursrecht van overeenkomstige toepassing als DNB in dit kader inlichtingen vordert. Een dergelijke inlichtingenplicht jegens de buitenlandse toezichthouder ontbreekt echter, zodat in voorkomende gevallen van een effectieve verificatie door deze toezichthouder geen sprake kan zijn. Naar aanleiding van de opmerking van de Raad dat artikel 2:328 (1:37a), eerste lid, tweede volzin, te beperkt is geredigeerd, is de redactie dusdanig herzien dat de toezichthoudende instantie van een andere lidstaat in alle gevallen bij een verificatie aanwezig kan zijn indien zij die niet zelf uitvoert. De opmerking dat de inlichtingenplicht jegens de buitenlandse toezichthoudende instantie ontbreekt, is juist. Het zou immers te ver voeren indien een degelijke instantie (enkele) bevoegdheden van de Algemene wet bestuursrecht zou krijgen. Dat zou bijvoorbeeld ook de vraag oproepen of en hoe daartegen beroep openstaat. De gedachte overigens dat in voorkomende gevallen van een effectieve verificatie geen sprake kan zijn, wordt niet gedeeld. Het groepslid weet immers dat indien niet wordt meegewerkt aan die verificatie, de buitenlandse toezichthouder zich tot DNB zal wenden en dan alsnog medewerking zal moeten worden verleend.

h. Volgens de artikelsgewijze toelichting is het voorgestelde artikel 2:329, derde lid, gebaseerd op artikel 6, tweede lid, van de ficorichtlijn. Niet duidelijk is echter in hoeverre dit inderdaad het geval is, vooral niet waar het de in artikel 2:329, derde lid, opgenomen volgtijdelijkheid en verwijzing naar het tweede lid betreft.

De richtlijn legt kapitaaleisen op aan de geregementeerde entiteit. Zie artikel 6, tweede lid van de richtlijn («geregementeerd entiteiten in een financieel conglomeraat ervoor zorgen dat eigen vermogen beschikbaar is op het niveau van het financiële conglomeraat ...»). Zoals in de toelichting op artikel 2:329 (2:327), eerste lid, is gememoreerd, kan een geregementeerde entiteit veelal niet voldoen aan die eis van de richtlijn, omdat zij geen zeggenschap heeft over het conglomeraat. Vandaar dat ervoor is gekozen die eisen in eerste instantie op te leggen aan de holding. Het is echter niet altijd zinloos om die eisen ook aan een geregementeerde entiteit op te leggen en daarom is in het derde lid bepaald dat indien de holding niet voldoet aan artikel 2:329 (2:327), eerste lid, die eis wordt opgelegd aan de geregementeerde entiteit. Het derde

lid is dus in lijn met de richtlijn. Artikel 6 beoogt dat op het niveau van het financiële conglomeraat voldoende kapitaal aanwezig is. Dat doel wordt bereikt via artikel 2:329 (2:327), eerste lid, en indien nodig, via het derde lid. Derhalve wordt voldaan aan de eisen die de richtlijn stelt.

Met de redactionele kanttekeningen van de Raad is rekening gehouden.

Ten slotte is nog een materiële wijziging in de nota van wijziging aangebracht die los staat van het advies van de Raad. Onderdeel F, betreffende artikel [3.3.15a], is vervallen. De reden hiervoor is dat dit artikel onderdeel is van het nog in te dienen Deel Gedragstoezicht. Nu de Tweede Kamer dat deel nog niet kent verdient het bij nader inzien de voorkeur het bedoelde artikel op te nemen in de nota van wijziging waarmee het Deel Gedragstoezicht aan het wetsvoorstel wordt toegevoegd.

5. Voor redactionele kanttekeningen verwijst de Raad naar de bij het advies behorende bijlage.

De Raad van State geeft U in overweging goed te vinden dat de nota van wijziging wordt gezonden 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 in te stemmen met toezending van de gewijzigde nota van wijziging aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal.

De Minister van Financiën,
G. Zalm

**Bijlage bij het advies van de Raad van State betreffende
no. W06.05.0130/IV met redactionele kanttekeningen die de Raad in
overweging geeft.**

Onderdeel B

- Artikel 2:305a: Bij de begrippen «groep» en «gereguleerde entiteiten» verwijzen naar artikel 2:320, onderdeel e onderscheidenlijk d.
- Artikel 2:305c: De verwijzing naar artikel 2:305b aanpassen, daar in dat artikel geen sprake is van gegevensverstrekking; zie artikel 2:57.

Onderdeel C

- Artikel 2:308a, eerste lid: in onderdeel b «analoge toepassing» vervangen door «overeenkomstige toepassing»
- Artikel 2:308a, tweede lid: «het eerste lid, onderdeel b,» vervangen door «het eerste lid, onderdeel a» en «dezelfde moederonderneming als bedoeld» vervangen door «dezelfde moederonderneming, bedoeld» (Ar 82).

Onderdeel D

- Artikel 2:320, onderdeel b: vervangen door definities van de sector kredietinstellingen en beleggingsondernemingen en de sector verzekeraars, alsmede nader toelichten waarom er, anders dan in de fico-richtlijn, geen vier deelsectoren nodig zijn.
- Artikel 2:320, onderdeel j, onder 1°: na «conglomeraat» invoegen; bedoeld in artikel 2:321.
- Artikel 2:320, onderdeel j, onder 2°: verwijzen naar «coördinator, bedoeld in artikel 2:324, eerste lid,» of toelichten waarom hier naar artikel 10 van de fico-richtlijn moet worden verwezen, alsmede een definitie van «coördinator» opnemen, gezien de verwijzingen ernaar in de artikelen 2:321, vijfde lid, 2:322 en 2:323, tweede, derde, vierde en zesde lid.
- Artikel 2:321, eerste lid, aanhef: «In het bij of krachtens deze afdeling bepaalde wordt onder» vervangen door «In deze afdeling wordt onder een» (Ar 52).
- Artikel 2:321, eerste lid, onderdeel a, onder 1°: het derde gedachtestreepje en artikel 2:320, onderdeel e, op elkaar afstemmen.
- Artikel 2:321, tweede lid: «genoemd» telkens vervangen door «, bedoeld» (Ar 82) en «in het kader van deze afdeling» vervangen door «in het licht van de doeleinden van het aanvullende toezicht».
- Artikel 2:321, vierde lid: «de eis in het tweede lid» vervangen door «de eis, bedoeld in het tweede lid,» (Ar 82).
- Artikel 2:321, zevende lid: Toelichten waarom ook naar het derde en vijfde lid wordt verwezen, aangezien dit op grond van de richtlijn niet nodig is.
- Artikel 2:323, tweede lid: «, onverminderd het bepaalde in het derde lid» laten vervallen (Ar 52/85), mede gezien het derde lid, dat in afwijking geldt van het eerste en tweede lid.
- Artikel 2:323, derde lid: «een analoge vaststelling heeft gedaan als bedoeld in de eerste volzin» vervangen door: een vaststelling heeft gedaan die overeenkomt met een vaststelling als bedoeld in de eerste volzin.
- Artikel 2:323, vijfde lid: «Teneinde vast te stellen of het derde of vierde lid van toepassing is» vervangen door: Bij de vaststelling, bedoeld in het derde lid.
- Artikel 2:323, zevende lid: «als bedoeld in deze afdeling» laten vervallen. Artikel 2:324: zo redigeren dat niet de indruk wordt gewerkt dat DNB het voortouw heeft bij de aanwijzing van de coördinator.
- Artikel 2:325, eerste lid: in de onderdelen b, c en d, «ziet zij toe op» vervangen door begrippen die beter aansluiten op de in artikel 11, onderdelen b, c en d, van de fico-richtlijn gehanteerde begrippen «superviserende controle» en «beoordelen», in onderdeel c «zoals bepaald in» vervangen door «bedoeld in»(Ar 82), in onderdeel d «zoals bepaald bij of krachtens» vervangen door «, bedoeld in» en in onderdeel e «betrokken» laten vervallen.
- Artikel 2:326, tweede lid, onderdeel c: «de transacties binnen de groep» vervangen door «intragroepsovereenkomsten en -posities».
- Artikel 2:326, tweede lid, onderdeel h: «in overeenstemming met hun bevoegdheden» laten vervallen of vervangen door: in overeenstemming met de sectorale voorschriften.

- Artikel 2:326, vijfde lid: «artikel 2:324» vervangen door: artikel 2:325, eerste lid.
- Artikel 2:326, vijfde en zesde lid: «Indien De Nederlandsche Bank geen coördinator is» ook op andere plaatsen consequent wel (zesde lid) of niet (vijfde lid) toepassen.
- Artikel 2:327, eerste, tweede en derde lid: «in gevaar wordt gebracht» en «bedreigen of kunnen bedreigen» aanpassen aan de in artikel 16 van de fico-richtlijn gehanteerde formulering «dreigt te worden ondermijnd» onderscheidenlijk «bedreigen».
- Artikel 2:327, eerste en derde lid: «eveneens van toepassing» vervangen door: eveneens van overeenkomstige toepassing op die holding.
- Artikel 2:329, eerste tot en met vierde lid: zo veel mogelijk redigeren overeenkomstig de artikelen 2:330, eerste tot en met derde lid, en 2:331, eerste tot en met derde lid.
- Artikel 2:329, eerste lid: «, indien de Nederlandsche Bank coördinator is» laten vervallen, mede gelet op het vierde lid.
- Artikel 2:330, eerste lid: «bij de groep als geheel» vervangen door: op het niveau van het financiële conglomeraat.

Onderdelen E en F

- Toelichten waarom de artikelen 3:3.14a en 3:3.15a op deze plaatsen worden ingevoegd.
- Artikel 3:3.14a: na «financieel conglomeraat» invoegen «als bedoeld in artikel 2:321» en de verwijzing naar artikel 2:326, eerste en derde lid, toelichten.
- Artikel 3:3.15a: «het bij of krachtens dit deel bepaalde» telkens vervangen door «dit deel» (Ar 52).