

Vergaderjaar 2009–2010

32 292

Wijziging van de Wet op het financieel toezicht ter implementatie van richtlijn nr. 2007/44/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 5 september 2007 tot wijziging van Richtlijn 92/49/EEG van de Raad en de Richtlijnen 2002/83/EG, 2004/39/EG, 2005/68/EG en 2006/48/EG wat betreft procedureregels en evaluatiecriteria voor de prudentiële beoordeling van verwervingen en vergrotingen van deelnemingen in de financiële sector (PbEU L 247) (Wet implementatie richtlijn deelnemingen in de financiële sector)

4

ADVIES RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT¹

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Raad van State d.d. 13 februari 2009 en het nader rapport d.d. 19 januari 2010 aangeboden aan de Koningin door de minister van Financiën. Het advies van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Bij Kabinetsmissive van 29 december 2008, no. 08.003751, 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 ter implementatie van richtlijn nr. 2007/44/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 5 september 2007 tot wijziging van Richtlijn 92/49/EEG van de Raad en de Richtlijnen 2002/83/EG, 2004/39/EG, 2005/68/EG en 2006/48/EG wat betreft procedureregels en evaluatiecriteria voor de prudentiële beoordeling van verwervingen en vergrotingen van deelnemingen in de financiële sector (PbEU L 247), met memorie van toelichting.

Het voorstel strekt tot implementatie van richtlijn nr. 2007/44/EG² (de richtlijn). Deze richtlijn beoogt uniformering van procedures en criteria voor de goedkeuring van de verwerving of vergroting van deelnemingen in de financiële sector.

Op de voet van artikel 22 van de Wet op de Raad van State heeft een delegatie van de Raad van State op 11 februari 2009 met de Minister van Financiën over het wetsvoorstel beraadslaagd.

De Raad van State onderschrijft de strekking van het wetsvoorstel, maar maakt opmerkingen over de toetsing van aanvragen om een verklaring van geen bezwaar (vvgb), over de informatieverstrekking door DNB aan de Minister van Financiën en over de implementatietermijn. Hij is van oordeel dat in verband daarmee enige aanpassing van het voorstel wenselijk is.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 29 december 2008, no. 08.003751, machtigde Uwe Majesteit de Raad van State zijn advies

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.

² Richtlijn nr. 2007/44/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 5 september 2007 tot wijziging van Richtlijn 92/49/EEG van de Raad en de Richtlijnen 2002/83/EG, 2004/39/EG, 2005/68/EG en 2006/48/EG wat betreft procedureregels en evaluatiecriteria voor de prudentiële beoordeling van verwervingen en vergrotingen van deelnemingen in de financiële sector (PbEU L 247). Ook wel aangeduid als Antonvenetarijrichtlijn.

inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen.

Dit advies, gedateerd 13 februari 2009, bied ik u hierbij aan. 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.

Voordat ik inga op het advies van de Raad van State merk ik het volgende op. Tussen het uitbrengen van het advies en het zenden van dit nader rapport ligt ongebruikelijk veel tijd. De oorzaken daarvan zijn reeds aan de Tweede Kamer toegelicht met een brief gedateerd 20 januari 2009 (Kamerstukken II, 2008/09, 31 052, nr. 17, p. 5). Hierin wordt ingegaan op de grote belasting die de crisis het afgelopen anderhalf jaar met zich heeft gebracht. Aanvullend daarop is bij brief d.d. 26 oktober 2009 (Kamerstukken II, 2009/2010, 21 109, nr. 93) toegelicht dat de door de Tweede Kamer ingestelde tijdelijke commissie onderzoek financieel stelsel in deel één van haar onderzoek onder meer kijkt naar de wijze waarop de huidige wetgeving heeft gefunctioneerd op het punt van het verlenen van toestemming voor een overname in de financiële sector door de minister van Financiën en de toezichthouder, De Nederlandsche Bank. Teneinde de Tweede Kamer in staat te stellen de bevindingen van de commissie, voor zover zij daar aanleiding toe zou zien, in haar bestudering van de aan de kamer toe te zenden implementatiewet te betrekken, is voorlopig gewacht met indiening van het implementatievoorstel, en is aan de Kamer bericht dat het wetsvoorstel in januari 2010 zou worden ingediend.

In reactie op het advies van de Raad van State merk ik het volgende op. Hierbij wordt de volgorde van het advies van de Raad van State aangehouden.

1. De toetsing van aanvragen om een vvgb, gezien in relatie tot de verantwoordelijkheid van de Minister van Financiën

Prudentiële toetsingscriteria

Op basis van de thans geldende artikelen 3:95 en 3:96 juncto 3:97 van de Wet op het financieel toezicht (Wft) heeft de Minister van Financiën, kort gezegd, de bevoegdheid te beslissen op aanvragen voor goedkeuring, in de vorm van een vvgb, van gekwalificeerde deelnemingen die betrekking hebben op de vijf grootste banken of verzekeraars binnen Nederland. Ingevolge artikel 3:97, tweede lid, Wft kan de minister de afgifte van een vvgb weigeren indien hij van oordeel is dat de handeling zou (kunnen) leiden tot een ongewenste ontwikkeling van de financiële sector, dan wel omdat DNB, kort gezegd, hem heeft laten weten dat naar haar oordeel overwegingen van prudentiële aard in de weg staan aan de verlening van een vvgb.

De richtlijn introduceert vijf uniforme toetsingscriteria. Deze criteria zijn limitatief, en hebben een exclusief prudentieel karakter. De achtergrond van de richtlijn is gelegen in de wens tot vergroting van de rechtszekerheid, duidelijkheid en voorspelbaarheid met betrekking tot de beoordeling van beoogde gekwalificeerde deelnemingen.¹ De vijf criteria vormen een gesloten lijst, om aldus te bevorderen dat in alle lidstaten eenzelfde inhoudelijke toets wordt verricht op een gekwalificeerde deelneming. De criteria zijn neergelegd in de voorgestelde aanpassing en uitbreiding van artikel 3:100 Wft. Consequentie van de implementatie van de criteria is dat, ingevolge het voorstel, artikel 3:97 Wft vervalt. Dit betekent dat niet langer ruimte zal bestaan voor toetsing aan het in artikel 3:97 Wft neergelegde criterium «ongewenste ontwikkeling van de financiële sector».

Bevoegdheidtoedeling

Het wetsvoorstel kiest er ter implementatie van de richtlijn voor de beoordeling van aanvragen voor een vvgb voor alle voorgenomen verwervingen of vergrotingen van gekwalificeerde deelnemingen die onder de richtlijn vallen op te dragen aan DNB. Daarmee komt de Minister van Financiën ook als het gaat om de «big five» in deze niet langer de bevoegdheid toe te beslissen op de aanvraag van een vvgb.²

¹ Zie ook overwegingen 2 en 3 van de considerans bij de richtlijn. Deze zijn te verstaan tegen de achtergrond van de aanleiding tot de richtlijn: ervaringen met doorkruisen van een prudentiële toetsing door criteria van meer politieke aard.

² Ingevolge artikel 3:95 Wft ligt voor alle andere financiële ondernemingen dan de «big five» de bevoegdheid al bij DNB.

Waar de richtlijn voorschrijft dat de beoordeling van aanvragen voor een vvgb zich moet beperken tot toetsing aan prudentiële criteria, is te begrijpen dat de regering ervoor heeft gekozen deze toetsing volledig op te dragen aan DNB, ook als het gaat om de «big five».¹ Immers, in het stelsel van financieel toezicht als neergelegd in de Wft is DNB, als daarvoor deskundige instantie, in den brede belast met het prudentiële toezicht op de financiële markten.

De Raad merkt echter op dat de richtlijn niet zo ver gaat dat zij ook de instantie aanwijst die de prudentiële toetsing moet uitvoeren. In zoverre zou – al dan niet voor een overgangperiode – de Minister van Financiën, geadviseerd door DNB, belast kunnen blijven met de betreffende bevoegdheid, ook al is de opdracht van de toetsing aan DNB een logisch uitvloeisel van de richtlijn. Ook in het geval de minister de toetsing verricht, zal de beoordeling van aanvragen voor een vvgb zich echter moeten beperken tot de genoemde vijf prudentiële criteria, en zal zij niet langer mede mogen berusten op overwegingen van andere aard, zoals ongewenst geachte ontwikkelingen op de financiële markten.

Een keuze tussen DNB of de minister, geadviseerd door DNB, zal mede afhangen van het antwoord op de vraag of de vijf criteria in hun praktische toepassing op grote financiële ondernemingen «duidelijk en ondubbelzinnig zijn zodat zij zich lenen voor een politiek-neutrale en onafhankelijke toepassing die los van politieke verantwoording kan functioneren».²

Voor een goede weging en beoordeling van wat in het onderhavige voorstel aan de orde is, moet wel worden aangetekend dat een positieve uitkomst van een zorgvuldige prudentiële toetsing, door wie ook uitgevoerd, op zich zelf geruststellend is uit een oogpunt van de stabiliteit van het financiële stelsel.

Verantwoordelijkheid van de Minister van Financiën

Blijkens de toelichting stelt de regering zich op het standpunt dat de Minister van Financiën, samen met DNB, verantwoordelijk is voor de stabiliteit van het financiële stelsel. De Raad onderschrijft dat standpunt. Hij merkt in dit verband op dat de minister tevens verantwoordelijk is voor het goed functioneren van het stelsel van toezicht op de financiële markten en de rol van DNB daarin.³ Deze verantwoordelijkheden komen samen als het gaat om de verantwoordingsrelatie tussen de minister en de volksvertegenwoordiging (de politieke verantwoordelijkheid).

De politieke ministeriële verantwoordelijkheid heeft een ruim bereik; zij krijgt uiteindelijk mede inhoud in de relatie tussen de minister en de volksvertegenwoordiging. Wettelijke bevoegdheden vormen voor elke minister een belangrijke grondslag voor zijn optreden. Zijn activiteiten zullen echter niet altijd (behoeven te) berusten op een door de wetgever toegekende bevoegdheid. Verder moet worden onderkend dat niet alle ontwikkelingen die het algemeen belang raken en – daarmee – van belang zijn voor de ministeriële verantwoordelijkheid steeds zodanig tijdig kunnen worden voorzien dat voor elk optreden door de minister op voorhand kan worden voorzien in een passende wettelijke grondslag.

De Minister van Financiën kan aan zijn medeverantwoordelijkheid voor de stabiliteit van het financiële stelsel niet alleen inhoud geven door het gebruik van zijn wettelijke bevoegdheden, hij kan aan deze verantwoordelijkheid, en vanuit overwegingen van algemeen belang, ook langs andere wegen gestalte geven. Zo valt voor initiatieven van de Minister van Financiën met het oog op het weren van door hem ongewenst geachte ontwikkelingen op de financiële markten te denken aan het uitoefenen van invloed door het bijeenbrengen van relevante actoren op de financiële markten en aan het voeren van overleg met hen, en aan het, waar zinvol, inzetten van instrumenten/prikkels van financiële aard. In verband met de omstandigheden waarin dergelijke initiatieven worden ondernomen, valt daarbij aan te tekenen dat zeker marktpartijen als de grotere financiële ondernemingen een eigen belang hebben bij – en daarmee ook een verantwoordelijkheid voor – het ook hunnerzijds bevorderen en onderhouden van een goede verstandhouding met de autoriteiten van de lidstaten waarin zij (willen gaan) werken.

¹ Waarvoor DNB nu nog, ingevolge artikel 3:97, tweede lid, Wft de rol vervult van adviseur van de minister.

² Zie ook het advies van de Raad van State van 9 januari 2001 over het voorstel van wet houdende wijziging van de Mededingingswet in verband met het omvormen van de Nederlandse Mededingingsautoriteit tot zelfstandig bestuursorgaan, Kamerstukken II 2000/01, 27 639, B.

³ Ook wel aangeduid als systeemverantwoordelijkheid.

De beoordeling van het wetsvoorstel roept de vraag op wat de voorgestelde verlegging van bevoegdheid van de Minister van Financiën naar DNB betekent voor de mogelijkheden van de minister om ten volle inhoud te geven aan zijn medeverantwoordelijkheid voor de stabiliteit van het financiële stelsel, en meer in het bijzonder voor zijn mogelijkheden om, op grond van overwegingen van politiek-beleidsmatige aard, op te komen tegen een eventuele door hem ongewenst geachte ontwikkeling van de financiële sector als geheel. In deze is van belang dat de verwerving of vergroting van gekwalificeerde deelnemingen in of door de vijf grootste banken of verzekeraars niet alleen daarbij betrokken financiële instellingen raakt, maar ook effect kan hebben op de stabiliteit van het financiële stelsel. Leidt het voorstel tot een significante inperking van de feitelijke mogelijkheid van de minister om invloed uit te oefenen op actoren en ontwikkelingen op de financiële markten, teneinde aldus inhoud te geven aan zijn medeverantwoordelijkheid voor de stabiliteit van het financiële stelsel? De Raad mist in de toelichting aandacht voor deze vraag.

Ook in het geval waarin de bevoegdheid bij de minister zou blijven, zal zich deze vraag opdringen. Immers, in dat geval zal de minister een rol vervullen als was hij toezichthouder, en zal de uitoefening van zijn bevoegdheid eveneens worden begrensd door de vijf prudentiële criteria. De richtlijn lijkt geen ruimte te bieden voor overwegingen van andere aard, ontleend aan de medeverantwoordelijkheid van de Minister van Financiën voor de stabiliteit van het financiële stelsel.

De Raad adviseert in de toelichting in te gaan op de betekenis van de vereiste implementatie in de Wft van de vijf prudentiële criteria en op de consequenties van de voorgestelde verlegging van de bevoegdheid tot het afgeven van een vvgb van de Minister van Financiën naar DNB voor de in de toelichting gestelde verantwoordelijkheid van de minister, samen met DNB, voor de stabiliteit van het financiële stelsel.

1. De toetsing van aanvragen om een vvgb, gezien in relatie tot de verantwoordelijkheid van de Minister van Financiën.

De achtergrond van de richtlijn luidt als volgt. De richtlijn is tot stand gekomen nadat de Europese Commissie had geconstateerd dat het aantal grensoverschrijdende overnames en verwervingen van deelnemingen in de Europese financiële sector achterblijft bij grensoverschrijdende overnames en verwervingen van deelnemingen in andere sectoren¹. Uit een onderzoek van de Europese Commissie is gebleken dat consolidatie belemmerd wordt door een factor die onwenselijk is. De Europese Commissie heeft vooreerst geconstateerd dat overheidsinvloed in de financiële sector enkel tot doel behoorde te hebben om te waarborgen dat ondernemingen in deze sector door deelnemingen en overnames geen ongepaste risico's nemen en dat de soliditeit van zowel degene die een deelneming of overname beoogde als degene waarin die deelneming werd beoogd of die werd overgenomen niet in het geding zal komen. Op deze wijze wordt ook de stabiliteit van het financiële stelsel in de Europese Unie beschermd. Met het oog op de soliditeit van financiële ondernemingen en de stabiliteit van het stelsel waarvan zij deel uitmaken is het prudentiële toezicht op deze ondernemingen immers in het leven geroepen. Echter, de norm die voor de beoordeling van voorgenomen gekwalificeerde deelnemingen in de desbetreffende richtlijnen was opgenomen, en die verwees naar een gezonde en prudente bedrijfsuitoefening, was open geformuleerd en ruim van aard. De norm liet ruimte voor lidstaten om af te wijken. Dit leidde tot divergentie in de oordeelsvorming tussen de verschillende lidstaten van de Europese Unie. Uit het onderzoek bleek dat daarbij in praktijk ook andere, niet prudentiële, afwegingen soms betrokken werden bij de beoordeling van een voorgenomen deelneming. Met name moet worden gedacht aan overwegingen over de (on)wenselijkheid van de overname van een onderneming in een lidstaat door een onderneming uit een andere lidstaat. Dit vormde een belemmering voor consolidatie die onwenselijk is. Uiteraard behoort toezichtwetgeving in de Europese Unie consequent en transparant te worden toegepast, zonder dat daarbij oneigenlijke afwegingen worden betrokken.

¹ European Commission staff working document; Cross-border consolidation in the EU financial sector (SEC (2005) 1398).

Om deze oneigenlijke afwegingen, die moeilijk zijn vast te stellen en aan de kaak te stellen zijn door financiële ondernemingen, zoveel als mogelijk te weren uit het besluitvormingsproces is besloten om de procedures en toetsingscriteria voor een beoordeling van een voorgenomen deelneming of overname te harmoniseren. Een belangrijke vraag bij de totstandkoming van de richtlijn was aldus op welke wijze de divergentie in besluitvorming en de politieke bemoeienis, waarbij onheuse sentimenten van nationale aard een rol konden spelen, bij consolidatievraagstukken kon worden beperkt. Bedacht moet worden dat overnames in de financiële sector, met name als zij grensoverschrijdend zijn, een politiek gekleurd debat op gang kunnen brengen. Hoofdvraag bij de totstandkoming van de richtlijn was aldus op welke wijze de divergentie in oordeelsvorming en de in internationale context bij sommige lidstaten soms vergaande politieke bemoeienis (waarbij onheuse sentimenten van nationale aard een rol konden spelen), in consolidatievraagstukken te beperken.

Hiertoe is een vijftal, limitatief opgesomde, criteria in de richtlijn opgenomen waaraan een dergelijke voorgenomen verwerving dient te worden getoetst. Op grond van de richtlijn mag enkel op basis van deze criteria een oordeel worden gegeven over een voorgenomen deelneming. Op deze wijze worden toetsingen van voorgenomen verwervingen transparanter en consistenter in alle lidstaten. Ook is beter mogelijk om deze beoordeling door de rechter achteraf te laten toetsen als een van de partijen die daarbij betrokken is het niet eens is met het resultaat van de beoordeling.

Het is van groot belang dat, in het geval dat een financiële onderneming zich bijvoorbeeld geconfronteerd ziet met sentimenten van nationalistische of protectionistische aard die ertoe leiden dat een voorgenomen deelneming of overname niet mogelijk is, en dat toetreding tot een markt in een andere lidstaat van de Europese Unie op die wijze niet mogelijk is en de interne markt wordt gefrustreerd, deze onderneming zich tot een rechter kan wenden. De gang naar de rechter is tot op heden zeldzaam geweest, maar het is niet ondenkbaar dat dit mede het geval is geweest omdat de rechter niet beschikte over een helder criterium tegen hetwelk hij de beslissing van een nationale toezichthouder inzake een voorgenomen deelneming of overname kon beoordelen. Daar waar de wet een zeer open geformuleerde norm met veel beleidsvrijheid bevat, zal de rechter des te meer een marginale toets uitvoeren. Hoewel heldere, uniforme regels geen garantie vormen voor eerlijke, transparante en uniforme toepassing door nationale toezichthouders, dragen zij hier uiteraard wel in belangrijke mate aan bij.

De richtlijn kiest er mede in het licht van het voorgaande voor om te benadrukken dat een beoordeling van een voorgenomen deelneming of overname een exclusief prudentieel karakter heeft. In de overwegingen bij de richtlijn wordt in dat kader gesproken over « (...) beoordelingscriteria van strikt prudentiële aard».

De Raad verlangt toelichting op de vraag of de criteria zoals door de richtlijn geformuleerd zodanig duidelijk en ondubbelzinnig zijn dat zij zich lenen voor een politiek-neutrale en onafhankelijke toepassing die los van politieke verantwoording kan functioneren, dit in het licht van de medeverantwoordelijkheid van de Minister van Financiën voor de stabiliteit van het financiële stelsel en de met het oog daarop in de huidige wetgeving (artikel 3:97 van de Wet op het financieel toezicht) opgenomen bevoegdheid van de Minister van Financiën om bij de zogeheten «big five» mee te beslissen over de verlening van verklaringen van geen bezwaar met De Nederlandsche Bank (DNB). De Raad vraagt zich daarbij af hoe de belegging bij DNB van de volledige toets van een voorgenomen verwerving of vergroting van een gekwalificeerde deelneming in (een van) de «big five» zich verhoudt tot de mogelijkheid van de Minister van Financiën om op grond van overwegingen van politieke of beleidsmatige aard, op te komen tegen een eventuele door hem ongewenst geachte ontwikkeling van de financiële sector als geheel.

De richtlijn sluit expliciet uit dat bij een toets van een voorgenomen verwerving of vergroting van een gekwalificeerde deelneming afwegingen van politieke of beleidsmatige aard worden betrokken. De richtlijn benadrukt dat

het onwenselijk en onwettig is dat dergelijke afwegingen betrokken worden in het toezicht op de financiële sector, dat, voor zover hier van belang, hoofdzakelijk gericht dient te zijn op de soliditeit van de ondernemingen in die sector. Deze soliditeit wordt geborgd als een onafhankelijke toezichthouder op adequate wijze een prudentiële toets kan uitvoeren.

Dat wil immers zeggen dat de toezichthouder zal beoordelen of door de voorgenomen overname de ondernemingen die daarbij betrokken zijn niet in gevaar komen, en zich niet zullen «verslikken» in hun ambities maar op grond van prudente, economisch verantwoorde afwegingen een visie hebben die te realiseren is zonder dat de soliditeit van deze ondernemingen in gevaar komt. Als van dergelijke prudentiële gevaren geen sprake is, en de soliditeit van de ondernemingen niet in gevaar komt door een voorgenomen deelneming of overname, dan is niet aannemelijk dat er sprake is van een gevaar voor de stabiliteit van de financiële markten in Nederland. De ondernemingen in kwestie zijn en blijven dan solide. De stabiliteit van het financiële stelsel is dus gewaarborgd. Aannemelijk is dat de ondernemingen in kwestie naar de economische afwegingen die ten grondslag liggen aan een voorgenomen overname bijvoorbeeld in gezamenlijkheid een beter marktperspectief hebben. De stabiliteit van het financiële stelsel wordt in een dergelijk geval veeleer gediend door deze consolidatie.

Nu de richtlijn een limitatieve lijst met criteria voorschrijft, vervalt de ruimte voor lidstaten om daarnaast eigen criteria te hanteren. De Wft bevat voor De Nederlandsche Bank (DNB) in de artikel 3:100, onderdeel c en voor de Minister van Financiën (voor de «big five») in artikel 3:97, tweede lid, van de Wft een toetsingscriterium dat ziet op een mogelijk ongewenste ontwikkeling van de financiële sector. Dit criterium dient met het oog op de limitatieve lijst van prudentiële criteria die voorgeschreven wordt voor een beoordeling van een voorgenomen deelneming in de financiële sector te vervallen.

Het criterium luidt «Onze Minister verleent een verklaring van geen bezwaar (...) tenzij de handeling zou kunnen leiden of zou leiden tot een ongewenste ontwikkeling van de financiële sector of naar het oordeel van de Nederlandsche Bank een of meer van de overwegingen, bedoeld in (...) aan de verlening van een verklaring van geen bezwaar in de weg staan.» Zie hiervoor artikel 3:97, tweede lid van de Wft.

Uit deze formulering blijkt dat onder de huidige wetgeving ontwikkelingen in de financiële sector die zich op dat moment voordoen dus niet betrokken behoren te worden bij een beoordeling aan de hand van *dit* criterium. De wet zoals deze thans luidt strekt er zo blijkt uit de tekst niet toe dat door DNB dan wel in voorkomende gevallen de Minister van Financiën op grond van *dit* criterium mede de vraag in aanmerking moet worden genomen of de sector ontwikkelingen doormaakt die nopen tot het onthouden van instemming met een voorgenomen deelneming of overname. Dat komt in een andere toets aan de orde (zie hierna).

De beperkte mogelijkheden om op basis van dit criterium naar de mogelijke ongewenste ontwikkelingen in de financiële sector *ten gevolge van een* deelneming of overname te kijken is onder meer aan de Kamer toegelicht in de brief van de Minister van Financiën van 22 mei 2007 (TK 2006/2007, 31 052, nr. 1) inzake onder meer de bevoegdheden van de Minister van Financiën bij de overname van ABN AMRO door een consortium van banken. Deze brief stipuleert dat DNB in haar soliditeitstoets naar de prudentiële risico's van een overname kijkt, terwijl de minister veeleer naar een mogelijk systeemrisico kijkt dat eventueel zou kunnen ontstaan als er een of meer financiële groepen ontstaan die een te grote rol in de sector gaan spelen waardoor het (eventuele) wegvallen van een dergelijke groep tot onaanvaardbare risico's voor het systeem zou leiden. Het gaat daarbij dan hoofdzakelijk om een toets op de hypothetische situatie dat de nieuwe entiteit die zou ontstaan ten gevolge van de overname in zwaar weer zou komen en dat dit gegeven dan een onaanvaardbare bedreiging voor de stabiliteit zou vormen. Het is dus enigszins gechargeerd geformuleerd een toets of de onderneming in kwestie niet «to big to fail» wordt.

Ter verduidelijking is daarbij indertijd al opgemerkt en wordt hier herhaald dat de grootte en rol van financiële ondernemingen in Nederland reeds vanuit het perspectief van concurrentieverhoudingen worden beoordeeld door de Nederlandse Mededingingsautoriteit op grond van de Mededingingswet. Tevens is toegelicht dat afwegingen van politieke of beleidsmatige aard zoals inzake werkgelegenheid dan wel de wenselijkheid om hoofdkantoren van grote financiële instellingen voor Nederland te behouden, niet thuishoren in de beoordeling van een voorgenomen verwerving van een gekwalificeerde deelneming op grond van artikel 3:95 e.v. van de Wft. Voor zover de Minister van Financiën dergelijke aspecten in het oog wil houden vanuit zijn functie als hoeder van het financiële stelsel dient veeleer op andere wijze invulling te worden gegeven aan die rol, zoals bijvoorbeeld vanuit de mogelijkheid om wetgeving te verbeteren. Daarnaast hebben de ontwikkelingen gedurende 2008 geïllustreerd dat de Minister van Financiën ook op andere wijze zijn verantwoordelijkheid voor de stabiliteit van het financiële stelsels en de ondernemingen die daarin functioneren of daarvan afhankelijk zijn te nemen.

Het is van belang om hier te constateren dat inmiddels sprake is geweest van zeer turbulente ontwikkelingen in de financiële sector. Een crisis die qua aard en omvang de sector, de toezichthouders en de overheid heeft verrast, en ingrijpende consequenties heeft gehad voor de soliditeit van de financiële ondernemingen wereldwijd, op Europees en internationaal niveau en in Nederland. Het is wenselijk om dit nader rapport in het licht van deze ontwikkelingen meer stil te staan bij het functioneren van het onderhavige criterium.

Het bovengenoemde criterium biedt geen grondslag om een overname niet toe te staan om de enkele reden dat de financiële sector zich ongunstig ontwikkelt, tenzij de voorgenomen overname zelf ook weer bijdraagt aan die ongunstige ontwikkeling. Zoals uit de tekst blijkt, moet worden gekeken naar eventuele gevolgen van een voorgenomen overname voor de financiële sector (met name naar het resultaat van deze overname, kortweg, hoe de verwevenheid van de nieuwe onderneming met de financiële sector eruit ziet en wat voor eventuele consequenties deze verwevenheid heeft als deze onderneming in zwaar weer komt) en niet andersom. Het criterium heeft niet (primair) tot doel om bij een aanvraag voor een verklaring van geen bezwaar, actuele of voorzienbare economische ontwikkelingen van de financiële sector te betrekken.

Een ongeclausuleerde mogelijkheid om eventuele economische ontwikkelingen vrijelijk te betrekken bij het vormen van een oordeel omtrent een voorgenomen overname zou ook bepaald niet wenselijk zijn. Het criterium zou daarmee een zeer ruime discretionaire bevoegdheid bevatten om te bekijken of een eventuele overname wel wenselijk is in het licht van de economie. Dat zou een benadering zijn die de deur openzet voor een politieke afweging van een overname. Een dergelijke toets zou reeds strijdig zijn met de oude richtlijnen voor de financiële sector, maar is zeker strijdig met de onderhavige richtlijn.

Echter, economische ontwikkelingen zijn uiteraard zeer wel relevant. Het is ook niet gezegd dat deze niet betrokken kunnen worden bij een afweging door DNB. Daar waar DNB op een gegeven moment als toezichthouder tekenen in de markt ontwaart die duiden op een verslechtering van het (economische) klimaat, en voorzienbaar is dat dit gevolgen zou kunnen hebben voor de financiële ondernemingen in kwestie die betrokken zijn bij een mogelijke deelneming of overname, dan kan DNB dit betrekken bij haar oordeel over de *soliditeit* van die voorgenomen deelneming of overname. En dat blijft uiteraard de kern van de toets van DNB, na implementatie van de onderhavige richtlijn. Het is immers evident dat daar waar een economische realiteit zou nopen tot voorzichtigheid of terughoudendheid ten aanzien van een overname, dit enkel aan de orde is als de soliditeit van deze ondernemingen wordt bedreigd door deze ontwikkelingen en de overname daarom niet verstandig is. Daar waar de financiële sector in zwaar weer zou komen maar ondernemingen desalniettemin aan de toezichthouder kunnen uitleggen dat zij daar niet of in beperkte mate door geraakt worden en hun plannen met de overname ook verder solide zijn, is zonder meer denkbaar dat de overname toch al dan niet onder bepaalde voorschriften of beperkingen, wordt toegestaan. Overigens kan ook bedacht

worden dat het zeer wel mogelijk is dat een financiële sector op minder ingrijpende schaal en met minder consequenties voor de instellingen te maken krijgt met een teruggang. Het is niet goed voorstelbaar dat het enkele feit dat er sprake is van een economisch nadelige ontwikkeling tot een blokkade voor een voorgenomen fusie of overname zou leiden: steeds moet worden vastgesteld of de betreffende fusie of overname de soliditeit van de betrokken ondernemingen wel of niet in het geding brengt of kan brengen.

De toets op de soliditeit van een voorgenomen overname is belegd bij DNB en behoort ingevolge de principes van het toezicht op afstand van de politiek en de op deze principes gebaseerde Nederlandse wetgeving bij DNB te blijven berusten. De Raad bevestigt in zijn advies dan ook dat het primaat van DNB bij een soliditeitstoets een logische keuze is.

De beoordeling van een voorgenomen deelneming of overname ligt gelet op het voorgaande dus in wezen reeds geheel besloten in de toetsing van DNB op de soliditeit van zowel de deelneming of overname zelf als van de betrokken partijen, ook als de Minister van Financiën zijn toets op grond van het huidige artikel 3:97, tweede lid, met betrekking tot de mogelijk ongewenste ontwikkeling van de financiële sector verricht. De aanpassing van de Wft in lijn met de richtlijn bevestigt het primaat van de toetsing op de soliditeit en in zoverre zal er dus geen materiële verandering in de toetsing van de beoogde deelneming plaatsvinden ten opzichte van de huidige toetsingen, mede gelet op de beperkte reikwijdte van het huidige criterium dat toeziet op een mogelijk ongewenste ontwikkeling van de financiële sector door de deelneming of overname.

De soliditeit vormt reeds de kern, en zal dat blijven vormen, van de beoordeling door DNB van een voorgenomen verwerving of vergroting van een dergelijke gekwalificeerde deelneming. Dat op basis van de richtlijn gekozen wordt om DNB deze toets volledig te laten uitvoeren, ligt te meer in de rede daar, zoals de Raad ook opmerkt, DNB in den brede belast is met het prudentiële toezicht op de financiële markten. DNB beschikt over expertise en menskracht om deze toetsingen naar behoren uit te voeren.

Daarbij is ook relevant om te bedenken dat in de andere lidstaten van de Europese Unie de toets van een voorgenomen overname of deelneming, in lijn met de gedachte dat enkel een onafhankelijke toezichthouder toezicht kan en dient uit te oefenen, belegd is bij de onafhankelijke toezichthouder die het prudentiële toezicht uitoefent. Hoewel, zoals de Raad ook constateert, de richtlijn niet specificereert welke toezichthouder deze toezichthoudertaak moet uitoefenen, ligt het dus niet in de rede dat een prudentiële toezichttaak bij de Minister van Financiën wordt belegd.

De criteria van de richtlijn zijn duidelijk en ondubbelzinnig in hun strekking: zij richten zich enkel op de soliditeit van de beoogde deelnemingen en van de ondernemingen in kwestie en op de invloed die mogelijk kan voortvloeien uit de verwerving of vergroting van de voorgenomen gekwalificeerde deelneming op de soliditeit van de betrokken ondernemingen. Een beoordeling daarvan is enkel mogelijk door DNB, die de prudentiële toezichthouder is en expertise ter zake heeft en die beschikt over de noodzakelijke gegevens om de beoordeling adequaat te kunnen uitoefenen. Dit dient tevens de zuiverheid van de verhouding tussen de Minister van Financiën als medewetgever tezamen met de Staten-Generaal, waarbij DNB op afstand en onafhankelijk van de wetgever en de politiek toeziet op de naleving van de wetgeving. Het is in dit licht niet goed voorstelbaar dat de Minister van Financiën een andere verantwoordelijkheid zou dragen dan een politieke verantwoordelijkheid.

Ter aanvulling op dit punt wordt hier overwogen dat overnames in de financiële sector, en dan met name de grensoverschrijdende overnames, tot politieke beroering kunnen leiden. Ter illustratie kan worden gedacht aan de overname van ABN AMRO door het consortium van banken medio 2007. Ook kan worden gedacht aan de ervaringen van verschillende Nederlandse bedrijven vanuit ander perspectief. Bekend zijn de problemen die ABN AMRO ondervond met de Italiaanse toezichthouder bij de indertijd beoogde

overname van de Italiaanse bank Antonveneta in 2005. Een ander voorbeeld is de langlopende affaire rond de Poolse verzekeraar PZU, waar de Nederlandse verzekeraar Eureko in 1999 een 30% belang in verwierf met, vanaf 2001, het recht dit naar een meerderheidsbelang uit te breiden. Deze afgesproken uitbreiding is jarenlang door de Poolse overheidsautoriteiten geblokkeerd, ondanks de herhaaldelijke pogingen van Eureko nakoming ervan af te dwingen. Hier is in 2009 een einde aan gekomen met een overeenkomst die onder meer een toezegging van Eureko inhield zich uit PZU te zullen terugtrekken. Het is onvermijdelijk dat het maatschappelijk en politieke debat dat sommige van dergelijke voorgenomen overnames omringt, de verantwoordelijkheid en de politieke positie van de Minister van Financiën zal raken. Juist dit feit is meer in zijn algemeenheid een zeer belangrijke reden geweest om het toezicht op afstand te plaatsen, zodat een onafhankelijke toezichthouder adequaat de regels die de wetgever (waaronder de Minister van Financiën) stelt, toe kan passen. Het is niet wenselijk om in de dynamiek van dergelijke debatten de Minister van Financiën een eigenstandige verantwoordelijkheid en medebeslissingsbevoegdheid te geven voor een beoordeling van een voorgenomen deelneming of overname, te meer niet waar die beoordeling op grond van de onderhavige richtlijn strikt prudentieel van aard dient te zijn.

De Minister van Financiën draagt de verantwoordelijkheid voor de stabiliteit van het financiële stelsel en de wetgeving voor de financiële sector, zoals de Raad ook stelt. Dit is in navolging van het advies van de Raad nog nader verduidelijkt in de toelichting op het wetsvoorstel. De minister draagt deze verantwoordelijkheid en dient diensgevolge op de hoogte zijn van het reilen en zeilen van de financiële sector en van de relevante ontwikkelingen daarin. Met het oog op de invulling van deze verantwoordelijkheid van de Minister van Financiën, is van belang dat de minister tijdig wordt geïnformeerd over dergelijke ontwikkelingen.

Hiertoe is in het wetsvoorstel een bepaling opgenomen die ertoe strekt dat DNB de minister informeert over een aanvraag of voorgenomen verlening of intrekking van een verklaring van geen bezwaar voor een gekwalificeerde deelneming in de financiële sector indien deze relevant is voor de inrichting en goede werking van het financiële stelsel. Daar waar normaliter het toezicht op individuele ondernemingen zich in lijn met het toezicht op afstand en de geheimhoudingsbepalingen van de relevante richtlijnen van de Europese Unie onttrekt aan het zicht van de Minister van Financiën, wordt in dit wetsvoorstel vanuit de zwaarwegende verantwoordelijkheid van de Minister van Financiën voor de stabiliteit van het financiële stelsel geregeld dat DNB de minister tijdig informeert omtrent relevante voorgenomen deelnemingen of overnames. Daarmee is de informatiepositie van de Minister van Financiën als verantwoordelijke geborgd, zelfs als de minister geen directe juridische beslissingsbevoegdheid meer draagt. Zie hiervoor verder de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel bij de informatieverplichting van het nieuwe artikel 1:93c, waarin naar aanleiding van het advies van de Raad nader is verduidelijkt om welke informatie het dan gaat.

Bij het opstellen van de richtlijn is de wijze waarop de financiële sector zich dient te ontwikkelen en de mate waarin consolidatie dient plaats te vinden geen voorwerp van discussie geweest. Hierboven is echter gerefereerd aan de ontwikkelingen op de financiële markten van de periode van voorafgaand aan de indiening van dit wetsvoorstel bij de Kamer, in welk kader een bredere discussie op gang gekomen over de inrichting en stabiliteit van de financiële sector en de aard en omvang van het toezicht daarop, zowel op nationaal, Europees als internationaal niveau. De discussies in kwestie zullen gevolgen kunnen hebben voor de aard en omvang van het toezicht dat nationale maar ook lidstaatoverstijgende, nieuw op te richten gremia zullen houden op de financiële sector (zie hiervoor ook de conclusies van de EcoFin Raad van 9 juni 2009 (nr. 10 862/09) zoals bekrachtigd door de Europese Raad van 18/19 juni 2009 (nr. 11 225/09)). Zie verder met name de kabinetsvisie (TK 2008–2009, 32 013, nr. 1) waarin de visie van het kabinet op de toekomst van de financiële sector uiteen wordt gezet. De behandeling van het onderhavige wetsvoorstel in de Tweede en Eerste Kamer is niet de geëigende plaats of tijd voor een debat over mogelijkheden om de overheid meer invloed te geven op het reilen en zeilen van de financiële

sector. Het debat daarover is breder van aard en wordt reeds gevoerd met de Tweede Kamer, onder meer naar aanleiding van de in juli 2009 naar buiten gebrachte kabinetsvisie, waarbij breder wordt bekeken wat wenselijk en mogelijk is. Het onderhavige wetsvoorstel dient er enkel toe om de richtlijn in nationale wetgeving om te zetten.

De Raad merkt op dat de Minister van Financiën vanuit juridisch-technisch oogpunt in theorie al dan niet voor een overgangperiode, geadviseerd door DNB, belast zou kunnen blijven met de toetsing. Zoals reeds toegelicht ligt het, gelet op de expertise en onafhankelijke positie van DNB voortvloeiend uit het toezicht op afstand, niet in de rede om het prudentiële toezicht op deelnemingen in de financiële sector door de minister te laten uitvoeren. In de overige lidstaten van de Europese Unie is het toezicht ook belegd bij de onafhankelijke toezichthouder die daarvoor is aangewezen. Vanwege vertraging in de implementatie van deze richtlijn is er sinds 21 maart 2009 tot en met de inwerkingtreding van deze wet de facto sprake van een overgangperiode waarin de Minister van Financiën weliswaar formeel gezien wettelijk bevoegd is om mee te beslissen op de aanvraag van een verklaring van geen bezwaar, maar waarin DNB feitelijk inhoudelijk de gehele toetsing verricht. Dit vloeit voort uit het feit dat na afloop van de implementatietermijn de bestaande wetgeving in overeenstemming met de richtlijn moet worden uitgelegd en toegepast.

Dat heeft tot gevolg dat sinds 21 maart 2009 enkel de voorgeschreven prudentiële criteria kunnen worden toegepast bij de beoordeling van een nieuwe aanvraag van een verklaring van geen bezwaar. De thans nog bestaande toets van DNB en, in geval van de «big five», de Minister van Financiën op de mogelijk ongewenste ontwikkeling van de financiële sector dient achterwege te blijven en zal niet meer worden uitgevoerd. Het is, met het oog op de hiervoor reeds geconstateerde uitgangspunten van het toezicht op de financiële sector en de daaruit voortvloeiende verhoudingen tussen de Staten-Generaal en de Minister van Financiën als wetgever, de minister als politiek verantwoordelijke en DNB als zelfstandig en onafhankelijk en op afstand van de politiek opererend toezichthouder onwenselijk om deze situatie langer te laten continueren dan strikt noodzakelijk is en de Minister van Financiën te belasten met een formele beslissingsbevoegdheid waarin hij inhoudelijk geen inbreng heeft. Dit wil tevens zeggen dat het ook niet wenselijk is om in dit wetsvoorstel een overgangstermijn op te nemen, zoals de Raad als mogelijkheid noemt, die na inwerkingtreding van deze wet de huidige situatie zou continueren.

Waar op enig moment debat kan ontstaan over een voorgenomen verwerving van een gekwalificeerde deelneming of zelfs een volledige overname in de financiële sector, moet voor de financiële ondernemingen in kwestie en voor alle overige betrokkenen volstrekt helder zijn dat DNB op onafhankelijke wijze een besluit neemt en een verklaring van geen bezwaar zal verlenen of afwijzen, met inachtneming van wettelijke criteria. Mocht deze verlening of afwijzing voor politiek debat zorgen, of mocht ter discussie komen te staan of sprake is van een juiste of onjuiste afweging terzake, dan verdient het de uitdrukkelijke voorkeur dat de Minister van Financiën zijn politieke verantwoordelijkheid voor DNB volledig kan nemen, zonder dat hij kan worden aangesproken als (mede)beslissende. Dit wetsvoorstel is er daarbij dus mede op gericht om de helderheid van de eerder gememoreerde verhouding tussen enerzijds de Minister van Financiën als medewetgever tezamen met de Staten-Generaal en anderzijds DNB als prudentieel toezichthouder die de wetgeving uitvoert, te bevorderen.

Naar aanleiding van bovengenoemde opmerkingen van de Raad van State wordt in de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel meer aandacht besteed aan de rol van de minister bij de verlening van een verklaring van geen bezwaar alsmede de invulling van zijn ministeriële verantwoordelijkheid.

¹ Zie onder meer artikel 24 en verder van richtlijn nr. 2005/68/EG betreffende herverzekering (PbEU 2005 L 323), artikel 16 van richtlijn nr. 92/49/EEG (derde richtlijn schadeverzekering) (PbEG 1992 L228) en artikel 44 en verder van richtlijn 2006/48/EG betreffende de toegang tot en uitoefening van werkzaamheden van kredietinstellingen (PbEU 2006 L177).

2. Informatieverstrekking

Verskillende richtlijnen stellen beperkingen aan de verstrekking aan derden van vertrouwelijke gegevens over financiële instellingen die berusten bij de toezichthouder (in casu DNB).¹ Deze bepalingen zijn, al weer enkele jaren

¹ De Raad is in zijn advies van 26 april 2004 over het algemeen deel van de Wft ingegaan op de ministeriële verantwoordelijkheid alsmede op de informatieverstrekking aan de minister. Hij heeft aandacht gevraagd voor de verantwoordingsplicht van de minister van Financiën jegens de Kamers der Staten-Generaal, bezien in verband met de geheimhoudingsverplichtingen in Europese en nationale wetgeving. De regering heeft in het nader rapport het volgende opgemerkt: «Van belang is de notie dat de geheimhoudingsbepalingen in de verschillende Europese richtlijnen geen ruimte laten voor een algemene informatieplicht van de toezichthouders jegens de minister. Slechts een restrictieve verplichting tot het verstrekken van bepaalde informatie is mogelijk. [...] Met betrekking tot het toezicht door de minister op de taakuitoefening door de toezichthouder en de verantwoording daarover aan de Tweede Kamer kan het volgende worden opgemerkt. De toezichthouder moet zich houden aan de wettelijke regels en moet zorgen voor een adequate uitvoering van zijn taken. Door de minister zal moeten worden nagegaan of dit ook het geval is. De ministeriële verantwoordelijkheid is echter in zoverre ingeperkt dat het toezicht in individuele gevallen (vergunningen, verklaringen van geen bezwaar) tot de competentie van de toezichthouder behoort. Verder zijn er de geheimhoudingsbepalingen, welke zijn ingegeven door Europese regelgeving en waar de Raad aandacht voor vraagt, die er aan in de weg staan dat vertrouwelijke informatie uit de toezichtpraktijk ter beschikking kan worden gesteld aan de minister en het parlement.» (Kamerstukken II 2003/04, 29 708, nr. 4.) In de memorie van toelichting is in reactie op het commentaar van de Vereniging van Effectenbezitters (VEB) nog het volgende opgemerkt: «De VEB heeft opgemerkt dat de minister altijd inzage moet hebben in dossiers van de toezichthouders. Een dergelijke bepaling zou zich niet verhouden met het uitgangspunt «toezicht op afstand» en de geheimhoudingsplicht van de toezichthouders (die voortvloeit uit de Europese richtlijnen). Dit neemt niet weg dat de minister de wettelijke bevoegdheid heeft om inlichtingen te vragen aan de financiële toezichthouders die naar zijn oordeel nodig zijn voor het onderzoek naar de toereikendheid van de wet of de wijze waarop deze wordt uitgevoerd indien dat ter wille van het toezicht nodig blijkt. De toezichthouders zijn verplicht om de gevraagde informatie aan de minister te verstrekken. Indien het verzoek gegevens betreft die onder de geheimhoudingsplicht van de toezichthouder vallen, is deze niet verplicht deze gegevens te verstrekken indien: (a) deze betrekking hebben op of herleidbaar zijn tot een afzonderlijke rechtspersoon. [...] De bovengenoemde geheimhoudingsplicht van de toezichthouders is gebaseerd op Europese regelgeving. Daarvan kan niet eenzijdig worden afgeweken.» (Kamerstukken II 2003/04, 29 708, nr. 3.).

² Onder meer artikel 16 van richtlijn nr. 92/49/EEG en artikel 30 van richtlijn nr. 2005/68/EG.

³ Zie het dienovereenkomstige standpunt van de regering zoals aangehaald in noot 1, blz. 3.

geleden, geïmplementeerd in Afdeling 1.5.1 van de Wft, met de geheimhoudingsartikelen 1:89 e.v.¹ De bepalingen in de bedoelde richtlijnen gaan uit van een in beginsel gesloten systeem van verstrekking. Aldus moet zijn gewaarborgd dat financiële instellingen die zijn onderworpen aan toezicht er op kunnen vertrouwen dat de informatie die zij verplicht zijn aan de toezichthouder te verstrekken door deze als vertrouwelijk zal worden behandeld, zodat er in zoverre voor hen geen belemmering behoeft te zijn om alle informatie te verstrekken die voor het toezicht relevant is.

Dit gesloten stelsel betekent voor de toezichthouder dat gegevens die ingevolge de Wft zijn aangemerkt als vertrouwelijk in beginsel alleen bekend mogen worden gemaakt aan de personen of instanties die worden genoemd in de bepalingen van Afdeling 1.5.1. van de Wft. Een uitzondering daarop vormen gegevens die in samengevatte of geaggregeerde vorm worden verstrekt, en niet herleidbaar zijn tot afzonderlijke personen of vennootschappen. Een aantal richtlijnen biedt de mogelijkheid daarnaast ook informatie te verstrekken aan andere centrale overheidsdiensten, waaronder, voor zover hier van belang, diensten die bevoegd zijn ter zake van de wetgeving over het toezicht op financiële ondernemingen. Ook in dat geval is verstrekking echter slechts toegestaan indien daartoe een noodzaak bestaat in verband met het prudentiële of bedrijfseconomische toezicht.²

Zoals in 1. is aangegeven, verlegt het voorstel de bevoegdheid tot het afgeven van een vvgb van de Minister van Financiën naar DNB. Gevolg daarvan is dat de minister niet langer de beschikking heeft over de informatie in het dossier over de behandeling van de aangevraagde vvgb. Om dat te voorkomen, bepaalt het voorgestelde artikel 1:93c, eerste lid, Wft dat DNB, in afwijking van artikel 1:89, eerste lid, Wft, de minister uit eigen beweging alle essentiële informatie verstrekt betreffende de behandeling en beoordeling van aanvragen of voorgenomen intrekkingen van vvgb's die betrekking hebben op de vijf grootste banken of verzekeraars gezeteld in Nederland. De Raad merkt hierover het volgende op.

In het kader van de besluitvorming over de afgifte van een vvgb inzake de verwerving of vergroting van gekwalificeerde deelnemingen komt de Minister van Financiën ingevolge het voorstel niet langer een wettelijke bevoegdheid toe. Daarmee dringt de vraag zich op of jegens deze minister nog wel sprake kan zijn van een noodzaak tot het verstrekken van gegevens als hiervoor bedoeld. De toelichting bij artikel I, onderdeel D, van het voorstel zet uiteen dat DNB in staat is om op basis van de aan haar ter beschikking staande informatie te beoordelen wat essentieel is voor de behandeling en beoordeling van aanvragen, en wat «dientengevolge» aan de minister moet worden meegegeeld. De Raad merkt op dat de Minister van Financiën niet langer deelgenoot is in de bevoegdheid tot de afgifte van een vvgb, zodat informatie die essentieel is voor de behandeling en beoordeling hem in zoverre juist niet langer toekomt.³ Het van overeenkomstige toepassing verklaren van artikel 1:42, zevende lid, Wft doet hieraan naar het oordeel van de Raad niet af. Het feit dat de ontvanger van informatie gehouden is op vertrouwelijke wijze met deze informatie om te gaan, maakt immers niet dat daarmee het gesloten systeem van verstrekking (alleen aan in de wet specifiek genoemde personen of instanties) kan worden doorbroken.

Dit alles zou anders liggen indien de implementatie van de richtlijn niet mede vorm zou krijgen door de verlegging van de bevoegdheid van de minister naar DNB. In dat geval zou de Minister van Financiën optreden als de in de richtlijn bedoelde bevoegde autoriteit, zodat de door de richtlijnen vereiste vertrouwelijkheid ook voor hem zou gelden. Dat zou echter grenzen trekken voor gebruik van de betreffende informatie in het kader van de andere verantwoordelijkheden van de minister.

Bij het voorgaande moet worden aangetekend dat het in deze gaat om (informatieverstrekking in het kader van) specifieke toezichtsituaties. De desbetreffende grenzen sluiten niet op voorhand uit dat DNB als de bevoegde autoriteit, met inachtneming van de restricties die gelden voor casusspecifieke informatie (bedrijfsgegevens), de minister in meer algemene zin informeert. Verder moeten situaties als hier bedoeld wel worden onderscheiden van het verstrekken door de toezichthouders van algemene informatie waarover de Minister van Financiën moet kunnen beschikken in verband met zijn systeemverantwoordelijkheid voor het toezichtstelsel, alsmede met zijn (mede)verantwoordelijkheid voor de wetgeving op het terrein van de financiële markten.

De Raad adviseert naar aanleiding van het voorgaande nader in te gaan op de vraag of het voorgestelde artikel 1:93c, eerste lid, Wft zich verdraagt met de in de Wft geïmplementeerde richtlijnbevestigingen inzake een gesloten verstrekkingensysteem. Een positief antwoord op deze vraag ware overtuigend te motiveren, en een negatief antwoord ware te betrekken bij de reactie op het hiervoor onder 1. gegeven advies. Indien noodzakelijk ware het voorstel op dit punt aan te passen.

2. Informatieverstrekking

Zoals de Raad ook benadrukt, is de Minister van Financiën verantwoordelijk voor de stabiliteit van het financiële stelsel. Het is dienstig aan deze verantwoordelijkheid dat de minister te allen tijde voldoende is geïnformeerd over situaties op de financiële markten en de wijze waarop het financiële stelsel is ingericht en welke actoren zich hierbinnen begeven. Ook is het zinvol dat de Minister van Financiën tijdig op de hoogte is als er sprake is van ontwikkelingen met betrekking tot aanzienlijke verschuivingen in aandeelhoudersbelangen in de banken en verzekeraars die te rekenen zijn tot de «big five» omdat deze ondernemingen een grote relevantie hebben voor de stabiliteit van het financiële stelsel. Hiertoe is een bepaling in het wetsvoorstel opgenomen op basis waarvan DNB de minister moet informeren.

Onder 1 is de achtergrond van deze informatieplicht reeds uiteengezet. Omdat DNB de prudentiële toets uitvoert, zal DNB geïnformeerd zijn over de meest recente ontwikkelingen ten aanzien van financiële ondernemingen. Het betreft, zoals de Raad opmerkt, een situatie waarin een gekwalificeerde deelneming zal worden verworven of vergroot in een financiële onderneming zoals genoemd in artikel 3:95 van dit wetsvoorstel. De aanvrager van een verklaring van geen bezwaar zal met het oog op een van DNB te verkrijgen verklaring van geen bezwaar informatie van vertrouwelijke aard ter beschikking moeten stellen aan DNB.

De betrokkenen zullen er veelal een (financieel) belang bij hebben om informatie over mogelijke verwervingen van belangen of zelfs gehele overnames, pas naar buiten te brengen op een tijdstip dat hen past, dan wel een tijdstip waarop er een wettelijke plicht ontstaat voor de ondernemingen in kwestie om deze informatie naar buiten te brengen (gedacht moet worden aan de verplichting om koersgevoelige informatie naar buiten te brengen in bepaalde omstandigheden). Daarnaast beschikt DNB uit hoofde van haar algemene toezichtbevoegdheden over alle relevante informatie die noodzakelijk is om prudentieel toezicht te kunnen houden.

DNB zal aldus, mede in aanmerking genomen dat zij inzicht heeft in en kennis van de soliditeit van alle financiële ondernemingen in Nederland, zelfstandig kunnen beoordelen of de informatie die aan haar wordt medegedeeld door de ondernemingen in kwestie moet worden gekwalificeerd als zijnde relevant om mede te delen aan de Minister van Financiën met het oog op diens verantwoordelijkheid voor het financiële stelsel en de wetgeving die daarop betrekking heeft. De informatieverstrekking aan de Minister van Financiën zal zowel gerechtvaardigd als noodzakelijk zijn, zelfs nu niet langer sprake zal zijn van een in de wet vastgelegde formele beslissingsbevoegdheid van de minister, met het oog op deze verantwoordelijkheid van de Minister van Financiën.

Daar waar normaliter het toezicht op individuele ondernemingen zich in lijn met het toezicht op afstand en de geheimhoudingsbepalingen van de relevante

richtlijnen van de Europese Unie onttrekt aan het zicht van de Minister van Financiën, wordt in dit wetsvoorstel zoals eerder gememoreerd vanuit de zwaarwegende verantwoordelijkheid van de Minister van Financiën voor de stabiliteit van het financiële stelsel geregeld dat DNB de minister tijdig informeert omtrent systeemrelevante voorgenomen deelnemingen en overnames.

De Raad verwijst naar het vertrouwelijke karakter van toezichtinformatie. Deze vertrouwelijkheid blijft geborgd in het wetsvoorstel. De Minister van Financiën zal enkel door DNB geïnformeerd mogen worden met het oog op zijn verantwoordelijkheid voor het financiële stelsel. De Minister van Financiën zal deze informatie strikt vertrouwelijk moeten behandelen.

De Raad merkt op dat de Minister van Financiën, vanwege het vervallen van zijn inhoudelijke en formele taak met betrekking tot de beoordeling van een aanvraag van een verklaring van geen bezwaar, niet langer informatie zou behoren toe te komen die essentieel is voor de behandeling en beoordeling van een aanvraag. Het wetsvoorstel is in lijn gebracht met de gedachte dat de informatie die essentieel is voor behandeling en beoordeling, te weten de concrete financiële soliditeitsafweging die DNB uitvoert, niet aan de Minister van Financiën wordt medegedeeld. De informatieverplichting in het wetsvoorstel ziet na aanpassing daarvan enkel nog op informatie over een aanvraag en de beoordeling daarvan die met het oog op systeemrelevantie van de desbetreffende ondernemingen aan de minister zal moeten worden medegedeeld gelet op zijn verantwoordelijkheden. Deze zwaarwegende verantwoordelijkheid voor de stabiliteit van het stelsel rechtvaardigt dat op dit punt een wettelijke regeling is getroffen die ervoor zorgt dat de Minister van Financiën altijd terdege is geïnformeerd over de spelers die zich begeven op de Nederlandse financiële markten en hoe de verhoudingen in de financiële markten liggen. De informatieverplichting is voorts geclausuleerd opdat helder is welke informatie door DNB aan de Minister van Financiën ter beschikking behoort te worden gesteld. De informatie die DNB aan de Minister van Financiën verschaft, zal daarbij eerst door DNB wordt beoordeeld op relevantie voor de kennis van de Minister van Financiën en zijn inzicht in de financiële sector en de ontwikkelingen daarin. De Minister van Financiën wordt geïnformeerd over de voornemens van de betrokken ondernemingen met betrekking tot de mate waarin en wijze waarop men voornemens is invulling te geven aan de te verwerven gekwalificeerde deelneming, en de wijze waarop DNB een dergelijke invulling beziet. Deze informatie kan relevant zijn voor inzicht van de Minister van Financiën in de financiële sector, mede aangezien de stabiliteit van de sector samenhangt met de wijze waarop deze is ingericht en welke actoren daarbinnen opereren. Ten aanzien van de concrete financiële soliditeitsafweging met betrekking tot met name de cijfermatige beoordeling en de kapitaalsratio's (solvabiliteitsratio's en liquiditeitsratio's), en de wijze waarop DNB deze beoordeelt is een duidelijke begrenzing in het wetsvoorstel aangebracht.

Deze concrete soliditeitsafweging vormt de kern van de toets door DNB wanneer zij een aanvraag van een verklaring van geen bezwaar beoordeelt, en heeft zeer specifiek betrekking op de (soliditeit van) partijen in kwestie en de soliditeit van de plannen die de partijen in kwestie hebben.

Als DNB deze beoordeling uitvoert is er geen grond om aan te nemen dat zij de Minister van Financiën daarover moet informeren met het oog op de verantwoordelijkheid van de minister. Indien DNB op grond van een afweging met betrekking tot de soliditeit tot het oordeel komt dat de gevraagde verklaring van geen bezwaar moet worden geweigerd of slechts onder voorschriften of beperkingen kan worden verstrekt, is DNB niet gehouden om de cijfermatige beoordeling daarvan aan de Minister van Financiën mede te delen. Wel ligt in de rede dat DNB de Minister van Financiën met het oog op diens verantwoordelijkheden informeert hoe DNB hier tegenaan kijkt. De Minister van Financiën zal gehouden zijn om deze informatie vertrouwelijk te behandelen. Ook dit wordt geregeld in het wetsvoorstel.

Gelet op het feit dat de Minister van Financiën door DNB enkel hoeft te worden geïnformeerd na een beoordeling door DNB of sprake is van voor de minister relevante informatie die betrekking heeft op de systeemrelevantie van de desbetreffende instellingen en op de soliditeit en de stabiliteit van de

financiële sector en de actoren daarin, gelet op het feit dat de informatie die moet worden verstrekt is geclausuleerd, en gelet op het gegeven dat de door DNB verstrekte informatie vertrouwelijk zal worden behandeld door de Minister van Financiën, verzet de systematiek van het wetsvoorstel zich niet tegen de systematiek van de Wet op het financieel toezicht en is deze in lijn met de zwaarwegende verantwoordelijkheden die de Minister van Financiën, zoals de Raad in zijn advies ook aangeeft, heeft, hoewel die laatstgenoemde verantwoordelijkheden niet (expliciet) in de Wet op het financieel toezicht tot uitdrukking komen.

3. Implementatietermijn

Ingevolge artikel 7, eerste lid, van de richtlijn verstrijkt de termijn voor implementatie op 21 maart 2009. Het is onwaarschijnlijk dat deze termijn wordt gehaald. De toelichting biedt geen inzicht in de mogelijke gevolgen van het overschrijden van de implementatietermijn.

De Raad wijst er op dat na het verstrijken van de implementatietermijn de Nederlandse wetgeving, ook voor zover de richtlijn nog niet is omgezet, zoveel mogelijk richtlijnconform dient te worden toegepast. De thans bestaande toets ingevolge de artikelen 3:95 en 3:96 juncto 3:97 Wft dient aldus te worden ingevuld conform de limitatieve criteria uit de richtlijn.¹

Voor zover de opvatting zou zijn dat het overgangartikel 8, tweede lid, van de richtlijn ruimte biedt voor het toepassen van het nationale recht, zonder richtlijnconforme interpretatie, na het verstrijken van de implementatiedatum, is de Raad niet op voorhand overtuigd van de juistheid van zo'n opvatting. Een dergelijk standpunt zou immers afbreuk doen aan de betekenis van de implementatiedatum, alsmede aan rechten die derden aan een richtlijn kunnen ontleen.

De Raad beveelt aan de toelichting in het licht van het bovenstaande aan te vullen.

3. Implementatietermijn

De richtlijn diende per 21 maart 2009 te zijn omgezet in Nederlandse wetgeving. De omstandigheden op de financiële markten van het afgelopen jaar en de belasting die deze met zich hebben gebracht voor het ministerie van Financiën hebben ertoe geleid dat de omzetting van de richtlijn in nationale wetgeving is vertraagd. Vanaf 21 maart moet de nationale wetgeving op dit punt richtlijnconform worden geïnterpreteerd en toegepast. Hiervoor is reeds toegelicht dat DNB de Wet op het financieel toezicht reeds richtlijnconform interpreteert en toepast.

Naar aanleiding van de opmerking van de Raad van State over de toepassing van artikel 8, tweede lid van de richtlijn, is de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel op dit punt aangevuld. In artikel 8, tweede lid, is een overgangsbepaling opgenomen. In de bepaling is vastgelegd dat aanvragen die voor inwerkingtreding van nationale wet- en regelgeving ter implementatie van de richtlijn zijn ingediend bij de toezichthouder, worden beoordeeld op basis van de nationale wetgeving die op het moment van de indiening van de aanvraag van kracht was. Ik deel de mening van de Raad dat deze overgangsbepaling geen ruimte biedt voor toepassing van het nationale recht zonder richtlijnconforme interpretatie.

Met de redactionele kanttekeningen van de Raad is rekening gehouden.

Van de gelegenheid is tevens gebruik gemaakt om de memorie van toelichting op enkele punten duidelijker te formuleren. Tevens is nadrukkelijker vermeld dat systeemaspecten van deelnemingen en overnames in de financiële sector onder de vigeur van de richtlijn immer betrokken blijven bij een beoordeling van een dergelijke deelneming of overname in de beoordeling van de soliditeit daarvan.

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

¹ Zie ook de arresten van het Hof van Justitie in zaken C-106/89, Marleasing, juris. 1990, I-4135 en C-397/01, Pfeiffer, juris. 2004, I-8835.

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

Bijlage bij het advies van de Raad van State betreffende no. W06.08.0586/III met redactionele kanttekeningen die de Raad in overweging geeft.

- In het voorgestelde onderdeel b, van artikel 1:105, eerste lid, Wft «als bedoeld in artikel 5:32» vervangen door: als bedoeld in artikel 5:32d.
- Het opschrift aanvullen met de citeertitel, aanwijzing 108 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.