

No.W06.13.0026/III

's-Gravenhage, 8 april 2013

Bij Kabinetsmissive van 4 februari 2013, no.13.000182, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Financiën, mede namens de Minister van Veiligheid en Justitie, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot wijziging van de Wet op het financieel toezicht en enige andere wetten (Wijzigingswet financiële markten 2014), met memorie van toelichting.

Het wetsvoorstel bevat, als onderdeel van de jaarlijkse wijzigingscyclus van nationale regelgeving op het terrein van de financiële markten, een omvangrijk aantal wijzigingen van diverse wetten op dat terrein. De Afdeling advisering van de Raad van State maakt naar aanleiding van het wetsvoorstel een aantal opmerkingen. De Afdeling plaatst kritische kanttekeningen bij de invoering van een algemene publiekrechtelijke zorgplicht, de voorgestelde aanpassing van de geheimhoudingsbepalingen om uitwisseling van informatie in het Financieel Expertise Centrum (FEC) mogelijk te maken, en de introductie van de mogelijkheid voor de Accountantskamer om de gronden van een klacht ambtshalve aan te vullen. Voorts maakt de Afdeling opmerkingen over de introductie van nieuwe kapitaalbuffers voor banken en beleggingsondernemingen en de invoering van toezicht op afwikkelondernemingen. Zij is van oordeel dat in verband daarmee het voorstel deels nader dient te worden overwogen.

1. Introductie in de Wft van een algemene zorgplicht

1.1 Noodzaak en reikwijdte

Het voorgestelde artikel 4:24a Wft introduceert, naast de specifieke bepalingen in de Wft inzake een zorgvuldige behandeling van cliënten door financiële dienstverleners, een algemene zorgplicht voor financiële dienstverleners. Artikel 4:24a, eerste lid, Wft bepaalt dat een financiële dienstverlener op zorgvuldige wijze de gerechtvaardigde belangen van de consument of begunstigde in acht neemt. Het tweede lid bepaalt dat indien een financiële dienstverlener adviseert, deze daarbij handelt in het belang van de consument of begunstigde. De Afdeling merkt hierover het volgende op.

*a. Noodzaak van de voorgestelde zorgplicht; het civiele recht*

De memorie van toelichting merkt ter onderbouwing van de noodzaak van de invoering in de Wft van een algemene zorgplicht onder meer op dat veel financiële producten dermate ingewikkeld zijn dat volledige transparantie, in de vorm van complete en tegelijkertijd begrijpelijke informatie voor de consument, moeilijk te realiseren is. Voorts zorgen niet alleen de complexiteit, maar ook de lange looptijd van veel financiële producten ervoor dat vaak pas na enkele jaren duidelijk wordt of het product voldoet aan de doelstelling en behoefte van de consument. Verder leert de ervaring dat zelfs wanneer een consument over alle voorhanden informatie beschikt en deze informatie tot zich heeft genomen, dit nog niet garandeert dat deze consument vervolgens op rationele wijze voor hem of haar passende beslissingen neemt. Het is daarom wenselijk dat financiële dienstverleners een zekere zorgplicht jegens hun klanten hebben, aldus de toelichting. Daarnaast merkt de toelichting op dat de afgelopen jaren duidelijk is geworden dat de ontwikkelingen in de financiële sector soms sneller gaan

dan de ontwikkeling van regelgeving. Hierdoor kan bij gebreke van een wettelijke basis niet altijd tijdig worden ingegrepen bij schadelijk marktgedrag dat onder andere voortkomt uit informatiescheefheid, terwijl dit marktgedrag vergaande (financiële) gevolgen kan hebben voor consumenten en uiteindelijk voor het vertrouwen in de financiële markten. Een vangnet achter de verschillende specifieke normen die consumenten beogen te beschermen is daarom wenselijk, aldus de toelichting.

In de toelichting wordt opgemerkt dat ook het civiele recht een algemene zorgplicht kent. Daarbij wordt gewezen op artikel 401 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, dat bepaalt dat een opdrachtnemer bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht moet nemen. De Afdeling wijst erop dat de Hoge Raad in het civiele recht, naast de genoemde zorg van een goed opdrachtnemer, ook een bijzondere zorgplicht voor financiële instellingen aanneemt. De zorg waartoe een financiële instelling jegens een cliënt gehouden is, gaat daarbij verder dan de zorg die contractspartijen onder normale omstandigheden jegens elkaar in acht moeten nemen. De bijzondere zorgplicht van een financiële instelling vloeit volgens vaste rechtspraak voort uit de bijzondere functie die financiële instellingen in het maatschappelijk verkeer vervullen, waarbij zij als bij uitstek deskundig te achten professionele financiële dienstverleners bij het publiek een bepaald vertrouwen genieten.<sup>1</sup> Deze bijzondere zorgplicht heeft zowel betrekking op de zorg die een instelling jegens haar particuliere cliënten (in het kader van een contractuele relatie) in acht moet nemen<sup>2</sup>, als op zorg die zij onder omstandigheden jegens bepaalde derden moet betrachten.<sup>3</sup> De Hoge Raad oordeelde dat de strekking van de bijzondere zorgplicht het beschermen van cliënten tegen het gevaar van eigen lichtzinnigheid of gebrek aan inzicht is. De omvang van de zorgplicht hangt af van de omstandigheden van het geval, waaronder de eventuele deskundigheid van de cliënt en diens inkomens- en vermogenspositie.<sup>4</sup>

De Afdeling concludeert dat aan de noodzaak voor bescherming van de afnemers van financiële diensten door de bovengenoemde brede bijzondere zorgplicht in het civiele recht al tegemoet is gekomen. Financiële dienstverleners hebben nu reeds een bijzondere zorgplicht jegens hun klanten. Deze is niet, zoals in de toelichting wordt opgemerkt, beperkt tot opdrachtverhoudingen. Naar het oordeel van de Afdeling zal daarom de noodzaak van een aanvullende, publiekrechtelijke zorgplicht toereikend moeten worden gemotiveerd.

De toelichting merkt op dat waar het civiele recht het primaat voor het aanhangig maken van een geschil in beginsel bij de partijen zelf legt, het publiekrecht handhaving door een toezichthouder mogelijk maakt. Omdat consumenten de nadelige gevolgen van een financieel product vaak niet kunnen overzien en de weg naar de civiele rechter voor de individuele consument vaak moeilijk is, kan een publiekrechtelijke algemene zorgplicht een wezenlijke aanvulling vormen op het systeem van consumentenbescherming dat reeds bestaat op grond van de civielrechtelijke, tot opdrachtverhoudingen beperkte zorgplicht, aldus de toelichting.

De Afdeling onderkent dat de invoering van een publiekrechtelijke zorgplicht handhaving door de toezichthouder mogelijk maakt, zonder dat naleving van deze zorgplicht daarmee afhankelijk is van een gang naar de civiele rechter door een door

---

<sup>1</sup> Zie onder meer HR 23 mei 1997, NJ 1998/192.

<sup>2</sup> Zie voor de achtergrond en het doel van de zorgplicht voor cliënten onder meer HR 11 juli 2003, NJ 2005/103.

<sup>3</sup> Zie onder meer HR 23 december 2005, NJ 2006, 289.

<sup>4</sup> HR 26 juni 1998, NJ 1998, 660.

een zorgplichtschending getroffen consument. Handhaving door de AFM zal op grond van het voorstel geschieden door het geven van een aanwijzing. De toelichting vermeldt niet wat de inhoud van een dergelijke aanwijzing zou (kunnen) zijn. Het ligt in de rede dat de aanwijzing in ieder geval zal inhouden dat de onderneming in het vervolg, ter voorkoming van financieel nadeel van de consument, van een bepaalde, met de zorgplicht strijdige, handelwijze dient af te zien. De Afdeling merkt echter op dat de bestaande bevoegdheden<sup>5</sup> van de AFM in het algemeen voldoende mogelijkheden bieden om in te grijpen als financiële dienstverleners bij het aanbieden van producten (dreigen te) handelen in strijd met hun civielrechtelijke zorgplicht.

De Afdeling gaat ervan uit dat het niet de bedoeling is dat de AFM met het geven van een aanwijzing een onderneming ook kan verplichten om ten aanzien van reeds geleden schade een bepaalde gedragslijn te volgen. Naar de mening van de Afdeling volgt uit de aard van het gedragstoezicht dat dit betrekking heeft op toekomstig gedrag en niet op herstel van verzuimen in het verleden. Dit ware in de toelichting te verduidelijken. Dit heeft ook tot gevolg dat een consument die al is getroffen door een schending van de publiekrechtelijke zorgplicht om schadeloosstelling te verkrijgen, toch nog steeds de gang naar de civiele rechter zal dienen te maken. De Afdeling stelt vast dat ook om die reden het voorstel weinig toegevoegde waarde heeft.

#### *b. Reikwijdte*

De toelichting vermeldt dat de algemene zorgplicht voor financiële dienstverleners geen afbreuk doet aan 'de eigen verantwoordelijkheid van consumenten om zich naar vermogen te informeren over en op een prudente wijze om te gaan met het afnemen van financiële producten, alsmede correcte informatie te verstrekken aan de financiële dienstverlener'.<sup>6</sup> De financiële dienstverlener dient in de uitvoering van zijn zorgplicht rekening te houden met de 'gerechtvaardigde belangen van de cliënt'. Dat zijn, volgens de toelichting, belangen die al dan niet rechtstreeks door de financiële dienstverlening worden geraakt en wier behartiging in redelijkheid van een financiële dienstverlener kan worden verwacht.<sup>7</sup>

De Afdeling is van oordeel dat de voorgestelde publiekrechtelijke zorgplicht, zoals uitgelegd in de toelichting, een wel zeer ruim bereik heeft. Op de financiële dienstverlener komt op grond van het voorstel een zware verantwoordelijkheid tot behartiging van het belang van de consument te rusten. De Afdeling wijst daarbij ook op de hiervoor, onder a al aangehaalde opmerking in de toelichting dat 'verder blijkt dat zelfs wanneer een consument over alle voorhanden informatie beschikt en deze informatie tot zich heeft genomen, daaruit niet per definitie kan worden geconcludeerd dat een consument vervolgens op rationele wijze voor hem of haar passende beslissingen neemt'. Dit gegeven vormt blijkens de toelichting mede de noodzaak voor een bijzondere zorgplicht in de Wft.

Waar de consument weliswaar de verantwoordelijkheid draagt om zich naar vermogen te informeren, lijkt de financiële dienstverlener er voor verantwoordelijk te worden dat

<sup>5</sup> Bijvoorbeeld in het kader van de handhaving - bijvoorbeeld door middel van het geven van een aanwijzing ex. Artikel 1:75 Wft - van de bij en krachtens Afdeling 4.2.3 'Zorgvuldige dienstverlening', gestelde regels. Het betreft bijvoorbeeld gedetailleerde regels ter zake van de verstrekking van informatie over financiële producten voorafgaand aan de totstandkoming van en tijdens de looptijd van een overeenkomst inzake financiële dienstverlening. Daarbij kan voorts worden gewezen op de invoering van ex ante toezicht op de ontwikkeling van financiële producten.

<sup>6</sup> Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 2, onderdeel c.

<sup>7</sup> Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 2, onderdeel b.

de consument uiteindelijk een passende beslissing neemt.<sup>8</sup> De Afdeling is er niet van overtuigd dat een dergelijke verdeling van verantwoordelijkheid tussen de financiële dienstverlener en de consument recht doet aan de eigen verantwoordelijkheid van de consument. Met een zodanig vergaande publiekrechtelijke zorgplicht valt zelfs niet uit te sluiten dat de consument slechts een beperkt verantwoordelijkheidsbesef aan de dag zal leggen, nu de verantwoordelijkheid voor de bescherming van zijn belang in belangrijke mate bij de financiële dienstverlener zal komen te berusten.

In het licht van al bovenstaande is de Afdeling niet overtuigd van het nut en de noodzaak van een zo vergaande publiekrechtelijke zorgplicht. Zij adviseert daarom de invoering van een publiekrechtelijke zorgplicht nader te overwegen.

Onverminderd het bovenstaande merkt de Afdeling het volgende op.

### 1.2 Nadere regulering van de zorgplicht

Het voorgestelde artikel 4:24a, derde lid, Wft biedt een grondslag om bij of krachtens algemene maatregel van bestuur nadere voorschriften vast te stellen ter invulling van de zorgplicht. Het doel van deze delegatiegrondslag is volgens de toelichting tweeledig. Enerzijds biedt deze bepaling de wetgever de mogelijkheid om naar aanleiding van (nieuwe) ontwikkelingen in de financiële sector de algemene zorgplicht nader in te vullen. Anderzijds kan het derde lid als grondslag dienen om, indien dit wenselijk wordt geacht, naar aanleiding van concrete schendingen van de algemene zorgplicht de nadere invulling van de algemene zorgplicht ook in regelgeving vast te leggen.<sup>9</sup>

De Afdeling merkt op dat de voorgestelde algemene zorgplicht in de Wft ertoe strekt om als vangnet te fungeren onder de reeds bestaande specifieke voorschriften voor financiële dienstverleners. Een dergelijke vangnetbepaling is naar haar aard onbepaald. De Afdeling meent dat het in dat licht niet voor de hand ligt om de vangnetbepaling bij lagere regeling nader in te vullen. Daarmee wordt afbreuk gedaan aan het vangnetkarakter van de bepaling.

Onverminderd het feit dat een nadere concretisering of invulling in strijd moet worden geacht met het karakter van de vangnetbepaling, merkt de Afdeling verder nog op dat, nu de reikwijdte van de zorgplichtbepaling naar haar aard onbepaald is, de grondslag voor nadere regelgeving dat eveneens is. De grondslag biedt de mogelijkheid nadere regels te stellen 'met betrekking tot het eerste en tweede lid.' De Afdeling acht een dergelijke onbegrensde grondslag voor nadere regelgeving onwenselijk.

De Afdeling adviseert het voorgestelde artikel 4:24a, derde lid, Wft te schrappen.

## 2. Introductie van een nieuwe kapitaalbuffer

Het voorgestelde artikel 3:62a Wft introduceert een grondslag om aan banken en beleggingsondernemingen kapitaaleisen te stellen, in aanvulling op de bestaande eisen aan het eigen vermogen, de solvabiliteit en de liquiditeit. Een bank of

<sup>8</sup> Ziet de Afdeling het goed, dan rust op de financiële dienstverlener op grond van de voorgestelde zorgplicht zelfs de verplichting om af te zien van het aangaan van overeenkomsten waar de klant, toereikend geïnformeerd, uitdrukkelijk om verzoekt, indien hij er niet zeker van is dat het product te alle tijden zal voldoen aan de doelstelling en behoefte van de consument (hetgeen vaak pas op termijn vastgesteld kan worden).

<sup>9</sup> Memorie van toelichting, artikelsgewijze toelichting bij artikel I, onderdeel RRR.

beleggingsonderneming dient op grond van artikel 3:62a te beschikken over een bij algemene maatregel van bestuur uit te werken kapitaalbuffer. De kapitaalbuffer is bedoeld om naast de normale solvabiliteit extra ruimte te creëren om tijdelijke schokken in de kapitaalpositie op te vangen en fungeert aldus in zekere zin als extra stootkussen.

De toelichting geeft aan dat een algemene maatregel van bestuur de kapitaalbuffer zal onderscheiden in drie soorten: een systeemrelevantiebuffer voor systeemrelevante banken en beleggingsondernemingen, een instellingsspecifieke anticyclische kapitaalbuffer en een kapitaalconserveringsbuffer.<sup>10</sup> De laatste twee buffers (die voor alle banken gelden)<sup>11</sup> komen voort uit de ontwerp-richtlijn 'CRD IV'<sup>12</sup>, die het kapitaalakkoord Bazel III beoogt om te zetten in EU-regelgeving. De systeemrelevantiebuffer is de nationale pendant van de door de Financial Stability Board geïntroduceerde kapitaalbuffer voor mondiaal systeemrelevante banken.

De Afdeling merkt hierover het volgende op.

*a. uitwerking van de kapitaalbuffer*

De essentiële onderdelen van de regeling met betrekking tot de kapitaalbuffer zijn niet opgenomen in het onderhavige voorstel. In plaats daarvan wordt opgemerkt dat de desbetreffende regeling bij of krachtens algemene maatregel van bestuur zal worden uitgewerkt. Hierbij kan worden bepaald dat de omvang van onderdelen van de kapitaalbuffer kan worden vastgesteld bij besluit van DNB.

Hoewel de uitwerking van de regeling een technisch karakter heeft, zijn de hoofdlijnen van de regeling en de veronderstellingen die daaraan ten grondslag liggen van wezenlijk belang. De uiteindelijke hoogte van de kapitaalbuffer zal het risico van een systeemcrisis beïnvloeden, alsmede het risicoprofiel van individuele instellingen. Voorts kan de hoogte ook de ruimte van banken om krediet te verstrekken beïnvloeden, alsmede de door banken in rekening te brengen tarieven en de concurrentiepositie van banken onderling. Het gaat hierbij veelal om tegengestelde belangen.

De Afdeling realiseert zich dat in de loop der jaren veel bancaire regelgeving is uitgewerkt in lagere regelgeving, ook op het niveau van de toezichhouders. Daardoor is de rol van de wetgever in formele zin op dit terrein dienovereenkomstig geleidelijk beperkter geworden. In het licht van het primaat van de wetgever dienen de belangrijkste keuzen echter door de wetgever zelf te worden gemaakt; zij mogen niet worden overgelaten aan de lagere regelgever. Dit geldt in dit geval te meer nu het hier niet gaat om een implementatie die de Nederlandse wetgever geen eigen afwegingsruimte biedt, en het lidstaten vrij staat aan de systeemrelevantiebuffer invulling te geven.

<sup>10</sup> Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 3.

<sup>11</sup> Voor systeemrelevante banken gelden aldus alle drie de buffers cumulatief.

<sup>12</sup> Ontwerp-richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de toegang tot de werkzaamheden van kredietinstellingen en het bedrijfseconomisch toezicht op kredietinstellingen en beleggingsondernemingen en tot wijziging van Richtlijn 2002/87/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende het aanvullende toezicht op kredietinstellingen, verzekeringsondernemingen en beleggingsondernemingen in een financieel conglomeraat. COD 2011/0203. Over de ontwerp-richtlijn is op 3 maart 2013 een politiek akkoord in de Raad bereikt.

De Afdeling adviseert de belangrijkste elementen, met name de aard van de drie onderscheiden kapitaalbuffers, in de wet zelf op te nemen en eventuele (sub)delegatie te motiveren en te clausuleren.

*b. kapitaalconserveringsplan en handhaving door DNB*

Het voorgestelde artikel 3:62a, tweede lid, onderdeel b, Wft bepaalt dat een onderneming, indien zij niet voldoet aan de kapitaalbuffereisen, een kapitaalconserveringsplan ter goedkeuring aan DNB dient voor te leggen. In dat plan wordt aangegeven welke maatregelen de onderneming voornemens is te treffen om te gaan voldoen aan die kapitaalbuffereisen. Indien DNB haar goedkeuring aan het plan onthoudt, kan DNB op grond van het voorgestelde artikel 3:62a, vierde lid, onderdeel a, Wft voorschrijven dat de onderneming een groter toetsingsvermogen dient aan te houden dan op grond van artikel 3:57 Wft is voorgeschreven.

De Afdeling merkt op dat deze regeling zo gelezen kan worden dat de op grond van deze regeling voorgeschreven vergroting van het toetsingsvermogen<sup>13</sup> komt naast de eis om de kapitaalbuffer te herstellen. Indien deze interpretatie juist is, lijkt de onderneming daarmee te worden geconfronteerd met een grotere herstelopdracht dan wordt gerechtvaardigd door de aard van de kapitaalbuffer (stootkussen dat mag indeuken). De onderneming zal dan naast het hogere toetsingsvermogen ook het herstel van de kapitaalbuffer moeten realiseren. Indien het daarentegen slechts de bedoeling is dat DNB kan voorschrijven dat op de voorgeschreven datum de kapitaalbuffer weer volledig zal zijn hersteld, adviseert de Afdeling dit zo te verwoorden.

De Afdeling adviseert de toelichting in het licht van het bovenstaande te verduidelijken en zo nodig het voorstel aan te passen.

*c. systeemrelevantiebuffer*

Zoals hierboven reeds is opgemerkt, zal een van de elementen van de bij amvb voor te schrijven kapitaalbuffer de zogenoemde systeemrelevantiebuffer zijn die zal gelden voor banken en beleggingsondernemingen die op nationaal niveau systeemrelevant zijn.<sup>14</sup>

In november 2012 heeft het Bazels Comité voor Banktoezicht de definitieve versie vastgesteld van het 'framework for dealing with domestic systemically important banks.' Dit document geeft principes<sup>15</sup> waarmee rekening dient te worden gehouden bij het reguleren van systeemrelevante instellingen op nationaal niveau.<sup>16</sup> De regels van het Bazels Comité laten de mogelijkheid open om, afhankelijk van de lokale omstandigheden, al dan niet te kiezen voor een zekere differentiatie.

Wat betreft de samenstelling van de systeemrelevantiebuffer wordt in de toelichting opgemerkt dat afhankelijk van de mate van systeemrelevantie, de desbetreffende bank of beleggingsonderneming additioneel kernkapitaal ter grootte van één tot drie procent

<sup>13</sup> Het toetsingsvermogen vormt, ingevolge artikel 3:57, derde lid, de uitdrukking van de, op grond van artikel 3:57, eerste lid, aan te houden solvabiliteit.

<sup>14</sup> Deze buffer is een aanvulling op de systeemrelevantiebuffer voor instellingen die op mondiaal niveau systeemrelevant zijn (G-SIB's) en waar internationale regelgeving op van toepassing zal zijn

<sup>15</sup> "principle based"

<sup>16</sup> Om misverstanden te voorkomen wijst de Afdeling er op dat het framework thans nog niet in regelgeving is opgenomen.

van de naar risico gewogen activa (rwa) zal moeten aanhouden (differentiatie). Ziet de Afdeling het goed, dan is sprake van systeemrelevantie indien een faillissement van financiële onderneming de stabiliteit van het gehele financieel stelsel in gevaar brengt. In die redenering ligt het niet voor de hand om binnen de categorie instellingen die (nationaal) systeemrelevant zijn te gaan differentiëren naar de mate van systeemrelevantie, door middel van de invoering van een bandbreedte van één tot drie procent van de rwa, voor de aanvullende buffer (in wezen naar de mate waarin de stabiliteit van het financieel systeem metterdaad in gevaar wordt gebracht). Indien de regering heeft beoogd een andere definitie van systeemrelevantie te hanteren, ligt differentiatie wellicht wel voor de hand. De toelichting biedt hierin naar het oordeel van de Afdeling onvoldoende inzicht.

De Afdeling adviseert de toelichting in het licht van het bovenstaande aan te vullen en zo nodig het voorstel aan te passen.

### 3. Toezicht op afwikkelondernemingen

Een belangrijk onderdeel van het voorstel wordt gevormd door de invoering van toezicht op zogenoemde 'afwikkelondernemingen'. Het voorstel introduceert voor afwikkelondernemingen een meldingsplicht bij de Nederlandsche Bank (DNB). Indien het aantal door de onderneming met betrekking tot girale betalingstransacties verleende afwikkeldiensten in een bepaald jaar een vooraf vastgestelde drempel overschrijdt, wordt de onderneming vergunningplichtig en dient zij bij DNB een vergunning aan te vragen. In alle gevallen dienen afwikkelondernemingen te voldoen aan de algemene voorschriften die zijn opgenomen in de Delen 3 en 4 van de Wft.

De Afdeling merkt hierover het volgende op.

#### *a. reikwijdte van het toezicht*

a.1. Het toezicht richt zich op afwikkelondernemingen. Een afwikkelonderneming is, ingevolge de voorgestelde aanpassing van artikel 1:1 Wft, degene die afwikkeldiensten verleent. Afwikkeldiensten zijn werkzaamheden, gericht op het doorzenden van verzoeken die betrekking hebben op de goedkeuring van betaalopdrachten, het goedkeuren van dergelijke verzoeken namens een betalende betaaldienstverlener en het salderen. Salderen is het vaststellen van geldelijke vorderingen of verplichtingen van betaaldienstverleners uit hoofde van betaalopdrachten van betaaldienstgebruikers.

Om dit onderdeel van het voorstel goed te kunnen beoordelen, acht de Afdeling het nodig de plaats en de rol van de afwikkelondernemingen in het betalingsverkeer te bezien. Een betalingstransactie wordt hierbij gezien als een betaling ten laste van een betaalrekening van een opdrachtgever<sup>17</sup> bij een bank<sup>18</sup> ten gunste van een betaalrekening van de begunstigde bij dezelfde of een andere bank.<sup>19</sup> Bij de uitvoering van betalingstransacties door banken vindt verrekening tussen banken onderling plaats, die kan leiden tot veranderingen in de saldi van rekeningen die banken onderling en bij centrale banken aanhouden. Hierbij maken de banken gebruik van door diverse ondernemingen aangeboden systemen die binnen de financiële wereld

<sup>17</sup> Doorgaans is de opdrachtgever een cliënt, maar de bank kan ook zelf op eigen naam rekeningen aanhouden en opdrachtgever zijn

<sup>18</sup> Of andere betaaldienstverlener.

<sup>19</sup> Ter wille van de inzichtelijkheid beperkt de Afdeling zich tot de hoofdlijnen van het proces.

doorgaans worden aangeduid als *clearing and settlement systems*. Indien de goede werking van deze systemen niet gewaarborgd is, kan systeemrisico ontstaan. Er bestaan in dit verband, kort gezegd, 3 categorieën systemen<sup>20</sup> : (i) systemen gericht op hoogwaardig betalingsverkeer dat vooral is gericht op grote betalingen tussen banken onderling, (ii) systemen die vooral zijn gericht op retail betalingstransacties waarbij de verrekening tussen de banken plaatsvindt op basis van netto posities en (iii) systemen die de uitvoering van bepaalde typen betalingen faciliteren (bijvoorbeeld door betaling met een internetkassa mogelijk te maken).

Ziet de Afdeling het goed, dan kan onder het begrip ‘afwikkelonderneming’ op grond van het voorstel een veelheid aan, zeer diverse partijen worden begrepen die zijn betrokken bij girale betalingstransacties. Het is daarom van belang dat voldoende duidelijk is welke ondernemingen onder het voorgestelde wettelijk toezichtkader zullen komen te vallen. Uit de toelichting kan worden afgeleid dat wordt beoogd alleen toezicht te introduceren op afwikkelondernemingen die werkzaamheden verrichten in het kader van giraal retail betalingsverkeer.<sup>21</sup> De twee andere hierboven genoemde categorieën vallen buiten het voorstel. Het voorstel bevat echter niet een dergelijke beperking tot retail betalingsverkeer.<sup>22</sup>

De Afdeling adviseert tekst en toelichting op elkaar af te stemmen en daarbij de toelichting te verduidelijken met enkele voorbeelden van ketens van afwikkelondernemingen.

Onverminderd het bovenstaande merkt de Afdeling het volgende op.

a.2. In de toelichting wordt opgemerkt dat ‘teneinde een mogelijk misverstand te voorkomen, telecombedrijven die de verzoeken doorzenden, niet onder de definitie van “afwikkelonderneming” vallen.’<sup>23</sup> De Afdeling onderschrijft dat als uitgangspunt, maar merkt op dat de definitie<sup>24</sup> van afwikkelonderneming telecomondernemingen niet lijkt uit te sluiten. Zij wijst er vervolgens op dat onduidelijkheid kan ontstaan bij ondernemingen zoals SWIFT<sup>25</sup> (daargelaten of in het voorbeeld van SWIFT Nederlands toezicht van toepassing is), die met een dergelijke beperking van de reikwijdte mogelijk geheel of voor een deel buiten het toezicht vallen. Dat ligt bij dergelijke ondernemingen niet voor de hand.

De Afdeling adviseert de toelichting in het licht van het bovenstaande aan te vullen en zo nodig het voorstel aan te passen.

#### *b. verhouding tot richtlijn betaaldiensten*

In de toelichting wordt ingegaan op de verhouding van het onderhavige voorstel tot de verordening betreffende over-the-counter-derivaten, centrale tegenpartijen en transactieregisters (EMIR).<sup>26</sup> Deze verordening is, zoals de toelichting opmerkt, niet van toepassing op ondernemingen die diensten verrichten ter zake van het retail

<sup>20</sup> Deze indeling in drie categorieën sluit aan bij de thans door DNB gehanteerde systematiek voor aanbieders voor het vrijwillige toezicht van DNB: de zogenaamde oversight taak.

<sup>21</sup> Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 2.

<sup>22</sup> Bijvoorbeeld in de artikelen 2:3.0a en 2:3.0b Wft.

<sup>23</sup> Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 2, onderdeel b.

<sup>24</sup> In het bijzonder onderdeel a. van de definitie van afwikkelonderneming.

<sup>25</sup> Society for Worldwide Interland Financial Telecommunication.

<sup>26</sup> European Market Infrastructure Regulation. Verordening 648/2012 van het Europees Parlement en de Raad, van 4 juli 2012 betreffende otc-derivaten, centrale tegenpartijen en transactieregisters (PbEU 2012/201).

betalingsverkeer. De toelichting gaat echter niet in op de verhouding van het onderhavige voorstel tot de richtlijn betaaldiensten.<sup>27</sup> Deze richtlijn vormt de basis onder de Single Euro Payments Area (SEPA). SEPA heeft blijkens de toelichting tot gevolg dat nieuwe instellingen delen van het Nederlandse retail betalingsverkeer gaan verwerken. Dit vormt vervolgens ten minste voor een deel de aanleiding voor de invoering van toezicht op afwikkelondernemingen.<sup>28</sup> Er is blijkens de toelichting dus een rechtstreeks verband tussen de activiteiten die vallen onder het regime van de richtlijn betaaldiensten en afwikkeldiensten.

De Afdeling signaleert dat sommige werkzaamheden die vallen onder de (brede) definitie van afwikkeldiensten in artikel 1:1 Wft ook lijken te vallen onder een van de in de richtlijn betaaldiensten geformuleerde definities van betaaldiensten.<sup>29</sup> In dat geval is de onderneming onderworpen aan het toezicht op betaaldienstverleners op grond van de richtlijn betaaldiensten.

De Afdeling merkt voorts op dat in de reacties op de consultatie van het voorstel is gewezen op een voornemen van de Europese Commissie om dit jaar te komen met voorstellen tot aanpassing van de richtlijn betaaldiensten. Het toezicht op afwikkelondernemingen zou daarvan deel uitmaken. Als de Europese Commissie metterdaad met dergelijke voorstellen komt, ligt het niet in de rede daarop thans vooruit te lopen.

De Afdeling adviseert de toelichting in het licht van het voorgaande aan te vullen en zo nodig het voorstel aan te passen.

#### *c. toezicht*

Thans oefent DNB toezicht uit op basis van vrijwilligheid, waarbij als richtsnoer worden gehanteerd de *Principles for Financial Market Infrastructures*. Uit de toelichting leidt de Afdeling af dat deze principes moeten worden gezien als een invulling van de inhoudelijke bepalingen van het voorstel zoals neergelegd in het voorgestelde artikel 2:3.0d Wft. De toelichting is hierover echter niet expliciet. De Afdeling adviseert de toelichting op dit punt te verduidelijken.

#### *d. gedragstoezicht op afwikkelondernemingen*

Het voorgestelde artikel I, onderdeel BBBB, introduceert, naast het prudentieel toezicht, tevens gedragstoezicht op afwikkelondernemingen. Het voorgestelde artikel 4:76a bepaalt dat een afwikkelonderneming zorg draagt voor het tijdig en efficiënt verlenen van haar diensten en beschikt over mechanismen waarmee periodiek het kostenniveau, prijsniveau en serviceniveau en de efficiëntie van de door haar verleende diensten worden beoordeeld. Het voorgestelde artikel 4:76b bepaalt onder meer dat een afwikkelonderneming de betaaldienstverleners waarmee zij een overeenkomst heeft gesloten, inzicht biedt in de financiële risico's en de kosten die zijn verbonden aan de afwikkeldiensten.

<sup>27</sup> Richtlijn 2007/64/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 november 2007 betreffend/e betalingsdiensten in de interne markt tot wijziging van de Richtlijnen 97/7/EG, 2002/65/EG, 2005/60/EG en 2006/48/EG, en tot intrekking van Richtlijn 97/5/EG.

<sup>28</sup> Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 2, onderdeel a.

<sup>29</sup> Bijvoorbeeld punt 7 van de Bijlage die als betaaldienst definieert: Uitvoering van betalingstransacties waarbij de instemming van de betaler met een betalingstransactie wordt doorgegeven met behulp van een telecommunicatie-, digitaal of IT-instrument en de betaling rechtstreeks geschiedt aan de exploitant van de telecommunicatiediensten, het IT-systeem of het netwerk, die louter optreedt als intermediair tussen de betalingsdienstgebruiker en de persoon die de goederen levert of de diensten verricht.

De genoemde wettelijke voorschriften zien blijkens het voorgaande in belangrijke mate op (transparantie over) de kosten en het prijs- en serviceniveau van afwikkeldiensten. Daarmee richten deze voorschriften zich op de bescherming van de belangen van de afnemers van de diensten van de afwikkelondernemingen. Ziet de Afdeling het goed, dan zijn de wederpartijen van afwikkelondernemingen in alle gevallen professionele partijen, meestal betaaldienstverleners. Zij is er in dat licht niet van overtuigd dat ten aanzien van deze partijen een dergelijk niveau van wettelijke bescherming noodzakelijk is. Deze wederpartijen zouden in staat moeten worden geacht, bijvoorbeeld door contractuele afspraken, zelfstandig hun belangen adequaat te beschermen.

De Afdeling adviseert het voorgestelde gedragstoezicht op afwikkelondernemingen alsnog dragend te motiveren en het voorstel zo nodig aan te passen.

*e. doorberekening van toezichtkosten bij afwikkelondernemingen*

De Wet bekostiging financieel toezicht (Wbft) biedt de grondslag om de kosten van het toezicht door te berekenen aan onder toezicht staande instellingen. Het voorgestelde nieuwe artikel 1a, onderdeel a, van de Wbft regelt, kort gezegd, dat het toezicht op afwikkelondernemingen door DNB niet zal worden doorberekend.

De toelichting merkt hierover het volgende op. DNB bevordert de goede werking van het betalingsverkeer, zowel in haar hoedanigheid van nationale centrale bank van Nederland als in haar hoedanigheid van onderdeel van het Europees stelsel van centrale Banken (ESCB). Dit mede ter voorkoming van systeemrisico's, die zich tot over de landsgrenzen kunnen uitstrekken. Bijgevolg zijn de kosten die gepaard gaan met het toezicht dat met het oog daarop wordt uitgevoerd niet op een eenduidige wijze toe te rekenen aan onder toezicht staande instellingen. Omdat DNB het toezicht op onder meer afwikkelondernemingen vervult mede in de hoedanigheid van onderdeel van het ESCB en afstemt binnen dat stelsel, wordt voorgesteld de daarop betrekking hebbende wetgeving niet onder de reikwijdte van de Wet bekostiging financieel toezicht te laten vallen.<sup>30</sup>

De Afdeling merkt in de eerste plaats op dat het gegeven dat toezicht, bijvoorbeeld ter voorkoming van systeemrisico's, een grensoverschrijdend karakter heeft, thans geen reden lijkt zijn om toezichtlasten niet aan instellingen door te berekenen. Toezicht op grote internationaal opererende financiële ondernemingen (bijvoorbeeld grote banken en verzekeraars) heeft ontegenzeggelijk een grensoverschrijdend karakter terwijl de kosten van dit toezicht wel worden doorberekend. De Afdeling merkt voorts op dat op grond van het voorgestelde artikel 1a, onderdeel a, Wbft ook toezichtlasten die wel eenvoudig zijn toe te rekenen aan individuele onder toezicht staande afwikkelondernemingen, bijvoorbeeld de behandeling van de aanvraag van een vergunning of de toetsing van de geschiktheid van een beleidsbepaler, niet aan deze ondernemingen kunnen worden doorberekend. Dit lijkt niet in overeenstemming met het uitgangspunt zoals dat in de Wbft is neergelegd, namelijk dat toezichtlasten in beginsel voor rekening komen van de sector.<sup>31</sup>

<sup>30</sup> Memorie van toelichting, artikelsgewijze toelichting bij artikel VII, onderdeel A.

<sup>31</sup> Naast een bijdrage van de Staat.

De Afdeling merkt daarbij op dat niet wordt ingegaan op de toezichtlasten voor de Autoriteit Financiële Markten (AFM), die het gedragstoezicht zal gaan uitoefenen.

De Afdeling adviseert de toelichting in het licht van het bovenstaande aan te vullen en zo nodig het voorstel aan te passen.

#### 4. Verstrekking van toezichtvertrouwelijke informatie

De in de artikel I, onderdelen O en P, voorgestelde wijzigingen van de artikelen 1:90 en 1:93 Wft verruimen de thans geldende geheimhoudingsbepalingen in Afdeling 1.5.1 Wft. Deze bepalingen vormen in belangrijke mate de implementatie van verschillende richtlijnen die beperkingen stellen aan de verstrekking aan derden van vertrouwelijke gegevens over financiële instellingen die berusten bij de toezichthouders. 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 erop 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. De thans voorgestelde aanvullingen van de artikelen 1:90 en 1:93 Wft verruimen de kring van personen en instanties aan wie toezichtvertrouwelijke informatie mag worden verstrekt.

De Afdeling merkt daarover het volgende op.

##### *a. verstrekking aan de minister*

Het voorgestelde nieuwe vijfde lid van artikel 1:90 Wft bepaalt dat de toezichthouder eigener beweging of desgevraagd de vertrouwelijke gegevens of inlichtingen aan de andere toezichthouder of aan de Minister van Financiën verstrekt die deze met het oog op de stabiliteit van het financiële stelsel behoeft. In de toelichting wordt opgemerkt dat de informatieverstrekking aan de minister in lijn is met de [ontwerp-]richtlijn CRD IV. Deze ontwerp-richtlijn onderkent als nieuw element het belang van informatie-uitwisseling in verband met de stabiliteit van het financiële stelsel en bepaalt uitdrukkelijk dat zij aan dergelijke informatie-uitwisseling niet in de weg staat, aldus de toelichting.

De Afdeling wijst erop dat de ontwerp-richtlijn CRD IV betrekking heeft op banken en indirect op beleggingsondernemingen. Ziet de Afdeling het goed dan is in de Europese regelgeving ten aanzien van andere financiële ondernemingen (verzekeraars, marktexploitanten, beheerders van beleggingsinstellingen) vooralsnog geen vergelijkbare bepaling opgenomen. De toelichting vermeldt niet of een vergelijkbare aanpassing van het Europese geheimhoudingsregime te verwachten is.

De Afdeling adviseert in de toelichting in te gaan op de mogelijkheden op grond van de desbetreffende Europese richtlijnen om toezichtvertrouwelijke informatie over andere financiële instellingen dan banken en beleggingsondernemingen te verstrekken aan de Minister van Financiën en het voorstel zo nodig aan te passen.

*b. Uitwisseling binnen het FEC*

Het voorgestelde artikel 1:93, eerste lid, onderdeel h, Wft bepaalt dat de toezichthouder vertrouwelijke gegevens kan verstrekken aan de Algemene Inlichtingen- en Veiligheidsdienst, de Belastingdienst, de Fiscale Inlichtingen en Opsporingsdienst, de Nationale Politie, het Openbaar Ministerie en andere bij ministeriële regeling aan te wijzen instanties voor zover dat, met het oog op de integriteit van de financiële markten en de op die markten werkzame personen, voor een goede samenwerking en informatie-uitwisseling met die instanties nodig is. Blijkens de toelichting strekt deze bepaling er toe informatie-uitwisseling binnen het Financieel Expertise Centrum (FEC) beter mogelijk te maken. De Afdeling merkt hierover het volgende op.

b.1. De toelichting biedt geen inzicht in de (formeel-juridische) status van het FEC, en evenmin in het Informatieprotocol FEC 2011 op basis waarvan informatie-uitwisseling plaatsvindt. Naar het oordeel van de Afdeling kan het feit dat op grond van het voorstel informatie mag worden verstrekt aan de daar genoemde partijen er niet toe leiden dat ook informatie-uitwisseling binnen het FEC mogelijk wordt. De toezichthouders mogen namelijk toezichtvertrouwelijke informatie slechts verstrekken in een één-op-één relatie met de in de wet genoemde partijen. Ieder van deze partijen is vervolgens gehouden deze informatie vertrouwelijk te behandelen. Deze eis staat in de weg aan hetgeen met het voorstel wordt beoogd, namelijk het mogelijk maken van informatie-uitwisseling binnen het FEC, niet gerealiseerd.

De Afdeling merkt verder op dat het in het voorgestelde artikel 1:93, eerste lid, onderdeel h, Wft geformuleerde noodzaakcriterium voor de verstrekking van vertrouwelijke informatie, te weten 'voor zover dat met het oog op de integriteit van de financiële markten en de op die markten werkzame personen, voor een goede samenwerking en informatie-uitwisseling met die instanties nodig is' nauwelijks beperkend is. Verstrekking van vertrouwelijke informatie kan naar het oordeel van de Afdeling niet worden gerechtvaardigd met, kort gezegd, een beroep op de noodzaak van een goede samenwerking en informatie-uitwisseling. Daar komt bij dat het bij de uitwisseling van informatie kan gaan om verwerking van persoonsgegevens in de zin van de Wet bescherming persoonsgegevens.

De Afdeling adviseert het voorstel op dit punt in het licht van het bovenstaande nader te bezien.

Onverminderd het bovenstaande merkt de Afdeling het volgende op.

b.2. De Afdeling stelt vast dat de kring van personen aan wie informatie kan worden verstrekt door de in de voorgestelde delegatiebepaling opgenomen "andere bij ministeriële regeling aan te wijzen instanties" in beginsel onbegrensd is. Zij acht dat onwenselijk gelet op de aard van de geheimhoudingsbepalingen en het uitgangspunt van een gesloten systeem van verstrekking.

De Afdeling adviseert de voorgestelde subdelegatie voldoende te clausuleren.

5. Overige opmerkingen

*a. Verrekening van bankspaardeposito's eigen woning*

Het voorgestelde artikel I, onderdeel, HHH, introduceert een nieuw artikel 3:265d Wft. Dat artikel bepaalt, kort gezegd, dat bij het faillissement, het uitspreken van de noodregeling of de inwerkingstelling van het depositogarantiestelsel (DGS), van rechtswege bankspaardeposito's worden verrekend met de verbonden eigen woningschuld. Deze verrekening vindt plaats teneinde te voorkomen dat het tegoed op de bankspaarrekening voor vergoeding uit hoofde van het depositogarantiestelsel in aanmerking zou komen.

a.1. Het voorgestelde artikel 3:265d, aanhef, bepaalt onder meer dat verrekening plaatsvindt 'ongeacht mogelijk bestaande rechten van derden ten aanzien van het bankspaardeposito eigen woning, onderscheidenlijk de verbonden eigenwoningsschuld'. De Afdeling begrijpt deze passage aldus dat een zekerheidsrecht gevestigd door een derde partij<sup>32</sup> op het bankspaardeposito of de verbonden eigenwoningsschuld (de hypotheekvordering) niet in de weg staat aan verrekening.<sup>33</sup> In de toelichting wordt dit element van de van rechtswege verrekening niet toegelicht. De Afdeling adviseert dat alsnog te doen.

a.2. Artikel 3:159h bepaalt dat DNB in het kader van het zogenoemde overdrachtsplan een bedrag beschikbaar kan stellen voor de overgang van deposito-overeenkomsten. Ingevolge het voorgestelde artikel I, onderdeel CCC, wordt een uitzondering gemaakt voor de overgang van bankspaardeposito's eigen woning.

De toelichting vermeldt niet hoe een dergelijke overgang zal worden gefinancierd. Bij de overgang van deposito-overeenkomsten worden vorderingen van spaarders op de bank overgedragen (de overgang zal niet vergezeld gaan van activa ter grootte van het totale tegoed op de spaarrekeningen). Ingeval de verbonden eigen-woningsschulden (vordering van de bank op de spaarder) niet tevens overgaan<sup>34</sup>, lijkt niet te zijn voorzien in financiering. De Afdeling merkt bovendien op dat sprake kan zijn van uitvoering van het overdrachtsplan zonder dat aan een voorwaarde voor verrekening van rechtswege (uitspreken van de noodregeling, faillissement of inwerkingstelling van het DGS) uit het voorgestelde artikel 3:265d is voldaan.<sup>35</sup>

De Afdeling adviseert de toelichting in het licht van het bovenstaande aan te vullen en zo nodig het voorstel aan te passen.

#### *b. deelnemingen in marktexploitanten*

Het voorgestelde artikel I, onderdeel HHHH, wijzigt artikel 5:32d Wft. Artikel 5:32d Wft bepaalt, kort gezegd, dat degene die een gekwalificeerde deelneming in een marktexploitant wil verwerven of vergroten, daarvoor een verklaring van geen bezwaar (vvgb) moet verkrijgen van de Minister van Financiën. Artikel 5:32d, tweede lid, onderdeel b, bepaalt dat de minister de vvgb verleent tenzij de handeling zou kunnen leiden of zou leiden tot een invloed op de desbetreffende marktexploitant die in strijd is met de belangen die deze wet beoogt te beschermen. Het voorgestelde nieuwe onderdeel b van artikel 5:32d, tweede lid, bepaalt dat de minister de vvgb verleent

<sup>32</sup> Niet zijnde de bank waar het bankspaardeposito wordt aangehouden en, indien van toepassing, de afzonderlijke hypotheekverstrekker.

<sup>33</sup> Bijvoorbeeld waar het gaat om hypotheeken die tot zekerheid van gedekte obligaties strekken.

<sup>34</sup> Het voorgestelde artikel 3:159i bepaalt dat in het overdrachtsplan kan worden bepaald dat de verbonden eigenwoningsschuld niet tevens overgaat. In het geval sprake is van een verbonden eigenwoningsschuld bij een andere instelling dan de bank waarop het overdrachtsplan betrekking heeft, zal de schuld eveneens niet kunnen overgaan.

<sup>35</sup> Het voorgestelde artikel 3:159i, derde lid, Wft lijkt hier wel van uit te gaan.

tenzij de handeling zou kunnen leiden of zou leiden tot een invloed op de betrokken marktexploitant of effect op de door hem geëxploiteerde of beheerde gereguleerde markt die een bedreiging vormt voor de belangen die deze wet beoogt te beschermen.

In de toelichting wordt hierover opgemerkt dat het thans geldende onderdeel b, voor meerderlei uitleg vatbaar is, hetgeen leidt tot onduidelijkheid bij de toepassing daarvan. Het criterium kan zo worden gelezen, dat het vooral betrekking heeft op de zeggenschap over de marktexploitant die volgt uit een mogelijk gewijzigde samenstelling van het bestuur van de onderneming door de gekwalificeerde deelneming. Uit deze beperkte uitleg van dit criterium kan volgen dat andere risico's met betrekking tot het functioneren van de gereguleerde markt niet kunnen worden meegewogen bij de beoordeling van de aanvraag voor een verklaring van geen bezwaar. De positie van de beleggers die handelen op de gereguleerde markt is bijvoorbeeld een belang dat de Wft beoogt te beschermen, maar dat mogelijk buiten de reikwijdte van het criterium genoemd in artikel 5:32d, tweede lid onderdeel b, valt, aldus de toelichting. Een dergelijke beperkte uitleg is volgens de toelichting echter niet beoogd door de wetgever.

De toelichting verwijst daartoe naar artikel 26a, tweede lid, onderdeel a, van de Wet toezicht effectenverkeer 1995, als de voorganger van artikel 5:32d Wft.

De Afdeling wijst er op dat artikel 5:32d de omzetting vormt van artikel 38 van de Richtlijn markten in financiële instrumenten (Mifid).<sup>36</sup> Artikel 38, derde lid, Mifid bepaalt dat de bevoegde autoriteit de voorgenomen wijzigingen in de zeggenschap over de gereguleerde markt en/of de marktexploitant weigert goed te keuren wanneer er objectieve en aantoonbare redenen zijn om aan te nemen dat deze wijzigingen een bedreiging vormen voor de gezonde en prudente bedrijfsvoering van de gereguleerde markt. Deze bepaling is geïmplementeerd in artikel 5:32d, tweede lid, onderdeel c.

De Afdeling merkt op dat de aangehaalde bepaling in de Mifid zich uitsluitend richt op de bedrijfsvoering van de marktexploitant; andere belangen, zoals de positie van beleggers, worden daar niet genoemd. Dit roept de vraag op naar de verhouding tussen het voorgestelde artikel 5:32d, tweede lid, onderdeel b, en artikel 38 Mifid.

De Afdeling adviseert de toelichting in het licht van het bovenstaande aan te vullen en zo nodig het voorstel aan te passen.

*c. aanvulling van gronden door de Accountantskamer*

Het voorgestelde artikel XV, tweede lid, wijzigt artikel 22, vijfde lid, van de Wet tuchtrechtspraak accountants (Wtra). Artikel 22, vijfde lid, Wtra bepaalt, kort gezegd, dat de Accountantskamer de rechtsgrond van een klacht ambtshalve aanvult, indien sprake is van een wettelijke controle in de zin van de Wet toezicht accountantsorganisaties. Het voorstel voegt daaraan toe dat in alle andere gevallen de Accountantskamer de klacht ambtshalve kan aanvullen.

---

<sup>36</sup> Richtlijn 2004/39/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 april 2004 betreffende markten voor financiële instrumenten, tot wijziging van de Richtlijnen 85/611/EEG en 93/6/EEG van de Raad en van Richtlijn 2000/12/EG van het Europees Parlement en de Raad en houdende intrekking van Richtlijn 93/22/EEG van de Raad.

In de toelichting wordt hierover opgemerkt dat het in de praktijk kan voorkomen dat klagers, bij gebrek aan vakinhoudelijke kennis of bekendheid met het dossier, moeite hebben met het omschrijven van de klacht. Tevens kunnen tijdens het onderzoek ter zitting nieuwe feiten boven tafel komen die de klacht ondersteunen of die aanwijzing geven voor klachtwaardig gedrag waar de klacht niet op ziet.

De Afdeling merkt op dat de voorgestelde aanvulling moet worden gezien in het licht van het algemene leerstuk van aanvulling van (rechts)gronden. Daarbij is van belang dat het tuchtrecht weliswaar een eigen karakter heeft, maar vooral aanleunt tegen het strafrecht. In dit licht moet vanwege de rechtszekerheid voorzichtigheid worden betracht met aanvulling van rechtsgronden. Het komt de Afdeling voor dat de Accountantskamer een klacht niet zodanig moet kunnen aanvullen dat daardoor in zekere zin een nieuwe (afzonderlijke) klacht wordt geformuleerd door zelf een klacht te omschrijven. De Accountantskamer zou namelijk treden buiten de omvang van het geding zoals door de klager is aangebracht. De Afdeling acht dit, gelet op de aard van de procedure, niet passend.

De Afdeling adviseert het voorstel in het licht van het bovenstaande nader te bezien.

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

De Afdeling advisering van de Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet niet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal dan nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

De vice-president van de Raad van State,

Bijlage bij het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State betreffende no.W06.13.0026/III met redactionele kanttekeningen die de Afdeling in overweging geeft.

- Het voorgestelde artikel 2:3.0m Wft schrappen in verband met doublure met het voorgestelde artikel 2:3.0h Wft.
- Het voorgestelde artikel 3:35 Wft splitsen in 2 onderdelen en na ‘een verbod als bedoeld in artikel 2:3.0e, 2:3.0j of 2:3.0o’ invoegen: is opgelegd.
- In het in artikel I, onderdeel FFFF, voorgestelde artikel 5:25o, zesde lid, opnemen dat met toezending aan de AFM is voldaan aan de verplichting tot toezending aan het handelsregister.
- In het voorgestelde artikel III, onderdelen A en C een eenduidige terminologie hanteren aanzien van tot de handel op een gereguleerde markt toegelaten effecten dan wel in de toelichting aangeven welk onderscheid is beoogd.
- Het in het voorgestelde artikel V, onderdeel D, gewijzigde artikel 9, zesde lid, van de Muntwet 2002, redigeren als volgt: De waarde van munten die opzettelijk zijn veranderd of een bewerking hebben ondergaan waarvan redelijkerwijs is te verwachten dat ze de munt verandert, wordt niet vergoed.