

Bij Kabinetsmissive van 16 december 2014, no.2014002401, 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 op het terrein van de financiële markten (Wijzigingswet financiële markten 2016), met memorie van toelichting.

Het wetsvoorstel heeft betrekking op diverse onderwerpen van technische en inhoudelijke aard, waaronder een nieuwe aanwijzingsbevoegdheid ten aanzien van (dagelijks) beleidsbepalers die waarschijnlijk niet geschikt of betrouwbaar zijn, een wettelijk beschermingsregime voor cliënten die derivatenposities bij tussenpersonen hebben, een meldingsplicht voor de douane bij ongebruikelijk vervoer van liquide middelen, edele metalen of edelstenen en maatregelen naar aanleiding van de evaluatie van de interventiewet.¹

De Afdeling advisering van de Raad van State acht de noodzaak van de voorgestelde aanwijzingsbevoegdheid niet overtuigend gemotiveerd. Een financiële onderneming is in eerste instantie zelf verantwoordelijk voor de kwaliteit van het functioneren van haar bestuurders en beleidsbepalers. De toelichting bevat geen gronden voor de veronderstelling dat de onderneming in de beschreven situaties niet zelf zal optreden. De Afdeling ziet dan ook niet dat er in de praktijk werkelijk aanleiding zal bestaan om de voorgestelde aanwijzingsbevoegdheid te gebruiken. Zij adviseert de noodzaak van de voorgestelde bevoegdheid dragend te motiveren of anders van die bevoegdheid af te zien. Zo de aanwijzingsbevoegdheid toch nodig blijkt dan dient deze in alle gevallen beperkt te blijven tot situaties van dringende noodzaak waarbij het vrijwel zeker is dat de desbetreffende persoon de geschiktheids- en betrouwbaarheidstoetsing niet zal kunnen doorstaan.

De voorgestelde bescherming van opgebouwd derivatenvermogen buiten faillissement vloeit niet onmiddellijk voort uit de EMIR-verordening.² De Afdeling adviseert om de voorgestelde bescherming dragend te motiveren of anders daarvan af te zien. De opmerkingen van de Afdeling over een deel van het voorstel zijn van dien aard dat zij adviseert het voorstel niet naar de Kamer te zenden dan nadat daarmee rekening is gehouden.

1. Aanwijzing bij waarschijnlijke niet-geschiktheid of niet-betrouwbaarheid

a. *De aanwijzingsbevoegdheid ex artikel 1:75, eerste lid, Wft*

¹ Wet van 24 mei 2012 tot wijziging van de Wet op het financieel toezicht en de Faillissementswet, alsmede enige andere wetten in verband met de introductie van aanvullende bevoegdheden tot interventie bij financiële ondernemingen in problemen (Wet bijzondere maatregelen financiële ondernemingen) (Stb. 2012, 241).

² Verordening (EU) nr. 648/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 4 juli 2012 betreffende OTC-derivaten, centrale tegenpartijen en transactieregisters.

Op grond van de Wet op het financieel toezicht (Wft) dient het (dagelijks) beleid van diverse financiële ondernemingen (waaronder banken en verzekeraars) te worden bepaald door personen die hiertoe geschikt zijn en wier betrouwbaarheid buiten twijfel staat.³ Afhankelijk van het soort onderneming beoordeelt de Autoriteit Financiële Markten (AFM) of De Nederlandsche Bank (DNB) deze personen op geschiktheid en betrouwbaarheid. De criteria voor de beoordeling van de geschiktheid zijn vastgelegd in een beleidsregel⁴ en, wat de betrouwbaarheidsbeoordeling betreft, in hoofdstuk 3 en de bijlage van het Besluit gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft (BGfo Wft) en hoofdstuk 2 en de bijlage van het Besluit prudentiële regels Wft (BPR Wft). Als de toezichthouder van oordeel is dat een persoon niet geschikt is of zijn betrouwbaarheid niet buiten twijfel staat, overtreedt de financiële onderneming waar deze persoon werkzaam is de wettelijke geschiktheids- of betrouwbaarheidseis, zolang deze persoon daar als (dagelijks) beleidsbepaler werkzaam blijft. De toezichthouder kan deze onderneming op grond van artikel 1:75, eerste lid, van de Wft een aanwijzing geven om deze persoon heen te zenden. Artikel 1:75, eerste lid, bepaalt dat de toezichthouder een financiële onderneming die niet voldoet aan hetgeen bij of krachtens de Wft is bepaald, door middel van het geven van een aanwijzing kan verplichten om binnen een door de toezichthouder gestelde redelijke termijn een bepaalde gedragslijn te volgen.

b. De voorgestelde aanwijzingsbevoegdheid

In het voorstel is een aanwijzingsbevoegdheid van de toezichthouders opgenomen die onder andere omstandigheden dan bedoeld in artikel 1:75, eerste lid, van de Wft kan worden toegepast.⁵ Deze houdt in dat als er aanleiding bestaat voor een nieuwe beoordeling van de geschiktheid of betrouwbaarheid die zodanig ernstig is dat waarschijnlijk uit deze beoordeling zal volgen dat deze persoon niet geschikt is of zijn betrouwbaarheid niet buiten twijfel staat, een aanwijzing voor zes maanden kan worden gegeven. Volgens de toelichting wordt deze bevoegdheid toegepast als er prudentiële risico's en reputatierisico's kunnen ontstaan wanneer de betrokken persoon aanblijft. Dit is blijkens de toelichting bijvoorbeeld het geval in een situatie waarin een strafrechtelijk onderzoek wordt gestart tegen een onderneming, waarbij sprake is van een grote betrokkenheid van de desbetreffende persoon. Andere voorbeelden die worden genoemd zijn een ernstige crisissituatie in het bestuur, of de situatie waarin een persoon het onderzoek naar de geschiktheid of betrouwbaarheid hindert.⁶ De aanwijzing zal naar verwachting veelal ertoe leiden dat de financiële onderneming de betrokkene voor de duur van ten hoogste zes maanden schorst.⁷ Gedurende deze periode voert DNB of AFM de geschiktheids- en betrouwbaarheidsbeoordeling op basis van de Wft uit, waarna tot een definitief besluit kan worden gekomen.

Het essentiële verschil met de aanwijzingsbevoegdheid op grond van artikel 1:75, eerste lid, van de Wft is dat de voorgestelde aanwijzing al kan worden opgelegd zonder dat is vastgesteld dat een Wft-voorschrift is overtreden. Hierdoor kan, volgens de toelichting, de onwenselijke situatie worden voorkomen dat de toezichthouder moet wachten tot het onderzoek naar de geschiktheid of betrouwbaarheid volledig is afgerond.⁸

³ Artikelen 3:8, 3:9, 4:9 en 4:10 van de Wft.

⁴ De Beleidsregel geschiktheid 2012 en de Beleidsregel betrouwbaarheidstoetsing.

⁵ Zie de in artikel I, onderdeel D, voorgestelde wijziging van artikel 1.75 Wft.

⁶ Toelichting paragraaf 2, onder a.

⁷ Toelichting paragraaf 2, onder b.

⁸ Toelichting paragraaf 2, onder a.

c. Ingrijpende bevoegdheid

De voorgestelde bevoegdheid is om tweeërlei redenen ver strekkend.

1° Ten eerste is het mogelijk dat personen worden geschorst als gevolg van de aanwijzing, terwijl achteraf kan blijken dat zij de geschiktheids- of betrouwbaarheidsbeoordeling kunnen doorstaan. De betrokkenen kunnen dan al aanzienlijke reputatieschade hebben geleden.⁹ Omdat de overtreding van een Wft-voorschrift niet is vastgesteld en onduidelijk is waarop de aanwijzing precies is gebaseerd, de feiten zijn immers niet duidelijk, is het niet eenvoudig tegen een dergelijke aanwijzing op te komen. De in de toelichting genoemde omstandigheid dat de toezichthouder bij het geven van de aanwijzing, zoals bij elke te nemen beschikking, aan de bestuursrechtelijke beginselen moet voldoen en dat tegen de aanwijzing rechtsmiddelen open staan doet hieraan niet af. De benadeelde van een onterechte aanwijzing heeft bovendien weinig kans om de geleden schade vergoed te krijgen, omdat hiervoor moet worden aangetoond dat er sprake is van een opzettelijke onbehoorlijke taakuitoefening, een opzettelijke onbehoorlijke uitoefening van bevoegdheden of grove schuld.¹⁰

2° Ten tweede grijpt de aanwijzing in in de verhoudingen binnen financiële ondernemingen. Een financiële onderneming is in eerste instantie zelf verantwoordelijk voor de kwaliteit van functioneren van haar bestuurders en beleidsbepalers. Als er aanwijzingen zijn dat een medewerker of bestuurder niet langer geschikt of betrouwbaar is, mag van het bestuur of de raad van commissarissen van de financiële onderneming worden verwacht dat zij de benodigde stappen neemt.

Door de voorgestelde aanwijzingsbevoegdheid kunnen de toezichthouders al in een vroeg stadium in situaties als onder 1° bedoeld ingrijpen. De voorwaarde die voor gebruikmaking van de bevoegdheid wordt gesteld is slechts dat 'waarschijnlijk' is dat uit een nieuwe beoordeling zou blijken dat betrokkene niet geschikt of betrouwbaar is, mogelijk zelfs nog voordat de onderneming zelf de nodige maatregelen heeft kunnen nemen.

d. Noodzaak

Van een wettelijk instrument als de voorgestelde aanwijzingsbevoegdheid dat zo ver strekt als hiervoor omschreven en dat naast de bevoegdheid ex artikel 1:75, eerste lid, van de Wft staat, dient de noodzaak overtuigend te worden gemotiveerd. In de toelichting wordt gesteld dat de aanleiding voor dit voorstel wordt gevormd door het feit dat in de toezichtspraktijk is gebleken dat het wenselijk is om snel op te kunnen treden ten aanzien van een (dagelijks) beleidsbepaler.¹¹ Hierbij worden de soorten prudentiële risico's en reputatierisico's waarop de voorgestelde aanwijzingsbevoegdheid betrekking heeft, slechts geduid door het noemen van diverse voorbeelden van uiteenlopende aard, die de aanleiding voor de te nemen maatregel kunnen zijn.

⁹ Zie ook de consultatiereacties van de NVB van 11 augustus 2014, de Dutch fund and asset management association (Dufas), de Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht van 13 augustus 2014 en Allen & Overy LLP van 13 augustus 2014.

¹⁰ Artikel 1:25d van de Wft.

¹¹ Paragraaf 2, onderdeel a, van de toelichting.

Zoals hiervoor is vermeld, is een financiële onderneming in eerste instantie zelf verantwoordelijk voor de kwaliteit van het functioneren van haar bestuurders en beleidsbepalers. De onderneming dient naar aanleiding van signalen die de betrouwbaarheid en geschiktheid van betrokkene in twijfel trekken zelf handelend op te treden. Er blijkt niet uit de toelichting dat ondernemingen hierin niet zelf verantwoordelijkheid nemen en dat er in de praktijk omwille van urgentie werkelijk aanleiding bestaat of zal bestaan om de voorgestelde aanwijzingsbevoegdheid te gebruiken. Een algemene verwijzing in de toelichting naar de toezichtspraktijk is in dat opzicht niet voldoende. Gelet hierop acht de Afdeling de noodzaak van de voorgestelde aanwijzingsbevoegdheid niet overtuigend gemotiveerd.

De Afdeling adviseert de noodzaak van de voorgestelde aanwijzingsbevoegdheid dragend te motiveren. Bij gebreke daarvan adviseert zij van de voorgestelde bevoegdheid af te zien.

e. Proportionaliteit

Indien de voorgestelde aanwijzingsbevoegdheid wordt gehandhaafd merkt de Afdeling op dat, gelet op de vorengenoemde primaire verantwoordelijkheid van de financiële onderneming zelf, gebruik van die bevoegdheid pas aan de orde is wanneer de onderneming zich afwachtend opstelt en het afwachten of niet-ingrijpen buitengewoon onverantwoord zou zijn. Er dient met andere woorden in het concrete geval sprake te zijn van een dringende noodzaak om van de aanwijzingsbevoegdheid gebruik te maken.

De Afdeling merkt op dat de bedoelde eigen verantwoordelijkheid voor optreden in een fase waarin overtreding van de Wft niet vaststaat in de tekst noch de toelichting van het voorstel tot uitdrukking komt. Daarmee is in het voorstel niet duidelijk dat pas van de aanwijzingsbevoegdheid gebruik kan worden gemaakt wanneer er sprake is van een dringende noodzaak. De in de toelichting genoemde voorbeelden waarbij toepassing van de bevoegdheid aan de orde zou kunnen zijn, hebben een uiteenlopend karakter en maken voorts niet duidelijk dat van een dringende noodzaak tot vroegtijdig ingrijpen van de toezichthouder moet blijken.¹² Als van een dringende noodzaak geen sprake is, moet de aanwijzingsbevoegdheid ex artikel 1:75, eerste lid, van de Wft voldoende worden geacht. In de aanleiding tot een aanwijzing is dan ook, afgezien van de ernst ervan, geen beperking tot bepaalde ernstige, spoedeisende situaties gelegen. Voorts is in het voorstel reeds de waarschijnlijkheid van een negatieve uitkomst van een nieuwe toetsing van de geschiktheid of betrouwbaarheid voldoende om van de aanwijzingsbevoegdheid gebruik te kunnen maken. Dat maakt de bevoegdheid vrij ruim toepasbaar.

Om tot uitdrukking te brengen dat de aanwijzingsbevoegdheid alleen bij dringende noodzaak toepassing mag vinden, is een aanscherping nodig van de voorwaarden voor toepassing van de bevoegdheid. Die aanscherping kan worden bereikt door aan gebruikmaking van de aanwijzingsbevoegdheid de voorwaarden te verbinden dat er een dringende noodzaak tot ingrijpen is, en de onderneming zelf niet of onvoldoende

¹² Vergelijk artikel 8 van het EVRM. Een beleidsbepaler zou door een aanwijzing getroffen kunnen worden in zijn recht op eer en goede naam. Dit recht wordt beschermd door genoemd artikel 8 (zie EHRM 21 september 1994, NJ 1995, 463). Een beperking kan slechts rechtmatig zijn indien er sprake is van een dringende noodzaak daartoe (zie EHRM 25 maart 1992, NJ 1995, 679).

handelend heeft opgetreden. Voorts dient met een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid te kunnen worden aangenomen dat de desbetreffende persoon de geschiktheids- of betrouwbaarheidstoetsing niet zal kunnen doorstaan. Zolang aan deze voorwaarden niet is voldaan, is een aanwijzing van de toezichthouder prematuur.

Indien de noodzaak voor de aanwijzingsbevoegdheid dragend kan worden gemotiveerd zou in de tekst van het voorstel deze bevoegdheid beperkt moeten worden tot situaties waarin er van een dringende noodzaak sprake is en waarbij met een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid vaststaat dat de betrokken persoon de geschiktheids- en betrouwbaarheidstoetsing niet zal kunnen doorstaan. Daarbij zou in de toelichting moeten worden gewezen op de eigen verantwoordelijkheid van de betrokken onderneming om op te treden

2. Bescherming cliëntposities bij derivaten

Het voorstel bevat regels die het door cliënten van een tussenpersoon opgebouwde derivatenvermogen bescherming bieden.¹³ Kort samengevat komt deze bescherming erop neer dat het derivatenvermogen bij de tussenpersoon moet worden afgescheiden, derden daarop geen beslag kunnen leggen en de curator na faillissement medewerking verleent aan overdracht van dit derivatenvermogen aan een andere tussenpersoon. Er wordt derivatencliënten dus binnen en buiten faillissement bescherming geboden.

In de toelichting wordt ter motivering voor het bijzondere beschermingsregime onder andere verwezen naar artikel 13, zevende lid, van de Mifid-richtlijn waaruit volgt dat lidstaten beleggingsondernemingen die financiële instrumenten aanhouden moeten voorschrijven dat zij “adequate maatregelen treffen ter vrijwaring van de eigendomsrechten van de cliënt, met name in het geval van insolventie van de onderneming”.¹⁴ Uit genoemd artikel 13 vloeit niet onmiddellijk voort dat de voorgestelde wettelijke bescherming binnen én buiten faillissement nodig is. De bepaling is een opdracht aan de wetgever om de tussenpersoon adequate maatregelen te laten nemen. Artikel 4:87, eerste lid, onderdeel a, van de Wft voorziet hierin wat beleggingsondernemingen betreft. Een uitgewerkt beschermingsregime op wettelijk niveau als voorgesteld wordt niet door artikel 13, zevende lid, van de Mifid-richtlijn vereist.

In de toelichting wordt ook verwezen naar de EMIR-verordening die in artikel 48, vijfde lid, bepaalt dat “een centrale tegenpartij zich er contractueel tenminste toe verbindt om op verzoek van cliënten van een in gebreke blijvend clearinglid, de procedure in te leiden waarbij de door het in gebreke blijvend clearinglid aangehouden activa en posities worden overgeboekt naar een ander, door deze cliënten aangewezen clearinglid.”¹⁵ Ook uit deze bepaling kan naar het oordeel van de Afdeling geen noodzaak tot de voorgestelde regeling worden afgeleid, maar alleen een verplichting

¹³ - Artikel I, onderdelen T en VV, en artikel II van het voorstel.

- Situaties waarin een financiële instelling voor eigen risico en rekening een derivatentransactie overeenkomt, en dus niet als tussenpersoon optreedt, vallen niet onder het voorstel.

¹⁴ 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

¹⁵ Een clearinglid opereert ook als tussenpersoon.

voor de centrale tegenpartij. De in de toelichting genoemde vrees van sommige centrale tegenpartijen dat zij in Nederland onder de huidige wetgeving niet aan deze verplichting kunnen voldoen behoeft niet met de thans voorgestelde regeling te worden weggenomen.¹⁶ Zo is volgens de toelichting in Duitsland, Engeland en Frankrijk bepaald dat faillissementsrecht niet in de weg staat aan de overdracht van de derivatenportefeuille.¹⁷

De Afdeling concludeert dat een uitbreiding van de bescherming van derivatencliënten door ook buiten faillissement een afgescheiden derivatenvermogen dat niet voor beslag vatbaar is, in het leven te roepen, niet uit de EMIR-verordening voortvloeit.

Aangezien uit de Europese regelgeving geen noodzaak tot het regelen van bescherming buiten faillissement kan worden afgeleid, is een nadere motivering van deze bescherming noodzakelijk. Dit is mede van belang nu de voorgestelde bescherming verder gaat dan de EMIR-verordening voorschrijft en verdergaande maatregelen gebonden zijn aan de algemene bepalingen van EU-recht inzake vrij verkeer. De toelichting zou tenminste duidelijk moeten maken waarom de posities van derivatencliënten ook buiten faillissement zo ver gaand worden beschermd en overigens of het voorstel op dit onderdeel voldoet aan de algemene bepalingen van EU-recht.

De Afdeling adviseert de bescherming buiten faillissement dragend te motiveren en zo nodig het voorstel aan te passen.

3. Toepassing Douanewet ter voorkoming witwassen en financiering terrorisme

In de Algemene douanewet (Adw) zijn de nationale bepalingen opgenomen ter uitvoering van (onder meer) het Communautair douanewetboek (CDW).¹⁸ De Adw strekt voorts ter handhaving van verboden of beperkingen die zijn opgenomen in de wettelijke voorschriften die zijn genoemd in de bijlage bij de Adw.¹⁹ Met het opnemen van een wet in de bijlage bij de Adw, zien de taken en bevoegdheden van de inspecteur van de Belastingdienst/Douane (hierna: de inspecteur) ook op de handhaving van verboden en beperkingen die in de desbetreffende wet zijn opgenomen. De taken en bevoegdheden van de douane-inspecteur zijn opgenomen in het CDW en de Adw.

De toelichting vermeldt dat de inspecteur het vervoer van liquide middelen door anderen dan natuurlijke personen alsmede het vervoer van liquide middelen binnen de Europese Unie dat de grenzen met de naburige lidstaten overschrijdt (het gaat dan met name om liquide middelen die worden aangetroffen in post- en cargozendingen), niet kan onderzoeken op witwassen of financiering van terrorisme.²⁰ Ook voor het grensoverschrijdend vervoer van edele metalen of edelstenen bestaat geen wettelijke

¹⁶ Paragraaf 3, onderdeel a, van de toelichting.

¹⁷ Paragraaf 3, onderdeel c, van de toelichting.

¹⁸ Verordening (EEG) nr. 2913/92 van de Raad van 12 oktober 1992 tot vaststelling van het communautair douanewetboek.

¹⁹ Artikel 1:1, vijfde lid, van de Adw.

²⁰ Toelichting, paragraaf 5, onderdeel c, tweede tekstblok, eerste tot en met derde volzin.

douanetaak die verband houdt met het tegengaan van witwassen en financieren van terrorisme, aldus de toelichting.²¹

Met het voorstel worden aan de inspecteur taken en bevoegdheden toebedeeld ten behoeve van het voorkomen van witwassen en financiering van terrorisme (reden hiervoor is dat vorenbedoeld vervoer dikwijls wordt gebruikt voor het witwassen van crimineel geld of het doen van criminele betalingen). Daartoe neemt het voorstel niet alleen de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft) op in de bijlage bij de Adw,²² maar past het voorstel ook de Wwft aan.²³ Kern van de aanpassingen van de Wwft is dat een ieder die direct of indirect betrokken is bij het vervoer van liquide middelen, edele metalen of edelstenen desgevraagd de gegevens aan de inspecteur verstrekt die hij nodig oordeelt om te bepalen of sprake is van ongebruikelijk vervoer,²⁴ en dat de betrokken inspecteur de Financiële inlichtingen eenheid²⁵ kennis geeft van geconstateerd ongebruikelijk vervoer van liquide middelen, edele metalen of edelstenen.²⁶

De Afdeling plaatst de volgende opmerkingen bij de verhouding tussen de voorgestelde aanpassingen van de Adw en de Wwft.

a. Verboden en beperkingen Wwft

Zoals hiervoor is aangeduid en zoals de toelichting op het voorstel ook impliceert,²⁷ betekent het opnemen van een wet in de bijlage bij de Adw, dat de taken en bevoegdheden van de inspecteur ook zien op de handhaving van verboden en beperkingen die de in de bijlage opgenomen wet kent. Bij wijze van voorbeeld wijst de Afdeling op de in de bijlage opgenomen Flora- en faunawet. Met het opnemen van die wet in de bijlage zien de taken en bevoegdheden van de inspecteur ook op de handhaving (bijvoorbeeld) van het in die wet opgenomen verbod op het vervoer van bepaalde beschermde inheemse diersoorten.

Met betrekking tot de voorgestelde opname van de Wwft in de bijlage bij de Adw is het de Afdeling niet duidelijk op welke verboden en beperkingen uit de Wwft de handhaving ziet. Het verbod op witwassen en de financiering van terrorisme is immers niet in de Wwft opgenomen maar strafbaar gesteld in het Wetboek van Strafrecht.²⁸ Het inzetten van de douane bij het opsporen van misdrijven die worden omschreven in het Wetboek van Strafrecht is in de systematiek van de Adw niet ongebruikelijk. Artikel 11:11 van de Adw bevat daarvoor een regeling, waarin dat voor de opsporing van diverse misdrijven mogelijk wordt gemaakt. Het is de Afdeling niet duidelijk waarom er niet voor gekozen is de gewenste nieuwe taken en bevoegdheden van de Douane te regelen door middel van aanpassing van dit artikel 11:11.

²¹ Toelichting, paragraaf 5, onderdeel c, tweede tekstblok, laatste volzin.

²² Artikel VIII van het voorstel.

²³ Artikel V, onderdeel C, van het voorstel.

²⁴ Artikel V, onderdeel C, artikel 23c (nieuw), van de Wwft.

²⁵ De Financiële inlichtingen eenheid is de verantwoordelijke autoriteit voor het melden van ongebruikelijke transacties/betalingen. Haar taken hebben betrekking op het verzamelen, registeren, bewerken en verstrekken van informatie met betrekking tot financiële misdrijven. Zij maakt onderdeel uit van de politie.

²⁶ Artikel V, onderdeel C, artikel 23e (nieuw), van de Wwft.

²⁷ Toelichting op artikel VIII.

²⁸ Artikelen 420bis en 421 van het Wetboek van Strafrecht.

De Afdeling adviseert in de toelichting op het voorgaande in te gaan en het voorstel zo nodig aan te passen.

b. Het voorgestelde artikel 23c van de Wwft

In het voorgestelde artikel 23c van de Wwft is een bevoegdheid opgenomen voor de inspecteur om informatie te vragen aan een ieder die direct of indirect betrokken is bij vervoer van liquide middelen, edele metalen of edelstenen.²⁹ Indien de Wwft, zoals wordt voorgesteld, in de bijlage bij de Adw wordt opgenomen, zijn daarmee ook de bevoegdheden uit de Adw en het grootste deel van het CDW op grond van de artikelen 1:1, vijfde lid, en 1:5 van de Adw, van toepassing. Het is dan niet nodig om bevoegdheden die al uit de Adw en de verordening voortvloeien ook in de Wwft op te nemen. De in het voorgestelde artikel 23c opgenomen bevoegdheid om informatie te vragen kan ook worden uitgeoefend op grond van artikel 14 van het CDW. Het rechtstreeks toepasselijk karakter van Europese verordeningen staat dan niet toe dat, zoals in de toelichting wordt gemotiveerd, eenzelfde bevoegdheid een tweede maal wordt geregeld.³⁰ Indien de kenbaarheid van belang wordt geacht, kan overwogen worden in de toelichting in te gaan op de relevante bevoegdheden die voortvloeien uit de Adw en de verordening.

De Afdeling adviseert in de toelichting op het voorgaande in te gaan en het voorstel zo nodig aan te passen.

c. De voorgestelde artikelen 23e en 23f van de Wwft

In het voorgestelde artikel 23e en 23f van de Wwft is de verplichting voor de inspecteur opgenomen om kennis te geven aan de Financiële inlichtingen eenheid van elk ongebruikelijk vervoer van liquide middelen, edele metalen of edelstenen dat hij vaststelt.³¹ Deze verplichting vloeit ook voort uit artikel 1:33, derde lid, van de Adw, dat een algemene verplichting voor de inspecteur bevat om ministers, en andere in dat artikel genoemde overheidsdiensten de gegevens en inlichtingen te verstrekken die voor de uitvoering van regelingen of wetten waarbij de Belastingdienst/Douane op grond van de Adw betrokken is, noodzakelijk zijn. De voorgestelde verplichting is op een aantal aspecten strikter. Er wordt ook bepaald dat de kennisgeving onverwijld dient te geschieden, wat de kennisgeving behelst en dat documenten desgevraagd binnen een door de Financiële inlichtingen eenheid gestelde termijn dienen te worden verstrekt.

De Afdeling merkt op dat het enigszins striktere karakter van de voorgestelde verplichting niet weg neemt dat de verplichting tot het verstrekken van inlichtingen door dit voorstel uit twee wetten zal voortvloeien. In de toelichting dient in ieder geval gemotiveerd te worden waarom het noodzakelijk is in artikel 23e en 23f van de Wwft met een striktere regeling af te wijken van de Adw.³² De Adw beslaat als algemene wet immers ook deelterreinen van specifieke wetten. Hierbij is van belang dat duidelijk wordt waarom de inspecteur, op basis van zijn taak met betrekking tot de Wwft, niet in staat zou zijn op grond van artikel 1:33 van de Adw op een zodanige wijze aan de verplichting tot kennisgeving te voldoen dat die voor de Financiële inlichtingen eenheid

²⁹ Artikel V, onderdeel C, van het voorstel.

³⁰ Arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 7 februari 1973, C-39/72, ECLI:EU:C:1973:13, Slachtpremies, overweging 17.

³¹ Artikel V, onderdeel C, van het voorstel.

³² Zie ook aanwijzing 49 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

ook adequaat is. Hierover kunnen, indien gewenst, ook werkafspraken of -instructies worden gemaakt. Indien er goede gronden voor een striktere regeling zijn, zou de Wwft-bepaling voorts zodanig dienen te worden opgezet dat alleen de afwijkingen van artikel 1:33 van de Adw duidelijk worden gemaakt in de wettekst, zonder dezelfde verplichting voor de inspecteur een tweede maal te regelen.³³ Ook dan zou in de toelichting naar de relevante Adw-bevoegdheid kunnen worden gewezen.

De Afdeling adviseert in de toelichting op het voorgaande in te gaan en het voorstel zo nodig aan te passen.

d. Het voorgestelde artikel 23b van de Wwft

Op grond van het voorgestelde artikel 23b van de Wwft worden bij algemene maatregel van bestuur (amvb) kenmerken vastgesteld aan de hand waarvan wordt beoordeeld of vervoer van liquide middelen, edele metalen of edelstenen wordt aangemerkt als ongebruikelijk vervoer.

Ziet de Afdeling het goed dan betreft het hier voorschriften waarvan de inspecteurs op de hoogte moeten zijn, zodat zij situaties waarin sprake is van ongebruikelijk vervoer kunnen melden. Dit zijn voorschriften die enkel een interne functie hebben voor de Belastingdienst/Douane. De Afdeling wijst erop dat dergelijke voorschriften niet in wet- of regelgeving hoeven te worden vastgelegd, maar ook kunnen worden opgenomen in een beleidsregel of in interne werkinstructies van de Belastingdienst/Douane. Door hun interne functie hebben de regels omtrent kenmerken van ongebruikelijk vervoer een ander karakter dan de indicatoren voor een ongebruikelijke transactie die moeten worden toegepast door diverse soorten ondernemingen en beroepsbeoefenaren. Om die reden lijkt er geen aanleiding om, zoals in de toelichting staat,³⁴ met een vaststelling bij amvb aan te sluiten bij de bepalingen over de melding van ongebruikelijke transacties.

De Afdeling adviseert in de toelichting op het voorgaande in te gaan en het voorstel zo nodig aan te passen.

e. Convenant m.b.t. inzet Belastingdienst/Douane

Op grond van artikel 1:3, vijfde lid, van de Adw sluit de Minister van Financiën met de ministers die het mede aangaat convenanten over de inzet van de functionarissen die ressorteren onder de Rijksbelastingdienst met betrekking tot de douanecontrole van (onder andere) het bepaalde bij of krachtens een wettelijk voorschrift dat is opgenomen in de bijlage bij de Adw. Of en op welke wijze van deze grondslag gebruik gemaakt gaat worden, kan niet uit de toelichting worden opgemaakt, omdat niet wordt gerefereerd aan enig (af te sluiten) convenant en de inhoud daarvan.

De Afdeling adviseert in de toelichting op het voorgaande in te gaan en het voorstel zo nodig aan te passen.

4. Maatregelen in verband met evaluatie Interventiewet

a. Uitbreiding van de onteigeningsbevoegdheid

³³ Zie ook aanwijzing 85 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

³⁴ Paragraaf 5, onderdeel d, van de toelichting.

Met de wijziging van artikel 6:2 van de Wft wordt de onteigeningsbevoegdheid van de Minister van Financiën uitgebreid naar vorderingen die derden op de in problemen zijnde bank of verzekeraar hebben.³⁵ Thans heeft deze bevoegdheid alleen betrekking op effecten en vermogensbestanddelen. In de toelichting wordt vermeld dat in het geval van SNS REAAL ook onderhandse leningen bij de onteigening werden betrokken. Omdat deze leningen geen effecten zijn, moesten zij op andere wijze worden onteigend. Het voorstel voorziet erin dat een andere wijze van onteigening in de toekomst niet meer nodig is.³⁶ De uitbreiding van de onteigeningsbevoegdheid is zodanig ruim dat elke vordering, ook bijvoorbeeld die uit onrechtmatige daad of de tegenprestatie voor de levering van goederen, voor onteigening in aanmerking kunnen komen. De toelichting vermeldt niet waarom het voorstel zich niet beperkt tot vorderingen uit hoofde van onderhandse leningen.

De Afdeling adviseert in de toelichting op het voorgaande in te gaan en het voorstel zo nodig aan te passen.

b. Overdracht van een moedermaatschappij van een verzekeraar

Met de wijzigingen van afdeling 3.5.4A van de Wft wordt de bevoegdheid van de Minister van Financiën uitgebreid om een bank of verzekeraar in problemen over te dragen aan een andere partij.³⁷ Door deze uitbreiding zal deze bevoegdheid ook van toepassing worden op moedermaatschappijen van verzekeraars. De toelichting vermeldt dat de voorwaarden voor toepassing van het instrument van de overdracht, zoals die zijn opgenomen in de voorgestelde wijziging van artikel 3:159c van de Wft, in grote lijnen overeenkomen met de voorschriften die gelden voor het toepassen van het afwikkelingsinstrumentarium op holdings van kredietinstellingen en bepaalde beleggingsondernemingen op basis van de richtlijn voor herstel en afwikkeling van kredietinstellingen en bepaalde beleggingsondernemingen.³⁸

De Afdeling wijst erop dat er wel een verschil is. Het hoofdcriterium uit richtlijn 2014/59/EU is dat de instelling faalt *of waarschijnlijk zal falen*.³⁹ In het voorgestelde artikel 3:159c, tweede lid, van de Wft is echter het hoofdcriterium opgenomen dat door een gevaarlijke ontwikkeling met betrekking tot het eigen vermogen, de solvabiliteit en liquiditeit *redelijkerwijs is te voorzien* dat die ontwikkeling niet voldoende of niet tijdig ten goede zal keren.⁴⁰

Het criterium 'redelijkerwijs is te voorzien dat die ontwikkeling niet voldoende of niet tijdig ten goede zal keren' is ruimer dan het criterium 'faalt of waarschijnlijk zal falen'. Aldus geeft het criterium uit de Wft DNB de bevoegdheid om in een aanzienlijk vroeger stadium te beginnen met de uitvoering van een overdracht. De toelichting maakt niet duidelijk waarom voor een ruimer criterium is gekozen dan de richtlijn gebruikt.

³⁵ Artikel I, onderdeel ZZ, van het voorstel.

³⁶ Paragraaf 4, onderdeel d, van de toelichting.

³⁷ Artikel I, onderdelen BB tot en met HH, van het voorstel.

³⁸ Richtlijn 2014/59/EU van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 betreffende de totstandbrenging van een kader voor het herstel en de afwikkeling van kredietinstellingen en beleggingsondernemingen en tot wijziging van Richtlijn 82/891/EEG van de Raad en de Richtlijnen 2001/24/EG, 2002/47/EG, 2004/25/EG, 2005/56/EG, 2007/36/EG, 2011/35/EU, 2012/30/EU en 2013/36/EU en de Verordeningen (EU) nr. 1093/2010 en (EU) nr. 648/2012, van het Europees Parlement en de Raad.

³⁹ Artikel 32, eerste lid, onder a, en 33, tweede lid, van de richtlijn

⁴⁰ Artikel I, onderdeel DD, van het voorstel.

De Afdeling adviseert in de toelichting op het voorgaande in te gaan en het voorstel zo nodig aan te passen.

5. Verhandeling rechten van deelneming van beleggingsinstellingen buiten de Europese Unie

Ter implementatie van artikel 36 van de richtlijn alternatieve beleggingsinstellingen⁴¹ wordt een artikel 2:121.ca in de Wft gevoegd.⁴² Artikel 36 van richtlijn 2011/61/EU bevat de voorwaarden waaraan moet worden voldaan alvorens kan worden toegestaan dat een beheerder van een beleggingsinstelling in de EU rechten van deelneming van een beleggingsinstelling buiten de EU kan aanbieden. In artikel 36 van de richtlijn is tevens bepaald dat het om de aanbieding van rechten aan professionele beleggers gaat. Het aanbieden van rechten van deelneming aan niet-professionele beleggers is daarmee niet toegestaan op basis van artikel 36 van de richtlijn. Deze voorwaarde komt echter niet terug in het voorgestelde artikel 2:121.ca van de Wft.

De Afdeling adviseert in de toelichting op het voorgaande in te gaan en het voorstel zo nodig aan te passen.

6. De Afdeling verwijst naar de bij dit advies behorende redactionele 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,

⁴¹ Richtlijn 2011/61/EU van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2011 inzake beheerders van alternatieve beleggingsinstellingen en tot wijziging van de Richtlijnen 2003/41/EG en 2009/65/EG en van de Verordeningen (EG) nr. 1060/2009 en (EU) nr. 1095/2010

⁴² Artikel I, onderdeel N, van het voorstel.

Redactionele bijlage bij het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State betreffende no.W06.14.0475/III

- Overeenkomstig vergelijkbare bepalingen in deel 2 van de Wft de onderdelen van artikel 2:99, eerste lid, in de volgorde van de in die onderdelen genoemde artikelnummers zetten.
- Gelet op het voorgestelde artikel 3:24ab, tweede lid, van de Wft het voorgestelde artikel 3:24aa van de Wft schrappen.
- In het voorgestelde artikel 3:24ab, eerste lid, van de Wft na “niet-aangewezen staat” toevoegen: die het bedrijf uitoefenen door middel van het verrichten van diensten naar Nederland.
- In artikel I, onderdeel BB van het voorstel in plaats van nieuw lid toe te voegen in artikel 3:159a, onderdeel h, van de Wft voor de punt toevoegen: of een moedermaatschappij van een verzekeraar waarvan de Nederlandsche Bank van oordeel is dat de situatie, bedoeld in artikel 3:159c, tweede lid, zich voordoet.
- In onderdeel LL, in het voorgestelde artikel 3:176, vijfde lid, onderdeel d, van de Wft, voor de punt aan het slot toevoegen: , voor zover die verplichtingen kunnen worden voldaan uit het derivatenvermogen, bedoeld in artikel 49g, eerste lid, van de Wge.
- Gelet op Stb. 2013, 487 artikel I, onderdeel MM van het voorstel schrappen.
- Het voorgestelde artikel 3:267.Ob onderbrengen in afdeling 3.5.6A, afzien van het maken van een nieuwe afdeling 3.5.6B en eventueel de artikelen 3:267.Oa en 3:267.Ob onderbrengen in afzonderlijke paragrafen.
- De wijziging van de aanhef van artikel 4:37g, eerste lid, van de Wft door laten werken in de onderdelen a en b van dat lid.
- In artikel II, onderdeel O, afzonderlijke wijzigingsopdracht maken voor artikel 48, van de Wge waarin “Het centraal instituut” wordt vervangen door: Een centraal instituut.
- Het in artikel II, onderdeel T, voorgestelde artikel 49g, eerste lid, van de Wge als definitie van “derivatenvermogen” opnemen in artikel 49f.
- In artikel III, onderdeel C, de voorgestelde onderdelen a en b van de definitie van zetel samenvoegen tot een definitie die op de zetel van verzekeraars en moedermaatschappijen van toepassing is.
- In de toelichting op artikel III, onderdelen G en H, verduidelijken waarop de voorgestelde afwijking van artikelen 218, vijfde lid, en 242, vierde lid, Fw ziet.
- In artikel XII, tweede lid na “tot wet is of wordt” invoegen: verheven.
- Gelet op de functie van derivaten bij het risicomanagement in de toelichting niet de aanduiding “derivatenbelegger” gebruiken.
- Bij het voor de eerste keer noemen van een Europese richtlijn of verordening in de toelichting in een voetnoot de volledige aanduiding met cijferkenmerk en verwijzing naar het Pb EU opnemen.
- In de toelichting ingaan op het feit dat verordening 909/2014 reeds eerder is geïmplementeerd en dat het voorstel daarop enkele aanpassingen aanbrengt, en daarbij ingaan op de (data) van overgang tussen de beide toezichtsregimes.