

Vergaderjaar 2012–2013

33 729

Wijziging van de Wet op het financieel toezicht in verband met het verstrekken van vertrouwelijke gegevens of inlichtingen door de Nederlandsche Bank en de Autoriteit Financiële Markten aan de Algemene Rekenkamer

Nr. 4

ADVIES RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT¹

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 12 juli 2013 en het nader rapport d.d. 4 september 2013, aangeboden aan de Koning door de Minister van Financiën. Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Bij Kabinetsmissive van 16 april 2013, no. 13.000784, heeft Hare Majesteit Koningin Beatrix, op voordracht van de Minister van Financiën, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot wijziging van de Wet op het financieel toezicht in verband met het verstrekken van vertrouwelijke gegevens of inlichtingen door de Nederlandsche Bank en de Autoriteit Financiële Markten aan de Algemene Rekenkamer, met memorie van toelichting.

Het voorstel strekt er toe in de Wet op het financieel toezicht (Wft) een grondslag op te nemen die er in voorziet dat de Nederlandsche Bank (DNB) en de Autoriteit Financiële Markten (AFM) vertrouwelijke gegevens of inlichtingen kunnen verstrekken aan de Algemene Rekenkamer (AR). De toelichting vermeldt ter onderbouwing van het voorstel dat op dit moment de geheimhoudingsbepalingen in de Wft er aan in de weg staan dat DNB en AFM toezichtvertrouwelijke informatie verstrekken aan de AR. Hierdoor is de AR onvoldoende in staat om haar doelmatigheidsonderzoek naar het toezicht van DNB en AFM op grond van de Comptabiliteitswet 2001 (Cw) naar behoren uit te voeren. Met het oog op dit onderzoek is het wenselijk dat de AR toegang krijgt tot toezichtvertrouwelijke informatie, aldus de toelichting.

Op 1 juli 2013 heeft een delegatie van de Afdeling op de voet van artikel 24 van de Wet op de Raad van State met de Minister van Financiën over het wetsvoorstel beraadslaagd.

¹ De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Afdeling advisering van de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer

Het voorstel kan gevolgen hebben voor de wijze waarop het toezicht op de financiële markten wordt uitgeoefend. Tegen de achtergrond van de omvangrijke financiële steun die de regering sinds 2008 aan enkele Nederlandse banken en andere financiële instellingen heeft verleend, kan de vraag rijzen of de toezichthouders tijdig voldoende inzicht hebben gekregen in aard en omvang van de ontwikkelingen en problemen op de financiële markten en de besluitvorming bij banken in het licht daarvan. Gelet daarop acht de Afdeling het niet onbegrijpelijk dat gezocht wordt naar wegen om de werking van het toezicht op de financiële markten tegen het licht te houden. Het voorstel roept evenwel een aantal vragen op over de inhoud van het toezicht door de AR mede in het licht van de Europeesrechtelijke eisen die aan de inzage in bedrijfsvertrouwelijke informatie worden gesteld.

De Afdeling advisering van de Raad van State gaat op die vragen in het onderstaande in. Zij maakt een aantal opmerkingen met betrekking tot verhouding tot de Europese richtlijnen inzake financiële instellingen alsmede met betrekking tot de betekenis van een onderzoek naar de opzet en de werking van het toezicht en de gevolgen voor onder meer de verhouding tot de Minister van Financiën en tot de ECB. Zij is van oordeel dat in verband daarmee het voorstel nader dient te worden overwogen.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 16 april 2013, nr. 13.000784, machtigde Uwe Majesteit de Afdeling advisering van de Raad van State haar advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 12 juli 2013, nr. No. 13.0099/III, bied ik U hierbij aan.

Het voorstel geeft de Afdeling aanleiding tot het maken van diverse inhoudelijke opmerkingen. Voor de reactie hierop zal de volgorde van opmerkingen zoals de Afdeling in haar advies hanteert worden aangehouden.

1. Verhouding tot EU-richtlijnen inzake financiële instellingen

Verskillende Europese richtlijnen stellen thans beperkingen aan de verstrekking aan derden van vertrouwelijke gegevens over financiële instellingen die berusten bij de toezichthouders. Deze bepalingen zijn omgezet in de artikelen 1:89 Wft en verder, die uitgaan van een gesloten systeem. In de toelichting wordt opgemerkt dat op dit moment de geheimhoudingsbepalingen in de Wft er aan in de weg staan dat DNB en AFM toezichtvertrouwelijke informatie verstrekken aan de AR.² Vervolgens wordt gewezen op een voorstel voor een Europese richtlijn waarin wordt bepaald «dat lidstaten hun rekenkamers toegang mogen geven tot toezichtvertrouwelijke informatie.» Deze richtlijn is inmiddels vastgesteld en gepubliceerd in het publicatieblad van de Europese Unie. Het betreft richtlijn 2013/36/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende toegang tot het bedrijf van kredietinstellingen en het prudentieel toezicht op kredietinstellingen en beleggingsondernemingen, tot wijziging van Richtlijn 2002/87/EG en tot intrekking van de Richtlijnen 2006/48/EG en 2006/49/EG (CRD IV).³

² In de toelichting wordt overigens gerefereerd aan een aantal landen waarin de rekenkamers dergelijke toegang ook nu al zouden hebben. Het onderzoek waarop deze passage is gebaseerd, bevat evenwel onvoldoende precieze feitelijke informatie over de aard van die onderzoeken en de feitelijke mogelijkheden tot onderzoek om deze conclusie op te kunnen baseren (Kamerstuk 31 980, nr. 78). Zo lijkt bijvoorbeeld uit de informatie naar voren te komen dat de Franse rekenkamer alleen dossiers kan onderzoeken van banken die publieke middelen ontvangen.

³ PbEU 2013 L176. Deze richtlijn moet op 1 januari 2014 omgezet zijn.

De richtlijn bepaalt in artikel 59, tweede lid:

De lidstaten kunnen toestaan dat bepaalde informatie over het prudentieel toezicht op de instellingen wordt meegedeeld aan parlementaire onderzoekscommissies in hun lidstaat, de rekenkamer in hun lidstaat en andere voor onderzoek verantwoordelijke entiteiten in hun lidstaat, onder de volgende voorwaarden:

- a) de entiteiten hebben een nauwkeurig omschreven mandaat uit hoofde van het nationale recht om de maatregelen van autoriteiten die voor het toezicht op instellingen of voor wetten inzake dit toezicht verantwoordelijk zijn, te onderzoeken of te controleren;*
- b) de informatie is strikt noodzakelijk om het onder a) bedoelde mandaat te vervullen;*
- c) voor de personen die toegang tot de informatie hebben, gelden krachtens de nationale wetgeving professionele geheimhoudingsverplichtingen die ten minste gelijkwaardig zijn aan de in artikel 53, lid 1, bedoelde;*
- d) informatie die afkomstig is van een andere lidstaat mag niet worden doorgegeven zonder de uitdrukkelijke instemming van de bevoegde autoriteiten die de gegevens hebben meegedeeld, en alleen worden gebruikt voor de doeleinden waarmee deze autoriteiten hebben ingestemd*

Uit artikel 59, tweede lid, van de richtlijn volgt dat alvorens de AR toegang kan krijgen tot toezichtvertrouwelijke informatie over banken en beleggingsondernemingen aan een aantal voorwaarden dient te zijn voldaan:

- (i) er dient een nauwkeurig omschreven mandaat te zijn om de maatregelen van DNB en AFM te onderzoeken,*
- (ii) de informatie dient strikt noodzakelijk te zijn om dat mandaat te vervullen*
- (iii) de geheimhouding van deze informatie dient verzekerd te zijn.*

In de toelichting bij het onderhavige wetsvoorstel wordt niet ingegaan op de voorwaarden die zijn opgenomen in de CRD IV. De Afdeling zal deze voorwaarden thans bespreken.

Nauwkeurig omschreven mandaat

Blijkens de toelichting maakt het wetsvoorstel de verstrekking van toezichtvertrouwelijke gegevens aan de AR mogelijk voor zover deze gegevens naar het oordeel van de AR noodzakelijk zijn voor de uitoefening van haar wettelijke taak op grond van artikel 91 Cw. De toelichting merkt voorts op dat de AR thans onvoldoende in staat is om haar doelmatigheidsonderzoek naar het toezicht van DNB en AFM op grond van de Cw naar behoren uit te voeren. Dit onderzoek betreft volgens de toelichting zowel de opzet als de werking van het toezicht. Voor de aard van de controletaak verwijst de toelichting naar de uitgebreide toelichting op die taak ten aanzien van publiekrechtelijke rechtspersonen uit 1984/1985.

Wat de aard van de controletaak betreft verwijst de Afdeling naar het daarover opgemerkte in de voorlichting van 21 april 2011.⁴ Deze wordt hieronder geciteerd.

⁴ Voorlichting van de Afdeling advisering van de Raad van State van 21 april 2011 over de bevoegdheid van de Algemene Rekenkamer om onderzoek te doen bij staatsdeelnemingen (W06.11.0037/III).

«In paragraaf 2 van hoofdstuk VII van de Cw, getiteld «Het rechtmatigheids- en doelmatigheidsonderzoek», is in de artikelen 82 tot en met 89 de controle door de AR van de ontvangsten en uitgaven van het Rijk nader geregeld. Deze valt uiteen in het onderzoek naar het door de Ministers gevoerde financieel en materieel beheer, de ten behoeve van dat beheer bijgehouden administraties, de financiële informatie in de jaarverslagen, de departementale saldibalansen en de totstandkoming van de informatie over het gevoerde beleid en de bedrijfsvoering (artikel 82, eerste lid, Cw), het onderzoek naar de centrale administratie van de schatkist, het financieel jaarverslag en de saldibalans van het Rijk (artikel 83, eerste lid, Cw), het onderzoek naar de doeltreffendheid en doelmatigheid van het gevoerde beleid en de doelmatigheid van het financieel en materieel beheer en de daartoe bijgehouden administraties en de organisatie van het Rijk (artikel 85 Cw). De taak van de AR beperkt zich ingevolge deze bepalingen tot handelingen van het Rijk en zijn organen; daarbuiten heeft de AR ingevolge die bepalingen geen taak.

In hoofdstuk VII, paragraaf 3, zijn «De overige taken en bevoegdheden» van de AR geregeld. In deze paragraaf is onder meer vastgelegd dat de AR op verzoek van elk van beide kamers van de Staten-Generaal bepaalde onderzoeken kan verrichten (artikel 90 Cw). Deze bepaling is in de huidige vorm in 1992 (Stb. 350) in de destijds geldende Comptabiliteitswet 1976 opgenomen en heeft de mogelijkheid geopend dat de Staten-Generaal zich voor het instellen van zowel rechtmatigheidsonderzoek als doelmatigheidsonderzoek rechtstreeks tot de AR kunnen wenden zonder tussenkomst van de Minister.

In het huidige artikel 91 Cw (ingevoerd in de Comptabiliteitswet 1976 bij de eerste wijziging in 1988) worden aan de AR bevoegdheden toegekend ten aanzien van organen die niet behoren tot het Rijk, maar die, hetzij vanwege een directe financiële relatie met het Rijk hetzij vanwege gehele of gedeeltelijke financiering uit wettelijke heffingen, tot de publieke sfeer worden gerekend, voor zolang als en over de jaren waarin de Staat dat belang heeft of het algemeen belang dit vordert. In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel voor de eerste wijziging van de Comptabiliteitswet 1976, waarbij deze bepalingen zijn ingevoerd, heeft de regering aansluiting gezocht bij het zogenaamde budgettaire beginsel, dat controle impliceert in alle gevallen van financiële binding met het Rijk, zowel in de

uitgaven- als in de ontvangstensfeer.⁵ De regering plaatste deze beschouwing tegen de achtergrond van de verantwoordelijkheid van de Minister tegenover het parlement voor een publiekrechtelijke rechtspersoon.⁶ Deze heeft als noodzakelijk complement dat het parlement kan worden ingelicht door een onafhankelijk controle-orgaan.

De AR zal, gelet op de strekking van haar taken en bevoegdheden, bij het uitoefenen van de in artikel 91 Cw toegekende bevoegdheden niet verder mogen gaan dan tot het instellen van onderzoek naar de rechtmatigheid van het beheer van de financiën, in welke vorm dan ook verstrekt aan de betrokken organen, en naar de doelmatigheid van dat beheer en van de organisatie en het functioneren van de rechtspersoon, voor zover het gaat om de besteding van publiek geld.

De hiervoor beschreven uitgangspunten bij de toepassing van artikel 91 Cw zijn niet in artikel 91 Cw zelf neergelegd, maar liggen ten grondslag aan de gekozen reikwijdte van de onderzoeksbevoegdheden van de AR.

Deze uitgangspunten zijn mede gebaseerd op de eerdere gememoreerde memorie van toelichting uit 1984/1985.

Artikel 91, vierde lid, Cw vormt de grondslag voor de AR om onderzoek te doen bij DNB en AFM. In deze bepaling wordt evenwel niet nader gespecificeerd waarop dit onderzoek betrekking kan hebben. Meer in het bijzonder is de vraag tot hoe ver het onderzoek naar de doelmatigheid van het beheer en van de organisatie en het functioneren van de rechtspersoon zich uitstrekt. Mede gelet daarop is naar het oordeel van de Afdeling de vraag gerechtvaardigd in hoeverre de Cw met artikel 91 Cw voorziet in «een nauwkeurig omschreven mandaat uit hoofde van het nationale recht om de maatregelen van autoriteiten die voor het toezicht

⁵ Kamerstuk 19 062, nr. 3. De aanzet tot deze bepalingen kwam van de Commissie-Simons (1960). Deze wilde de Rekenkamer in de publiekrechtelijke sfeer een controletaak geven bij (mede) door het Rijk in het leven geroepen instellingen. In het bijzonder dacht zij daarbij aan de sociale verzekering en de publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie. Voor de privaatrechtelijke sfeer stond de commissie een regeling voor ogen waarbij de controletaak van de Rekenkamer afhankelijk zou zijn van de wijze van financiële binding met het Rijk. In de Comptabiliteitswet 1976 zijn aanbevelingen van de Commissie-Simons overgenomen. De toenemende verwevenheid tussen de overheid en de overige sectoren van de maatschappij leidde tot voortzetting van de discussie over de controletaak van de Rekenkamer. In 1978 stelde de Commissie voor de Rijksuitgaven de Subcommissie steunverlening individuele bedrijven in. De subcommissie stelde voor de Rekenkamer, waar deze dat nodig zou vinden, rechtstreeks toegang te geven tot alle privaatrechtelijke lichamen waaraan in het kader van het steunverleningsbeleid publieke middelen werden toevertrouwd. De uitkomst van de RSV-enquête in het begin van de jaren tachtig heeft de discussie over de wenselijkheid van controle door de Rekenkamer in de hier bedoelde zin een krachtige impuls gegeven. Een en ander heeft in 1988 geresulteerd in de eerste wijziging van de Comptabiliteitswet 1976. De reikwijdte van de bevoegdheden - dat wil zeggen de objecten en de aspecten van de controlebevoegdheden - zal, zo stelde de regering in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel tot wijziging (Kamerstuk 19 062, nrs. 1-3) in belangrijke mate worden bepaald door de aard van de geldverstrekking door het Rijk en hetgeen daarmee wordt beoogd. Indien de geldverstrekking een meer structureel karakter draagt en gericht is op de financiering van de totale taak van de betrokken rechtspersoon zal de Rekenkamer zich in beginsel een oordeel moeten kunnen vormen over de rechtmatigheid van het gevoerde financiële beheer, waarbij tevens aandacht kan worden gewijd aan de doelmatigheid van die rechtspersoon. De regering vervolgde dat hierbij moet worden gedacht aan rechtspersonen, waarvan jaarlijks een belangrijk deel van de apparaatskosten wordt vergoed. Deze oordeelsvorming wordt eveneens beoogd met betrekking tot publiekrechtelijke rechtspersonen, die worden gefinancierd uit de opbrengst van bij of krachtens de wet ingestelde heffingen, aldus de toelichting.

⁶ In zijn advies bij de Achtste wijziging van de Comptabiliteitswet 1976 verwoordde de Raad dit als volgt: «De taak van de Algemene Rekenkamer staat niet los van de Ministeriële verantwoordelijkheid, maar is daaraan complementair. Daarbij maakt de Raad overigens wel de kanttekening dat [...] de Ministeriële verantwoordelijkheid geen afgebakend en juridisch vaststaand begrip is en deze ook niet beperkt is tot de uitoefening van bestaande bevoegdheden.» (Kamerstuk 27 571, A).

op instellingen of voor wetten inzake dit toezicht verantwoordelijk zijn, te onderzoeken of te controleren». Er kan, zo meent de Afdeling, gerede twijfel bestaan over het antwoord op de vraag in hoeverre een onderzoek naar de opzet en de werking van het toezicht, zoals voorzien in de toelichting, past binnen het kader van artikel 91 Cw.

Zolang over de reikwijdte van het onderzoek door de AR bij DNB en AFM op grond van artikel 91 Cw twijfel kan bestaan, kan naar het oordeel van de Afdeling niet, in ieder geval niet zonder meer worden geconcludeerd dat is voldaan aan het vereiste van een nauwkeurig omschreven mandaat. De Afdeling is er in het licht van het bovenstaande dan ook niet van overtuigd dat met de Cw zoals deze thans luidt, is voldaan aan de eerste voorwaarde die in de richtlijn is gesteld.

Strikte noodzaak

Vervolgens dient, in het licht van het voorgaande, de strikte noodzaak beoordeeld te worden van de verstrekking van toezichtvertrouwelijke informatie aan de AR in het kader van door deze verricht doelmatigheids-onderzoek, zoals hierboven aangeduid. Tegen die achtergrond rijst de vraag naar de strikte noodzaak van het verkrijgen van toezichtvertrouwelijke informatie door de AR. Die informatie betreft immers niet het functioneren van de door de AR te onderzoeken instelling, maar gegevens over degenen die onder het toezicht van die toezichthouder staan en van individuele beslissingen die ten aanzien van hen zijn genomen door die toezichthouder. Toegang tot toezichtvertrouwelijke informatie is relevant bij een integrale beoordeling van de kwaliteit van het toezicht dat door de toezichthouders op de individuele financiële instellingen wordt gehouden. Het is echter de vraag in hoeverre het onderzoek van de AR, gelet op het hetgeen hierboven is opgemerkt, een zodanig vergaande strekking heeft. Voorts is de vraag of veelvuldig gebruik gemaakt zal worden van toezichtvertrouwelijke informatie dan wel dat deze informatie slechts incidenteel zal worden opgevraagd. Op deze vragen gaat de toelichting niet in. Een dragende motivering voor de strikte noodzaak van toegang tot toezichtvertrouwelijke gegevens om onderzoek te verrichten is echter noodzakelijk.

De Afdeling wijst er ten slotte op dat de richtlijn alleen van toepassing is op kredietinstellingen (banken) en beleggingsondernemingen. Een bepaling als hier aan de orde ontbreekt bijvoorbeeld in de Europese richtlijn inzake verzekeraars, terwijl een vergelijkbare wijziging van die richtlijn niet in behandeling is. Deze laatste richtlijn zal dus vooralsnog stringenter beperkingen ten aanzien van de verstrekking van toezichtvertrouwelijke informatie blijven bevatten. Niet duidelijk is daarbij hoe zal moeten worden omgegaan met informatie die betrekking heeft op financiële conglomeraten die zowel bank als verzekeraar zijn. Dit leidt er naar het oordeel van de Afdeling toe dat, voor zover aan de overige voorwaarden uit artikel 59 CRD IV wordt voldaan, verstrekking slechts mogelijk is indien het toezichtvertrouwelijke informatie over banken en beleggingsondernemingen betreft. Dit geldt in ieder geval zolang de andere richtlijnen op dit punt niet zijn gewijzigd.

Conclusie

De Afdeling meent, onverminderd hetgeen hierna onder 2. wordt opgemerkt, dat met het oog op de voorwaarden van de richtlijn het nauwkeurig omschreven mandaat voor de AR in de nationale wetgeving dient te worden geëxpliciteerd. Daarbij dient toereikend te worden gemotiveerd waarom met het oog op dat mandaat toegang tot toezichtvertrouwelijke informatie strikt noodzakelijk is.

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

1. Verhouding tot EU-richtlijnen inzake financiële instellingen

Uit artikel 59, tweede lid, van Richtlijn 2013/36/EU⁷ (CRD IV) volgt dat de Algemene Rekenkamer toegang kan krijgen tot toezichtvertrouwelijke informatie als aan de volgende voorwaarden is voldaan:

- (i) er dient een nauwkeurig omschreven mandaat te zijn uit hoofde van het nationale recht om de maatregelen van de Nederlandsche Bank (DNB) en de Autoriteit Financiële Markten (AFM) te onderzoeken en te controleren;
- (ii) de informatie dient strikt noodzakelijk zijn om dat mandaat te vervullen;
- (iii) de geheimhouding van deze informatie dient verzekerd te zijn.

De Afdeling is van mening dat niet aan de eerste twee voorwaarden is voldaan en dat met het oog daarop het nauwkeurig omschreven mandaat voor de Algemene Rekenkamer in de nationale wetgeving dient te worden geëxpliciteerd en dat tevens daarbij toereikend moet worden gemotiveerd waarom met het oog op dat mandaat toegang tot toezichtvertrouwelijke informatie strikt noodzakelijk is.

Alvorens op de opmerkingen van de Afdeling in te gaan, schets ik hier kort de functie van en de werkwijze bij een doelmatigheidsonderzoek van de Algemene Rekenkamer in het kader van artikel 91 van de Comptabiliteitswet 2001 (CW). Het rechtmatigheidsonderzoek dat de Algemene Rekenkamer ook kan uitvoeren op grond van artikel 91 van de CW blijft hier verder onbesproken. Het huidige artikel 91 van de CW is in 1988 bij de eerste wijziging van die wet ingevoerd. In de loop der jaren heeft de controle op onder andere zogenaamde rechtspersonen met een wettelijke taak (RWT's), waartoe DNB en de AFM voor wat betreft hun toezichtstaak op financiële instellingen behoren, een aanzienlijke ontwikkeling doorgemaakt en is de reikwijdte van artikel 91 van de CW verder uitgekristalliseerd. De ontwikkeling van die controle heeft binnen de rijksdienst, door de inzet van de departementale accountantsdiensten (thans de Auditdienst Rijk/ADR) en de Algemene Rekenkamer, mede geleid tot een controlebeleid op hoog niveau wat betreft opzet en werking. De wettelijke bepalingen en de daarbij behorende toelichtingen met betrekking tot het doelmatigheidsonderzoek en het daarop gebaseerde controlebeleid hebben geleid tot een helder en stringent kader waarbinnen het onderzoek naar de doelmatigheid van het beheer, de organisatie en het functioneren van de RWT's plaatsvindt. In het algemeen kan het kader van het doelmatigheidsonderzoek als volgt worden samengevat. Het onderzoek naar de doelmatigheid van het beheer, de organisatie en het functioneren van de toezichthouders is toegespitst op de zogenaamde drie E's: economisch (zuinig), efficiënt en effectief. Bij «economisch» (zuinig) gaat het om alle handelingen waarmee geld omgezet wordt in de verwerving van personele en materiële middelen (doelmatige apparaatverwerving), bij «efficiënt» wordt gekeken naar de relatie tussen de apparaatzet en de daarmee verrichte prestaties en bij «effectief» naar de prestaties in relatie tot de beoogde gevolgen van het functioneren, in het onderhavige geval de doelmatigheid van het toezichtbeleid van DNB en de AFM.

⁷ Richtlijn 2013/36/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende toegang tot het bedrijf van kredietinstellingen en het prudentieel toezicht op kredietinstellingen en beleggingsondernemingen, tot wijziging van Richtlijn 2002/87/EG en tot intrekking van Richtlijnen 2006/48/EG en 2006/49/EG, PbEU L176. Deze richtlijn moet op 1 januari 2014 geïmplementeerd zijn in nationale wetgeving.

Het doelmatigheidsonderzoek van de Algemene Rekenkamer bij RWT's is – toegespitst op DNB en de AFM – erop gericht de uitvoering van hun toezichtstaak met betrekking tot de financiële instellingen op doelmatigheid te beoordelen. De controle door de Algemene Rekenkamer is daarmee niet specifiek gericht op maatregelen van DNB en de AFM met betrekking tot individuele financiële instellingen, noch op het toezicht met betrekking tot individuele financiële instellingen, maar op de doelmatigheid van het toezichtbeleid dat de toezichthouders sectorbreed voeren. Daarbij wordt gekeken naar de opzet van het (systeem van) toezicht en de werking daarvan en worden bijvoorbeeld steekproefsgewijs alle handelingen van de toezichthouders in het onderzoek betrokken en niet alleen en niet specifiek de handelingen inzake maatregelen met betrekking tot individuele financiële instellingen. Voorwaarde voor een onafhankelijk onderzoek is een brede algemene bevoegdheid voor de Algemene Rekenkamer om van alle informatie die onder het beheer van de toezichthouders valt, kennis te nemen indien zij dit voor de uitvoering van haar onderzoekstaak noodzakelijk acht. Zonder deze bevoegdheid kan de Algemene Rekenkamer als controle-orgaan ten behoeve van het parlement, het parlement niet onafhankelijk informeren over de doelmatigheid van het beheer, de organisatie en het functioneren van de toezichthouders. Die bevoegdheid is in artikel 91, vierde lid, van de CW geregeld door middel van de van overeenkomstige toepassingverklaring van artikel 87, eerste lid, van de CW. Daardoor heeft de Algemene Rekenkamer ten behoeve van een doelmatigheidsonderzoek in beginsel toegang tot of kan zij informatie opvragen uit alle informatiedragers die onder het beheer van DNB en de AFM vallen en wel op een door de Algemene Rekenkamer aan te geven wijze. Op dit moment staan de geheimhoudingsbepalingen in de Wft er aan in de weg dat DNB en de AFM toezichtvertrouwelijke informatie verstrekken aan de Algemene Rekenkamer. Die belemmering voor het doelmatigheidsonderzoek naar het toezicht van DNB en de AFM wordt middels dit wetsvoorstel weggenomen. Echter niet ongelimiteerd: de Algemene Rekenkamer kan alleen toegang krijgen tot toezichtvertrouwelijke informatie als dat naar haar oordeel noodzakelijk is voor het doelmatigheidsonderzoek.

Nauwkeurig omschreven mandaat (i)

Artikel 91, vierde lid, van de CW vormt de grondslag voor de Algemene Rekenkamer om onderzoek te doen bij DNB en de AFM. De Afdeling merkt terecht op dat in deze bepaling niet nader gespecificeerd wordt waarop dit onderzoek betrekking kan hebben. Daarvoor dient de memorie van toelichting bij de CW geraadpleegd te worden (Kamerstuk 19 062, nr. 3). Zoals hiervoor reeds uiteengezet, is in die memorie van toelichting nader geëxpliciteerd dat de bevoegdheid van de Algemene Rekenkamer ten aanzien van DNB en de AFM zich uitstrekt tot onderzoek naar de doelmatigheid van het beheer en van de organisatie en het functioneren van DNB en de AFM (doelmatigheidsonderzoek). De Afdeling vraagt zich af of dit mandaat op grond van artikel 91 van de CW ook de bevoegdheid omvat om de maatregelen van de toezichthouders te onderzoeken of te controleren. Volgens de Afdeling kan er gereede twijfel bestaan over het antwoord op de vraag in hoeverre een onderzoek naar de opzet en de werking van het toezicht, zoals voorzien in de toelichting, past binnen het kader van artikel 91 van de CW.

Allereerst wil ik benadrukken dat het voorgestelde artikel geen uitbreiding betreft van de controletaak van de Algemene Rekenkamer; het doelmatigheidsonderzoek van de Algemene Rekenkamer naar het toezicht van DNB en de AFM heeft derhalve geen groter bereik of andere inhoud gekregen. Dat onderzoek omvat uitdrukkelijk niet de beoordeling van de kwaliteit van het toezicht dat door de toezichthouders op individuele financiële instellingen wordt gehouden. Voor het doelmatigheidsonderzoek kan het

echter wel noodzakelijk zijn dat de Algemene Rekenkamer inzicht verkrijgt in de maatregelen die de toezichthouders (ten aanzien van individuele instellingen) hebben genomen en in de informatie en de afwegingen op grond waarvan die maatregelen zijn genomen. Onderzoek naar het functioneren van de toezichthouders maakt immers deel uit van het doelmatigheidsonderzoek van de Algemene Rekenkamer en dat is alleen goed uit te voeren als het mogelijk is om inzicht te verkrijgen in het feitelijke toezicht van DNB en de AFM (bijvoorbeeld ten aanzien van SNS) en voor dat laatste kan het noodzakelijk zijn dat toezichtvertrouwelijke informatie wordt ingezien (zie ook hierna onder ii). Op deze gang van zaken werd gedoeld met de zin in de toelichting waarin werd vermeld dat het onderzoek van de Algemene Rekenkamer zowel de opzet als de werking van het toezicht betreft. Zie voorts hierboven waar uitgebreid aandacht is besteed aan de inhoud van het doelmatigheidsonderzoek van de Algemene Rekenkamer.

Anders dan de Afdeling betoogt, ben ik dan ook van mening dat artikel 91 van de CW wel degelijk voorziet in een nauwkeurig omschreven mandaat voor de Algemene Rekenkamer om ten behoeve van haar doelmatigheids-onderzoek de maatregelen van DNB en de AFM te onderzoeken of te controleren.

Strikte noodzaak (iii)

Vervolgens vraagt de Afdeling zich af of toezichtvertrouwelijke informatie strikt noodzakelijk is voor het doelmatigheidsonderzoek van de Algemene Rekenkamer. Volgens de Afdeling is toegang tot toezichtvertrouwelijke informatie alleen relevant bij een integrale beoordeling van de kwaliteit van het toezicht dat door de toezichthouders op individuele instellingen wordt gehouden. Hiervoor is reeds uiteengezet dat het ook voor het doelmatigheidsonderzoek noodzakelijk kan zijn om toezichtvertrouwelijke informatie in te zien. Of er sprake is van noodzakelijkheid zal de Algemene Rekenkamer steeds van geval tot geval zelf moeten beoordelen. Het noodzakelijkheidsvereiste werkt hierdoor beperkend; het zorgt er voor dat de Algemene Rekenkamer niet ongelimiteerd toezichtvertrouwelijke informatie kan opvragen bij DNB en de AFM.

De Afdeling wijst er ten slotte op dat CRD IV alleen betrekking heeft op banken en beleggingsondernemingen. Dit roept terecht de vraag op in hoeverre artikel 59, tweede lid, van die richtlijn ook relevant is waar het gaat om toezichtvertrouwelijke informatie met betrekking tot andere categorieën financiële ondernemingen. Het antwoord op die vraag is gelegen in het bijzondere karakter van genoemd artikel. Het artikel roept geen nieuwe uitzondering op de geheimhoudingsplicht voor toezicht-houders in het leven, maar verwoordt het gedurende de laatste jaren gerijpte inzicht dat de bestaande geheimhoudingsregimes voor toezicht-vertrouwelijke informatie vanzelfsprekend niet in de weg behoren te staan aan het uitwisselen van informatie die van belang is voor de onderzoeken van nationale rekenkamers. Het expliciteert daarmee een beginsel dat de kaders van CRD IV overstijgt en ook relevant is voor de (in veel opzichten gelijklopende) geheimhoudingsbepalingen uit andere richtlijnen op het terrein van de financiële markten. Uiteraard verdient het aanbeveling dat dit beginsel ook in die andere richtlijnen expliciet tot uitdrukking wordt gebracht. Ik zal mij in Europees verband inzetten om dit te bewerkstel-lingen.

2. Betekenis en gevolgen van onderzoek naar de opzet en de werking van het toezicht

Een wijziging van het stelsel van toezicht in deze sector roept een aantal vragen op over de positie en de rol van de verschillende toezichthouders en de positie van de verantwoordelijke Minister ten opzichte van elkaar. In de toelichting wordt hierop niet ingegaan.

a. Beoordeling van de kwaliteit van het toezicht

De toezichthouders DNB en AFM zijn onafhankelijk in de wijze waarop het toezicht door hen wordt uitgeoefend. Zij dienen daarbij te opereren vanuit hun specifieke deskundigheid en binnen het wettelijke kader. De toezichthouders hebben daarbij een ruime mate van beoordelingsvrijheid en zijn in de uitvoering van hun taken niet hiërarchisch ondergeschikt aan de Minister van Financiën.

Gelet op de toelichting, die ervan uitgaat dat het onderzoek van de AR ziet op de opzet en werking van het toezicht van DNB en AFM, kan dit betekenen dat het toezicht op deze toezichthouders wordt geïntensiveerd. Het voorgestelde arrangement brengt mee dat individuele beslissingen van de toezichthouders stelselmatig aan een beoordeling zouden kunnen worden onderworpen. De vraag rijst of een dergelijke beoordeling van de kwaliteit van het toezicht is beoogd. Voorts rijst de vraag wat het gevolg zou zijn als – als gevolg van deze wijze van toezicht – door de AR zou worden geconcludeerd dat een andersluidende beslissing door DNB of AFM in een gegeven geval wenselijk zou zijn geweest.

b. Mogelijke uitstralingseffecten

Ook op de andere instellingen en instanties die binnen het bereik van artikel 91 Cw vallen zou de onderzoeksbevoegdheid van de AR een uitstralingseffect kunnen hebben. De AR heeft eenzelfde onderzoeksbevoegdheid ten aanzien van deze organisaties. Dit zou er toe kunnen leiden dat ook die andere instanties genoemd in artikel 91 Cw in individuele dossiers informatie zouden moeten verstrekken aan de AR. Ook private bedrijven vallen onder de reikwijdte van artikel 91 Cw, bijvoorbeeld omdat zij een subsidie ontvangen van het Rijk. Ook ten aanzien van die andere organisaties is een nauwkeurige omschrijving van de aard en intensiteit van het toezicht op basis van artikel 91 Cw van belang.

c. Verhouding tot de Minister van Financiën

De Minister van Financiën is verantwoordelijk voor het functioneren van het toezicht op de financiële markten door DNB en AFM. Die verantwoordelijkheid omvat het door hem of haar gevoerde beleid en de wet- en regelgeving op het terrein van het toezicht. De aandacht van de Minister gaat daarbij primair uit naar het functioneren van het toezichtstelsel als geheel.⁸ De Staten-Generaal kunnen de Minister daarop aanspreken en er zo nodig vragen over stellen.

In het voorgaande is er reeds op gewezen dat de controlebevoegdheid van de AR in het geval van niet tot het Rijk behorende publiekrechtelijke rechtspersonen gezien werd als noodzakelijk complement op de verantwoordelijkheid van de Minister jegens de Kamers der Staten Generaal.⁹ De Minister van Financiën heeft evenwel slechts beperkt toegang tot toezichtvertrouwelijke gegevens die zich bij DNB en de AFM bevinden,

⁸ Visie toezicht op afstand. Kamerstuk 32 648, nr. 1.

⁹ Kamerstuk 19 062, nr. 3, blz. 19.

vanwege de geheimhoudingsverplichtingen die daarvoor gelden.¹⁰ Dit sluit aan bij zijn (beperkte) bemoeienis bij individuele beslissingen van de toezichthouders.

Indien de AR op grond van informatie waarover de Minister niet kan beschikken, zou rapporteren aan de Staten-Generaal – waarbij de rapportage, gelet op de geheimhoudingsplicht die op de AR rust ter zake van de vertrouwelijke informatie, in algemene termen gesteld dient te zijn – rijst de vraag welke gevolgen dit zal hebben in de verhouding tot de verantwoordelijkheid van de Minister voor het goede functioneren van het financiële stelsel als geheel. De Minister van Financiën beschikt in beginsel slechts over geaggregeerde gegevens aangaande het toezicht. Dit kan leiden tot spanning in de verantwoordingsrelatie tussen de Minister en de Staten-Generaal.

De Afdeling adviseert in de toelichting diepgaand in te gaan op de hierboven aangestipte gevolgen van onderzoek door de AR naar de opzet en werking van het toezicht.

2. Betekenis en gevolgen van onderzoek naar de opzet en de werking van het toezicht

a. Beoordeling van de kwaliteit van het toezicht

De Afdeling merkt op dat de zin in de toelichting waarin wordt vermeld dat het onderzoek van de Algemene Rekenkamer zowel de opzet als de werking van het toezicht van DNB en de AFM betreft, kan betekenen dat het toezicht op deze toezichthouders wordt geïntensiveerd. Zoals hierboven onder 1 vermeld is dit niet het geval; het doelmatigheidsonderzoek van de Algemene Rekenkamer naar het toezicht van DNB en de AFM heeft geen groter bereik of andere inhoud gekregen. Dat onderzoek omvat uitdrukkelijk niet de beoordeling van de kwaliteit van het toezicht dat door de toezichthouders op individuele financiële instellingen wordt gehouden. Met de bewuste zin in de toelichting wordt bedoeld dat het voor het doelmatigheidsonderzoek noodzakelijk kan zijn dat de Algemene Rekenkamer de maatregelen onderzoekt of controleert die de toezichthouders (ten aanzien van individuele instellingen) hebben genomen. Onderzoek naar het functioneren van de toezichthouders maakt immers deel uit van het doelmatigheidsonderzoek en dat is alleen goed uit te voeren als het mogelijk is om ook naar het feitelijke toezicht van DNB en de AFM te kijken (bijvoorbeeld ten aanzien van SNS). De betreffende passage in de memorie van toelichting is met het oog hierop verduidelijkt.

b. Mogelijke uitstralingseffecten

De Afdeling wijst op de mogelijke uitstralingseffecten van uitbreiding van de onderzoeksbevoegdheid van de Algemene Rekenkamer op de andere instellingen en instanties die binnen het bereik van artikel 91 CW vallen. Nu de onderzoeksbevoegdheid van de Algemene Rekenkamer niet wordt uitgebreid, zal er om die reden naar verwachting geen sprake zijn van uitstralingseffecten.

¹⁰ Zie in dit verband ook het advies van de Raad van State van 11 december 1997 inzake de geheimhoudingsbepalingen in de richtlijnen inzake het toezicht op financiële instellingen (Kamerstuk 24 456, C). Weliswaar is in het wetsvoorstel Wijzigingswet financiële markten 2014 een bepaling voorgesteld waarin aan de toezichthouders wordt opgedragen op verzoek of eigener beweging alle informatie te verstrekken aan de Minister die deze met het oog op de financiële stabiliteit behoeft, dit betreft echter een beperkte doorbreking van het geheimhoudingsregime met het oog op de stabiliteit van het financiële stelsel (Kamerstuk 33 632, nr. 2).

De Afdeling wijst er op dat de Minister van Financiën verantwoordelijk is voor het toezichtstelsel als geheel en dat de Staten-Generaal de Minister van Financiën daarop kan aanspreken en er zo nodig vragen over stellen. De Afdeling vraagt zich af of de Staten-Generaal via rapporten van de Algemene Rekenkamer een informatievoorsprong heeft op de Minister van Financiën en welke gevolgen dit zal hebben voor het goede functioneren van het financiële stelsel als geheel. Volgens de Afdeling beschikt de Minister van Financiën in beginsel slechts over geaggregeerde gegevens aangaande het toezicht en dat zou kunnen leiden tot spanning in de verantwoordingsrelatie tussen de Minister van Financiën en de Staten-Generaal.

Als gezegd wordt de reikwijdte van het doelmatigheidsonderzoek van de Algemene Rekenkamer naar het toezicht van DNB en de AFM niet uitgebreid door middel van dit wetsvoorstel. Het is dus niet zo dat de Staten-Generaal, anders dan de Minister van Financiën, via de Algemene Rekenkamer wel beschikt over tot individuele instellingen herleidbare toezichtvertrouwelijke informatie. De Algemene Rekenkamer mag de toezichtvertrouwelijke gegevens slechts gebruiken voor haar doelmatigheidsonderzoek en dat doelmatigheidsonderzoek mag de Algemene Rekenkamer delen met de Staten-Generaal; dit laatste op voorwaarde dat het doelmatigheidsonderzoek geen tot individuele instellingen herleidbare toezichtvertrouwelijke informatie bevat. De toelichting is op dit punt verduidelijkt.

Overigens is er – zoals de Afdeling terecht opmerkt – wetgeving in voorbereiding op grond waarvan de Minister van Financiën ook over toezichtvertrouwelijke informatie kan beschikken als hij daar met het oog op de stabiliteit van het financiële stelsel behoefte aan heeft¹¹. In de memorie van toelichting bij dit wetsvoorstel wordt vermeld dat het voor de algemene (systeem)verantwoordelijkheid van de Minister van Financiën van belang is om zijn informatiepositie te versterken. Een goede informatiepositie is noodzakelijk om potentiële risico's goed te kunnen inschatten en een zorgvuldige afweging te maken met betrekking tot het benodigde instrumentarium en de inzet daarvan. Voorts kan de Minister van Financiën op grond van artikel 1:42, eerste lid, van de Wft toezicht, toezichtvertrouwelijke informatie krijgen als dat nodig is voor een onderzoek naar het toezicht van DNB of de AFM («toezicht op toezicht»). De Minister van Financiën is overigens aan vergelijkbare¹² waarborgen van geheimhouding gebonden als de Algemene Rekenkamer met betrekking tot de vertrouwelijke gegevens en inlichtingen¹³.

Het bovenstaande overziend acht ik het niet waarschijnlijk dat de Staten-Generaal een informatievoorsprong op de Minister van Financiën zal hebben via rapporten van de Algemene Rekenkamer.

¹¹ Zie artikel I, onderdeel O, van de Wijzigingswet financiële markten 2014, dat een nieuw vijfde lid invoegt in artikel 1:90 van de Wet op het financieel toezicht. Over dit wetsvoorstel heeft de Afdeling op 8 april 2013 advies uitgebracht (No. W06.13.0026/III). Het wetsvoorstel treedt in werking op 1 januari 2014.

¹² De geheimhoudingsplicht die voor de Minister geldt ten aanzien van de toezichtvertrouwelijke informatie die hij op grond van het in de vorige noot genoemde nieuwe artikel 1:90, vijfde lid, van de Wft, van DNB en de AFM heeft gekregen, is iets strenger dan die geldt voor de Algemene Rekenkamer ten aanzien van de op grond van het voorgestelde artikel 1:93d, van de Wft, ontvangen toezichtvertrouwelijke informatie. Anders dan de Algemene Rekenkamer mag de Minister de aan de ontvangen toezichtvertrouwelijke informatie ontleende bevindingen en de daaruit getrokken conclusies niet aan de Staten-Generaal mededelen en de conclusies in algemene zin uit het onderzoek niet openbaar maken.

¹³ Zie artikel 1:42, vijfde en zevende lid, van de Wet op het financieel toezicht, en artikel I, onderdeel O, van de Wijzigingswet financiële markten 2014.

3. Verhouding tot de ECB

Aandacht verdient voorts dat in Europees verband het prudentieel toezicht op banken geleidelijk op Europees niveau, bij de Europese Centrale Bank (ECB), wordt belegd. Plannen hiervoor zijn inmiddels in een vergevorderd stadium. Invoering ervan zal meebrengen dat in Nederland in ieder geval de grote, systeemrelevante banken voortaan niet meer onder het Nederlandse toezicht zullen vallen, maar onder het toezicht van de Europese Centrale Bank (ECB) komen. Dat toezicht zal wel in belangrijke mate door DNB, als uitvoerder van de ECB, worden geëffectueerd. Voor het toezicht op de kleinere banken zal de ECB op termijn belangrijke invloed krijgen op het toezicht door de nationale toezichthouders. In dit kader is op dit moment geen rol voorzien voor de Europese Rekenkamer. De vraag rijst hoe het voorstel zich tot deze ontwikkelingen verhoudt en meer in het bijzonder welke gevolgen deze ontwikkelingen zullen hebben voor de positie van de AR en de reikwijdte van diens onderzoeksbevoegdheid.

De Afdeling adviseert in de toelichting hierop in te gaan.

3. Verhouding tot de ECB

Als laatste vraagt de Afdeling hoe het voorstel zich tot de ontwikkelingen op toezichtgebied in Europa verhoudt en meer in het bijzonder welke gevolgen deze ontwikkelingen zullen hebben voor de positie van de Algemene Rekenkamer en de reikwijdte van diens onderzoeksbevoegdheid.

Het advies van de Afdeling om hierop in de toelichting in te gaan, is niet opgevolgd omdat op dit moment nog niet duidelijk is waar de ontwikkelingen op toezichtgebied in Europa in uitmonden. Er kunnen dus ook nog geen uitspraken worden gedaan over de gevolgen van die ontwikkelingen voor de Algemene Rekenkamer en de reikwijdte van diens onderzoeksbevoegdheid.

Voorts is van de gelegenheid gebruik gemaakt om op een punt de toelichting bij artikel 1:93d, eerste lid, zoals opgenomen in het wetsvoorstel te verduidelijken: de toezichthouder moet niet alleen toezichtvertrouwelijke informatie die hij heeft verkregen bij de vervulling van de hem ingevolge de Wft opgedragen taak desgevraagd verstrekken aan de Algemene Rekenkamer, maar ook toezichtvertrouwelijke informatie verkregen bij de vervulling van de hem op grond van Europese verordeningen opgedragen taken¹⁴.

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 vicepresident van de Raad van State,
J.P.H. Donner*

¹⁴ Zie voor voorbeelden van verordeningen waarin taken zijn opgenomen die worden vervuld door DNB en de AFM, artikel 2 van het Besluit uitvoering EU-verordeningen financiële markten (Stb. 2012, 567).

Ik moge U verzoeken het hierbij gevoegde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De Minister van Financiën,
J.R.V.A. Dijsselbloem