

MR. E.P.M. JOOSEN

De invoering van de wet op het financieel toezicht en het tweede Bazels kapitaalakkoord

Inleiding

Introductie van het functionele toezichtmodel

Na een voorbereiding in een voor een dergelijke omvangrijke wetgevingsoperatie relatief korte periode van vier jaar trad per 1 januari jl. de Wet op het financieel toezicht¹ ('Wft') in werking. De Wft en de bij of krachtens deze wet vastgestelde lagere regelgeving vervangt zeven sectorale wetten² en bij of krachtens deze sectorale wetten vastgestelde lagere regelgeving. Met deze operatie is de laatste fase van de hervorming van het toezicht op de financiële markten (voorlopig) voltooid. Deze hervorming, houdt verband met de introductie in 2002 van het zogenaamde functionele toezichtmodel waarbij het sectorale toezicht, dat zijn oorsprong kent in de Europese regelgeving voor de financiële sector, geheel werd vervangen door een model dat uitgaat van functionele toezichtdomeinen in plaats van toezicht op sectoren. Het functionele toezichtmodel gaat uit van een splitsing van het toezicht in twee domeinen: het prudentieel toezicht dat door De Nederlandsche Bank ('DNB') op de gehele sector wordt uitgeoefend en het gedragstoezicht op de hele sector dat door de Autoriteit Financiële Markten ('AFM') wordt uitgeoefend

Het internationale concentratiemodel

Anders dan in veel van de ons omringende landen, is er in Nederland niet gekozen voor het concentratiemodel in het toezicht, waarbij alle toezichtgebieden door één supertoezichthouder worden uitgeoefend. In het Verenigd Koninkrijk werd begin deze eeuw overgestapt naar dit concentratiemodel, waarbij de toezichttaken door de Financial Services Authority (FSA) worden uitgeoefend. In Duitsland geldt sinds enkele jaren eenzelfde model, waarbij het Bundesanstalt für Finanzaufsicht (BAFIN) toezicht houdt op de gehele financiële sector. Ook in andere landen van de Europese Unie vond reorganisatie van het toezicht op de financiële sector plaats of wordt een dergelijke reorganisatie onderzocht.³ Het Nederlandse model is gebaseerd op het toezichtmodel in Australië, waarbij er tussen Nederland en Australië echter één groot verschil bestaat, namelijk dat de functie van centrale bank in Australië door een separate instelling wordt uitgeoefend, terwijl in Nederland deze functie door DNB wordt uitgeoefend te zamen met het prudentiële toezicht.⁴

¹ Stb. 2006, 475, inwerkingtreding van de Wft is geregeld in het Besluit van 11 december 2006, houdende de vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet op het financieel toezicht, twee andere wetten en diverse besluiten, Stb. 2006, 664.

² Het gaat daarbij om de Wet financiële dienstverlening, de Wet toezicht effectenverkeer 1995, de Wet toezicht kredietwezen 1992, de Wet toezicht verzekeringsbedrijf 1993, de Wet melding zeggenschap en kapitaalbelang in effectenuitgevende instellingen, de Wet natura- uitvaartverzekeraars en de Wet toezicht beleggingsinstellingen.

³ Zie voor een uitgebreide beschrijving van de ontwikkelingen op dit vlak: Memorie van Toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 2003/2004, 29 708, nr. 3, p. 8.

⁴ Zie voor een diepgaande analyse hiervan: H.V. Oppelaar, Wet op het financieel toezicht, preadvies van de Vereniging voor Effectenrecht, Deel 81 in de Serie van het Van der Heijden Instituut, Kluwer (2004), pp. 71-155.

Achtergrond van deze herziening van toezichtmodellen

Nederland is derhalve niet het enige land, waar een fundamentele herziening van het toezicht op de financiële sector plaatsvond. Deze hervormingen hebben in veel gevallen een gemeenschappelijke achtergrond: de ontwikkelingen op de financiële markten waarbij veel ondernemingen zich omvormden tot mondiale spelers waarbij grensoverschrijdende aanbieder van diensten en producten een belangrijke rol speelt bij ondernemingsstrategieën. Voorts speelt het traditionele onderscheid tussen bancaire-, verzekerings- en beleggingsproducten en -diensten steeds minder een rol. Daarnaast is er sprake van een toegenomen participatie van particuliere beleggers op de financiële markten. In Nederland hebben deze aspecten een grote rol gespeeld bij de kanteling van het toezicht naar het huidige functionele model. Daarbij is gekozen voor een benadering in twee fasen: de organisatorische overheveling van toezichttaken tussen DNB en AFM die met ingang van 1 september 2002 zijn beslag kreeg en de hervorming van de sectorale wetgeving die eind 2006 werd afgerond.

De inrichting van de Wft

Met de Wft heeft de wetgever beoogd om een inzichtelijke, doelmatige en marktgerichte wet- en regelgevingstructuur te creëren. Vaak leidde dat er toe dat min of meer identieke teksten uit de verschillende sectorale wetten, werden teruggebracht tot een beknopte regeling voor alle financiële ondernemingen⁵ tegelijkertijd. Een van de grote effecten van de hervorming van de wetgeving voor de financiële sector is derhalve een sterke reductie van het totaal aan wettelijke bepalingen. Desondanks is de Wft een omvangrijke wet geworden. Alles bij elkaar telt de

Wft zo'n 740 bepalingen en de tekst in het Staatsblad 2006, 475, waarbij het belangrijkste deel van de nieuwe wet is opgenomen, beslaat 296 bladzijden. Daarbij moeten echter de teksten van de lagere regelgeving worden opgeteld (zie hierna in de volgende paragrafen) en deze som komt neer op circa 2000 bladzijden aanvullende regelgeving. Deze getallen zeggen iets over het ingrijpende karakter van de omvorming van de toezichtwetgeving, waarbij afscheid is genomen van sectorale wetgeving die in een aantal gevallen zijn oorsprong kent in wetten die begin twintigste eeuw werden vastgesteld⁶ en in een aantal andere gevallen reeds vele decennia in ons land golden⁷.

Structuur van de Wet op het financieel toezicht

Bronteksten van de Wft per 1 januari 2007

De volledige per 1 januari 2007 geldende tekst van de Wft is te vinden in vier Staatsbladen, hetgeen verband houdt met een aantal technische maar ook inhoudelijke wetgevingsoperaties die eind 2006 parallel aan het wetgevingstraject voor de Wft zijn afgerond. De belangrijkste brontekst van de Wft is, *ten eerste*, te vinden in Staatsblad 2006, 475 waarin het begin november 2006 door de Eerste Kamer aangenomen wetsvoorstel van 3 augustus 2004 is ondergebracht. Hierin staat circa 95% van de definitieve wettekst. Te zamen met de tekst van Staatsblad 2006, 475 moet, *ten tweede*, de Invoerings- en Aanpassingswet Wft⁸ worden gelezen, die enkele belangrijke bepalingen toevoegde aan de hoofdtekst en enkele technische aanpassingen op de wettekst doorvoerde. In augustus 2006 is een wetsvoorstel aan de Tweede Kamer aangeboden dat strekte ter implementatie van Richtlijnen 2006/48/EG⁹ en 2006/49/EG¹⁰ van 14

⁵ Een 'financiële onderneming' is een nieuw bij gelegenheid van de Wft geïntroduceerd begrip, dat een alomvattende omschrijving is van een grote reeks instellingen die op de financiële markten werkzaam zijn. Daaronder vallen volgens de definitiebepaling van artikel 1:1 Wft: banken, beleggingsondernemingen, beheerders en bewaarders van beleggingsinstellingen, de beleggingsinstellingen zelf, schadeverzekeraars, levensverzekeraars, natura-uitvaartverzekeraars, financiële instellingen, clearinginstellingen, aanbieders, adviseurs en bemiddelaars in financiële producten en (onder) gevolmachtigd agenten.

⁶ Dat geldt bijvoorbeeld voor de Wet op het levensverzekeringsbedrijf van 1922, die de eerste sectorale wet is van Nederland.

⁷ Men denke daarbij aan de Wet toezicht kredietwezen die voor het eerst in 1952 werd vastgesteld in 1956 en 1978 werd herzien en die uiteindelijk werd vervangen door de Wet toezicht kredietwezen 1992. Ook kan worden gedacht aan de Wet op het schadeverzekeringsbedrijf die medio jaren zestig van de 20e eeuw is vastgesteld en die uiteindelijk opging in de Wet toezicht verzekeringbedrijf 1993.

⁸ Wet van 20 november 2006, houdende invoering van de Wet op het financieel toezicht en aanpassing van overige wetten aan die wet (Invoerings- en aanpassingswet Wet op het financieel toezicht), Stb. 2006, 605.

⁹ Richtlijn 2006/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 14 juni 2006 betreffende de toegang tot en de uitoefening van de werkzaamheden van kredietinstellingen (herschikking), Pb. L 177/1 e.v. van 30 juni 2006.

¹⁰ Richtlijn 2006/49/EG van het Europees Parlement en de Raad van 14 juni 2006 inzake de kapitaaltoereikendheid van beleggingsondernemingen en kredietinstellingen (herschikking), Pb. L 177/177 e.v. van 30 juni 2006.

juni 2006. In deze Richtlijnen werd voor Europa het regelgevingkader neergelegd voor de invoering van de uitgangspunten en conventies van het Tweede Bazels Kapitaalakkoord. Het wetsvoorstel van augustus 2006 is in het najaar door de Tweede en Eerste Kamer aangenomen en resulteerde, *ten derde*, in de Wet Implementatie Kapitaalakkoord Bazel 2 die op 1 januari 2007 in werking trad en de op diezelfde dag inwerkingtredende Wft op een aantal belangrijke punten wijzigde.¹¹ *Ten vierde* bracht de invoering van de Pensioenwet een aantal aanpassingen van de Wft die door middel van de Invoerings- en Aanpassingswet Pensioenwet¹² werden ingevoerd. Deze aanpassingen zijn eveneens per 1 januari 2007 in werking getreden.¹³

Structuur van de Wft

De Wft bestaat in zijn huidige vorm uit zeven delen, waarvan er momenteel zes zijn ingevuld en waarbij Deel 6, betreffende de bepalingen voor het Toezicht infrastructuur financiële markten naar verwachting zal worden ingevuld in 2007/2008, zodra enkele Europeesrechtelijke trajecten betreffende het toezicht op de infrastructuur voor het betalingsverkeer en de infrastructuur voor effectenafwikkelingssystemen zijn afgerond. Alsdan zal er in onze wetgeving implementatie moeten volgen van enkele Europese richtlijnen die op dat vlak zullen worden vastgesteld. De overige zes, momenteel, ingevulde delen zijn:

- Deel 1 Algemeen Deel
- Deel 2 Markttoetreding financiële ondernemingen
- Deel 3 Prudentieel toezicht financiële ondernemingen

- Deel 4 Gedragstoezicht financiële ondernemingen
- Deel 5 Gedragstoezicht financiële markten
- Deel 7 Slotbepalingen.

Deze verdeling van de Wft is het najaar van 2005 geïntroduceerd¹⁴, naar aanleiding van kritische opmerkingen van de Raad van State bij de oorspronkelijke opzet van de Wft, waarbij werd uitgegaan van drie delen, namelijk een Algemeen Deel, een Deel prudentieel toezicht en een Deel gedragstoezicht. Deze oorspronkelijke indeling werd onwerkbaar geacht, vanwege de grote omvang van Delen 2 en 3, waarbij de Raad van State het advies aan de Minister van Financiën gaf om de structuur ingrijpend te herzien met het oog op de praktische bruikbaarheid van de wetteksten. In het advies van de Raad van State werd een aantal modellen voor wijziging van de inrichting van de Wft voorgesteld. Uiteindelijk is ervoor gekozen om alle in de oorspronkelijke Delen 2 en 3 opgenomen bepalingen die de zogenaamde 'markttoetreding van financiële ondernemingen' betreffen, dat wil zeggen alle bepalingen betreffende de aanvraag van vergunningen en andere autorisaties voor het starten van werkzaamheden in Nederland als financiële onderneming, in een afzonderlijk deel op te nemen. Dat is Deel 2 van de Wft geworden. Bovendien werd bij die gelegenheid van de herziening van de structuur, de resterende bepalingen van het oorspronkelijke deel 3 onderverdeeld in een afzonderlijk Deel 4 betreffende het Gedragstoezicht financiële ondernemingen en Deel 5 Gedragstoezicht financiële markten.¹⁵

¹¹ Wet van 20 november 2006 tot wijziging van de Wet op het financieel toezicht ter uitvoering van richtlijn nr. 2006/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 14 juni 2006 betreffende de toegang tot en de uitoefening van de werkzaamheden van kredietinstellingen (herschikking) (PbEU L 177) en richtlijn nr. 2006/49/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 14 juni 2006 inzake de kapitaaltoereikendheid van beleggingsondernemingen en kredietinstellingen (herschikking) (PbEU L 177) (Wet implementatie kapitaalakkoord Bazel 2), Stb. 2006, 613, waarvan de inwerkingtreding is geregeld in hetzelfde Besluit van 11 december 2006, houdende de vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet op het financieel toezicht, twee andere wetten en diverse besluiten, Stb. 2006, 664.

¹² Wet van 7 december 2006 houdende invoering van de Pensioenwet (Invoerings- en aanpassingswet Pensioenwet), Stb. 2006, 706.

¹³ Besluit van 18 december 2006 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van artikelen van de Pensioenwet en de Invoerings- en aanpassingswet Pensioenwet, Stb. 2006, 707.

¹⁴ De wijziging kwam bij de Vierde Nota van Wijzigingen, Tweede Kamer, vergaderjaar 2005/2006, 29 708, nr. 19.

¹⁵ Enkele van de ideeën voor de nieuwe structuur spruiten voort uit adviezen van een door de Minister van Financiën ingestelde commissie van deskundigen Grundmann/Van Dijk/Joosen die in de zomer van 2005 een advies uitbracht over de structuur. Met name de onderverdeling in Delen 4 en 5 is toe te rekenen aan de ideeën van het commissielid J.-M. Van Dijk, zie voor een weergave van gedeelten van het advies, p. 343 e.v. van de Vierde Nota van Wijzigingen, Tweede Kamer, vergaderjaar 2005/2006, 29 708, nr. 19 en voor het volledige advies de bij de Griffie van de Tweede Kamer gedeponeerde Bijlage bij de Vierde Nota van Wijzigingen.

De verschuiving van toezichthoudersregels naar het niveau van Amvb in de Wft

De diverse besluiten die bij of krachtens de Wft zijn vastgesteld

‘Onder’ de verschillende delen van de Wft hangt momenteel een geheel van 11 algemene maatregelen van bestuur (‘amvb’) waarin de bepalingen van de wet nader zijn uitgewerkt. De amvb’s bevatten gedetailleerde voorschriften ter uitvoering van bepalingen van de Wft en stammen veelal uit teksten die oorspronkelijk waren opgenomen in toezichthouderregels van DNB en AFM. Hierbij volgt een overzicht van de verschillende amvb’s:

1. Besluit van 12 oktober 2006, Stb. 2006, 504 (Besluit bekostiging financieel toezicht) (Amvb 1);
2. Besluit van 12 oktober 2006, Stb. 2006, 505 (Besluit definitiebepalingen Wft) (Amvb 2);
3. Besluit van 12 oktober 2006, Stb. 2006, 517 (Besluit boetes Wft) (Amvb 3);
4. Besluit van 12 oktober 2006, Stb. 2006, 506 (Besluit Markttoegang financiële ondernemingen) (Amvb 4);
5. Besluit van 12 oktober 2006, Stb. 2006, 518 (Besluit reikwijdtebepalingen Wft) (Amvb 4A);
6. Besluit van 12 oktober 2006, Stb. 2006, 519 (Besluit prudentiële regels Wft) (Amvb 5) aangepast bij Besluit van 11 december 2006, Stb. 2006, 662;
7. Besluit van 12 oktober 2006, Stb. 2006, 507 (Besluit bijzondere prudentiële maatregelen, beleggerscompensatie en depositogarantie Wft) (Amvb 6);
8. Besluit van 12 oktober 2006, Stb. 2006, 508 (Besluit prudentiële regels financiële groepen Wft) (Amvb 7) aangepast bij Besluit van 11 december 2006, Stb. 2006, 662;
9. Besluit van 12 oktober 2006, Stb. 2006, 520 (Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft) (Amvb 8);
10. Besluit van 12 oktober 2006, Stb. 2006, 509 (Besluit melding zeggenschap en kapitaalbelang in

uitgevende instellingen) (Amvb 9);

11. Besluit van 12 oktober 2006, Stb. 2006, 510 (Besluit marktmisbruik Wft) (Amvb 10).

Naast deze ‘hoofd-amvb’s’ is een reeks uitvoeringsbesluiten vastgesteld¹⁶, alsmede twee voor de praktijk belangrijke Ministeriële regelingen. De eerste regeling is de Vrijstellingsregeling Wft¹⁷ die alle vrijstellingsregelingen die onder de sectorale wetten waren vastgesteld, in één regeling opneemt. Daarnaast is er de Uitvoeringsregeling Wft¹⁸ waarin enkele technische uitvoeringsregelingen zijn vervat. In de loop van 2007 zal nog een twaalfde amvb worden vastgesteld, het besluit dat de gedetailleerde voorschriften zal bevatten in het kader van openbare biedingen. De vernieuwde regeling voor openbare biedingen zal immers, als gevolg van opgelopen vertraging in de politieke besluitvorming omtrent de implementatie van de richtlijn openbare biedingen, pas in de loop van maart 2007 in werking treden. Het bepaalde in Hoofdstuk 5.5 van de Wft is bij artikel 1, aanhef, onder a van het Besluit van 11 december 2006, houdende de vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet op het financieel toezicht, twee andere wetten en diverse besluiten¹⁹ van inwerkingtreding per 1 januari 2007 uitgesteld.

De bij of krachtens de Wft vastgestelde toezichthouderregels

De essentiële verandering die de Wft met zich mee brengt, is de reductie van het aantal toezichthouderregels die bij of krachtens de Wft zullen worden vastgesteld. Het motief van deze wijziging van de uitgangspunten, zal hierna worden behandeld. Voor de volledigheid van het overzicht van de bij of krachtens de Wft vastgestelde lagere regelgeving moeten in elk geval de volgende belangrijke toezichthouderregels worden genoemd. Bij besluit van het bestuur van de AFM van 15 november 2006 is de voor de praktijk belangrijke Nadere Regeling gedragstoezicht financiële ondernemingen (‘Nrgfo’)²⁰ vastgesteld ter

16 Bijvoorbeeld gaat het, willekeurig gekozen, om het Besluit van de Minister van Financiën van 13 november 2006, nr. FM 2006-02503 M, tot aanwijzing van staten waarin adequaat toezicht wordt uitgeoefend op banken, beleggingsinstellingen en clearinginstellingen (Besluit aangewezen staten Wft), Stcrt. 22 november 2006, nr. 228 / pag. 9 en het Besluit tot erkenning als geschilleninstantie als bedoeld in artikel 4:17, eerste lid, onder b, van de Wet op het financieel toezicht 21 december 2006/Nr. FM 2006-02902 M, Stcrt. 8 januari 2007, nr. 5 / pag. 22.

17 Vrijstellingsregeling van 15 november 2006/Nr. FM 2006-02672 M, Stcrt. 23 november 2006, nr. 229.

18 Uitvoering van de Wet op het financieel toezicht, de Invoerings- en aanpassingswet Wet op het financieel toezicht en tot wijziging van enige andere regelingen (Uitvoeringsregeling Wft) 15 november 2006/Nr. FM 2006-02665 M, Stcrt. 24 november 2006, nr. 230.

19 Stb. 2006, 664.

20 Besluit van de Autoriteit Financiële Markten van 15 november 2006, houdende regels voor het gedragstoezicht op financiële ondernemingen op grond van de Wet op het financieel toezicht (Nadere Regeling gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft), Stcrt. 29 november 2006, nr. 233 / pag. 27, tot dusverre eenmaal aangepast bij Besluit van 28 december 2006, houdende aanvulling van de Nadere regeling gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft van 15 november 2006, houdende regels voor het gedragstoezicht op financiële ondernemingen op grond van de Wet op het financieel toezicht (Nadere Regeling gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft) Stcrt. 11 januari 2007, nr. 8 / pag. 32.

nadere regeling van voorschriften van het Besluit gedragstoezicht financiële ondernemingen. Naast de Nrgfo is door de AFM ook een reeks beleidsregels die in het verleden zijn vastgesteld, bij gelegenheid van de invoering van de Wft herbevestigd. Dat geldt bijvoorbeeld voor de beleidsregel ‘Ondernemen of beleggen’²¹ dat voor de afbakening van het régime voor beleggingsinstellingen belangrijke beleidsuitgangspunten verwoord. Ook kan als voorbeeld de beleidsregel ‘Churning’²² van de AFM worden genoemd, dat van belang is voor de uitleg van de in acht te nemen zorgplicht bij het verlenen van beleggingsdiensten. Ook DNB stelde een grote reeks toezichthouderregels vast, waarbij in de voorlaatste paragraaf van dit artikel enkele voorbeelden zullen worden gegeven.

Het motief voor de herschikking van het niveau van de regelgeving

6 Een van de belangrijkste veranderingen die de Wft met zich meebracht, betreft de verschuiving van toezichtregels naar het niveau van algemene maatregel van bestuur. Over deze wezenlijke verandering in de organisatie van de wet- en regelgeving voor de financiële sector kan de volgende beschouwing van de Minister van Financiën worden genoteerd: ‘Bij het stellen van algemeen verbindende voorschriften met betrekking tot de financiële markten en het toezicht daarop kan in beginsel gebruik worden gemaakt van een viertal niveaus van regelgeving: de wet in formele zin, de algemene maatregel van bestuur, de ministeriële regeling en de toezichthouderregel. Uitgangspunt bij het wetsvoorstel is de materiële normen – omwille van de inzichtelijkheid – op niet meer dan twee niveaus vast te leggen en dit te bereiken door zoveel mogelijk in de formele wet en in algemene maatregelen van bestuur te bepalen. Voorts is uitgangspunt een beperkt aantal ministeriële regelingen. (...) De formulering “bij of krachtens amvb” is dus beperkter in de uitwerking dan op de eerste blik lijkt: slechts in de gevallen genoemd in de toelichting op artikel 1:12 zal regelgevende bevoegdheid worden gesubdelegeerd aan de toezichthouder, voor het overige vindt regulering plaats op het niveau van amvb’²³.

Wijzigingen in vergelijking met de sectorale wetgeving

Het herschikken van de niveau’s van regelgeving voor de financiële sector, dient derhalve voornamelijk het doel van de inzichtelijkheid, volgens de Minister. De wijze van inrichting van de wet- en regelgeving voor een zeer groot deel van de financiële sector is als gevolg hiervan voortaan sterk geharmoniseerd. Immers, neemt men de wijze van organisatie van de regelgevingniveau’s van de verschillende sectorale wetten onder de loep, dan blijkt daaruit een zeer verschillend beeld. De regelgeving voor banken, bijvoorbeeld kende een relatief groot aantal bepalingen (bijvoorbeeld artikel 20 Wet toezicht kredietwezen 1992, (‘Wtk 1992’)), waarbij aan DNB door middel van attributie regelgevende bevoegdheden werd toegekend. Deze bevoegdheid tot attributie, leidde vaak tot vaststelling van toezichthouderregels, waarbij van enige betrokkenheid van de wetgever geen sprake was. Zo is Richtlijn kapitaaltoereikendheid voor beleggingsondernemingen (dit is de nieuwe naam van de ‘effecteninstellingen’ van de oude wetgeving) en kredietinstellingen van 1993²⁴ rechtstreeks geïmplementeerd in toezichthouderregels. Dat is in de praktijk ook uitgemond, in een uitgebreid “Handboek Wtk” van vele honderden bladzijden, waarbij de toezichthouderregels van DNB waren vervat. De systematiek onder de Wet toezicht verzekeringsbedrijf 1993 (‘Wtv 1993’) week daarvan substantieel af. Voor de verzekeringssector bestonden in het oude régime nauwelijks toezichthouderregels, en werden de detailvoorschriften doorgaans op het niveau van amvb vastgesteld. Voor de effectensector bestond een tussenform. Veel van de gedetailleerde voorschriften waren terug te vinden in het toenmalige Besluit toezicht effectenverkeer 1995. Aan de andere kant bestonden ook zeer uitvoerige toezichthouderregels. Bijvoorbeeld de Nadere Regeling gedragstoezicht effectenverkeer 2002, telde vele tientallen bladzijden en was in de praktijk vaak de ‘bijbel’ voor instellingen die in het effectenverkeer werkzaam waren.

De bevoegdheid van de toezichthouders tot het stellen van regels

Naast het motief van het dienen van de doelstelling van de inzichtelijkheid, is er ten aanzien van de

²¹ Beleidsregel Wet op het financieel toezicht 06-15 van de Stichting Autoriteit Financiële Markten van 12 december 2006 inzake het onderscheid tussen ondernemen en beleggen bij investeringen in vastgoed en schepen (Beleidsregel Ondernemen of beleggen), Stcrt. 27 december 2006, nr. 251 / pag. 43.

²² Beleidsregel Wet op het financieel toezicht 06-09 van de Stichting Autoriteit Financiële Markten van 12 december 2006 inzake onevenredig hoge transactiefrequenties, commissies of andere vergoedingen (Beleidsregel churning), Stcrt. 27 december 2006, nr. 251 / pag. 43.

²³ Citaat uit Nota naar aanleiding van het Verslag, Tweede Kamer, vergaderjaar 2004–2005, 29 708, nr. 7, p. 8. Zie bijvoorbeeld de kritische vragen van de Vaste Commissie voor Financiën in het eerste verslag van 11 oktober 2004, Tweede Kamer, vergaderjaar 2004–2005, 29 708, nr. 6, p. 6 en de beantwoording van de Minister van Financiën van deze kwestie zoals hiervoor geciteerd.

²⁴ Richtlijn 93/6/EG.

nieuwe systematiek van de Wft ook een belangrijk ander motief te noteren. Dat houdt verband met het feit, dat de Minister een einde wilde maken aan de te grote bevoegdheden van de toezichthouders om zelfstandig nadere regelingen vast te stellen, waarbij inbreuk wordt gemaakt op het beginsel van de 'scheiding van de machten'. Een te ruime bevoegdheid tot het uitvaardigen van nadere regels, zou immers tot een te grote concentratie van macht bij de toezichthouders kunnen leiden, doordat ze wetgever, toezichthouder en rechter tegelijkertijd zijn. Dit bijkomende motief is minder duidelijk uit de toelichting van de Minister af te leiden. Het volgende citaat geeft die bedoeling nog het duidelijkst weer: 'Het toedelen van regelgevende bevoegdheden aan de toezichthouders zal, voorzover nodig, plaatsvinden in de amvb's. Deze grondslag zal zodanig worden toegespitst en ingekaderd dat de bevoegdheid om regels te stellen voor de toezichthouders alleen ziet op onderwerpen die technisch of organisatorisch van aard zijn. Indien een toezichthouder over de grenzen van deze in kadering heen regels vaststelt is er sprake grondslagverlating en strijdigheid met hogere regelgeving en kan de Minister van Financiën zijn op grond van artikel 1:12 (thans artikel 1:29 Wft, toev. EPMJ) gegeven bevoegdheden toepassen²⁵'.

Belangrijke bevoegdheden van de Minister tot correctie

Artikelen 1:28 en 29 Wft dicteren de nieuwe spelregels voor DNB en AFM, in het kader van het vaststellen van toezichthouderregels. In de eerste plaats zullen deze regels pas eerst kunnen worden vastgesteld, na raadpleging van de daarvoor in aanmerking komende representatieve organisaties. Dit voorschrift bestond reeds voor DNB, bijvoorbeeld op grond van artikel 20 lid 2 Wtk 1992. Voor de AFM bestond een dergelijke plicht tot raadpleging echter niet. Voorts kan, op grond van artikel 1:29 Wft, de Minister van Financiën overgaan tot intrekking en vervanging van de toezichthouderregels indien deze 'in strijd zijn met de wet, een verdrag of een bindend besluit van een volkenrechtelijke organisatie' (artikel 1:29 lid 1 Wft) of indien deze 'een onredelijke belasting voor de financiële markten tot gevolg hebben' (artikel 1:29 lid 2 Wft). De regeling van artikel 1:29 Wft is volledig nieuw en kwam als zodanig niet voor in de sectorale wetgeving van voor 1 januari 2007. De in deze bepalingen besloten boodschap is duidelijk: toezichthou-

ders kunnen in bepaalde gevallen toezichthouderregels vaststellen, doch overleg met de sector over de voorgestelde regels is noodzakelijk en de Minister van Financiën kan, indien nodig, corrigerend optreden.

Belangrijke innovaties van de Wft

De Wft is geen beleidsneutrale operatie gebleken

De Wft is gepresenteerd als een wet, waarin nagevoeg uitsluitend een herordening van de bestaande sectorale wetgeving zou plaatsvinden. Immers, zo betoogde de Minister, 'Een te grote hoeveelheid aan vernieuwende elementen heeft als risico dat het wetgevingsproces te complex wordt om een spoedige en ordelijke wijziging te bereiken'²⁶. Met andere woorden, de Wft zou weinig vernieuwende elementen bevatten. In de uiteindelijke teksten van de Wft, is desondanks een zeer grote reeks vernieuwingen te vinden, waarbij het merendeel van de nieuwe bepalingen zijn opgenomen in Deel 3, Prudentieel toezicht. Ten aanzien van Delen 4 en 5 betreffende het gedragstoezicht op financiële ondernemingen en op financiële markten, kan inderdaad worden vastgesteld, dat deze delen relatief weinig vernieuwing kennen. In deze delen zijn echter bepalingen opgenomen die zeer recent in de Nederlandse wetgeving zijn geïntroduceerd, bijvoorbeeld de Wet financiële dienstverlening die pas op 1 januari 2006 in werking trad en de Wet melding zeggenschap en kapitaalbelang in effectenuitgevende instellingen die pas onlangs op 1 oktober en 1 november 2006 in werking trad. Bovendien, zal spoedig aan Delen 4 en 5 een groot aantal vernieuwende elementen worden toegevoegd, bijvoorbeeld ten aanzien van de regelingen voor openbare biedingen en in verband met de implementatie van de Richtlijnen Markten in Financiële Instrumenten (MiFID)²⁷. In zoverre moet de stelling van de Minister ten aanzien van het gebrek aan vernieuwing ook voor het gedragstoezicht sterk worden gerelativeerd, zeker als men daarbij de toekomstige wijzigingen op zeer korte termijn bij de overwegingen betreft.

Implementatie van de Richtlijn financiële conglomeraten

Een enkele vernieuwing die bij de invoering van de Wft is geïntroduceerd, houdt verband met 'achterstallig onderhoud' ten aanzien van de imple-

25 Tweede Kamer, vergaderjaar 2004/2005, 29 708, nr. 7, p. 20.

26 Tweede Kamer, vergaderjaar 2004/2005, 29 708, nr. 3, p. 4.

27 Richtlijn 2004/39/EG en Richtlijn 2006/73 die te zamen met Verordening 2006 nr. 1287 tot een grootscheepse aanpassing van de Wft en het Nederlandse recht voor de effectenmarkten zullen leiden. De Consultatiedocumenten ter raadpleging van de markt in het kader van deze zeer omvangrijke aanpassing van de jonge Wft, zijn vlak voor de kerst 2006 gepubliceerd. Zie de brief van de Minister van Financiën van 21 december 2006 (FM 2006-02978 M), raadpleegbaar op www.minfin.nl.

mentatie van Europese regelgeving. Dat geldt met name voor de richtlijn financiële conglomeraten²⁸ waarvan de bepalingen zijn opgenomen in hoofdstuk 3.6, betreffende Aanvullende bepalingen ten aanzien van financiële groepen. Andere wijzigingen, houden echter geen verband met de noodzaak om Europese regelgeving in onze nationale wetgeving te implementeren. Integendeel, veel wijzigingen kunnen eerder worden beschouwd als anticipatie op regelgeving die in Europees verband nog tot nadere politieke besluitvorming moet leiden. Dat geldt bijvoorbeeld voor de introductie van het toezichtregime voor clearinginstellingen, waarbij de Europese regelgeving nog niet in een finaal stadium is aanbeland.

Het streven naar administratieve lastenverlichting

De Wft brengt een aantal vernieuwingen, die verband houden met de wens van de wetgever om als gevolg van deze omvangrijke wetgevingsoperatie, tot een grootschalige administratieve lastenverlichting te komen. Aan deze doelstelling van de Wft is in de toelichting van de Minister veel aandacht gegeven. In het eerste gedeelte van het wetsvoorstel dat in augustus 2004 aan de Tweede Kamer is aangeboden, zegt de Minister: 'De derde hoofddoelstelling van de voorgenomen Wft is marktgerichtheid. Hiermee wordt bedoeld dat de nieuwe wetgeving wil bijdragen aan de concurrentiekracht van de Nederlandse financiële sector in nationaal en internationaal perspectief. Het verbeteren van de concurrentiekracht kan op verschillende manieren gebeuren. Zo kan wetgeving bijdragen aan een level playing field. Dit wil zeggen dat nationaal, internationaal én cross sector gelijke gevallen op een gelijke wijze behandeld worden. Verder wordt de concurrentiekracht vergroot door een vermindering van administratieve lasten en andere toezichtkosten alsmede door flexibel, transparant en slagvaardig toezicht'.²⁹ Doorheen de parlementaire stukken met betrekking tot de Wft, worden de effecten die de Wft in het kader van de administratieve lastenverlichting zou hebben breed uitgemeten. Daarbij kunnen de volgende voorbeelden van belangrijke vernieuwingen die zijn geïntroduceerd in het kader van de lastenverlichting worden genoteerd.

Betrouwbaarheidstoetsing van (mede-) beleidsbepalers

Ten eerste is er een verregaande liberalisering gekomen van het stelsel van betrouwbaarheidstoetsingen van (mede-)beleidsbepalers van financiële ondernemingen. De contouren van deze nieuwe

regeling zijn aan te treffen in artikelen 3:9 en 4:10 Wft. De betrouwbaarheid van een (mede-)beleidsbepaler staat buiten twijfel, wanneer dat eenmaal door één van de toezichthouders voor de toepassing van de Wft is vastgesteld. Anders dan onder de oude sectorale wetgeving, dient de betrouwbaarheid niet opnieuw te worden vastgesteld na het verstrijken van een periode van drie jaar, indien een (mede-)beleidsbepaler voornemens is een nieuwe functie bij een financiële onderneming te aanvaarden. De regeling komt er op neer, dat een eenmaal vastgesteld oordeel dat de betrouwbaarheid van een (mede-)beleidsbepaler buiten twijfel staat, een onbepaalde geldingsduur heeft, tenzij de toezichthouders 'een redelijke aanleiding' hebben om op grond van 'relevante feiten en omstandigheden' een nieuwe beoordeling te maken. Dit nieuwe voorschrift, zal tot een ingrijpende verbetering voor de praktijk leiden, waarbij herhalingen van toetsingen van de betrouwbaarheid van functionarissen die reeds in het kader van een eerdere benoeming 'door de molen' zijn gegaan, in beginsel ten einde komt.

Regeling voor (concern-) financieringsmaatschappijen

Een tweede belangrijke vernieuwing die tot een lastenverlichting zou moeten leiden, betreft de nieuwe regeling voor (concern-)financieringsmaatschappijen. Dat zijn in Nederland gevestigde maatschappijen, die doorgaans het aantrekken van obligatieleningen als belangrijkste functie hebben, waarbij de aangetrokken middelen worden doorgeleend aan internationale groepsmaatschappijen. Sinds de introductie van de nieuwe Vrijstellingsregeling Wtk in 2002 (die zijn oorsprong kende in de verscherping van de wettelijke maatregelen ter bestrijding van terrorismefinanciering en gebruik van de financiële sector voor witwaspraktijken), was er in de praktijk grote onduidelijkheid betreffende het toepasselijke régime voor dergelijke financieringsmaatschappijen. Door verbeteringen aan de definitie van 'bank' en de wettelijke regeling van het régime voor concernfinancieringsmaatschappijen in artikel 3:2 Wft, heeft de wetgever beoogd een duidelijker regeling te treffen, die tot een vermindering van de administratieve lasten moet leiden.³⁰

Voorbeelden betreffende de verzekeringssector

Ten derde kan, in het kader van het streven van de administratieve lastenverlichting, nog een groot aantal andere voorbeelden voor de verzekeringssector wor-

²⁸ Richtlijn van 11 februari 2003, 2002/87/EC.

²⁹ Memorie van Toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 2003/2004, 29708, nr. 3, p. 4.

³⁰ Zie voor een uitvoerige beschouwing over deze materie: Nota van Wijziging, Tweede Kamer, vergaderjaar 2005/2005, 29708, nr. 10, pp. 118 e.v., 145 e.v., 160 e.v. en 165 e.v.

den genoemd. Zo wordt in de Wft van een levensverzekeraar en een natura-uitvaartverzekeraar niet meer verlangd dat binnen twee weken na het voor de eerste maal sluiten van een nieuw type verzekering aan DNB opgave gedaan wordt van de technische grondslagen voor de berekening van het desbetreffende tarief en van de desbetreffende technische voorzieningen, welke verplichting nog bestond in de oude sectorale wetgeving³¹. Ook hoeven verzekeraars geen voorafgaande instemming van DNB, voor het omzetten van hun rechtsvorm, bijvoorbeeld van een onderlinge waarborgmaatschappij in een NV.³²

Van 'rule based' naar 'principle based' toezicht

In dit verband kan tenslotte ook worden gewezen op een grote verandering in de Wft, die nauwelijks aandacht kreeg in de verschillende toelichtingen van de Minister, doch die vaak wordt geplaatst in het kader van de lastenverlichting. Het betreft de wijziging van het 'rule based' toezicht naar het 'principle based' toezicht.³³ Deze vernieuwing, heeft met name zijn beslag gekregen in de regels voor de bedrijfsvoering van financiële ondernemingen, waarbij afscheid is genomen van gedetailleerde regelingen die voorschreven aan welke eisen de bedrijfsvoering diende te voldoen. Deze gedetailleerde regelingen zijn ingevuld voor bepalingen, die eerder de beginselen verwoorden waaraan die bedrijfsvoering moet voldoen, waarbij 'financiële ondernemingen de vrijheid krijgen om de eisen die gesteld worden zo te implementeren dat deze zo goed mogelijk aansluiten bij de bestaande bedrijfsvoering'³⁴. Deze vernieuwing leidde bijvoorbeeld tot een reductie van de vaak gedetailleerde regels in het kader van uitbesteding van bedrijfsprocessen door financiële ondernemingen, waarbij met name voor verzekeraars geldt dat de veranderingen in vergelijking met de oude regelingen zeer ingrijpend zijn³⁵.

De implementatie van het Tweede Bazels Kapitaalakkoord

De achtergronden van het Tweede Bazels Kapitaalakkoord

Met voorsprong de belangrijkste vernieuwing die de Wft bracht, is de implementatie van de bepalingen van het Tweede Bazels Kapitaalakkoord³⁶ ('Bazel II'), dat in deze paragraaf zal worden toegelicht. Bazel II is een verfijning en uitbreiding van de beginselen die voor het eerst in 1988 in het Eerste Bazels Kapitaalakkoord³⁷ ('Bazel I') zijn overeengekomen, en heeft grote gevolgen voor banken en beleggingsondernemingen. Voor verzekeraars zal waarschijnlijk in de loop van 2007 een internationale regeling worden geïntroduceerd, de zogenaamde 'Solvency II-regeling', die grote overeenkomsten vertoont met de uitgangspunten en conventies van Bazel II. Bazel I werd geïntroduceerd door de groep van banktoezichthouders uit de zogenaamde G-10 landen, Zwitserland en Luxemburg (het Bazels comité), om in aanvulling op de minimumkapitaalvereisten voor banken, regels te stellen voor de beoordeling en meting van het kredietrisico dat banken in hun bedrijfsvoering lopen. Ook betreft Bazel I de maatregelen die banken dienen te nemen om te bevorderen dat hun kapitaal toereikend is om verliezen op te vangen indien dergelijke kredietrisico's zich manifesteren. Het kredietrisico is het risico, dat een bank loopt op haar debiteuren, bijvoorbeeld het risico dat een verstrekte lening niet, niet tijdig of niet volledig wordt terugbetaald.

De solvabiliteitsnorm van 8% van Bazel I

Bazel I introduceerde de norm, dat banken voor iedere post waarvoor een kredietrisico bestaat, ter hoogte van dat gewogen risico, voor acht procent (8%) kapitaal dienen aan te houden. Deze solvabiliteitsratio, wordt berekend door het uitrekenen van een breuk, waarvan de uitkomst steeds tenminste 8%

³¹ Zie hiervoor Nota van Wijziging, Tweede Kamer, vergaderjaar 2004/2005, 29 708, nr. 10, p. 150.

³² Zie hiervoor Zesde Nota van Wijziging, Tweede Kamer, vergaderjaar 2005/2006, 29 708, nr. 41 p. 41.

³³ Zie voor een zeer summiere toelichting: de Nota van toelichting bij het Besluit prudentiële regels Wft, Stb. 2006, 519, p. 68.

³⁴ Nota van toelichting bij het Besluit prudentiële regels Wft, Stb. 2006, 519, p. 68.

³⁵ De bepalingen voor verzekeraars waren voorheen openomen in de Regeling Uitbesteding Verzekeraars (RUV) van 1 februari 2004.

³⁶ International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards, [A Revised Framework], uitgegeven door het Basel Committee on Banking Supervision van de Bank for International Settlements (BIS), (Updated November 2005).

³⁷ International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards van het Committee on Banking Regulation and Supervisory Practices van de BIS, (1988) die in ons land zijn geïmplementeerd in de krachtens de Wtk 1992 vastgestelde solvabiliteitsrichtlijnen van DNB, als gevolg van implementatie van Richtlijn van 18 december 1989 betreffende een solvabiliteitsratio voor kredietinstellingen (89/647/EEG). Na de vaststelling van de Richtlijn van 18 december 1989 waarin voornamelijk het kredietrisico van banken werd geadresseerd, volgde in 1993 een aanvulling van de solvabiliteitsregeling voor banken, waarin het zogenaamde 'marktrisico' werd behandeld. Deze conventies werden neergelegd in de Richtlijn van de Raad van 15 maart 1993 inzake de kapitaaltoereikendheid van beleggingsondernemingen en kredietinstellingen. Zie voor een completer overzicht over deze materie: A. van der Zwet, Toezicht op banken, NIBE Serie Bank- en Effectenbedrijf, nr. 43 (1999).

dient te bedragen, waarvan de teller bestaat uit het zogenaamde 'toetsingsvermogen' en de noemer bestaat uit de zogenaamde 'risicogewogen activa'. Hoe omvangrijker de noemer, des te hoger het toetsingsvermogen van de bank dient te zijn. Zowel ten aanzien van het toetsingsvermogen van banken als ten aanzien van de risicogewogen activa bestaan op grond van Bazel I uitgebreide berekeningswijzen en conventies, waarbij de meting van de solvabiliteitsratio, in feite een dagelijks terugkerende verplichting is voor banken. Een bank mag, derhalve nimmer beneden de grens van 8% zakken, ook al worden bijvoorbeeld nieuwe kredieten verstrekt die leiden tot een verhoging van de post risicogewogen activa, of ook al vermindert het toetsingsvermogen.

De inrichting van het toetsingsvermogen

Een belangrijke consequentie van de solvabiliteitsnormen uit Bazel I, is dat er ten aanzien van het door een bank aan te houden toetsingsvermogen, uitgebreide regels bestaan die invloed hebben op de kapitaalcomponenten en sommige vreemdvermogen componenten van de bankbalans. Het toetsingsvermogen van een bank kan daarbij bestaan uit de typische Boek 2 BW eigen vermogencomponenten, maar ook, indien aan zeer strikte eisen wordt voldaan, uit vreemd vermogen posten. Deze kunnen slechts worden opgenomen voor zover op grond van de contractuele bedingen die de bank in de financiering dient te aanvaarden, is voorzien in het creëren van perfect afdwingbare achterstelling en lange termijn opeisbaarheid van de financiering. De meeste 'eigen vermogen' elementen van het bank kapitaal, inclusief het geplaatste en gestorte kapitaal, vrije reserves en bepaalde andere eigen vermogen componenten, mogen worden meegerekend bij de eerste laag van het toetsingsvermogen (het zogenaamde 'Tier 1 kapitaal'). Dat Tier 1 kapitaal wordt ook wel beschouwd als het kernkapitaal van de bank, dat in de totale omvang van het toetsingsvermogen altijd een minimum percentage dient te bedragen. Sommige vreemd vermogeninstrumenten, zoals een achtergestelde lening met een looptijd van 10 jaar, mogen eveneens worden opgeteld bij het toetsingsvermogen, omdat deze financieringsinstrumenten onder bepaalde voorwaarden ook voldoende verliesabsorberend vermogen worden toegedicht. Dergelijke financiering hoort, in beginsel tot de tweede laag van het toetsingsvermogen (het 'Tier 2') te zamen met preferente aandelen die tot een vaste uitkering per jaar aan de aandeelhouders verplichten. Het Tier 2 kapitaal mag nimmer meer bedragen dan een vast percentage van het aangehouden Tier 1 vermogen. Mede met het oog op de instandhouding van een voldoende

omvangrijk toetsingsvermogen, beschikken de banktoezichthouders over tal van bevoegdheden, om de vermindering van het toetsingsvermogen aan banden te leggen. Zo geldt in Nederland voor de vermindering van het eigen vermogen door terugbetaling van kapitaal van de bank, de verplichting om voorafgaand aan de uitvoering van de vennootschappelijke besluitvorming, een verklaring van geen bezwaar van DNB te verkrijgen (zie artikel 23 Wtk 1992, thans artikel 3:96 Wft). Op grond van de solvabiliteitsvoorschriften betreffende achtergestelde leningen, geldt van oudsher de regel, dat banken verplicht zijn een driepartijen overeenkomst aan te gaan tussen financier, de onder toezicht staande bank en DNB, waarbij aan DNB invloed dient te worden toegekend ten aanzien van de terugbetalingsmogelijkheden van de lening.

De samenstelling van de post risicogewogen activa in de noemer van de solvabiliteitsratio

Het tweede element van de solvabiliteitsratio is de post risicogewogen activa die wordt verantwoord in de noemer van de ratiobreuk. Daarin worden alle posten opgenomen die een kredietrisico voor de bank vertegenwoordigen, waarbij per post een bepaalde risicoweging wordt toegekend. Niet alle posten in het kredietrisico krijgen daarbij eenzelfde gewicht. Sommige kunnen zelfs geheel buiten beschouwing worden gelaten en zullen derhalve niet worden verantwoord bij de berekening van de solvabiliteitsratio. Voor de risicoweging van de diverse posten zijn in Bazel I uniforme conventies overeengekomen, waarbij er differentiatie plaatsvindt van de diverse risico's, rekening houdend met het land van de vestigingsplaats van de debiteur, de aard van de onderneming van de debiteur, de dekking van het verstrekte krediet door zekerheden en dergelijke factoren meer. Voor de verschillende categorieën risico's zijn afzonderlijke gewichten toegekend, van 0% oplopend tot 100%. Een vordering van een bank die voor 0% meetelt in de risicoweging zal derhalve geen consequentie hebben voor de solvabiliteit, een vordering die voor 100% moet worden gewogen, zal volledig consequentie hebben voor de solvabiliteit en daarvoor zal derhalve verliesabsorberend vermogen dienen te worden aangehouden. Op grond van Bazel I (en de daarop gebaseerde Europese richtlijn), diende een bank bijvoorbeeld een vordering op één van de rijksoverheden van de G-10 landen te voorzien van risicogewicht 0%, een vordering op een lagere overheid in één van de G-10 landen (gemeenten, provincies en dergelijke) van 20%, een vordering gedekt door hypothecaire zekerheid van 50% en een vordering op een onderneming (zonder dat er aanvullende zekerheden bestonden) van 100%. De berekening van de solvabili-

teitsratio is derhalve een excertie die los staat van de commerciële verslaggeving van banken. Een bank kan (en zal doorgaans), nominaal een hogere activapost hebben waarin de posities in het kredietbedrijf zijn vertegenwoordigd, dan de optelsom van de naar risicograad gewogen activa.

Achtergrond van de aanpassingen die Bazel II op het oorspronkelijke kapitaalakkoord

Er zijn vele redenen geweest voor de vernieuwing van de uitgangspunten van het kapitaalakkoord van 1988 dat leidde tot vaststelling van Bazel II. Een volledige beschrijving van de precieze achtergronden, vergt meer ruimte dan dit artikel toelaat. Op hoofdlijnen kunnen echter de volgende belangrijke punten worden genoteerd:

- Bazel II introduceert nieuwe uitgangspunten voor drie pijlers van het solvabiliteitstoezicht, waarbij aandacht is voor (i) verbetering van de normen ten aanzien van de kwantitatieve meting van kapitaaltoereikendheid voor banken (Pijler 1, waarin voornamelijk een verbetering en verfijning van de oorspronkelijke Bazel I uitgangspunten zijn neergelegd), (ii) de afspraken betreffende de relatie tussen banken en toezichthouders, (Pijler 2) en (iii) afspraken betreffende de openbaarmaking en andere maatregelen ter verhoging van de onderlinge marktdiscipline ten aanzien van naleving van de solvabiliteitsvoorschriften (Pijler 3);
- een belangrijke innovatie betreft de introductie van een 'keuzemenu' waarbij banken ten aanzien van de meting van solvabiliteit ten aanzien van het kredietrisico, als alternatief voor een generieke regeling die voor alle onder toezicht staande banken geldt, hun eigen interne modellen mogen toepassen. Daarbij mogen banken een metingsmethode hanteren, rekening houdend met de aard van het bedrijf, de samenstelling van de cliëntenportefeuille, de beschikbare historische gegevens binnen het bedrijf en andere factoren van het eigen risicomanagement die bijdragen tot de uniciteit van de voor de desbetreffende bank opgestelde modellen. Deze verandering is met voor-

sprong de meest ingrijpende consequentie voor de sector, waarbij een splitsing komt tussen ondernemingen die voort zullen gaan met toepassing van de generieke voorschriften die in feite een verbeterde versie zijn van de voorschriften van Bazel I (de 'standaardbenadering') en instellingen die hun eigen modellen voor het risicomanagement zullen toepassen waarin de specifieke situatie van de instelling als uitgangspunt voor het risicomanagement geldt (de 'interne modellenmethode', ook wel aangeduid met 'IRB');

- de principes van Bazel II, leiden tot de mogelijkheid om op verfijndere wijze de daadwerkelijke risico's voor banken te meten, waarbij verouderde en somtijds te rigide uitgangspunten van Bazel I zijn verbeterd³⁸;
- Bazel II introduceert, naast de bestaande conventies voor het meten van kredietrisico en marktrisico, een uitgebreide regeling voor het kwantificeren van zogenaamde 'operationele risico's' en de mate waarbij banken daarvoor solvabiliteit dienen aan te houden. Onder operationele risico's dienen een grote variëteit aan factoren te worden verstaan: bijvoorbeeld het afbreukrisico dat een bank loopt, doordat de geautomatiseerde verwerking van gegevens door een defect systeem vertraging oploopt of fouten bevat, het juridische risico van een stelselmatig onjuist toegepast contract ter vastlegging van rechten en verplichtingen van een bank, het risico van fraude in het bankbedrijf en dergelijke meer. Ook bij het meten van het operationele risico, komt de mogelijkheid te kiezen voor hetzij een standaardbenadering hetzij een IRB-benadering.

De verwerking van Bazel II in het Europese recht

Bazel II is een internationale conventie die geen verdragsrechtelijke status heeft, en derhalve dienden de regels van Bazel II in de verschillende jurisdicties te worden omgezet in algemeen verbindende voorschriften. Dat geldt bijvoorbeeld voor de andere niet-Europese landen zoals de Verenigde Staten van Amerika³⁹, Japan⁴⁰ en Canada⁴¹. In Europa is ervoor

³⁸ Een van de grote wijzigingen betreft de introductie van het beginsel, dat ten aanzien van kredietverlening aan ondernemingen, onderscheid kan worden gemaakt in het toekennen van het risicogewicht, bijvoorbeeld door rekening te houden met betalingsgedrag-historie, met het oordeel met betrekking tot de kredietwaardigheid door onafhankelijke kredietbeoordelingsbureau's (zogenaamde 'rating agencies') en dergelijke factoren meer. Onder Bazel I kreeg een krediet aan de bakker om de hoek in beginsel hetzelfde risicogewicht als een lening aan een multinational met een hoog kredietwaardigheidsoordeel van een onafhankelijk bureau. Bazel II laat toe op dit vlak te differentiëren.

³⁹ Zie Basel II Capital Accord, Notice of Proposed Rulemaking (NPR) van 5 september 2006, raadpleegbaar op www.federalreserve.gov.

⁴⁰ In Japan wordt met ingang van 31 maart 2007 de regelgeving van toepassing ter implementatie van Bazel II. De regels zijn vervat in het Financial Inspection Manual dat in november 2006 ter consultatie werd aangeboden. Zie de Japanse FSA Newsletter op www.fsa.go.jp.

⁴¹ Zie de website van het Canadese Ministerie van Financiën voor meer informatie, www.fin.gov.ca

gekozen om Bazel II door middel van Europese richtlijnen tegelijkertijd in de nationale wetgeving van alle landen van de Europese Unie te implementeren, ook ten aanzien van de landen die geen onderdeel uitmaken van de groep van G-10 landen, Luxemburg en Zwitserland. Daarbij verbreedt de Europese regelgeving de toepassing van de conventies van Bazel II tot de sector van beleggingsondernemingen, hoewel de afspraken van het Bazels Comité in beginsel alleen tot de bancaire sector zijn gericht. Hiermee wordt de lijn voortgezet die begin jaren negentig van de vorige eeuw in Europa is ingezet. Bij gelegenheid van de introductie van de eerste kapitaaltoereikendheidsrichtlijn van 1993⁴² zijn immers de kapitaaltoereikendheidsvoorschriften van overeenkomstige toepassing verklaard voor banken en beleggingsondernemingen. Dit Europese initiatief werd genomen parallel aan de conventies die in diezelfde periode in het Bazels Comité in aanvulling op Bazel I voor banken werden vastgesteld. Ook in het geval van Bazel II, worden de afspraken voor banken in Europees verband doorgetrokken naar beleggingsondernemingen. De Europese regelgeving is neergelegd in, in de eerdere paragrafen van dit artikel al aangehaalde, Richtlijn 2006/48/EG tot herschikking van Richtlijn 2000/12/EG⁴³ en in Richtlijn 2006/49/EG tot herschikking van de eerste kapitaaltoereikendheidsrichtlijn.

De Nederlandse implementatieregeling voor Bazel II

Als gevolg van de hiervoor reeds genoemde Wet implementatie kapitaalakkoord Bazel 2 is een belangrijke aanpassing van de hoofdtekst van de Wft van het wetsontwerp van augustus 2004 ingevoerd. De hoofdtekst van de Wft zoals gepubliceerd in Staatsblad 2006, 475 is op circa zestig plaatsen aangepast en

aangevuld met nieuwe bepalingen. Naast de aanpassing van de tekst van de wet, is als gevolg van de implementatie van Bazel II ook een belangrijk aantal aanpassingen ingevoerd van twee amvb's, het Besluit prudentiële regels Wft⁴⁴ en het Besluit prudentieel toezicht financiële groepen Wft⁴⁵ alsmede is in enkele andere amvb's een aantal aanpassingen doorgevoerd. Vooral voor het Besluit prudentiële regels Wft geldt dat dit besluit op zeer substantiële wijze is aangevuld en gewijzigd, met, schattenderwijs, gevolgen voor bijna 50% van de oorspronkelijke tekst van het besluit. Deze aanpassing is ingevoerd op grond van het Besluit implementatie kapitaalakkoord Bazel 2⁴⁶ dat eveneens per 1 januari 2007 in werking trad. Deze ingewikkelde aanpassingsoperatie is door de wetgever verdedigd, omdat de definitieve teksten van de Europese richtlijnen pas eerst in de vroege zomer van 2006 beschikbaar waren. Het in parallel verlopende wetgevingsproces voor de 'hoofdtekst' van de Wft naderde op dat moment echter reeds het eindstadium (de Wft is in juni 2006 door de Tweede Kamer aangenomen min of meer gelijktijdig met de publicatie van Richtlijnen 2006/48/EG en 2006/49/EG van 14 juni 2006 in het Officiële Publicatieblad van de Europese Commissie).

De gedetailleerde regelgeving ter implementatie van Bazel II is echter te vinden in een grote reeks toezichthouderregels van DNB. Als men alle teksten van de Wft en de huidige 10 amvb's efficiënt uitprint, kunnen die teksten bij elkaar in één ordner worden gevoegd. De toezichthouderregels ter implementatie van Bazel II bedragen op zijn minst nog eens zo'n ordner, hetgeen iets zegt over de enorme omvang van deze toezichthouderregels. Als belangrijke voorbeelden van deze toezichthouderregels ter implementatie van Bazel II kunnen worden genoemd de Regeling

⁴² Richtlijn 93/6/EEG van de Raad van 15 maart 1993 inzake de kapitaaltoereikendheid van beleggingsondernemingen en kredietinstellingen, ook wel aangeduid met CAD-richtlijn naar de Engelstalige aanduiding Capital Adequacy Directive.

⁴³ Richtlijn 2000/12/EG betrof als zodanig een herschikking en 'consolidatie' van alle Europese richtlijnen die in de loop van meer dan 30 jaar in Europa voor het bankwezen zijn vastgesteld. Richtlijn 2000/12/EG is een van de belangrijkste internationale regelgevingbronnen voor de geharmoniseerde regelgeving voor banken in de Europese Unie. Deze richtlijn is met de vaststelling van Richtlijn 2006/48/EG volledig ingetrokken.

⁴⁴ Besluit van 12 oktober 2006, houdende prudentiële regels voor financiële ondernemingen die werkzaam zijn op de financiële markten (Besluit prudentiële regels Wft), Stb. 2006, 519.

⁴⁵ Besluit van 12 oktober 2006, houdende regels met betrekking tot aanvullend prudentieel toezicht op kredietinstellingen, levensverzekeraars, schadeverzekeraars en beleggingsondernemingen die tot een financiële groep behoren (Besluit prudentieel toezicht financiële groepen Wft), Stb. 2006, 508.

⁴⁶ Besluit van 11 december 2006, houdende wijziging van het Besluit prudentiële regels Wft ter implementatie van richtlijn nr. 2006/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 14 juni 2006 betreffende de toegang tot en de uitoefening van de werkzaamheden van kredietinstellingen (herschikking) (PbEU L 177) en richtlijn nr. 2006/49/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 14 juni 2006 inzake de kapitaaltoereikendheid van beleggingsondernemingen en kredietinstellingen (herschikking) (PbEU L 177) (Besluit implementatie kapitaalakkoord Bazel 2), Stb. 2006, 662.

solvabiliteitseisen voor het kredietrisico⁴⁷, de Regeling solvabiliteitseisen voor het marktrisico⁴⁸ en de Regeling solvabiliteitseisen voor het operationeel risico⁴⁹. Daarnaast stelde DNB ook enkele nieuwe beleidsregels op die vooral verband houden met het Bazel II-régime. Te denken valt aan de Beleidsregel partieel gebruik van de standaardbenadering onder de IRB⁵⁰.

Belangrijkste wijzigingen voor de financiële sector als gevolg van de implementatie van Bazel II

De vele wijzigingen die Bazel II met zich meebrengt, zijn nauwelijks samen te vatten in een aantal regels. Van belang is te benadrukken, dat de consequenties voor de financiële sector zeer ingrijpend zullen zijn. Het nieuwe régime raakt vooral banken en beleggingsondernemingen, doch als gevolg van de introductie van het toezicht op clearinginstellingen (zie hiervoor), moet ook voor de volledigheid worden genoemd, dat deze nieuwe loot aan de toezichtstam in meerdere of mindere mate aan de nieuwe solvabiliteitsvoorschriften zal zijn onderworpen. De nieuwe voorschriften van Bazel II zullen geleidelijk in werking treden, waarbij het jaar 2007 vooral in het teken zal staan van het uittesten van de gevolgen van het nieuwe régime voor de de bedrijfsvoering van de hieraan onderworpen instellingen. Ook zullen in de loop van 2007, de aanpassingen aan de rapportagesystemen voor banken, beleggingsondernemingen en clearinginstellingen dienen te zijn voltooid en zullen de eerste pro forma rapportages bij DNB dienen te worden ingeleverd. De datum van 1 januari 2008, geldt evenwel als de belangrijkste definitieve invoeringsdatum, waarbij alle instellingen het nieuwe risicomangement zullen dienen toe te passen en daarbij definitieve keuzen dienen te hebben gemaakt ten aanzien van toepassing van de alternatieven, hetzij standaardbenadering, hetzij IRB (hetzij mengvormen daarvan in sub-onderdelen van het solvabiliteitstoezicht).

Een andere belangrijke wijziging die Bazel II met zich meebrengt, is de verdieping en verbreding van de bevoegdheden (en de verplichtingen) van DNB, in verband met de uitvoering van de zogenaamde Pillar 2-voorschriften die toezien op de relatie tussen de toezichthoudende instantie en de onder toezicht staande instellingen. Een treffend voorbeeld van een nieuwe bepaling die bij gelegenheid van de implementatie van Bazel II is geïntroduceerd, is artikel 3:111a Wft. In die bepaling is geregeld, dat DNB bepaalde maatregelen kan nemen, indien een bank of een beleggingsonderneming niet voldoet aan de voorschriften van de wet (of de lagere regelgeving) ten aanzien van de bedrijfsvoering en het toetsingsvermogen. Onder meer kan DNB, uit hoofde van deze bepaling, aan de desbetreffende onderneming opleggen dat deze een hogere solvabiliteitsratio dient aan te houden dan de minimum-ratio die is voorgeschreven (met andere woorden de onderneming dient de solvabiliteit te verhogen boven 8%). Een andere maatregel die DNB bijvoorbeeld kan opleggen dat de desbetreffende onderneming het risico dat wordt gelopen op een bepaalde wijze beperkt. Deze laatste maatregel, is in de tekst van de wet ruim geformuleerd. Daaronder zou, mijns inziens, bijvoorbeeld kunnen vallen, dat de desbetreffende onderneming op vordering van DNB over dient te gaan tot verkoop van bepaalde activa of tot het nemen van bepaalde maatregelen op het niveau van het toetsingsvermogen (bijvoorbeeld de verplichting aanvullende achtergestelde leningen aan te trekken).

In het kort, artikel 3:111a Wft geeft aan DNB verregaande bevoegdheden tot het ingrijpen in de autonomie van het management van de desbetreffende onderneming. Deze bepaling is, mijns inziens, een verbetering van het régime dat ook reeds voor 1 januari 2007 op grond van de oude sectorale wetgeving bestond. Zonder dat daarvoor duidelijke wettelijke grondslagen bestonden, werd door DNB reeds een informele beleidslijn gevolgd die verband hield

⁴⁷ Regeling van De Nederlandsche Bank N.V. van 11 december 2006, houdende regels inzake de vereiste solvabiliteit ter dekking van het kredietrisico voor banken, beleggingsondernemingen en clearinginstellingen (Regeling solvabiliteitseisen voor het kredietrisico), Stcrt. 20 december 2006, nr. 248 / pag. 2.

⁴⁸ Regeling van De Nederlandsche Bank N.V. van 11 december 2006, nr. Juza/2006/02446/CLR, houdende regels inzake de vereiste solvabiliteit ter dekking van het marktrisico voor banken, beleggingsondernemingen en clearinginstellingen (Regeling solvabiliteitseisen voor het marktrisico), Stcrt. 20 december 2006, nr. 248 / pag. 9.

⁴⁹ Regeling van De Nederlandsche Bank N.V. van 11 december 2006, nr. Juza/2006/02444/CLR, houdende regels inzake de vereiste solvabiliteit ter dekking van het operationeel risico voor banken en beleggingsondernemingen (Regeling solvabiliteitseisen voor het operationeel risico), Stcrt. 20 december 2006, nr. 248 / pag. 9.

⁵⁰ Beleidsregel van De Nederlandsche Bank N.V. van 11 december 2006, nr. Juza/2006/02369/IH, houdende regels ingevolge artikel 76, eerste lid, van het Besluit prudentiële regels Wft met betrekking tot de wijze van uitoefening van de daarin aan haar gedelegeerde bevoegdheden (Beleidsregel partieel gebruik van de standaardbenadering onder de IRB), Stcrt. 20 december 2006, nr. 248 / pag. 9.

met het toezicht op banken die, vanwege bijzondere omstandigheden, aangescherpte solvabiliteitsnormen dienden te respecteren. Bijvoorbeeld golden voor banken die aan het begin van hun ontwikkeling stonden en beschikten over een recent verleende vergunning, aanwijzingen tot het aanhouden van een verhoogde solvabiliteit die boven de 8% uitsteeg. Als zodanig, is het nieuwe régime van de Wft een duidelijke verbetering te noemen, doordat een duidelijke wettelijke grondslag is gecreëerd voor het solvabiliteitstoezicht van DNB in uitzonderlijke situaties.

Slotbeschouwing

De Wft is een wetgevingsoperatie die wat betreft omvang en gevolgen voor de samenleving soms is vergeleken met de introductie van enkele boeken van het Burgerlijk Wetboek. Voor de vernieuwingen in het burgerlijk recht is een lange voorbereidingstijd beschikbaar geweest. Voor de introductie van geheel nieuwe wet- en regelgeving voor de financiële sector is amper 4 jaar beschikbaar geweest. De uitgangspunten bij de wetgevingsoperatie die leidde tot de Wft, namelijk dat deze wet en de bij of krachtens de wet vastgestelde lagere regelgeving zo min mogelijk vernieuwing zouden bevatten, zijn nauwelijks gerealiseerd. De Wft brengt veel vernieuwing, met name in het prudentieel toezicht. Voor de beleggingsdienstensector zal de relatieve geruisloze overgang van het oude sectorale régime naar het Wft-régime, echter een stilte voor de storm zijn. Reeds vroeg in 2007 zullen de eerste ingrijpende wijzigingen in Deel 5 plaatsvinden als gevolg van de invoering van het nieuwe régime voor openbare biedingen. Daarna volgt de implementatie van MiFID met consequenties voor nagenoeg alle delen van de Wft, maar met name voor Delen 4 en 5. Parallel aan deze ingrijpende wijzigingen voor de financiële sector, loopt de afronding van de implementatiemaatregelen als gevolg van de invoering van Bazel II. Voor banken, beleggingsondernemingen en clearinginstellingen betekent dit dat nog voor het einde van 2007, een extreme implementatielast zal moeten worden gedragen om alle nieuwe wet- en regelgeving te verwerken. De beoogde administratieve lastenverlichting die de Wft met zich mee zou brengen, lijkt niet te stoeien op realiteitszin van de wetgever. Een blik op de complexe en gedetailleerde voorschriften die alleen al Bazel II met zich meebracht, logenstrafte de beloften

van de Minister om inzichtelijke wet- en regelgeving voor de financiële sector te introduceren waarbij het aantal toezichthouderregels tot het uiterste minimum zouden worden beperkt. Dat houdt uiteraard verband met de uitvoerigheid en complexiteit van Bazel II dat de Nederlandse wetgever tot de enorme wetgevingsoperatie verplichtte. Ook MiFID zal aan toename van administratieve lasten en complexiteit van de wet- en regelgeving bijdragen. Het plaatst de uitspraken van de Minister bij de aanvang van het wetgevingstraject van de Wft echter wel in een ander daglicht. Er is, mijns inziens, niet veel overgebleven van de goede voornemens die in augustus 2004 nog werden geuit bij het aanbieden van het eerste ontwerp van de Wft aan de Tweede Kamer.

Alleen al om die reden, zal er voorlopig geen einde komen aan de turbulente tijden op het vlak van wet- en regelgeving voor de financiële sector. Er is echter nog een groot aantal andere wetgevingstrajecten te noemen, dat eveneens tot vernieuwing zal leiden en dat ook andere sectoren in de financiële wereld zal raken. Deel 6 Wft betreffende het toezicht op de infrastructuur van de financiële markten zal in de loop van 2007/2008 worden ingevuld. Er komt nog een aanpassing van de bepalingen van artikelen 3:95-109 Wft in verband met de implementatie van de 'Antonveneta-richtlijn'⁵¹ en de verzekeringssector zal met Solvency II nog een volledig nieuw solvabiliteitstoezicht krijgen, gebaseerd op de uitgangspunten van Bazel II. Al deze wetgevingstrajecten (en nog enkele andere) zullen tot aanpassing van de Wft leiden. Maar ook elders vinden grote vernieuwingen plaats. De recent ingevoerde Pensioenwet leidt in de periode 2007 tot 2009 tot forse aanpassingen in de regelgeving voor deze belangrijke sector. Tenslotte kan worden genoemd de voorgenomen aanpassingen van de Wet identificatie dienstverlening (WID) en Wet melding ongebruikelijke transacties (Wet MOT), mede naar aanleiding van de verplichting tot implementatie van de Derde Witwasrichtlijn⁵². De slotsom is derhalve, dat de financiële sector en al degenen die daarin werkzaam zijn voorlopig nog niet toe zijn aan rustige tijden op het terrein van wet- en regelgeving.

Bart P.M. Joosten is advocaat te Amsterdam

⁵¹ Zie het op 14 september 2006 door de Europese Commissie gepubliceerde voorstel voor een concept Richtlijn betreffende de procedurele regels en toetsingscriteria voor de prudentiële beoordeling van acquisities en verhoging van aandeelhoudersbelangen in de financiële sector.

⁵² Richtlijn 2005/60/EG van 26 oktober 2005.