

Betalen versus bepalen

De hernieuwde verhouding tussen de minister en de AFM en DNB vanuit het perspectief van de financiering van toezicht en de politieke onafhankelijkheid*

K. Raaijmakers

Per 1 januari 2013 geldt een nieuwe bekostigingssystematiek voor het financieel toezicht. Deze systematiek leidt tot een geringere overheidsbijdrage aan de kosten van financieel toezicht. Blijkens de wetsgeschiedenis is de wijziging met name ingegeven door pragmatisme. Hiermee wordt gebroken met de meer principiële en uniforme overwegingen die tot die tijd ten grondslag lagen aan de doorbelasting van de toezichtkosten. In een tijd waarin financieel toezicht wordt geïntensiveerd, zowel binnen als buiten de Nederlandse landsgrenzen, brengt dit de nodige budgettaire onzekerheid voor onder toezicht staande ondernemingen met zich. De minister heeft de verantwoordelijkheid de ontwikkeling van de toezichtkosten te bewaken. Deze verantwoordelijkheid en de wens om meer invloed te kunnen uitoefenen op het financieel toezicht heeft geleid tot vernieuwing van het 'toezichtarrangement' van de minister op AFM en DNB. Ook in deze wijzigingen klinkt pragmatisme door.

1 Inleiding

Financieel toezicht heeft tot doel marktfalen te beperken en daarmee welvaart te vergroten.¹ De term 'marktfalen' geeft uitdrukking aan het verschijnsel dat markten kunnen leiden tot uitkomsten die niet optimaal zijn.² Oorzaken hiervan zijn bijvoorbeeld het bestaan van ongelijke informatie tussen marktpartijen, het feit dat marktpartijen niet alle gevolgen van hun handelen overzien en meewegen in de besluitvorming en de beperkte rationaliteit van marktpartijen. Waar markten

* De auteur bedankt Margot Aelen, promovendus aan de Universiteit Utrecht, voor haar bijdrage aan de totstandkoming van dit artikel.

1 Zie hiervoor o.m. E.E.C. van Damme & P. Eijlander, Toezicht op marktwerking, algemeen of specifiek?, in: H.J. de Ru & J.A.F. Peters, Toezicht en regulering van nieuwe markten: Opstellen over de juridische aspecten van regulering, Den Haag: Sdu Uitgevers 2000; B. Baarsma, Nederland toezichtland - een economisch perspectief, SEO, Amsterdam, april 2005; D. Llewellyn, The economic rationale for financial regulation, Occasional paper series FSA, april 1999.

2 De Amerikaanse econoom Joseph Stiglitz heeft veel over marktfalen geschreven. Zie bijv. J.E. Stiglitz, Regulation and Failure, in: D. Moss & J. Cisternino (red.), New Perspectives on Regulation, Tobin project, Cambridge MA, 2009, p. 11-23 en J.E. Stiglitz, Government Failure vs. Market Failure: Principles of Regulation, in: E.J. Balleisen & D.A. Moss (red.), Government and Markets: Toward a New Theory of Regulation, Tobin-project, Cambridge MA 2009, p. 15-51.

leiden tot inefficiënte uitkomsten, kan overheidsingrijpen, zoals regulering en toezicht, gerechtvaardigd zijn.³ Wat hierbij echter in ogenschouw genomen moet worden, is dat overheidsingrijpen geld kost en niet feilloos is. Te veel toezicht of verkeerd toezicht, bijvoorbeeld doordat de toezichthouder zich vanwege een informatieachterstand richt op de verkeerde onderwerpen, kan markten verder verstoren in plaats van versterken.⁴ Toezicht heeft toegevoegde waarde als de baten de kosten overtreffen. Waar de kosten vaak eenvoudig in het oog springen, zijn de baten lastiger vast te stellen. Toezichthouders worstelen met de vraag hoe zij de baten zichtbaar kunnen maken en kunnen aantonen dat zij bijdragen aan het beperken van marktfalen en het vergroten van de welvaart.⁵

Sinds het uitbreken van de kredietcrisis is het toezicht op de financiële sector geïntensiveerd. De noodzaak hiertoe komt voort uit de gedachte dat de opbouw van risico's die ten grondslag hebben gelegen aan de crisis veelal buiten het blikveld van het toezicht plaatsvond. Intensiever toezicht leidt tot hogere toezichtskosten. Zo maakte DNB in januari 2013 bekend de toezichtcapaciteit met 10% (54 fte) te vergroten, omdat zij steeds meer taken krijgt en deze taken intensiever worden.⁶ De constatering dat toezicht kosten met zich brengt, leidt tot de vraag wie moet opdraaien voor deze kosten. Sinds 1 januari 2013 is de financiering van het financieel toezicht in Nederland in een nieuwe wet geregeld: de Wet bekostiging financieel toezicht (Wbft). Met de invoering van de Wbft is de overheidsbijdrage aan financieel toezicht beperkt. Niet langer is de overheidsbijdrage gekoppeld aan de werkelijke toezichtkosten, maar er wordt nu uitgegaan van een forfaitaire overheidsbijdrage. Dit betekent dat een stijging van de toezichtkosten in beginsel volledig voor rekening van marktpartijen komt. Hiermee heeft de wetgever een einde gemaakt aan het stelsel van 'open einde financiering', waarin de toename van de toezichtkosten in de kredietcrisis steeds voor rekening van de overheid kwam.⁷

De kredietcrisis is niet alleen aanleiding geweest voor de intensivering van financieel toezicht en een nieuwe bekostigingssystematiek. Ook heeft ze geleid tot een discussie over de mate waarin de minister van Financiën beschikt over voldoende instrumenten om invulling te geven aan zijn ministeriële verantwoordelijkheid voor de taakuitoefening door de AFM en DNB. De uitkomst van deze discussie is dat de minister aanvullende bevoegdheden heeft gekregen om invloed uit te oefenen op het financieel toezicht. Zo kan hij beleidsregels vaststellen ten aanzien van

3 Zie bijv. B.C. Greenwald & J.E. Stiglitz, Externalities in Economies with Imperfect Information and Incomplete Markets, *Quarterly Journal of Economics* 1986, 101, p. 229-64 en Van Damme & Eijlander 2000.

4 B. Baarsma, *Nederland Toezichtland – een economisch perspectief*, Amsterdam: Stichting voor Economisch Onderzoek 2005.

5 Zie hiervoor o.m. het thema 'Effectiviteit van toezicht' van TvT 2012, afl. 2.

6 Zie bijv. het nieuwsbericht van 14 januari 2013 in de Nieuwsbrief Pensioen op <www.dnb.nl>.

7 Zie onderdeel 6 van het op 15 maart 2011 naar de Tweede Kamer gestuurde Actieplan financiële sector (Kamerstukken II 2010/11, 31 980, nr. 38).

de taakuitoefening van de AFM en DNB en kan hij randvoorwaarden stellen ten aanzien van de begroting.⁸

Bovenstaande ontwikkelingen kunnen vanuit overheidsperspectief kortweg worden gekenschetst als ‘minder betalen, meer bepalen’. De financiële overheidsbijdrage aan financieel toezicht wordt beperkt, terwijl tegelijkertijd het toezicht wordt geïntensiveerd en de minister meer bevoegdheden krijgt om invloed uit te oefenen op het toezicht. Deze ontwikkelingen brengen een spanningsveld tussen enerzijds de onafhankelijkheid van de financieeltoezichthouders en anderzijds de ministeriële verantwoordelijkheid voor het financieel toezicht aan het licht. Dit artikel gaat hierop in. In paragraaf 2 wordt aandacht besteed aan de financiering van financieel toezicht door de jaren heen. Paragraaf 3 gaat in op de hernieuwde verhouding tussen de minister en de financieeltoezichthouders. In paragrafen 4 en 5 wordt een toekomstperspectief geschetst en ingegaan op de gevolgen van de veranderingen voor de AFM en DNB.

2 Financiering van financieel toezicht: de uitgangspunten door de jaren heen

In dit deel wordt de ontwikkeling van de bekostigingssystematiek van het financieel toezicht door de jaren heen beschreven. Allereerst wordt in paragraaf 2.1 ingegaan op de wijze waarop de bekostiging van het financieel toezicht tot 1 januari 2013 was geregeld. Kenmerkend voor deze periode is dat de overheid een groter deel van de financiering voor haar rekening is gaan nemen. De gedachte dat ook andere dan onder toezicht staande ondernemingen profijt hebben van financieel toezicht was hieraan debet. Ook de vrees om de internationale concurrentiepositie van de Nederlandse financiële sector te verzwakken, zorgde voor terughoudendheid bij het doorbelasten van toezichtkosten. In paragraaf 2.2 wordt beschreven hoe de Wbft die per 1 januari 2013 in werking is getreden de systematiek van bekostiging van financieel toezicht heeft veranderd. Typierend is dat wordt gebroken met de redeneertrant die tot die tijd bepalend was: het profijtbeginsel wordt losgelaten en de overheidsbijdrage wordt beperkt. Deze ontwikkeling wordt ingegeven door enerzijds de noodzaak de overheidsuitgaven te beheersen en anderzijds een negatief sentiment ten aanzien van de financiële sector vanwege de schade die de kredietcrisis met zich heeft gebracht.

2.1 *De ontwikkeling van de bekostigingssystematiek van financieel toezicht tot 1 januari 2013*

Tot de inwerkingtreding van de Regeling bekostiging financieel toezicht op 1 januari 2004 werden de kosten van het financieel toezicht door DNB, de AFM en (toen nog) de Pensioen- en Verzekeringskamer (PVK) volledig in rekening gebracht bij de onder toezicht staande financiële ondernemingen. Voor banken gold een uitzondering; het toezicht op kredietinstellingen werd volledig gefinancierd door de rijksoverheid. Dit bankenprivilege werd beschouwd als een compen-

⁸ Art. 1:25b Wft en art. 4 Wbft.

satie voor administratieve verplichtingen jegens andere financiële ondernemingen.⁹ In 2003 werd onder voorzitterschap van het Ministerie van Financiën een werkgroep gecreëerd die tot doel had aanbevelingen te doen voor een nieuwe bekostigingssystematiek. Deze werkgroep kwam om twee redenen tot de conclusie dat het toenmalige stelsel voor doorberekening van toezichtkosten niet langer redelijk was. Allereerst werd gesteld dat het stelsel niet strookte met de rijksbrede uitgangspunten voor doorberekening van handhavingskosten, zoals die zijn uitgewerkt in het toetsingskader 'Maat houden'.¹⁰ In dit toetsingskader wordt het profijtbeginsel als uitgangspunt genomen voor de doorberekening van toezichtkosten. Hieruit vloeit voort dat handhavingskosten niet mogen worden doorberekend aan onder toezicht staande ondernemingen, omdat geen sprake is van een individualiseerbaar profijt. De kosten voor toelating en post-toelating kunnen wel worden doorberekend, omdat toegelaten marktpartijen profijt hebben bij het feit dat zij bepaalde handelingen mogen verrichten die voor andere verboden zijn.¹¹ Ten tweede stelt de werkgroep dat volledige doorberekening voorbijgaat aan het feit dat ook andere dan onder toezicht staande ondernemingen profijt hebben van financieel toezicht. Het gaat hier bijvoorbeeld om het belang van een goedwerkende financiële sector voor de reële economie en de taak van toezichthouders om de stabiliteit van het financiële systeem te borgen en zorgvuldige dienstverlening aan consumenten te bevorderen.¹² Dit sluit aan bij de stelling van Masciandaro, Nieto & Prast (2007): 'society is the main principal with an interest in the soundness of individual banks and the banking system as a whole'.¹³

De aanbevelingen van de werkgroep leidden tot de Regeling bekostiging financieel toezicht (Rbft) die op 1 januari 2004 in werking trad. De Rbft bracht met zich dat aan alle marktpartijen, dus ook aan banken die voorheen onder een apart bekostigingsregime vielen, de afzonderlijk toerekenbare toezichtkosten en de kosten van het reguliere toezicht in rekening werden gebracht. Om kruissubsidiëring te voorkomen werd een systematiek van toerekening aan gelijksoortige categorieën van onder toezicht staande ondernemingen geïntroduceerd.¹⁴ In lijn met 'Maat houden' werd bij de totstandkoming van de Rbft gesteld dat de aanpak van onder toezicht staande ondernemingen die een norm overtreden (repressieve handhaving) primair in het algemeen belang is en daarom gefinancierd moet worden door de

9 Kamerstukken II 2002/03, 28 122, nr. 16.

10 Het rapport heeft in 2000 geleid tot een kader voor de doorberekening van handhavingskosten, zie Stcrt. 2000, 90. In het rapport en het toetskader wordt de term 'handhavingskosten' breed geïnterpreteerd en onderverdeeld in vier categorieën: kosten die samenhangen met toelating, post-toelating, preventieve handhaving en repressieve handhaving.

11 Zie Stcrt. 2000, 90.

12 Zie art. 1:24 en art. 1:25 Wft, waarin de doelstellingen van prudentieel toezicht en gedragstoezicht zijn beschreven.

13 D. Masciandaro, M.J. Nieto & H. Prast, Who pays for banking supervision? Principles and trends, *Journal of Financial Regulation and Compliance* 15(3), 2007, p. 305.

14 MvT, Stcrt. 2003, 249.

rijksoverheid.¹⁵ De Rbft gaf marktpartijen en de minister van Financiën drie manieren om grip te houden op de ontwikkeling van de toezichtkosten:¹⁶

- er werd voorzien in de oprichting van een adviserend panel van marktpartijen. Dit is per 1 januari 2007 geregeld in artikel 1:39 van de Wet op het financieel toezicht (Wft);¹⁷
- de toezichthouders kregen de verplichting aanmerkelijke verschillen tussen begroting en realisatie tussentijds en tijdig te melden aan de minister van Financiën;
- vereist werd dat de minister van Financiën moet instemmen met de begroting en de jaarrekening c.q. de verantwoording van de toezichthouder.

De hoofdregel ten aanzien van de toerekening van de toezichtkosten werd op 1 januari 2007 opgenomen in artikel 1:40 lid 1 Wft.¹⁸ Wat onder toezicht staande ondernemingen concreet aan toezichtkosten moesten betalen, werd jaarlijks op advies van de toezichthouder in een ministeriële Vaststellingsregeling bepaald.

In 2007 en 2008 werd zowel in de politiek als in de rechtspraak kritisch geoordeeld over de hoogte van de toezichtkosten die werden doorberekend aan financiële ondernemingen.

Allereerst gaf de minister van Financiën in 2007 opdracht tot uitvoering van een evaluatie van de bekostigingssystematiek. Aanleiding hiervoor waren zorgen over de hoogte van de toezichtkosten en de gevolgen daarvan voor de internationale concurrentiepositie van de Nederlandse financiële sector.¹⁹ Hoewel de werkgroep die de evaluatie uitvoerde, concludeerde dat de bekostigingssystematiek in lijn was met het rijksbrede toetsingskader 'Maat houden', werd tegelijkertijd gesteld dat brancheorganisaties zich terecht zorgen maakten over de internationale concurrentiepositie van Nederland. De minister van Financiën schreef naar aanleiding van het rapport in een brief aan de Tweede Kamer:

'De hoogte van de doorberekening van de kosten kan gevolgen hebben voor de concurrentiepositie van Nederland als vestigingsland. Daarnaast kan dit ook de concurrentiepositie van Nederlandse financiële instellingen aantasten. In feite beïnvloedt dit het level playing field in Europa.'²⁰

15 Kamerstukken II 2002/03, 28 122, nr. 16, p. 13.

16 MvT, Stcrt. 2003, 249.

17 Art. 1:39 Wft schrijft voor dat de toezichthouder tweemaal per jaar overleg dient te voeren met een representatieve vertegenwoordiging van onder toezicht staande ondernemingen over (a) de door de toezichthouder op te stellen begroting, (b) de gerealiseerde baten, lasten, inkomsten, uitgaven en verrichte werkzaamheden en (c) de kosten die voor ondernemingen voortvloeien uit het toezicht.

18 Art. 1:40 lid 1 Wft luidde als volgt: 'De toezichthouder brengt de kosten van de werkzaamheden die hij verricht in verband met de uitvoering van zijn taak op grond van deze wet in rekening bij de ondernemingen ten aanzien waarvan die werkzaamheden worden verricht, voor zover deze kosten niet ten laste komen van de Rijksbegroting. Tot die kosten behoren onder meer de kosten die hij ter voorbereiding op de uitvoering van nieuwe onderdelen van zijn taak heeft gemaakt, voordat deze aan hem worden opgedragen.'

19 Kamerstukken II 2006/07, 28 122 en 29 411, nr. 23, p. 1.

20 Zie Kamerstukken II 2006/07, 28 122 en 29 411, nr. 23, p. 1.

De bezorgdheid over de concurrentiepositie van Nederland past in de tijdgeest van vóór het uitbreken van de kredietcrisis in 2008. Groei van de financiële sector stond toen hoog op de agenda. Dit blijkt bijvoorbeeld uit het Actieplan Financiële Sector van de Nederlandse overheid dat in augustus 2007 verscheen. Hierin is te lezen dat Nederland goed gepositioneerd is om zich te ontwikkelen tot een sterk financieel centrum in Europa. '(...) like the industry, the government holds an important position for seizing these opportunities. The high mobility of global financial markets makes it imperative to take swift action in order to enhance the international position of the financial sector in the Netherlands.'²¹ Ook de oprichting van het Holland Financial Centre in 2007 met als belangrijkste doel het ontwikkelen van 'initiatieven die bijdragen aan het in stand houden van een sterke, open en internationaal concurrerende financiële sector in Nederland' illustreert dit.²²

Ten tweede deed het CbB in 2008 tweemaal uitspraak in een beroepsprocedure van vier beleggingsondernemingen tegen de door de minister van Financiën vastgestelde Vaststellingsregeling 2005 voor doorberekening van toezichtkosten.²³ Het CbB oordeelde dat onderdelen van de Vaststellingsregeling onverbindend waren. Kosten die rechtstreeks verband houden met het tot stand brengen van nationale regelgeving en kosten van deelname aan overleg aan internationale organisaties met het oog op het tot stand brengen van regelgeving kwamen volgens het CbB niet voor doorberekening in aanmerking. Daarnaast maakte het CbB een koppeling tussen enerzijds de hoogte van de toezichtkosten en anderzijds de omvang van de toezichtinspanning. Naar het oordeel van het CbB moet een verhoging van de toezichtkosten in redelijke verhouding staan tot de toezichtinspanningen van de AFM en DNB. In casu was dat niet het geval. Als gevolg van de uitspraken van het CbB zagen de AFM en DNB zich genoodzaakt scherp te kijken naar de toezichtkosten die zij doorbelasten aan marktpartijen. Ook kwam er kritiek op het gebrek aan transparantie van de toezichthouders ten aanzien van de gemaakte kosten.²⁴ Hierdoor zou de rechtmatigheid van doorbelasting lastig vast te stellen zijn.

Als de kredietcrisis was uitgebleven, hadden de evaluatie en de uitspraak van het CbB ongetwijfeld geleid tot een heroverweging van de bekostigingssystematiek in het voordeel van financiële ondernemingen. Maar het liep anders...

21 Actieplan Financiële Sector, Augustus 2007, p. 3, zie <www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/rapporten/2007/08/01/actieplan-financiele-sector.html>.

22 Zie de missie op de website van Holland Financial Centre: <www.hollandfinancialcentre.com>.

23 AWB 07/18321500 en AWB 07/18421500, allebei d.d. 18 juni 2008. Beide uitspraken hebben betrekking op de doorberekening van toezichtkosten ingevolge art. 42 Wte 1995; de ene uitspraak betreft de doorberekening van de kosten van prudentieel toezicht door DNB en de andere uitspraak betreft de doorberekening van de kosten van gedragstoezicht door de AFM. Beide uitspraken zijn inhoudelijk hetzelfde.

24 C.A. Doets & E.J.H. Vis-Osendarp, Kostenheffingen AFM en DNB, geen cent teveel? Een korte analyse van de heffingssystematiek 'post-CbB', FR 2009, 9 en M.E.A. Hiskes, Toezicht: koste wat het kost?, FR 2008, 12.

2.2 *Financiering van financieel toezicht anno 2013*

Op 1 januari 2013 is de Wet bekostiging financieel toezicht (Wbft) in werking getreden. Deze wet heeft de bekostigingssystematiek van het financieel toezicht op ingrijpende wijze veranderd. De bijdrage van de overheid aan de financiering van toezicht is een forfaitaire bijdrage geworden. Voor 2013 is dit bedrag vastgesteld op € 38,8 miljoen. Het deel van de toezichtkosten dat niet gefinancierd wordt door de overheid komt voor rekening van de onder toezicht staande ondernemingen. In de memorie van toelichting worden drie redenen genoemd voor het wijzigen van de bekostigingssystematiek.²⁵

Allereerst is dit het creëren van duidelijkheid over de verdeling van de toezichtkosten tussen marktpartijen enerzijds en de overheid anderzijds. De noodzaak hiertoe komt voort uit het feit dat de kredietcrisis de overheid niet in de koude kleren is gaan zitten. Reddingsoperaties en de versterking van het toezicht hebben de Nederlandse Staat miljarden euro's gekost. In de woorden van de wetgever maakt dit de vraag 'in hoeverre de samenleving, via de overheid, collectief belast zou moeten worden voor de kosten die gericht zijn op het voorkomen van marktfalen' actueel.²⁶ Waar tot dan toe het profijtbeginsel als leidend principe voor de verdeling van toezichtkosten gold, kiest de wetgever met de Wbft voor een meer pragmatische benadering.

'Het profijt van het toezicht op de financiële markten is evenwel niet te kwantificeren, laat staan dat dit kan gebeuren voor iedere onder toezicht staande instelling. Daarnaast leidt de onderlinge verwevenheid en afhankelijkheid van partijen die actief zijn op financiële markten ertoe dat het profijt veelal niet beperkt blijft tot één of enkele partijen.'²⁷

Het collectieve belang bij goedwerkende financiële markten dat bij de totstandkoming van de oude Regeling bekostiging financieel toezicht nog reden was om te pleiten voor een grotere overheidsbijdrage verdwijnt hiermee naar de achtergrond. Deze koerswijziging wordt niet in de laatste plaats ingegeven door de noodzaak om de overheidsfinanciën op orde te krijgen. Het forfait ter hoogte van het bedrag dat de overheid bijdroeg aan de financiering van het financieel toezicht vóór het uitbreken van de kredietcrisis past in de tijdgeest van overheidsbezuinigingen en beperkt daarnaast de budgettaire onzekerheid. In 2004 bedroeg de overheidsbijdrage aan het financieel toezicht € 35 miljoen; in 2010 was dit als gevolg van intensiever toezicht na de kredietcrisis opgelopen tot € 54,5 miljoen.

De tweede reden voor aanpassing van de bekostigingssystematiek is het beperken van fluctuaties in de jaarlijks op te leggen heffingen. Dit zou moeten leiden tot een grotere voorspelbaarheid van de hoogte van de heffingen voor financiële ondernemingen. Hiermee lijkt tegemoet te worden gekomen aan een wens van marktpartijen. Wat echter opvalt, is dat in de memorie van toelichting slechts summier aandacht wordt besteed aan de houding van marktpartijen ten aanzien

25 Kamerstukken II 2011/12, 33 057, nr. 3 (MvT).

26 Kamerstukken II 2011/12, 33 057, nr. 3 (MvT).

27 Kamerstukken II 2011/12, 33 057, nr. 3, p. 7 (MvT).

van het wetsvoorstel. De wetgever geeft aan dat is vastgesteld dat een systeem waarin alle betrokkenen zich konden vinden niet haalbaar was.²⁸ Daarnaast worden drie zorgpunten van marktpartijen benoemd: het beheersbaar blijven van de toezichtkosten, de vraag of de toezichthouder niet meer doet dan strikt genomen is toegestaan en de ongewenste effecten van de gekozen heffingsmaatstaven.²⁹ Deze zorgpunten worden door de wetgever niet verder behandeld.

Ten slotte wordt als derde reden het vereenvoudigen en stroomlijnen van de wet- en regelgeving op het gebied van de bekostiging van het financieel toezicht genoemd. Tot de inwerkingtreding van de Wbft vond de bekostiging van de AFM en DNB grondslag in verschillende toezichtwetten. Naast de constatering dat dit niet goed aansloot bij de bedrijfseconomische inrichting van de toezichthouders, kwam dit de transparantie en eenvoud niet ten goede.³⁰

Met de inwerkingtreding van de Wbft is het rijksbrede toetsingskader 'Maat houden' voor de doorbelasting van handhavingskosten volledig losgelaten. Niet zozeer op principiële, maar, zo blijkt, meer op pragmatische gronden. De toelichting op artikel 11 Wbft benadrukt nog eens dat *alle* kosten die aan het toezicht toe te rekenen zijn, voor zover zij niet worden gedekt door de forfaitaire overheidsbijdrage en niet voortkomen uit de betrokkenheid van de toezichthouder bij het toezicht op de BES, voor doorbelasting in aanmerking komen. Het onderscheid tussen kosten die samenhangen met toelating, post-toelating, preventieve handhaving en repressieve handhaving is niet langer relevant, net zoals de vraag wie profijt heeft van bepaalde toezichtactiviteiten. Met dit alles komt artikel 1:40 Wft, waaruit voortvloeide dat enkel de kosten van de werkzaamheden die de toezichthouder verricht in verband met de uitvoering van zijn taak in rekening gebracht kunnen worden bij onder toezicht staande ondernemingen, te vervallen. Ook de uitspraak van het CbB uit 2008, waarin werd bepaald dat de kosten van voorbereiding van wetgeving, zowel nationaal als internationaal, niet doorberekend mogen worden, heeft aan betekenis ingeboet. Hoewel het niet met zoveel woorden in de memorie van toelichting staat, kan worden aangenomen dat onder 'alle kosten' die mogen worden doorberekend ook deze kosten vallen. Net zoals de kosten die de AFM en DNB doorberekend krijgen vanwege de financiering van de nieuwe Europese financieeltoezichthouders en de kosten die verband houden met de toezichttaken en -activiteiten die de AFM en DNB uitoefenen op grond van de Europese regels en besluiten.³¹ Met de tendens richting meer Europeanisering en

28 Kamerstukken II 2011/12, 33 057, nr. 3, p. 9 (MvT). De wetgever overweegt het volgende: 'Vastgesteld moest worden dat een systeem waarin alle betrokkenen zich konden vinden, niet haalbaar was. Niet in de laatste plaats omdat de financiële belangen niet parallel aan elkaar zijn. Niemand is evenwel gebaat bij een situatie waarin een van het toezicht afgeleid onderwerp als de bekostiging, de aandacht blijft vragen. Helemaal niet wanneer die aandacht leidt tot bovengemiddeld veel bezwaarschriften en gerechtelijke procedures.'

29 Kamerstukken II 2011/12, 33 057, nr. 3, p. 9 (MvT).

30 Kamerstukken II 2011/12, 33 057, nr. 3, p. 3 (MvT).

31 Dit staat wel met zoveel woorden vermeld op p. 16 van de memorie van toelichting, Kamerstukken II 2011/12, 33 057, nr. 3.

centralisering van het financieel toezicht³² is de verwachting dat deze kosten de komende jaren zullen stijgen.

De pragmatische houding van de wetgever is bij de totstandkoming van de Wbft op weinig weerstand gestuit. Het loslaten van het profijitbeginsel werd bij de behandeling in de Eerste Kamer door PvdA-senator Postema bestempeld als 'logisch'. Hij wilde zelfs nog een stap verder gaan:

'Dit brengt ons bij de vraag waarom de regering er niet voor heeft gekozen geheel af te zien van de overheidsbijdrage aan de bekostiging van het financieel toezicht. Deze discussie is in het wetgevingstraject niet gevoerd, hetgeen een gemiste kans is gegeven de pragmatische benadering, waar ik zojuist op heb gewezen, de hoge kosten waarmee de financiële sector de samenleving heeft opgezadeld alsook de noodzaak tot het terugdringen van het overheids-tekort.'³³

Hoewel deze discussie niet is gevoerd in het wetgevingstraject is het volledig terugschroeven van de overheidsbijdrage aan het financieel toezicht wel onderwerp van gesprek geweest bij de totstandkoming van het regeerakkoord van het kabinet-Rutte II. Blijkens het regeerakkoord is ervoor gekozen marktpartijen vanaf 2015 volledig te laten opdraaien voor de kosten van het financieel toezicht, met uitzondering van het toezicht op de BES.³⁴ Hoe dit precies vorm krijgt, is nog niet duidelijk.

Dat de overheid met de Wbft met de nieuwe bekostigingssystematiek haar eigen budgettaire onzekerheid heeft willen beperken, is duidelijk. De keerzijde hiervan is een vergroting van de budgettaire onzekerheid voor onder toezicht staande ondernemingen: de afname van de overheidsbijdrage met € 12 miljoen resulteert in 2013 in een lastenverhoging voor financiële ondernemingen van 6%.³⁵ De ontwikkeling van de toezichtkosten is daarnaast onzeker, omdat toekomstige toenames van de kosten van de AFM en DNB, behoudens loon- en prijsbijstellingen en nieuwe taakstellingen, in beginsel voor rekening komen van de financiële sector.³⁶ In november 2012, toen duidelijk werd dat de kosten van het toezicht door DNB in 2013 met 13% zouden stijgen tot € 149 miljoen, resulteerde dit al in een discussie tussen DNB en marktpartijen.³⁷ In de memorie van toelichting wordt gesteld dat de eventuele financiële gevolgen van het wetsvoorstel voor de financiële sector een extra verantwoordelijkheid voor de minister van Financiën en de

32 A.T. Ottow, Het Europese toezicht op de financiële markten, RegelMaat 2011, 4, p. 202-212.

33 Zie Kamerstukken I 2011/12, behandeling 33 057, 33 058 en 33 059, 22 mei 2012.

34 'Bruggen slaan', regeerakkoord VVD-PvdA, 29 oktober 2012, p. 70.

35 Kamerstukken II 2011/12, 33 057, nr. 3, p. 6 (MvT).

36 Kamerstukken II 2011/12, 33 057, nr. 3, p. 2 (MvT).

37 Conflict om kosten toezicht, Het Financieele Dagblad 16 november 2012.

minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid met zich brengt om in het kader van de controle op de begroting de toezichtkosten te bewaken.³⁸

Uit de totstandkoming van de Wbft blijkt dat de tijdgeest een grote invloed heeft gehad op de nieuwe bekostigingssystematiek. Waar in 2007 nog discussies werden gevoerd over de vraag of de bijdrage van de financiële sector aan het toezicht niet te hoog was en zorgen werden geuit over de internationale concurrentiepositie van financiële ondernemingen en de aantrekkelijkheid van Nederland als vestigingsland, zijn dit in het geheel geen punten van overweging bij de totstandkoming van de Wbft. Er is in vijf tot zes jaar tijd veel veranderd... Illustratief voor deze verandering is de ondergang van het Holland Financial Centre, in paragraaf 2 van dit artikel omschreven als een initiatief dat paste bij het denken over het belang van een grote financiële sector. In februari 2013 maakte het Holland Financial Centre bekend zijn activiteiten te staken. Als reden is aangevoerd dat zowel de minister van Financiën als de financieel woordvoerders van de coalitiepartijen in de Tweede Kamer hebben uitgesproken dat zij de publiek-private samenwerking niet langer wenselijk achten omdat dit een schijn van rolvermenging tussen private sector, toezichthouders en overheid met zich brengt.³⁹

3 De hernieuwde verhouding tussen de minister en de financieeltoezichthouders

Gelijktijdig met de beperking van de overheidsbijdrage aan de financiering van toezicht is een ontwikkeling gaande die de minister van Financiën, en in sommige gevallen ook de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, meer instrumenten geeft om invloed uit te oefenen op de AFM en DNB. De ratio achter deze ontwikkeling is tweeledig. Enerzijds onderstrepen de kredietcrisis en de gevolgen daarvan – niet alleen voor de financiële markten, maar ook voor de reële economie – het belang van goed financieel toezicht. Als gevolg hiervan voelt de minister de noodzaak zijn greep op de financieeltoezichthouders te verstevigen. In het bijzonder is het faillissement van DSB Bank en het daarop volgende rapport van de Commissie DSB Bank (ook wel: commissie-Scheltema) aanleiding geweest voor heroverweging van de bevoegdheden van de minister richting de AFM en DNB.⁴⁰ Anderzijds leidt de nieuwe bekostigingssystematiek van het financieel toezicht en de daarmee gepaard gaande budgettaire onzekerheid voor financiële ondernemingen tot een grotere verantwoordelijkheid voor de minister om de ontwikkeling van de toezichtkosten in bedwang te houden.

De vraag in welke mate de minister invloed moet kunnen uitoefenen op de financieeltoezichthouders, brengt een spanningsveld tussen enerzijds de onafhanke-

38 Kamerstukken II 2011/12, 33 057, nr. 3 (MvT), Algemeen deel, Inleiding. Op grond van de Wbft hebben de minister van Financiën en de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (eindverantwoordelijk voor het toezicht op pensioenfondsen) een gezamenlijke verantwoordelijkheid.

39 Zie <www.hollandfinancialcentre.nl>, persbericht van 6 maart 2013.

40 Zie rapport Commissie DSB Bank, 29 juni 2010 (bijlage bij Kamerbrief van de minister van Financiën met kenmerk FM/ 2010/4743 M).

lijkheid van de financieeltoezichthouders en anderzijds de ministeriële verantwoordelijkheid aan het licht.⁴¹ De Raad van State overweegt ten aanzien hiervan:

‘De dynamische omgeving waarbinnen de toezichthouders opereren zorgt er voor dat zij, mede rekening houdend met de afspraken die hierover in internationaal verband zijn gemaakt, moeten kunnen inspelen op ontwikkelingen die op hen afkomen. Voor een minister is het zaak om deze ontwikkelingen op hun juiste waarde in te schatten.’⁴²

Het belang van onafhankelijk financieel toezicht is bij de totstandkoming van de Wft benadrukt: de toezichthouders zijn onafhankelijk in de wijze waarop zij het toezicht uitoefenen en dienen daarbij te opereren vanuit hun specifieke deskundigheid en binnen het wettelijke kader.⁴³ De minister heeft geen directe zeggenschap, maar moet wel kunnen toezien op de mate waarin het financieel toezicht doelmatig en doeltreffend wordt uitgevoerd.⁴⁴ Dit leidt er blijkens de wetgeschiedenis van de Wft toe dat de onafhankelijkheid van de toezichthouders niet onbepaald is, maar dat de minister moet kunnen beschikken over specifieke bevoegdheden om zich een juist oordeel te kunnen vormen over de wijze waarop de toezichthouder uitvoering geeft aan de wet. Ook moet de minister kunnen ingrijpen als de toezichthouder niet opereert zoals hem of het parlement voor ogen stond. Dit heeft erin geresulteerd dat de minister bij de inwerkingtreding van de Wft enkele specifieke bevoegdheden kreeg ten aanzien van de individuele toezichthouders. Sinds 1 januari 2013 is de Kaderwet ZBO's van toepassing verklaard, waardoor deze bevoegdheden niet langer in de Wft, maar in de Kaderwet ZBO's zijn terug te vinden (zie art. 1:30 Wft). Deze wetswijziging had geen beleidsinhoudelijke consequenties, maar was enkel gericht op het vergroten van de kenbaarheid van de normen door deze op één plaats in de wetgeving op te nemen.⁴⁵

De verhouding tussen de minister en de financieeltoezichthouders is recent uitgebreid beschreven in de visie ‘Toezicht op afstand’.⁴⁶ Er wordt in deze context gesproken over het ‘toezichtarrangement’: een nadere uitwerking van de bepalingen in wet- en regelgeving waarin de relatie tot uitdrukking komt tussen de toezichthouder en de beleidsverantwoordelijke vakminister.⁴⁷ In de volgende twee paragrafen wordt stilgestaan bij de kernelementen van het toezichtarrangement anno 2013. Hierbij wordt een onderscheid gemaakt tussen de wijze waarop de ministers invloed kunnen uitoefenen op de begroting en verantwoording van de

41 Afl. 2011-3 van het TvT stond in het teken van de onafhankelijkheid van toezichthouders.

42 Advies van de Raad van State bij het voorstel van de Wet bekostiging financieel toezicht, Kamerstukken II 2011/12, 33 057, nr. 4, p. 7.

43 Kamerstukken II 2003/04, 29 708, nr. 3, p. 14 (MvT).

44 Zie rapport van de Algemene Rekenkamer, Toezicht op Markten, Kamerstukken II 2004/05, 29 960, nr. 2, p. 29.

45 Kamerstukken II 2011/12, 33 236, nr. 6, p. 1.

46 Visie Toezicht op afstand, bijlage bij Kamerstukken II 2010/11, 32 648, nr. 1.

47 Bijlage 2 bij de visie Toezicht op afstand, p. 2.

toezichthouders (par. 3.1) en andere interventiemogelijkheden (par. 3.2). De bevoegdheden die in paragraaf 3.1 zijn neergelegd, vloeien voort uit de Wbft en komen daarom toe aan zowel de minister van Financiën als de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid. De bevoegdheden in paragraaf 3.2 komen enkel toe aan de minister van Financiën.

3.1 Invloed op de begroting en verantwoording

Zoals eerder beschreven is bij de totstandkoming van de Wbft benadrukt dat de ministers verantwoordelijk zijn voor het bewaken van de toezichtkosten. Voor marktpartijen is een goede invulling van deze verantwoordelijkheid belangrijker geworden, nu een stijging van de toezichtkosten in beginsel bij hen in rekening wordt gebracht. Marktpartijen zelf hebben een beperkte invloed op de omvang van de toezichtkosten. Alleen het adviserend panel biedt een geformaliseerd platform om met de toezichthouders in overleg te treden over de begroting en kosten van het financieel toezicht (art. 1:39 Wft en art. 9 Wbft). De wijziging van de bekostigingssystematiek heeft marktpartijen geen aanvullende instrumenten gegeven.

Op grond van artikel 2 lid 5 Wbft dient de begroting ter instemming te worden voorgelegd aan de ministers. Tot 1 januari 2013 hadden de ministers enkel de mogelijkheid hun instemming te onthouden als sprake was van strijd met de wet of het algemeen belang. In de visie 'Toezicht op Afstand' is overwogen dat deze bevoegdheid goed past in de top van de interventiepiramide, als ultimum remedium, maar dat een aanvullende bevoegdheid wenselijk is om de ministers ook een lichter middel te geven om invloed uit te oefenen. Om die reden hebben de ministers van Financiën en Sociale Zaken en Werkgelegenheid gezamenlijk in artikel 4 Wbft de bevoegdheid gekregen bij ministeriële regeling nadere regels te stellen aan de inrichting van de begroting. Deze bevoegdheid geeft de ministers de gelegenheid om 'door middel van een vooraankondiging randvoorwaarden aan te geven waarbinnen de totale begroting dient te worden opgesteld.'⁴⁸ Hierbij zal kunnen worden aangegeven aan welke eisen de ministers het totaal van de toezichtkosten van de AFM en DNB toetsen.

'Daarbij kan de minister bijvoorbeeld aangeven dat een rijksbrede taakstelling doorvertaald dient te worden naar het totaal van de begroting en naar de totaalbedragen die worden doorberekend aan enerzijds de sector en anderzijds de overheid. Het gaat dan uitdrukkelijk niet om de gedetailleerde invulling en vormgeving van de begroting met het oogmerk om invloed uit te oefenen op de inzet van werknemers en middelen van de toezichthouders.'⁴⁹

Als zich gedurende het jaar verschillen voordoen of dreigen voor te doen tussen de werkelijke en de begrote kosten en baten zal de toezichthouder hiervan direct mededeling moeten doen aan de ministers (art. 3 Wbft). De AFM en DNB dienen

48 Visie Toezicht op afstand, p. 14.

49 Visie Toezicht op afstand, p. 15.

respectievelijk de jaarrekening en de verantwoording voor 15 maart op te stellen en ter instemming aan de ministers voor te leggen (art. 5 en 6 Wbft). De ministers kunnen hun instemming onthouden als sprake is van strijd met de wet of het algemeen belang.

3.2 Niet-financiële interventiemogelijkheden

Naast de financiële interventiemogelijkheden kan de minister van Financiën zijn invloed op nog een aantal andere manieren laten gelden.⁵⁰ In deze paragraaf worden vier mogelijkheden beschreven.⁵¹

Allereerst kan de minister ingrijpen als de AFM of DNB een algemeen verbindend voorschrift vaststelt dat in strijd is met de wet, een verdrag of een bindend besluit van een volkenrechtelijke organisatie (art. 1:28 en 1:29 Wft). In dat geval kan de minister het algemeen verbindende voorschrift intrekken en zelfs via een ministeriële regeling regels in de plaats stellen. Ten tweede kan de minister ingrijpen als de AFM of DNB haar toezichttaak ernstig verwaarloost (art. 1:30 Wft jo. art. 23 Kaderwet ZBO).

Een derde set interventiemogelijkheden heeft betrekking op de bevoegdheden van de minister van Financiën in de benoemingsprocedure van bestuurders en commissarissen van de AFM en DNB. De benoeming van bestuursleden van DNB is geregeld in de Bankwet. De president en de directeuren van DNB worden bij koninklijk besluit benoemd (art. 12 Bankwet). Ten behoeve van de benoeming stelt de raad van commissarissen, na de directie gehoord te hebben, een aanbevelingslijst van drie personen op, waarna de minister een voorstel doet aan de ministerraad. Schorsing en ontheffing uit de functie vindt eveneens bij koninklijk besluit plaats. De leden van de raad van commissarissen worden door de aandeelhouders van DNB benoemd, oftewel de Staat, met uitzondering van één commissaris die door de minister wordt benoemd (art. 13 Bankwet).

De bestuursleden van de AFM worden eveneens bij koninklijk besluit benoemd (art. 1:26 Wft). De raad van toezicht kan voor elke benoeming een niet-bindende voordracht bij de minister indienen. De leden van de raad van toezicht worden door de minister benoemd (art. 1:27 Wft). De minister heeft de bevoegdheid tot schorsing of ontslag van leden van het bestuur of de raad van toezicht (art. 1:26 lid 2 Wft en art. 1:27 lid 4 Wft).

In de visie 'Toezicht op afstand' is benadrukt dat, vanwege het feit dat de minister toezicht op afstand houdt, de rol van de interne toezichthouder uitermate belang-

50 In tegenstelling tot de bevoegdheden die voortvloeien uit de Wbft gelden de bevoegdheden die in deze subparagraaf worden beschreven en die voortvloeien uit de Wft enkel voor de minister van Financiën.

51 De bevoegdheden die de minister van Financiën op grond van de Interventiewet heeft gekregen om te kunnen ingrijpen als een financiële onderneming zich in een dermate penibele situatie bevindt dat sprake is van een ernstig en onmiddellijk gevaar voor de stabiliteit van het financiële stelsel worden hier buiten beschouwing gelaten. Het betreft hier een bevoegdheid van de minister jegens een financiële onderneming en niet jegens de toezichthouder. Deze bevoegdheid maakt evenwel duidelijk dat de wetgever er belang aan hecht de positie van de minister te versterken als de publieke belangen die gemoeid zijn met het financiële toezicht erg groot zijn, zoals het geval is bij een ernstig en onmiddellijk gevaar voor de financiële stabiliteit. Zie ook memorie van toelichting bij Interventiewet, 26-10-2011, p. 31.

rijk is. Hierbij past een brede taakomschrijving.⁵² De taakverbreding heeft zijn beslag gekregen in de Wet versterking governance DNB en AFM.⁵³ Deze wet is een rechtstreeks gevolg van het faillissement van DSB Bank en het daaropvolgende rapport van de commissie-Scheltema.⁵⁴ Uit de memorie van toelichting blijkt:

‘Een belangrijk nieuw aspect binnen het takenpakket van de RvC/RvT is, naast het toezien op de meer bedrijfs- en beheersmatige aspecten, het toezicht houden op (de waarborgen voor de) beleidsmatige aspecten, te weten de uitvoering van het toezicht in algemene zin en de borging van de kwaliteit en effectiviteit van dat beleid. De RvC/RvT laat zich dus niet in met individuele gevallen.’⁵⁵

De raad van commissarissen en de raad van toezicht hebben ook de bevoegdheid gekregen tot het opstellen van een functieprofiel ten behoeve van het vervullen van een vacature van een bestuurslid (art. 12 lid 3 Bankwet en art. 1:26 lid 6 Wft). In dezelfde wet zijn ook andere maatregelen ter versterking van de *governance* van de AFM en DNB opgenomen, zoals de introductie van een voorzitter Toezicht als eerstverantwoordelijke binnen de directie van DNB voor het prudentiële toezicht en een beperking van het aantal mogelijke herbenoemingen van bestuurders van de AFM en DNB.⁵⁶ Deze maatregelen laten zien dat de minister ook zijn invloed op de financieeltoezichthouders kan laten gelden via het wetgevingstraject. Het rapport van de Commissie DSB Bank was tevens aanleiding de minister van Financiën een vierde interventie-instrument in handen te geven: de bevoegdheid tot het vaststellen van beleidsregels ten aanzien van de taakuitoefening door de financieeltoezichthouders. Dit instrument is blijkens de wetsgeschiedenis niet onomstreden. Bij de totstandkoming van de Wft werd in de memorie van toelichting heel nadrukkelijk overwogen dat nut en noodzaak ontbraken voor het toekennen van deze bevoegdheid en dat de benodigde (technische) kennis om de bevoegdheid uit te oefenen in veel gevallen bij het ministerie ontbrak.⁵⁷ Daarnaast stelde de minister van Financiën zich op het standpunt dat het, gezien de internationale context waarbinnen financieeltoezichthouders zich bewegen, wenselijk is dat de AFM en DNB zo onafhankelijk mogelijk van de minister opereren.⁵⁸ Hierbij zou een bevoegdheid tot het vaststellen van beleidsregels niet passen. In de visie ‘Toezicht op afstand’ klinkt, mede naar aanleiding van het rapport van de Commissie DSB Bank, een ander geluid door. Verwezen wordt naar de zeer beperkte mogelijkheden van de minister om ‘in het midden van de interventiepiramide’ in te grijpen.

52 Visie Toezicht op afstand, p. 22.

53 De bepalingen zijn op 16 februari 2012 doorgevoerd in de Wft en de Bankwet. Zie Stb. 2012, 8.

54 Zie rapport Commissie DSB Bank, 29 juni 2010 (bijlage bij Kamerbrief van de minister van Financiën met kenmerk FM/ 2010/4743 M).

55 Zie Kamerstukken II 2010/11, 32 782, nr. 3, p. 3 (MvT).

56 Zie Kamerstukken II 2010/11, 32 782, nr. 3 (MvT).

57 Kamerstukken II 2003/04, 29 708, nr. 3, p. 33 (MvT).

58 Kamerstukken II 2007/08, 25 268, nr. 56, p. 4.

‘Door het ontbreken van meer instrumenten op het middenniveau zijn de mogelijkheden van de minister om in te grijpen de facto beperkt, omdat de minister naast overredingsinstrumenten dan vrijwel alleen kan ingrijpen via zeer ingrijpende instrumenten uit de top van de interventiepiramide.’⁵⁹

Dit heeft ertoe geleid dat in de Wet versterking governance DNB en AFM ook is voorzien in de bevoegdheid van de minister van Financiën om beleidsregels vast te stellen ten aanzien van de toepassing van de hoofdstukken 1.2 en 1.3 van de Wft (opgenomen in art. 1:25b Wft).⁶⁰ In de visie ‘Toezicht op afstand’ is over de bevoegdheid opgemerkt dat deze uitgeoefend kan worden ten aanzien van ‘onderwerpen betreffende de financiële sector die zijns inziens in het toezicht aandacht behoeven of inzake algemene overkoepelende toezichtsaspecten zoals de samenwerking tussen de toezichthouders’.⁶¹ De Raad van State is in zijn advies bij dit wetsvoorstel kritisch geweest over deze nieuwe bevoegdheid.⁶² Hij meende dat een goede onderbouwing voor de reden om nu wel over te gaan tot het toekennen van de bevoegdheid, onder verwijzing naar verandering van omstandigheden en inzichten, ontbrak. Naar het oordeel van de Raad van State had het de wetgever gepast te beschrijven hoe de systeemverantwoordelijkheid van de minister voor het stelsel van toezicht op de financiële markten zich verhoudt tot de onafhankelijkheid van de AFM en DNB.

4 Waar gaat het heen?

De wijzigingen die zich het afgelopen anderhalf jaar hebben voorgedaan in het toezichtarrangement roepen het beeld op van een minister die zich niet comfortabel voelde bij zijn beperkte interventiemogelijkheden in combinatie met zijn ministeriële verantwoordelijkheid. De versterking van de bevoegdheden van de minister is in die zin te verklaren. De keerzijde van de medaille is dat de financieel-toezichthouders aan onafhankelijkheid hebben ingeboet.⁶³ De beperking van de onafhankelijkheid van de toezichthouder is niet enkel een ontwikkeling die zich voltrekt in het financieel toezicht. Bij de oprichting van de nieuwe Autoriteit Consument en Markt (ACM) is eveneens de nodige discussie gevoerd over de versterking van de positie van de minister ten opzichte van de toezichthouder. Onderwerp van discussie waren bijvoorbeeld de reikwijdte van de bevoegdheid van de minister tot het vernietigen van besluiten van de ACM en de vraag of de minister

59 Visie Toezicht op afstand, p. 14.

60 Omdat deze bevoegdheid enkel betrekking heeft op het toezicht dat de AFM en DNB op grond van de Wft uitoefenen, geldt de bevoegdheid alleen voor de minister van Financiën en niet voor de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.

61 Visie Toezicht op afstand, p. 14.

62 Advies van de Raad van State bij het wetsvoorstel Versterking governance DNB en AFM, Kamerstukken II 2010/11, 32 782, nr. 4.

63 Lavrijsen en Ottow hebben hierover eerder opgemerkt: ‘Accountability and independence are not mutually exclusive but two sides of the same coin.’ Zie S.A.C.M. Lavrijsen & A.T. Ottow, Independent Supervisory Authorities: A Fragile Concept, Legal Issues of Economic Integration 39(4) 2012, p. 419-446.

beleidsregels van de ACM zou moeten goedkeuren. Hoewel verschillende leden van de Tweede Kamer voor een vergaande vernietigings- en goedkeuringsbevoegdheid van de minister waren, stuitte dit in de Eerste Kamer op felle kritiek.⁶⁴ Uiteindelijk heeft de minister een beperkte vernietigingsbevoegdheid en de bevoegdheid tot het goedkeuren van beleidsregels op het gebied van mededinging gekregen.

De nieuwe interventiemogelijkheden van de minister in het financieel toezicht, gekoppeld aan een terugtrekkende beweging van de overheid ten aanzien van de financiering van toezicht, roept de vraag op hoe 'meer bepalen' zich verhoudt tot 'minder betalen'. Deze vraag kan deels worden beantwoord vanuit de verantwoordelijkheid die blijkens de wetsgeschiedenis bij de minister is gelegd om de toezichtkosten te bewaken, juist nu deze kosten op het bordje komen van marktpartijen en hun beïnvloedingsmogelijkheden beperkt zijn. In de memorie van toelichting is nadrukkelijk gesteld dat deze verantwoordelijkheid moet worden uitgeoefend 'in het kader van de controle op de begroting'.⁶⁵ Het stellen van beleidsregels ten aanzien van de taakuitoefening van de toezichthouders biedt de minister verdergaande mogelijkheden tot inmenging.

Gegeven de ontwikkelingen in het mededingingstoezicht is het interessant stil te staan bij de vraag hoe ver die inmenging kan gaan bij het opleggen van boetes. Uit het regeerakkoord van het kabinet-Rutte II blijkt dat boetes als bron van toezichtbesteding de aandacht hebben van de politiek. In het regeerakkoord staat:

'De boetes marktwerking (NMa) worden verhoogd omdat de NMa meer kartelboetes gaat opleggen. De ontvangsten worden geraamd op 75 mln. in 2014 oplopend naar 125 mln. structureel. Deze bezuiniging wordt taakstellend ingeboekt op de EZ begroting. Bij eventuele besparingsverliezen kunnen extra opbrengsten uit maatregel 111 binnen het EZ domein gebruikt worden.'⁶⁶

Het kabinet kiest ervoor bezuinigingen op de kosten van het mededingingstoezicht te realiseren via een taakstelling op de uit te delen boetes. De kritiek ligt voor de hand: dit maakt het opleggen van boetes tot doel op zich in plaats van het houden van goed toezicht.⁶⁷

Voor wat betreft het financieel toezicht volgt uit artikel 7 lid 3 Wbft dat onherroepelijk verkregen opbrengsten uit hoofde van boetes en dwangsommen worden opgeteld bij de ontvangen baten en daardoor in mindering worden gebracht op de toezichtkosten die aan marktpartijen worden doorberekend. Dit sluit aan bij de oude bekostigingsregels, ten aanzien waarvan destijds werd opgemerkt dat dit de 'bonus/malus'-systematiek versterkt: zij die zich niet houden aan de wet betalen

64 Zie bijv. Kamerstukken II 2012/13, 33 186, nr. 8, 10, 11 en 12 en Kamerstukken I 2012/13, 33 186, behandeling 5 februari 2013.

65 MvT, Algemeen deel, Inleiding.

66 Bruggen slaan, regeerakkoord VVD-PvdA, 29 oktober 2012, p. 71.

67 Zie R. Wesseling, NJBlog.nl, 8 november 2012, Melkkoe in waakhondskleren, Regeerakkoord boekt jaarlijks 125 miljoen als hypothetische NMa boetes als bezuiniging in.

meer, zij die zich wel houden aan de wet betalen minder.⁶⁸ Nu de op 1 augustus 2009 in werking getreden Wet wijziging boetestelsel financiële wetgeving de mogelijkheid geeft hogere boetes op te leggen, verwacht de wetgever dat de boete-opbrengsten hoger zullen uitvallen dan voorheen het geval was (naar schatting ongeveer € 5 miljoen).⁶⁹ De wetgever beschouwt dit als een tegemoetkoming richting marktpartijen voor het feit dat zij in de nieuwe bekostigingssystematiek meer gaan betalen.

Zou de minister, overeenkomstig de NMa-lijn, in het financieel toezicht het uitdelen van boetes kunnen aangrijpen als manier om de toezichtkosten te beïnvloeden? Hij lijkt hiertoe inmiddels de instrumenten te hebben: of via het stellen van randvoorwaarden aan de begroting (art. 4 Wbft) of via het stellen van een beleidsregel ten aanzien van de taakuitoefening (art. 1:25b Wft). Meer en/of hogere boetes kunnen een manier zijn om marktpartijen tegemoet te komen in discussies over de hoogte van de toezichtkosten, helemaal als de overheidsbijdrage in 2015 daadwerkelijk wordt gereduceerd tot nul. Het betekent echter ook een vergaande inmenging in de toezichtstrategie en het handhavingsbeleid van de AFM en DNB, waarbij niet uit te sluiten is dat het de besluitvorming over interventie-opties in individuele dossiers beïnvloedt. Dit staat op gespannen voet met het uitgangspunt dat de toezichthouders onafhankelijk zijn in de wijze waarop het toezicht door hen wordt uitgeoefend.⁷⁰

Ten slotte, bij de totstandkoming van de nieuwe interventiemogelijkheden van de minister is regelmatig verwezen naar uit internationale wetgeving voortvloeiende principes die voorschrijven dat lidstaten ervoor dienen zorg te dragen dat nationale toezichthouders ten behoeve van hun taken beschikken over adequate middelen.⁷¹ Viñals en Fiechter (2010) schrijven hierover in een *staff position note* van het Internationaal Monetair Fonds (IMF):

‘Supervisors need to have sufficient funds and stable funding sources to be able to carry out their mandates, as much in good times (when supervisors can be at their most effective) as in bad. (...) Adequate resources are also a key

68 Kamerstukken II 2004/05, 29 800 XIII, nr. 36, p. 17. Overigens gaat deze redenering niet volledig op, omdat boete-opbrengsten in mindering worden gebracht op de heffingen van een categorie financiële ondernemingen en daartoe ook de overtreders behoort.

69 Kamerstukken II 2011/12, 33 057, nr. 3, p. 6 (MvT).

70 Kamerstukken II 2003/04, 29 708, nr. 3 (MvT).

71 Zoals bij de totstandkoming van de bevoegdheid van de minister om randvoorwaarden te stellen ten aanzien van de begroting (Visie Toezicht op afstand, p. 15 en Advies van de Raad van State bij het voorstel van de Wet bekostiging financieel toezicht, Kamerstukken II 2011/12, 33 057, nr. 4, p. 2). Het principe blijkt bijv. uit het paper *The making of good supervision: Learning to say ‘no’* (J. Viñals & J. Fiechter, IMF Staff Position Note, 18 mei 2010, p. 14): ‘Supervisors need to have sufficient funds and stable funding sources to be able to carry out their mandates, as much in good times (when supervisors can be at their most effective) as in bad. (...) Adequate resources are also a key determinant of will – they demand a degree of budgetary autonomy, which in turn drives operational independence’.

determinant of will – they demand a degree of budgetary autonomy, which in turn drives operational independence.⁷²

In september 2012 is dit door het Basel Committee on Banking Supervision vervat in een kernprincipe: ‘The supervisor has adequate resources for the conduct of effective supervision and oversight. It is financed in a manner that does not undermine its autonomy or operational independence.’⁷³ Vooralsnog is niet uitgewerkt hoe de beperking van de overheidsbijdrage en de toegenomen verwachtingen ten aanzien van de rol van nationale toezichthouders in Europees verband zich verhouden tot dit principe. De noodzaak om hierbij expliciet stil te staan wordt groter nu in het regeerakkoord van het kabinet-Rutte II is opgenomen dat de overheidsbijdrage aan het financieel toezicht vanaf 2015 nihil zal zijn.

5 En wat betekent dit alles voor de toezichthouder?

De financieeltoezichthouders zien zich geconfronteerd met een paradoxale situatie.⁷⁴ Enerzijds heeft de kredietcrisis geresulteerd in een roep om meer toezicht en een uitbreiding van de toezichttaken. Anderzijds leidt het ontstaan van de kredietcrisis ertoe dat vraagtekens worden geplaatst bij de effectiviteit van toezicht. Daar komt nog een derde aspect bij: de kosten van toezicht. Hoewel de kosten van toezicht niet voor het eerst onderwerp van discussie zijn, heeft de beperking van de overheidsbijdrage een nieuwe dimensie aan de discussie toegevoegd. Het besef bestaat nu dat als toezicht echt ‘zelfrijzend bakmeel’⁷⁵ is, marktpartijen in grote onzekerheid verkeren over de wijze waarop de toezichtkosten zich zullen ontwikkelen. Als de toetssteen die het CBB formuleerde in zijn uitspraak in 2008 nog altijd van toepassing is, zal een verhoging van de heffing in een redelijke verhouding moeten staan tot een vergroting van de toezichtinspanning.⁷⁶ Dit vergt van de AFM en DNB dat zij inzichtelijk maken hoe de toezichtkosten zich verhouden tot de toezichtinspanning. Hoewel dit zonder meer het nodige aan transparantie vereist, is het aantonen van inspanning (ook wel: ‘input’ en ‘throughput’) doorgaans niet de meest lastige opgave voor een toezichthouder. De uitdaging ligt op het vlak van het aantonen van de effectiviteit: wat levert die inspanning op? Hierbij kan een onderscheid worden gemaakt tussen nalevingseffecten (bevordert het toezicht normnaleving?) en maatschappelijke effecten (creëert het toezicht publieke waarde?).⁷⁷ Met name het leggen van een causale relatie tussen de toezichtinspanning en het bereikte effect is lastig; vaak zijn er tal van andere facto-

72 J. Viñals & J. Fiechter, The making of good supervision: Learning to say ‘no’, IMF Staff Position Note, 18 mei 2010, p. 14.

73 Basel Committee on Banking Supervision, Core principles for effective banking supervision, September 2012, p. 23.

74 D. van Dijk, De illusie van toezicht, TvCo 2012, 2.

75 A.T. Ottow, De markt meester? De zoektocht naar nieuwe vormen van toezicht (inaugurele rede 18 september 2008), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 11.

76 AWB 07/18321500 en AWB 07/18421500, allebei d.d. 18 juni 2008.

77 P.L.C. Hilbers, D.R. Rijsbergen, K. Raaijmakers & F. de Vries, Effectmeting in het toezicht op de financiële sector, TvT 2012, afl. 2.

ren die ook bijdragen aan het effect. Het is dan van belang dat de toezichthouder aannemelijk kan maken dat het toezicht een belangrijke aanjagende rol heeft gehad bij het realiseren van het effect. Dit vergt een overtuigend toezichtverhaal in verantwoordingsrapportages en op andere communicatiemomenten.

Los van de noodzaak tot meer transparantie zullen de AFM en DNB op hun hoede moeten zijn bij het bewaken van hun onafhankelijke positie. Het gaat daarbij zowel om wat Masciandaro, Nieto & Prast (2007) ‘supervisory independence’ (de onafhankelijkheid van bemoeienis van de politiek en marktpartijen) en ‘budgetary independence’ (de onafhankelijkheid bij het bepalen hoe toezichtmiddelen worden besteed) noemen.⁷⁸ Om effectief risicogebaseerd toezicht te kunnen uitoefenen, zullen de AFM en DNB de ruimte moeten behouden om zelfstandig risico’s te identificeren, prioriteiten te stellen en de geschikte toezichtinterventie te bepalen. De minister heeft met de bevoegdheden om randvoorwaarden te stellen ten aanzien van de begroting en beleidsregels vast te stellen ten aanzien van de taakuitoefening inmiddels de instrumenten om deze ruimte te beperken. Het vergt discipline van de minister om hiermee zorgvuldig om te gaan, met name als de druk van marktpartijen toeneemt om de toezichtkosten te beheersen.

Ten slotte is er nog de toenemende Europeanisering van het financieel toezicht. De oprichting van het European Systemic Risk Board (ESRB) en de drie Europese Financiële Autoriteiten (EBA, ESMA en EIOPA) in 2011 markeren deze ontwikkeling. EBA, ESMA en EIOPA hebben bevoegdheden toegekend gekregen met het doel meer convergentie tussen nationale toezichthouders te realiseren, zoals het ontwikkelen van een *single technical rule book*, uitvaardigen van interpretatieve richtsnoeren, opbouwen van een gemeenschappelijke toezichtcultuur en ingrijpen als nationale toezichthouders hun Europese verplichtingen niet nakomen.⁷⁹ Het valt op dat bij de versterking van de interventiemogelijkheden van de minister vrijwel geen aandacht is besteed aan deze beweging, terwijl deze wel degelijk relevant is. Uit de nieuwe bekostigingssystematiek vloeit voort dat de kosten die samenhangen met de werkzaamheden van de Europese Financiële Autoriteiten (voor zover doorbelast aan de nationale toezichthouders), de samenwerking tussen Europese toezichthouders en de totstandkoming van Europese wetgeving net zo goed worden doorbelast aan marktpartijen als toezichtkosten die in Nederland worden gemaakt. Verwacht mag worden dat de kosten die samenhangen met toezichtactiviteiten op Europees niveau zullen stijgen. Deze kosten zijn beïnvloedbaar voor zover ze voortkomen uit de ambitie van de AFM en DNB om hun invloed te laten gelden in Europa; als hogere ambities leiden tot hogere kosten, kan een kostenbesparing worden gerealiseerd door de ambities wat terug te schroeven. Maar als de kosten voortvloeien uit eerder gemaakte afspraken of gedane toezeggingen, of besluitvorming binnen de Europese Financiële Autoriteiten, dan zal de beïnvloedbaarheid beperkter zijn. Van de nationale toezichthouder wordt bijvoorbeeld verwacht dat hij opvolging geeft aan richtsnoeren die door de

78 D. Masciandaro, M.J. Nieto & H. Prast, Who pays for banking supervision? Principles and trends, *Journal of Financial Regulation and Compliance* 15(3) 2007, p. 304.

79 A.T. Ottow, Het Europese toezicht op de financiële markten, *RegelMaat* 2011, 4, p. 202-212.

Europese Financiële Autoriteiten worden uitgevaardigd. Het feit dat nationale toezichtactiviteiten kunnen voortvloeien uit Europese besluitvorming en de AFM, DNB en/of de minister daarin geen beslissende stem heeft, vergroot de budgettaire onzekerheid voor marktpartijen.⁸⁰

6 Afsluiting

In dit artikel is een koppeling gemaakt tussen enerzijds de onttrekkende beweging van de overheid bij de financiering van financieel toezicht en anderzijds een versteviging van de mogelijkheden van de minister van Financiën en in sommige gevallen ook de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid om invloed uit te oefenen op het financieel toezicht. In ruil hiervoor worden marktpartijen geconfronteerd met een grotere budgettaire onzekerheid en komt de onafhankelijkheid van de financieeltoezichthouders in het gedrang. Het lezen van de wetgevingsgeschiedenis, waarin vrij lichtvaardig is gebroken met principes die eerder leidend waren, roept het gevoel op dat de wetgever dit 'op de koop toe' heeft genomen. De wens om marktpartijen te laten opdraaien voor de schade als gevolg van de kredietcrisis en de wens om de afstand tussen de minister en de AFM en DNB te verkleinen, zijn doorslaggevend geweest. Een principiële discussie over de vraag of het terecht is dat financieel toezicht niet (deels) door de overheid wordt betaald, is nauwelijks gevoerd. Hetzelfde geldt voor de vraag of het met het oog op de onafhankelijke positie van financieeltoezichthouders wenselijk is dat de minister meer instrumenten krijgt om zich in te mengen met het toezicht. Door het ontbreken van een goede principiële discussie kunnen de nieuwe bekostigingssystematiek en de nieuwe bevoegdheden van de minister omschreven worden als pragmatische producten die passen in de huidige tijdgeest. Mijn inschatting is dat een principiële discussie vroeg of laat toch gevoerd zal moeten worden; in ieder geval als het kabinet-Rutte II zijn voornemen doorzet om de overheidsbijdrage aan het financieel toezicht in 2015 te reduceren tot nul.

80 De besluitvorming binnen de Europese Financiële Autoriteiten verloopt bijvoorbeeld via een gewone of gekwalificeerde meerderheid in de Raad van Toezichthouders, bestaande uit de *heads* van nationale toezichthouders. De Nederlandse stem is een van de stemmen die van invloed is.