

Banktoezicht en constitutioneel recht: where two oceans meet but do not mix?

Een beschouwing naar aanleiding van recente ontwikkelingen

A.P.W. DUIJKERSLOOT*

1. Inleiding

Het toezicht op banken was tot de bankencrisis in 2007 en de daaropvolgende eurocrisis een onderwerp dat zich in de periferie van het politieke en rechtsgeleerde landschap bevond. Sinds deze crises staat het in het middelpunt ervan. Vooral de optuiging van een daadwerkelijk Europees banktoezicht krijgt veel aandacht.¹ In deze bijdrage wordt daarom aan dat Europese banktoezicht in mindere mate aandacht besteed en wordt primair een ander perspectief gekozen: dat van het Nederlandse banktoezicht bezien door een constitutioneelrechtelijke bril. Zijn er raakvlakken en verbindingen tussen deze beide rechtsgebieden en wat zijn deze? Een dergelijk perspectief wordt in de literatuur niet vaak gehanteerd, maar, om de zojuist gestelde vraag alvast kort en kernachtig te beantwoorden: beide terreinen hebben belangrijke raakvlakken en verbindingen.² Aan de hand van recente ontwikkelingen in wetgeving en rechtspraak zal hierop worden ingegaan.

Het kader dat hierbij wordt gehanteerd, wordt gevormd door fundamentele constitutionele beginselen die kunnen worden geschaard onder de noemer 'democratische rechtsstaat'. Het gaat hierbij om de beginselen democratie, legaliteit, machtenscheiding, grondrechten en rechterlijke controle.³ De meeste aandacht zal daarbij uitgaan naar het democratiebeginsel (paragraaf 3) en de beginselen van legaliteit en machtenscheiding (paragraaf 4). Rechterlijke controle en grondrechten komen iets minder diepgaand aan de orde in paragraaf 5 en 6. Wat betreft het democratiebeginsel staat het aspect van democratische controle centraal. Het recente verleden heeft geleerd dat het uitoefenen van deze controle, bijvoorbeeld door de Parlementaire enquêtecommissie financieel stelsel (Pefs) en haar voorloper de Tijdelijke onderzoekscommissie financieel stelsel (Tcofs) – beide volgens goed gebruik veelal aangeduid met de naam van haar voorzitter als de commissie De Wit – niet zonder slag of stoot kon

* Mr. dr. A.P.W. (Ton) Duijkersloot is als universitair docent Staats- en bestuursrecht verbonden aan de Universiteit Utrecht.

¹ Zie o.a. Bierens 2014, Bierman & Silverentand 2014, Holtring, Ter Kuile & Wissink 2014, Wissink, Duijkersloot & Widdershoven 2014 en Van Bockel & Duijkersloot 2015 en de daar aangehaalde literatuur.

'Europees' is eigenlijk een te ruim begrip, omdat dit banktoezicht zich in beginsel alleen uitstrekt tot de lidstaten die onderdeel zijn van de Eurozone.

² Zie voor een dergelijke perspectief op o.m. het financiële toezicht eerder Verhey & Verheij 2005. De aandacht zal daarbij met name uitgaan naar een van de belangrijke taken die het banktoezicht heeft te weten het houden van toezicht op de financiële soliditeit van banken, het prudentiële toezicht. Een andere belangrijke taak, het monetaire toezicht, blijft goeddeels buiten beschouwing.

³ Zie bijv. ook het in het Utrechtse onderwijs gebruikte boek Burkens, Kummeling, Vermeulen & Widdershoven 2012, dat aan de hand van deze beginselen is opgebouwd.

plaatsvinden.⁴ Bij het beginsel van legaliteit en machtscheiding wordt met name de vraag aan de orde gesteld in hoeverre de Nederlandse toezichhoudende instantie belast met het toezicht op banken, De Nederlandsche Bank NV (DNB), tot regelstelling bevoegd is of zou mogen zijn. Op de achtergrond speelt daarbij ook het democratiebeginsel een rol. Bij de eis van rechterlijke controle wordt aandacht besteed aan beperkingen die daaraan recentelijk zijn gesteld als gevolg van de vergroting van de immuniteit van DNB voor aansprakelijkheid bij falend toezicht. Grondrechten ten slotte spelen in het banktoezicht op verschillende wijzen een rol, hetgeen mede zal worden geïllustreerd aan de hand van de recente onteigening bij SNS Bank. Paragraaf 7 besluit met enkele slotopmerkingen. Om te beginnen worden in paragraaf 2 enkele algemene beschouwingen gewijd aan de relatie tussen banktoezicht en constitutioneel recht.

2. Banktoezicht en constitutioneel recht: algemeen

2.1. De Grondwet

Een belangrijke pijler van het Nederlandse constitutionele recht is vanzelfsprekend de Grondwet. Voor het banktoezicht heeft de Grondwet echter weinig of geen betekenis.⁵ Een illustratie daarvan kan zijn dat het invoeren van de termen DNB en Grondwet in de zoekmachine van rechtspraak.nl vanaf de jaren '90 tot heden slechts enkele resultaten oplevert, waarvan er geen betrekking heeft op het uitoefenen van het banktoezicht als zodanig. De meest relevante resultaten gaan over de heffingen die door de overheid aan onder toezicht staande ondernemingen worden opgelegd ter bekostiging van het toezicht. Deze heffingen worden vervolgens geïnd door DNB. Daarbij speelt dan de kwestie of dit alles in overeenstemming is met artikel 104 van de Grondwet.⁶

Als men de Grondwet zelf beziet en goed zoekt, kunnen met enige goede wil slechts enkele bepalingen worden aangeduid die, en dan ook nog indirect, van enig belang zijn. Zo kan worden gewezen op artikel 106 dat bepaalt dat de wet het geldstelsel regelt. Sinds de invoering van de euro op 1 januari 1999 en de vervanging van nationale munten en bankbiljetten door de chartale euro met ingang van 1 januari 2002 is de betekenis van dit grondwetsartikel, dat het garandeert dat de nationale regels ter uitvoering van het EU geldstelsel een grondslag in de wet behoeven. Een uitvloeisel hiervan is met name de Muntwet 2002.⁷ In deze wet is aan DNB een aantal taken en bevoegdheden opgedragen. Zo heeft DNB een taak waar het gaat om het toezicht op de naleving van regels over valsemunterij.⁸ In dat verband zijn aan DNB bevoegdheden toegekend om sancties op

4 Dit onderzoek heeft uiteindelijk geresulteerd in het eindrapport van de Tocfs 'Verloren krediet I', *Kamerstukken II 2009/10*, 31980, 3-4 en het eindrapport van de Pefs 'Verloren Krediet' II, *Kamerstukken II 2011/12*, 31 980, 61.

5 Zie ook al Verhey & Verheij 2005 p. 172-173.

arti- kelen

6 CBB 18 juni 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BD4847 en ECLI:NL:CBB:2008:BD4852 en Rb. Rotterdam, 17 juli 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BJ3233.

7 Wet van 29 november 2001 tot vaststelling van het Nederlandse muntstelsel in verband met de invoering van de chartale euro. *Stb.* 2001, 631.

8 Art. 10 Muntwet 2002. Het gaat dan om artikel 6, eerste lid, van de EG verordening nr. 1338/2001 inzake de bescherming van de euro tegen valsemunterij, *PbEG* 2001, L 181 en de artikelen 3, eerste en tweede lid, en 4, eerste lid, van de EU verordening nr. 1210/2010 betreffende de echtheids- en geschiktheidscontrole van euromunten, *PbEU* 2010, L 339.

te leggen, in het bijzonder de last onder dwangsom en de bestuurlijke boete.⁹

Omdat het banktoezicht wordt uitgevoerd door een overheidsorgaan, DNB, is ook artikel 110 van de Grondwet van indirecte betekenis. Op grond van deze bepaling betracht de overheid bij de uitvoering van haar taak openbaarheid volgens regels bij de wet te stellen. Reeds diverse malen is er op gewezen dat de openbaarheid die DNB wettelijk gezien moet betrachten behoorlijk is beperkt.¹⁰ Zo is DNB grotendeels uitgezonderd van de Wet openbaarheid van bestuur. Dit geldt op grond van artikel 1, aanhef en onder b, van het Besluit bestuursorganen WNo en Wob voor DNB, voor zover zij is belast met de werkzaamheden die voortvloeien uit dan wel verband houden met haar taken en bevoegdheden ingevolge artikel 4, eerste lid, van de Bankwet 1998 en de Wet op het financieel toezicht (Wft).¹¹ Ook bestaat voor DNB bij haar taakuitoefening een geclausuleerde geheimhoudingsplicht.¹² Dit heeft zeker goede redenen, maar soms lijkt DNB haar geheimhoudingsplicht wel erg strikt op te vatten. Dit is duidelijk gebleken bij de parlementaire enquête naar de rol die de belangrijkste verantwoordelijken hebben gespeeld in de financiële crisis, naar de oorzaken van de crisis en naar het antwoord op de vraag hoe een dergelijke crisis in de toekomst kan worden voorkomen. De Commissie De Wit liep regelmatig tegen deze geheimhoudingsplicht aan en heeft in haar eerder aangehaalde eindrapporten Verloren Krediet I en II dan ook gepleit voor meer ruimte.¹³

Met deze indirect relevante bepalingen is het wat betreft de Grondwet wel klaar. Ook in de bepalingen die de Grondwet bevat over de inrichting van het overheidsbestuur, met name te vinden in hoofdstuk 6, heeft het banktoezicht, ook indirect, geen plaats. Immers, een openbaar lichaam is DNB niet, zodat artikel 134 van de Grondwet voor DNB geen betekenis heeft. DNB is een zelfstandig bestuursorgaan (zbo), maar ondanks goede argumenten voor een grondwettelijke regeling van zbo's is de wetgever niet verder gegaan dan de vaststelling van een Kaderwet met betrekking tot deze belangrijke instellingen die deel uitmaken van het Nederlandse openbaar bestuur.¹⁴

2.2. Overig constitutioneel recht

Naast de Grondwet omvat ons constitutionele recht natuurlijk nog veel meer geschreven en ongeschreven recht. Tot onze constitutie kunnen immers geacht worden te behoren alle regels die de grondslagen van ons staatsbestel bevatten.¹⁵ Daartoe behoren onder meer ook organieke wetten, dat wil zeggen wetten waarmee (de belangrijkste) overheidsorganen werden of worden ingesteld en waarmee bevoegdheden worden toegekend aan die overheidsorganen. Daarbij wordt in het algemeen gedacht

9 Art. 11 Muntwet 2002.

10 O.m. Duijkersloot & Kummeling 2012a en Duijkersloot & Kummeling 2012b.

11 Besluit van 11 september 1998, houdende uitzondering respectievelijk aanwijzing van bestuursorganen als bedoeld in de Wet Nationale ombudsman en de Wet openbaarheid van bestuur, *Stb.* 1998, 580. Zie hierover recentelijk nog ABRvS 31 januari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BY9198 en Rb. Amsterdam 3 maart 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:1810.

12 Art. 1:42 jo. art. 1:89 Wet op het financieel toezicht. Zie hierover o.a. Kummeling 1997, Duijkersloot & Kummeling 2012a, p. 26-27, Duijkersloot & Kummeling 2012b, p. 75 e.v. en Blotwijk 2015, p. 222-231.

13 Zie hierover nader infra par. 3.

14 Zie bijv. Verhey & Verheij 2005, p. 173. Over het zbo-karakter van DNB nader de volgende paragraaf, 2.2.

15 Aldus Burkens, Kummeling, Vermeulen & Widdershoven 2012, p. 45.

aan wetten als de Gemeentewet, de Provinciewet en de Waterschapswet, maar de wetten op grond waarvan DNB – een belangrijk overheidsorgaan – is ingesteld en met bevoegdheden is toegerust kunnen evenzeer worden geacht tot onze constitutie te behoren. Om welke wetten gaat het dan? Voor wat betreft de toekenning van bevoegdheden gaat het thans met name om de Bankwet 1998 en de Wet op het financieel toezicht.¹⁶ Het gaat daarbij in de laatstgenoemde wet om een breed scala aan overheidsbevoegdheden, van vergunningverlening aan kredietinstellingen tot het opleggen van bestuurlijke boetes. Deze zijn aan DNB toegekend in het kader van de in artikel 1:24 van de Wet op het financieel toezicht aan DNB opgedragen taak om het prudentieel toezicht op financiële ondernemingen uit te oefenen en te beslissen omtrent de toelating van financiële ondernemingen tot de financiële markten. Op grond van de Bankwet heeft DNB diverse bevoegdheden in het kader van de aan haar in die wet in artikel 4 opgedragen taak, te weten het uitoefenen van toezicht op financiële instellingen, het bevorderen van de goede werking van het betalingsverkeer, het bevorderen van de stabiliteit van het financiële stelsel en het verzamelen van statistische gegevens en het vervaardigen van statistieken op de voet van de daarvoor geldende wettelijke regelingen. Hier staat met name het monetaire beleid centraal.

Een van de bevoegdheden die DNB op grond van de Bankwet 1998 toekomt was tien jaar geleden de aanleiding voor enkele geruchtmakende uitspraken van de bestuursrechter over een vraag die raakt aan de eerste ‘organieke’ kwestie die hierboven is aangestipt, te weten op grond van welke wet(ten) een overheidsorgaan, in casu DNB, is ingesteld. Het betrof hier de bevoegdheid tot omwisseling van guldenbiljetten in euro’s, dan wel de weigering daarvan. De rechtbank Rotterdam kwam tot het oordeel dat DNB moest worden beschouwd als een a-orgaan, in de zin van artikel 1:1 van de Algemene wet bestuursrecht, een rechtspersoon krachtens publiekrecht ingesteld.¹⁷ Dit kan wellicht wat vreemd overkomen omdat we te maken hebben met een NV, maar de rechtbank hanteerde een aantal argumenten op grond waarvan naar haar oordeel DNB een rechtspersoon was, die deze rechtspersoonlijkheid ontleende aan het publiekrecht. Een daarvan was dat DNB in 1814 was opgericht door Koning Willem I.

Willem I legde de toenmalige taken van DNB vast in een Octrooi, waarin werd bepaald dat DNB als enige bank in Nederland bankbiljetten mocht uitgeven én kredieten verlenen.¹⁸ Ook de rechtsvorm van DNB werd hierin vastgelegd. DNB werd een ‘compagnieschap zonder firma’, de voorloper van de naamloze vennootschap.

Tien jaar eerder was in de literatuur ook al betoogd dat mede op grond van haar ontstaansgeschiedenis DNB als rechtspersoon krachtens publiekrecht moest worden beschouwd.¹⁹ Wellicht geïnspireerd door een

¹⁶ Ook andere wetten kennen bevoegdheden aan DNB toe zoals de Pensioenwet.

¹⁷ Rb. Rotterdam, 3 januari 2005, ECLI:NL:RBROT:2005:AR8687, AB 2005, 244 m.nt. Peters.

¹⁸ Besluit houdend het Octrooi en Reglement voor De Nederlandsche bank, *Stb.* 1814, 40

¹⁹ Zie daarover Bense & Zijlstra 1994, p. 254-255.

kritische annotatie van Peters kwam de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State tot een andersluidend oordeel.²⁰ Zij overweegt dat DNB inderdaad in 1814 door Koning Willem I octrooi is verleend om te handelen als nationale bank. Daarbij is dan, aldus de Afdeling, ook inderdaad bepaald dat DNB wordt geacht te zijn een compagnieschap zonder firma, de voorloper van de naamloze vennootschap. Maar dan overweegt de Afdeling dat nadien de rechtsvorm is omgezet in een naamloze vennootschap.²¹ DNB is derhalve, aldus de Afdeling, een naamloze vennootschap, dat wil zeggen een privaatrechtelijke rechtspersoon als bedoeld in Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, en gelet hierop is DNB geen rechtspersoon die krachtens publiekrecht is ingesteld en is zij geen bestuursorgaan als bedoeld in artikel 1:1 lid 1 aanhef en onder a van de Algemene wet bestuursrecht. Voor zover DNB dan beschikt over openbaar gezag – en dat is gelet op haar bevoegdheden in ruime mate het geval – is zij een b-orgaan.

Constitutioneelrechtelijk ook relevant is dat DNB als gezegd geen openbaar lichaam is en derhalve niet wordt bestreken door artikel 134 van de Grondwet. Het is wel een overheidsinstantie die functioneel gedecentraliseerd bestuur uitoefent, een zelfstandig bestuursorgaan. Hierbij dient te worden opgemerkt dat de zbo-status van DNB beperkt is tot haar taken en bevoegdheden als orgaan dat toezicht houdt op de financiële soliditeit van banken (het prudentieel toezicht) en deze status zich niet uitstrekt tot het gebied van monetair beleid en betalingsverkeer, de taken die DNB uitvoert als onderdeel van het Europees Stelsel van Centrale Banken (ESCB).²² In het laatste geval beslist de president van DNB als lid van de Raad van Bestuur van de Europese Centrale Bank (ECB) mee over het monetaire beleid. Geheel onafhankelijk besluit deze Raad wat het beste monetaire beleid is voor de eurolanden als geheel. Deze besluiten staan – in ieder geval in theorie – los van nationale en politieke belangen. In het eerste geval functioneert DNB ook zelfstandig en is zij niet hiërarchisch ondergeschikt aan de minister, maar legt zij aan deze wel in zekere mate verantwoording af en is de minister ook in beperkte mate politiek verantwoordelijk.²³

Bij bovenstaande analyse van de constitutioneelrechtelijke raakpunten met het banktoezicht ontbreekt ten slotte nog een wezenlijk element. Natuurlijk is het van belang vast te stellen dat de Grondwet een zeer beperkte relevantie heeft en dat DNB als toezichthouder op bovengeschetste wijze toch wel organisatierechtelijk is ingebed in ons constitutionele recht. Het is echter evenzeer belangrijk om vast te stellen dat dit banktoezicht als zodanig functioneert binnen een constitutioneel kader, te weten het kader van de democratische rechtsstaat met de daarbij behorende leidende beginselen die reeds zijn genoemd in paragraaf 1: democratie,

20 ABRvS 26 oktober 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AU4987, AB 2006, 21, m.nt Peters.

21 De Afdeling werkt dit niet verder uit, maar bedoeld zal worden op de Bankwet 1863, waarin werd bepaald dat DNB een NV is.

22 Vgl. het door de Minister van Financien aan de Tweede Kamer aangeboden Toezichtarrangement aangaande de toezichthouders op de financiële markten, *Kamerstukken II 2013/14*, 32 648, 5, p. 1. en de visie 'Toezicht op afstand', *Kamerstukken II 2013/14*, 32 648, 1, p. 5.

23 Zie nader par. 3

24 Zie ook bijv. Verhey en Verheij, p. 175 e.v.

25 Zie hierover o.a. Bierens 2014, Bierman & Silverentand 2014, Holtring, Ter Kuile & Wissink 2014, Wissink, Duijkersloot & Widdershoven 2014 en Van Bockel & Duijkersloot 2015 en de daar aangehaalde literatuur.

legaliteit, machtscheiding, grondrechten en rechterlijke controle.²⁴ Voor het banktoezicht is daarbij wezenlijk dat dit kader deels van nationale en deels van Europese aard is. De Europese dimensie speelt bij dit banktoezicht vooral ook een rol, omdat het banktoezicht voor een belangrijk gedeelte zijn oorsprong vindt in het EU-recht. Het is als gezegd hier niet de plaats om daar uitgebreid op in te gaan, maar in ieder geval kan worden geconstateerd dat deze Europese dimensie de laatste jaren zeer sterk aan belang heeft gewonnen. Waar tot enkele jaren geleden het banktoezicht nog nationaal was, gebaseerd op een door EU-richtlijnen gecreëerd systeem van 'home state control', wederzijdse erkenning en een minimum harmonisatie van prudentiële toezichtsregels, in het bijzonder kapitaaleisen, is met de opstanding van de Europese Bankunie sprake van een grotendeels Europees banktoezicht. Dit komt tot uitdrukking in de drie belangrijke elementen die de basis vormen voor deze Bankunie.²⁵

Ten eerste is voorzien in geharmoniseerde prudentiële regels voor banken, veelal aangeduid als het Single Rule Book (SRB). Daarmee is het uitgangspunt van minimum-harmonisatie principieel verlaten. Het gaat daarbij met name om regels betreffende kapitaalvereisten en het herstel dan wel de afwikkeling van banken die in problemen zijn gekomen.²⁶ Ten tweede is voorzien in supranationaal Unierechtelijk banktoezicht. Het gaat dan om het zgn. Single Supervision Mechanism (SSM), waarbij de ECB is aangewezen als de Europese banktoezichthouder. De basis daarvoor is gelegen in de SSM-Verordening, waarin ook de verdeling van taken en bevoegdheden tussen de ECB en nationale toezichthouders is geregeld.²⁷ Ten derde omvat de Bankunie het Single Resolution Mechanism (SRM).²⁸ Dit heeft als gevolg dat, indien een bank in de eurozone balanceert op de rand van een faillissement, een daartoe opgerichte 'afwikkelingsraad' een besluit zal voorbereiden over de afwikkeling van de bank. Daarbij is ook voorzien in een gemeenschappelijk resolutiefonds waaruit geput kan worden bij de afwikkeling van de probleembank. Kortom, dit alles heeft geresulteerd in een daadwerkelijk Europees prudentieel banktoezicht uitgeoefend door de ECB – althans waar het gaat om 'significante' kredietinstellingen²⁹ – op grond van geharmoniseerde EU wetgeving met een vooral ondersteunende rol voor de nationale toezichthouder. Het is dan ook binnen dit Europees kader, waarin ook de eerder genoemde constitutionele beginselen gelden – artikel 2 van het Verdrag inzake de Europese Unie bepaalt immers dat eerbied voor de menselijke waardigheid, vrijheid, democratie, gelijkheid, de rechtsstaat en eerbiediging van de mensenrechten, waaronder de rechten van personen die tot minderheden behoren, de waarden zijn waarop de Unie berust – dat het Nederlandse banktoezicht functioneert.

26 Het Single Rulebook omvat met name de volgende elementen. De basis ervoor wordt gevormd door de EU richtlijn kapitaaleisen, *PbEU L176/338* en de EU verordening kapitaaleisen *PbEU L176/1* (vaak aangeduid als de CRD IV package). De daarin neergelegde eisen worden dan verder uitgewerkt in specifieke technische regels en standaarden door de Europese Banken Autoriteit (EBA).

27 Verordening (EU) nr. 1024/2013 van de Raad van 15 oktober 2013 waarbij aan de Europese Centrale Bank specifieke taken worden opgedragen betreffende het beleid inzake het prudentieel toezicht op kredietinstellingen, *PbEU 2013, L 287/63*.

28 Verordening (EU) nr. 806/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 15 juli 2014 tot vaststelling van eenvormige regels en een eenvormige procedure voor de afwikkeling van kredietinstellingen en bepaalde beleggingsondernemingen in het kader van een gemeenschappelijk afwikkelingsmechanisme en een gemeenschappelijk afwikkelingsfonds en tot wijziging van Verordening (EU) nr. 1093/2010, *PBEU 2014, L225/1*.

29 De criteria voor 'significantie' van banken zijn neergelegd in artikel 6, vierde lid, van de SSM-verordening. Significante banken zijn dan banken met onder andere een totale balansomvang van 30 miljard euro of meer, maar ook het belang van de bank voor de nationale of Europese economie, of steunaanvragen uit het EFSF of het ESM zijn medebepalend voor de bank significantie. De EFSF is de Europese Financiële Stabiliteits Faciliteit en het ESM het Europese Stabiliteits Mechanisme.

In de volgende paragrafen staat deze EU dimensie verder niet centraal en zal met name worden ingegaan op enkele ontwikkelingen in het Nederlandse banktoezicht vanuit het perspectief van genoemde constitutionele beginselen. Op een enkele plaats zal, waar relevant, wel een link met het Unierecht worden gelegd.

3. Versterking democratische controle op DNB

3.1. Algemeen

In het licht van het democratiebeginsel is het van belang vast te stellen dat DNB als zbo, waar het gaat om het prudentiële toezicht, beperkt en indirect gecontroleerd wordt door de volksvertegenwoordiging. Immers, het aanspreekpunt voor het parlement is de verantwoordelijke minister en deze, met name de minister van Financiën, is slechts in beperkte mate politiek verantwoordelijk voor het reilen en zeilen bij DNB. De minister van Financiën is, zoals dat regelmatig wordt aangeduid, verantwoordelijk op afstand.³⁰ De controle door het parlement is daarmee evenzeer afstandelijk. Dit uitgangspunt is overigens niet typisch Nederlands. Sterker nog, het is een internationaal min of meer aanvaard uitgangspunt dat toezicht op afstand waar het betreft het banktoezicht – of meer in het algemeen het toezicht op financiële markten – een eis is voor ‘goed toezicht’.³¹

De ministeriële verantwoordelijkheid verdwijnt in dit concept niet geheel, maar is beperkt tot de bevoegdheden die de minister in dit verband (nog) heeft. Ten eerste gaat het daarbij om de zgn. systeemverantwoordelijkheid: de verantwoordelijkheid voor het functioneren van het toezichtssysteem als geheel. Dit brengt met name mee dat de minister verantwoordelijk is voor het waar nodig aanpassen van wet- en regelgeving op het terrein van het banktoezicht. Ten tweede strekt de ministeriële verantwoordelijkheid zich ertoe uit dat de minister op hoofdlijnen kijkt naar de wijze waarop DNB het toezicht in Nederland uitoefent. Hij heeft tot taak om vast te stellen of DNB conform het wettelijk kader handelt en, zo nee, om dan in te grijpen.

In dat verband heeft de wet hem een aantal bevoegdheden toegekend. Het gaat hierbij om een aantal bevoegdheden om informatie te verkrijgen. In het bijzonder betreft dit de bevoegdheid op grond van artikel 1:41 van de Wet op het financieel toezicht om (vooraf) inlichtingen te vragen om de uitvoerbaarheid van algemene beleidsvoornemens en voorgenomen wettelijke voorschriften te kunnen beoordelen, alsmede de bevoegdheid op grond van artikel 1:42 van de Wet op het financieel toezicht om (achteraf) inlichtingen te vragen om de toereikendheid en de uitvoering van wetgeving te kunnen beoordelen. Verder heeft de minister in artikel 1:43 van de

30 Vgl. de eerder aangehaalde kabinetsvisie ‘Toezicht op afstand’. *Kamerstukken II*, 2013/14, 32 648, 1.

31 Zie bijv. het IMF rapport *The Making of Good Supervision: Learning to Say NO*, IMF Staff position note, 18 mei, 2010 (SPN/10/08), p. 16, dat stelt dat ‘supervisory agencies should be able to resist inappropriate political interference or inappropriate influence from the financial sector itself’.

Wet op het financieel toezicht de bevoegdheid gekregen tot toepassing van een taakverwaarlozingsregeling, in het geval sprake is van een ernstige verwaarlozing van taken. Daarnaast heeft hij op grond van artikel 12, derde lid, van de Bankwet 1998 de bevoegdheid tot schorsing of onthefing van de president en directeuren uit hun functie, indien zij niet meer voldoen aan de eisen voor uitoefening van hun functie of op ernstige wijze zijn tekortgeschoten. Op grond van artikel 1:44 van de Wet op het financieel toezicht heeft de minister ook de algemene bevoegdheid tot een periodieke evaluatie van de doeltreffendheid en de doelmatigheid van het functioneren van DNB. Tenslotte kan worden gewezen op artikel 1:29 van de Wet op het financieel toezicht. De minister heeft op grond van deze bepaling de bevoegdheid om, in het geval DNB zelf regelgeving heeft vastgesteld – over de constitutioneelrechtelijke aanvaardbaarheid om daartoe over te gaan meer in paragraaf 4 – deze in bijzondere gevallen te ‘overrulen’. Het moet dan gaan om strijdigheid van toezichtregels met de wet, verdrag of besluit van een volkenrechtelijke organisatie of het moet een onredelijke belasting voor de financiële markten vormen.³²

Natuurlijk heeft de financiële en bankencrisis vragen doen rijzen of de politieke en democratische controle op DNB niet verder moest worden vergroot. Sterker nog, die crisis heeft duidelijk gemaakt dat ook de parlementaire controle op het optreden van de regering zelf in financiële crisis-situaties aan belangrijke beperkingen is gebonden. Zo was de informatievoorziening richting het parlement waar het ging om de reddingsmaatregelen betreffende Fortis en ING danig beperkt.³³ Constitutioneelrechtelijk biedt het belang van de staat in artikel 68 van de Grondwet een aangrijpingspunt voor de regering om tot beperking van de informatievoorziening ten opzichte van het parlement over te gaan, bijvoorbeeld indien deze de redding van een bank en daarmee de stabiliteit van het financieel stelsel in gevaar zou kunnen brengen. Toch dient de democratische controle zoveel mogelijk te worden gewaarborgd. In dit verband is geopperd of met het oog op dergelijke situaties niet zou moeten worden voorzien in een financiële pendant van de Commissie Stiekem.³⁴ Op deze wijze zou kunnen worden voorzien in vertrouwelijke informatievoorziening aan het parlement. Aan een dergelijke constructie kleven evenwel niet onbelangrijke nadelen. Zo kan worden gewezen op het feit dat de betreffende kamerleden/fractievoorzitters met de verstrekte informatie op het moment suprême niets kunnen doen. Recente ervaringen met de originele Commissie Stiekem onderstrepen dit nadeel. Een ander nadeel zou kunnen zijn dat te gemakkelijk informatie als ‘heimelijk’ wordt bestempeld. Daarmee zou de kamer zich dan in zekere zin zelf de mond snoeren, nu een openbare gedachtewisseling in het parlement niet mogelijk is bij de op deze wijze vertrouwelijk ter beschikking gestelde informatie. In

³² Art. 1:29 lid 1 resp. lid 2 Wft.

³³ Zie hierover Adriaanse, Barkhuysen en Van Emmerik 2008.

³⁴ Idem.

ieder geval dient aan deze constructie dan zodanig vorm te worden gegeven dat verstrekte informatie daadwerkelijk, zolang als dat nodig is, vertrouwelijk blijft en er geen geruchten over marktontwikkelingen gaan rondzingen als gevolg van het enkele bij elkaar komen van deze commissie.³⁵ Juist in de banksector is vertrouwelijkheid immers soms noodzakelijk. Achtergrond daarvan is met name het bijzondere gevaar dat eigen is aan het bankbedrijf: de bank-run. Als immers op enigerlei wijze openbaar wordt dat de soliditeit van een specifieke bank kwetsbaar is, resulteert dit in het opvragen van gelden door de depositohouders, met als gevolg dat de bank niet meer overeind kan blijven. De ondergang van DSB-bank is hiervan een recent en sprekend voorbeeld.

Het is ook deze vertrouwelijkheid die, specifiek als het gaat om democratische controle op DNB zelf, een belangrijk obstakel vormt. DNB is gebonden aan vertrouwelijkheids- en geheimhoudingsregels, ook ten opzichte van de minister van Financiën en daarmee, indirect, aan het parlement. Uitgangspunt is, als gezegd, dat de minister aan DNB op grond van artikel 1:42 van de Wet op het financieel toezicht de gegevens of inlichtingen kan vragen die nodig zijn voor een onderzoek naar de toereikendheid van deze wet of de wijze waarop de toezichthouder deze wet uitvoert of heeft uitgevoerd, indien dat ter wille van het toezicht nodig blijkt. Daarbij gelden echter belangrijke beperkingen. De belangrijkste is dat op grond van artikel 1:89, eerste lid, van de Wet op het financieel toezicht 'toezichtvertrouwelijke' informatie niet hoeft te worden verstrekt. Het begrip toezichtvertrouwelijke informatie wordt overigens in de wetgeving niet als zodanig omschreven.³⁶ Deze beperking van de informatieplicht van DNB vindt zijn oorsprong in het Unierecht.³⁷ Dit heeft een gesloten stelsel gecreëerd dat het toezichthouders alleen toestaat vertrouwelijke gegevens te delen met specifiek aangeduide categorieën instanties of personen, zoals andere Unierechtelijke toezichthoudende instanties.³⁸ Voor de minister heeft dit tot gevolg dat in het bijzonder gegevens met betrekking tot afzonderlijke instellingen niet door DNB aan hem mogen worden verstrekt. Dit beperkt derhalve ook de mogelijkheid van controle door het parlement, zelfs in de vorm van een Commissie Stiekem.

Externe controle door politieke organen op DNB is gelet op dit alles dus aan belangrijke beperkingen onderworpen. Enerzijds is het daarom wenselijk te bezien op welke wijze deze externe controle toch, binnen de grenzen van het Unierechtelijk regime, zoveel mogelijk kan worden uitgebreid. Recentelijk zijn enkele wetswijzigingen in werking getreden die hierin voorzien (par. 3.3 en 3.4). Anderzijds is het zeer wezenlijk dat ook juist de interne controle binnen DNB adequaat is. Om deze controle te versterken zijn recent door middel van een wetswijziging ook maatregelen ingevoerd (par. 3.2).

35 Idem.

36 Ook de Tcofs en de Pefs signaleerden dit probleem. Zie nader par. 3.4

37 Zie met name de artikelen 44 en verder van richtlijn 2006/48/EG betreffende de toegang tot en uitoefening van werkzaamheden van kredietinstellingen (PbEU 2006 L177) en de artikelen 64 en verder van richtlijn 2009/138/EG betreffende de toegang tot en uitoefening van het verzekerings- en het herverzekeringsbedrijf (Solvabiliteit II) (herschikking) (PbEU L 335). In de voorlopers van deze richtlijnen waren deze bepalingen al opgenomen (zie o.a. de Tweede Bankenrichtlijn (richtlijn nr. 89/646/EEG), waarbij artikel 12 van richtlijn 77/780/EEG werd vervangen, richtlijn nr. 92/49/EEG (derde richtlijn schadeverzekering) (PbEG 1992 L228) en richtlijn 92/96/EG (herverzekering)). Zie hierover al Duijkersloot 1996, p. 1499 e.v.

38 Zie nader o.a. De Wit & Harari 2014.

3.2. Wet versterking governance van de Nederlandsche Bank en de Autoriteit Financiële Markten

De interne controle binnen DNB diende te worden versterkt met het in 2011 ingediende wetsvoorstel tot wijziging van de Bankwet 1998 en de Wet op het financieel toezicht in verband met het versterken van de governance bij de toezichthouders op de financiële markten. Als toelichting werd daarbij door de regering opgemerkt dat het, gezien het toezicht op afstand en de daarmee gepaard gaande beperkte mogelijkheden voor externe sturing door de minister van Financiën, van belang was dat juist die 'interne governance' voldoende geborgd zou zijn. De interne checks and balances zouden er, aldus de regering, voor moeten zorgen dat er voldoende waarborgen binnen de organisatie van de toezichthouder aanwezig waren om zorgvuldige besluitvorming mogelijk te maken.³⁹

De Bankwet 1998 en de Wet op het financieel toezicht zijn daarom op enkele punten gewijzigd.⁴⁰ Met het oog op versterking van de interne governance is ten eerste, met het oog op een duidelijkere herkenbaarheid van de verschillende verantwoordelijkheden binnen de directie van DNB, een van de toezichtdirecteuren binnen de directie eerstverantwoordelijk gemaakt voor het toezichtbeleid, te weten de 'voorzitter Toezicht'. Op deze manier is een duidelijk aanspreekpunt gecreëerd voor onderwerpen die betrekking hebben op toezichttaken en is de onafhankelijkheid van de president beter geborgd doordat hij niet primair wordt aangesproken op aangelegenheden die de prudentiële toezichtstaak van DNB betreffen. Hierdoor zou het risico op reputatieschade voor de president als onafhankelijke monetaire autoriteit voor operationele risico's die liggen in de toezicht sfeer zoveel mogelijk zijn beperkt.⁴¹ Ten tweede is een Toezichtraad financiële instellingen gecreëerd. Deze Toezichtraad is een intern orgaan dat in ieder geval bestaat uit de toezichtdirecteuren en de divisiedirecteuren met toezichtportefeuilles en heeft als taak het voorbereiden van de raadslaging en besluitvorming van onderwerpen die voortvloeien uit de taak van de bank om toezicht te houden op financiële ondernemingen.⁴² Ten slotte is de taak van de Raad van Commissarissen en de Raad van Toezicht van DNB verbreed. Bij deze verbreding is aangesloten bij de ontwikkelingen op governancegebied. De wettelijke taakomschrijving van beide organen is in lijn gebracht met de taakomschrijving van een Raad van Commissarissen op grond van het Burgerlijk Wetboek en de Corporate Governance Code. Uiteindelijk is deze wet begin 2012 in werking getreden.⁴³

39 *Kamerstukken II 2010/11, 32 782, 3, p. 1.*

40 Zie art. 12, 12 a en 13 Bankwet 1998 en art. 1:25b, 1:26, 1:27 en 1:27a Wft.

41 *Kamerstukken II 2010/11, 32 782, 3, p. 2.*

42 *Kamerstukken II 2010/11, 32 782, 3, p. 3.*

43 *Stb. 2012, 48.*

3.3. De spoedwet ARK

Voor vergroting van externe controle door politieke organen was als gezegd steeds een belangrijk struikelblok aanwezig: de geheimhoudingsplicht van DNB. Deze informatiebeperkingen golden niet alleen ten aanzien van de minister. Ook de Algemene Rekenkamer liep bij de uitoefening van zijn controletaak tegen deze beperkingen aan. Mede hierom is op 27 mei 2014 de zgn. spoedwet ARK – officieel de Wet tot wijziging van de Wet op het financieel toezicht in verband met het verstrekken van vertrouwelijke gegevens of inlichtingen door de Nederlandsche Bank en de Autoriteit Financiële Markten aan de Algemene Rekenkamer – in werking getreden.⁴⁴ Naar het oordeel van de regering was de Rekenkamer onvoldoende in staat om haar doelmatigheidsonderzoek naar het toezicht van DNB (en de AFM) op grond van de Comptabiliteitswet naar behoren uit te voeren. Voor het onderzoek naar de doelmatigheid van het beheer en van de organisatie en het functioneren van DNB kon het noodzakelijk zijn dat de Rekenkamer inzicht zou verkrijgen in de maatregelen die DNB had genomen. Daarom was het wenselijk dat de Rekenkamer toegang zou kunnen krijgen tot toezichtvertrouwelijke informatie bij DNB.⁴⁵ Mede aanleiding voor deze wetwijziging waren toezeggingen die de minister in het debat over de kabinetsreactie op het eindrapport van de Pefs had gedaan, alsook het feit dat in een aantal lidstaten de toegang voor nationale rekenkamers al wel reeds wettelijk was geregeld.⁴⁶ Daarenboven was in EU richtlijn 2013/36/EU, veelal aangeduid als de Capital Requirements Directive (CRD) IV, ook expliciet bepaald dat lidstaten hun rekenkamers toegang mogen geven tot toezichtvertrouwelijke informatie.⁴⁷ De nieuwe wettelijke regeling sloot daarbij aan.

Met deze wet is artikel 1:93d toegevoegd aan de Wet op het financieel toezicht. Daarmee is de mogelijkheid gecreëerd dat DNB toezichtvertrouwelijke informatie verstrekt aan de Rekenkamer, voor zover deze gegevens naar het oordeel van de Rekenkamer noodzakelijk zijn voor de uitoefening van haar wettelijke taak op grond van artikel 91 van de Comptabiliteitswet. Het nieuwe informatierecht van de Rekenkamer is wel aan diverse voorwaarden gebonden. Als algemene randvoorwaarde geldt dat de Rekenkamer de toezichtvertrouwelijke informatie slechts mag gebruiken ten behoeve van haar doelmatigheidsonderzoek naar het toezicht van DNB. Dat onderzoek omvat uitdrukkelijk niet de beoordeling van de kwaliteit van het toezicht dat door de toezichthouders op individuele financiële instellingen wordt gehouden.⁴⁸ Alvorens DNB wordt verzocht om toezichtvertrouwelijke informatie moet er verder aan een aantal nadere voorwaarden zijn voldaan.⁴⁹ Zo dient de Rekenkamer zich er telkens van te vergewissen dat de gevraagde gegevens noodzakelijk zijn om haar wettelijke taak uit te kunnen oefenen. De noodzaak van het

44 *Stb.* 2014. 179.

45 *Kamerstukken II* 2012/13, 33729, nr. 3, p. 1.

46 *Kamerstukken II* 2012/13, 33729, nr. 3, p. 2.

47 Artikel 59, tweede lid, van Richtlijn 2013/36/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende toegang tot het bedrijf van kredietinstellingen en het prudentieel toezicht op kredietinstellingen en beleggingsondernemingen, tot wijziging van Richtlijn 2002/87/EG en tot intrekking van de Richtlijnen 2006/48/EG en 2006/49/EG, *PbEU* 2013 L176.

48 *Kamerstukken II* 2012/13, 33729, nr. 3, p. 2.

49 *Idem.*

verkrijgen van toezichtvertrouwelijke informatie staat dus niet op voorhand vast. Of er sprake is van noodzakelijkheid zal de Rekenkamer steeds van geval tot geval moeten beoordelen. Hierdoor gaat een beperkende werking uit van het noodzakelijkheidsvereiste: het zorgt er voor dat de Rekenkamer steeds een goede afweging moet maken met het oog op de vraag of sprake is van noodzakelijkheid. Verder dient de Rekenkamer de toezichtvertrouwelijke informatie geheim te houden. Dit houdt tevens in dat de Rekenkamer de verkregen toezichtvertrouwelijke informatie aan geen enkele persoon of autoriteit bekend mag maken, ook niet aan de Staten-Generaal, behalve als deze niet kan worden herleid tot afzonderlijke personen. Personen zijn gelet op artikel 1:1 van de Wet op het financieel toezicht in dit verband zowel natuurlijke personen als rechtspersonen. Deze geheimhoudingsplicht volgt uit artikel 59, tweede lid, onderdeel c, jo artikel 53, eerste lid, van Richtlijn 2013/36/EU (CRD IV) en kan worden beschouwd als een *lex specialis* ten opzichte van artikel 91, vijftiende lid, van de Comptabiliteitswet. Tenslotte geldt, gelet op de overeenkomstige toepasselijkheid van artikel 1:93, derde lid, van de Wet op het financieel toezicht, dat DNB de toezichtvertrouwelijke informatie die zij heeft verkregen van een buitenlandse toezichthouder – een toezichthoudende instantie in de zin van artikel 1:93, derde lid, is blijkens de definitie van een toezichthoudende instantie in artikel 1:1 van de Wet op het financieel toezicht een buitenlandse toezichthouder – niet mag verstrekken aan de Rekenkamer, tenzij de buitenlandse toezichthouder daar expliciet toestemming voor heeft gegeven. In dat geval mag de informatie slechts verstrekt worden voor het doel waarvoor de buitenlandse toezichthouder toestemming heeft gegeven.

3.4. Verdergaande mogelijkheden tot controle door een parlementaire enquêtecommissie

Waar een uitbreiding van de controlemogelijkheden van de Algemene Rekenkamer is ingevoerd met het zojuist besproken afzonderlijke wetsvoorstel, is een zelfde soort uitbreiding van de bevoegdheden om informatie te verkrijgen voor een parlementaire enquêtecommissie gerealiseerd met de implementatie van bovengenoemde CRD IV.⁵⁰ Op grond van artikel 1:93e heeft een commissie als bedoeld in artikel 2, tweede lid, van de Wet op de parlementaire enquête 2008, dezelfde bevoegdheden gekregen als die zojuist zijn besproken voor de ARK en gelden daarbij ook dezelfde randvoorwaarden.

Het is wel de vraag of deze uitbreiding – net als deze waar het gaat om de Rekenkamer – ver genoeg gaat. In ieder geval heeft de Pefs in haar eindrapport opgemerkt dat het antwoord op de vraag of een document als zodanig onder de werking van de artikel 1:89 van de Wet op het financieel

⁵⁰ Wet van 25 juni 2014 tot wijziging van de Wet op het financieel toezicht en enige andere wetten ter implementatie van richtlijn 2013/36/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende toegang tot het bedrijf van kredietinstellingen en het prudentieel toezicht op kredietinstellingen en beleggingsondernemingen, tot wijziging van Richtlijn 2002/87/EG en tot intrekking van de Richtlijnen 2006/48/EG en 2006/49/EG (*PbEU* 2013, L 176) en ter implementatie van verordening (EU) nr. 575/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende prudentiële vereisten voor kredietinstellingen en beleggingsondernemingen en tot wijziging van Verordening (EU) nr. 648/2012 (*PbEU* 2013, L 176) (Implementatiewet richtlijn en verordening kapitaalvereisten), *Stb.* 2014, 253.

toezicht valt en derhalve als toezichtvertrouwelijk geldt binnen het bestaande wettelijk kader, niet op inhoudelijke gronden bepaald wordt, maar voortvloeit uit het feit dat het gaat om informatie die is verstrekt in het kader van een toezichtsrelatie op grond van de Wft. De Pefs achtte het daarom wenselijk dat het begrip toezichtvertrouwelijkheid een meer materiële invulling zou krijgen. Indien door de toezichthouders dan een beroep op toezichtvertrouwelijkheid wordt gedaan, kan op inhoudelijke criteria worden getoetst of dit wel of niet gegrond is. Ook beval zij aan te onderzoeken of er situaties denkbaar zijn waarin toezichtvertrouwelijkheid van informatie na enige tijd kan worden opgeheven. In dit verband kan bijvoorbeeld worden gedacht aan informatie die de concurrentiepositie van een financiële instelling niet meer kan schaden.⁵¹ De vraag rijst dan natuurlijk wel of en op welke wijze aan deze wensen gehoor zou kunnen en moeten worden gegeven. Met name het geven van een materiële invulling aan het begrip toezichtvertrouwelijkheid lijkt niet eenvoudig.

4. Legaliteit en machtsverdeling

4.1. Regelgeving door DNB?

4.1.1. Algemeen

Een andere belangrijke constitutioneelrechtelijke kwestie is de vraag in hoeverre aan DNB als zelfstandig bestuursorgaan de bevoegdheid kan worden toegekend tot vaststelling van regelgeving. In de literatuur is de vraag of en in hoeverre aan zelfstandige bestuursorganen in het algemeen regelgevende bevoegdheid kan worden verleend al lang geleden en op verschillende plaatsen aan de orde gesteld, waarbij het antwoord in de kern luidde dat een dergelijke bevoegdheid niet als zodanig diende te worden uitgesloten, maar dat de beginselen van legaliteit en machtsverdeling, alsook democratie, hieraan wel belangrijke beperkingen stellen.⁵² In ieder geval dienen de belangrijke beleidskeuzes door de wetgever zelf te worden gemaakt en in wetgeving te worden neergelegd. Daarnaast dienen er checks en balances te zijn zodat regels van zelfstandige bestuursorganen als DNB zo nodig kunnen worden gecorrigeerd.⁵³ Aanwijzing 124c van de Aanwijzingen voor de regelgeving vormt van dit uitgangspunt evenzeer een uitdrukking, waar het bepaalt dat regelgevende bevoegdheden aan een zelfstandig bestuursorgaan uitsluitend worden toegekend voor zover het betreft organisatorische of technische onderwerpen, of in bijzondere gevallen mits voorzien is in de bevoegdheid tot goedkeuring van de regeling door een minister. Als toelichting wordt daarbij ook

⁵¹ Kamerstukken II 2011/12, 31 980, 61, p. 582-583.

⁵² O.a. Duijkersloot & Michiels 2000, p. 27-28 Kloosterman & Winter 2003 en Verhey & Verheij 2005, p. 209-213. Zie recentelijk Broeksteeg 2015.

⁵³ Vgl. Verhey & Verheij 2005, p. 212.

aangegeven dat algemeen verbindende voorschriften in het Nederlandse constitutionele stelsel in beginsel niet worden vastgesteld door andere dan regering (en Staten-Generaal), organen van provincies en organen van gemeenten.⁵⁴ Daarnaast kan aan een orgaan van een openbaar lichaam van beroep of bedrijf of een ander openbaar lichaam, als bedoeld in artikel 134 van de Grondwet die bevoegdheid worden toegekend. Het is in dat licht volgens de Aanwijzingen in beperkte mate aanvaardbaar dat aan een zelfstandig bestuursorgaan regelgevende bevoegdheid wordt toegekend, met name waar het gaat om genoemde organisatorische of technische onderwerpen. Daarenboven is het niet uitgesloten dat in bijzondere gevallen over andere dan deze onderwerpen regels worden gesteld, doch uitsluitend indien voorzien is in ministeriële goedkeuring. Aan de motivering hiervan in de toelichting bij de wetgeving in kwestie worden vanwege het uitzonderlijk karakter zware eisen gesteld, aldus de toelichting bij Aanwijzing 124c.

De betekenis van de termen technisch en organisatorisch is in de literatuur nader geanalyseerd.⁵⁵ 'Technisch' wordt dan uitgelegd als 'een (hoge) specifieke deskundigheid vereisend'. Het moet dan gaan om een onderwerp waarover binnen een vakgebied weinig inhoudelijke discussie bestaat. Een technische regeling zou, zo bezien, geen beleidskeuzes bevatten. Organisatorische onderwerpen 'hebben betrekking op de efficiency en effectiviteit van (beslis)processen'. Ook hier zou de regeling moeten zijn gebaseerd 'op algemeen aanvaarde of aanvaardbare managementinzichten en niet op beleidskeuzes waarover discussie kan bestaan'. 'Bijzondere gevallen' worden ten slotte opgevat als een categorie van overige gevallen die niet aan de inperking van 'technisch' of 'organisatorisch' voldoen. In de volgende twee subparagrafen wordt ingegaan op de regelgevende bevoegdheid van DNB en wordt aan de hand van een recent voorbeeld gezien in hoeverre de in Aanwijzing 124c gehanteerde uitgangspunten worden gevolgd.

4.1.2. Regelgevende bevoegdheid voor DNB

Artikel 1:28 van de Wet op het financieel toezicht bevatte van aanvang af de bepaling dat, indien ingevolge deze wet aan de toezichthouder de bevoegdheid wordt toegekend om algemeen verbindende voorschriften vast te stellen, de toezichthouder daartoe niet over zou gaan dan nadat hij een daarvoor in aanmerking komende representatieve vertegenwoordiging van onder zijn toezicht staande ondernemingen heeft geraadpleegd (lid 1). Op grond van lid 2 dient de toezichthouder de minister onverwijld in kennis te stellen van door hem vastgestelde algemeen verbindende voorschriften. Deze bepaling ging er derhalve al vanuit dat het mogelijk is om aan DNB regelgevende bevoegdheid toe te kennen en stelt daaraan slechts

54 De toelichting spreekt zelf niet over organen van gemeenten en provincies maar over gemeenten en provincies als zodanig maar dat is staatsrechtelijk niet juist.

55 Kloosterman & Winter 2003, p. 122.

enkele formele voorwaarden. De inkennisstelling van de minister was dan bedoeld om deze zijn bevoegdheid van artikel 1:29 van de Wet op het financieel toezicht om de regeling zo nodig te 'overrulen' te laten uitvoeren. Van goedkeuring waarover Aanwijzing 124c spreekt is hier derhalve geen sprake, het betreft hier een bevoegdheid tot ingrijpen achteraf. Materiële voorwaarden werden in artikel 1:28 van de Wet op het financieel toezicht aan de bevoegdheid tot regelgeving niet gesteld. Het was aan de wetgever om bij toekenning van regelgevende bevoegdheden aan DNB met de inhoudelijke eisen van Aanwijzing 124c rekening te houden. In de volgende paragraaf 4.1.3 zullen we zien dat dit in concrete gevallen niet altijd scherp is gedaan.

Eerst dient acht te worden geslagen op een fundamentele en kwestieuze uitbreiding die de wetgever aan artikel 1:28 van de Wet op het financieel toezicht heeft gegeven. Naar aanleiding van de eerste ervaringen met de bankencrisis in 2007 is in 2008 aan artikel 1:28 waar het betreft DNB een belangrijk artikellid – thans het tweede lid – toegevoegd dat, na een kleine wijziging in 2014,⁵⁶ bepaalt dat in geval van bijzondere omstandigheden DNB bevoegd is tijdelijke algemeen verbindende voorschriften vast te stellen in het belang van de stabiliteit van het financiële stelsel.⁵⁷ In dat geval is de formele voorwaarde tot overleg van het eerste lid niet van toepassing. In de memorie van toelichting beklemtoonde de regering dat uitgangspunt blijft dat uiterst terughoudend moet worden omgesprongen met attributie van regelgevende bevoegdheid aan DNB. Niettemin kunnen er bijzondere situaties ontstaan die een dergelijke overdracht rechtvaardigen. Dergelijke omstandigheden kunnen zich voordoen bij grote en onbeheerste marktbevingen die tot ernstige onrust in de financiële sector leiden of bij andere ontwikkelingen die de stabiliteit van de financiële sector betreffen. In dergelijke situaties kan regelgeving – die altijd slechts een tijdelijk karakter mag hebben – een noodzakelijk instrument zijn om de onrust te beteugelen. Gelet op de vereiste spoedige totstandkoming en de vereiste expertise terzake de beheersing van marktontwikkelingen of bij andere ontwikkelingen die de stabiliteit van de financiële sector betreffen, ligt een bevoegdheid ten behoeve van DNB voor de hand.⁵⁸ Daarbij werd door de regering ter geruststelling opgemerkt dat de toezichthouder altijd binnen zijn taakomschrijving moet blijven. Deze 'blanco cheque' om regelgeving vast te stellen werd terecht sterk bekritiseerd.⁵⁹ Het minste wat kan worden vastgesteld is dat de inhoudelijke randvoorwaarden die Aanwijzing 124c stelt op geen enkele wijze in de bevoegdheidstoekennende bepaling een rol spelen. Onderstaand recenter voorbeeld maakt duidelijk dat, ook als deze inhoudelijke randvoorwaarden wel bij de beslissing om regelgevende bevoegdheid toe te kennen zijn

56 Wet van 25 november 2013 tot wijziging van de Wet op het financieel toezicht en enige andere wetten, *Stb.* 2013, 487.

57 Wet van 9 oktober 2008 tot wijziging van de Wet op het financieel toezicht in verband met het kunnen vaststellen van tijdelijke voorschriften ter bevordering van ordelijke en transparante financiëlemarktprocessen en de stabiliteit van de financiële sector, *Stb.* 2008, 215.

58 *Kamerstukken II* 2008/09, 31724, 3, p. 4.

59 M.n. Doorenbos 2008, p. 2360-2361

betrokken, dit ook geen garantie biedt tegen (te) vergaande regelgevende bevoegdheid voor DNB.

4.1.3. Een voorbeeld: de regeling inzake het beloningsbeleid van bankiers

Een recent en sprekend voorbeeld waarin dit vraagstuk speelde betreft de maatschappelijk belangrijke kwestie van het aan banden leggen van de beloningen van bankiers. In 2010 ontwierp de regering het Besluit houdende wijziging van het Besluit prudentiële regels Wft en het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft, kort aangeduid als het Besluit beheerst beloningsbeleid Wft. In dit besluit werd onder andere voorgesteld om artikel 23f van het Besluit prudentiële regels Wft in die zin te wijzigen dat in lid 5 zou worden bepaald dat DNB regels zou kunnen stellen met betrekking tot: a. de wijzen waarop het beleid inzake beloningen wordt opgesteld en vastgesteld of goedgekeurd, uitgevoerd, geëvalueerd en aangepast, b. de wijze waarop beloningscomponenten en beloningsstructuren worden vormgegeven en beheerst en c. de inhoud en de wijze van openbaarmaking van het beleid inzake beloningen.⁶⁰

Naar het oordeel van de Raad van State ging deze toekenning van regelgevende bevoegdheid aan DNB in deze algemene maatregel van bestuur te ver.⁶¹ In zijn advies overwoog de Raad dat met deze bepalingen een wel zeer ruime regelgevende bevoegdheid aan de toezichthouder werd toegekend. De Raad was van oordeel dat met het toekennen van regelgevende bevoegdheid aan zelfstandige bestuursorganen, zoals toezichthouders, terughoudend omgegaan diende te worden. Hij meende dat de voorgestelde grondslagen onvoldoende waren toegespitst op onderdelen die uitsluitend technisch of organisatorisch van aard waren of samenhangen met de uitvoering van het toezicht, hetgeen bij toekenning van regelgevende bevoegdheid aan een zelfstandig bestuursorgaan uitgangspunt diende te zijn gelet op de Aanwijzingen voor de regelgeving. De Afdeling adviseerde daarom de toekenning van regelgevende bevoegdheid aan DNB in artikel 23f van het Besluit prudentiële regels Wft in bovenstaande zin nader te clausuleren. De regering gaf daaraan evenwel geen gehoor en nam de bepaling ongewijzigd in het Besluit prudentiële regels Wft op.

Ik meen dat, mede in het licht van de in paragraaf 4.1.1. besproken interpretatie van het begrip 'technische en organisatorische onderwerpen', moet worden vastgesteld dat deze bevoegdheidstoekenning toch wel zeer kwestieus is. Onmiskenbaar is sprake van een 'technisch' onderwerp dat een hoge deskundigheid vereist, maar bezwaarlijk kan worden gesteld dat het gaat om een onderwerp waarover binnen een vakgebied weinig inhoudelijke discussie bestaat. Ook laat de bepaling beleidskeuzes open. Voor

⁶⁰ Op soortgelijke bepalingen voorzien voor de AFM ga ik niet nader in.

⁶¹ Advies Wo6.10.0469/III

zover het gaat om een 'organisatorische' kwestie geldt evenzeer dat het hier beleidskeuzes betreft waarover discussie kan bestaan.

Op basis van artikel 23f heeft DNB uiteindelijk de Regeling beheerst beloningsbeleid Wft 2011 vastgesteld.⁶² Ook bestudering daarvan onderstreept dat het discutabel is of het hier louter organisatorische en technische onderwerpen betreft. Zo bepaalde artikel 4 dat het beloningsbeleid van de financiële onderneming in overeenstemming diende te zijn met en bij zou moeten dragen aan een degelijke en doeltreffende risicobeheersing en niet aan diende te moedigen tot het nemen van meer risico's dan voor de financiële onderneming aanvaardbaar is. En artikel 5 vereiste dat het beloningsbeleid zou stroken met de bedrijfsstrategie, doelstellingen, waarden en lange termijn belangen van de financiële onderneming en maatregelen zou behelzen die belangenconflicten moesten vermijden. Begin 2015 zijn de regels die inzake het beloningsbeleid sinds 2011 in de twee Besluiten stonden uiteindelijk opgetrokken van het niveau van de algemene maatregel van bestuur naar het niveau van de wet in formele zin. Ook de bevoegdheidsgrondslag voor DNB om tot regelstelling over te gaan verhuisde daarmee naar de formele wet. Dit vond plaats met de inwerkingtreding van de Wet tot wijziging van de Wet op het financieel toezicht houdende regels met betrekking tot het beloningsbeleid van financiële ondernemingen (Wet beloningsbeleid financiële ondernemingen).⁶³ De Raad van State waardeert in zijn advies deze wens van de wetgever de thans bestaande eisen inzake het beheerst beloningsbeleid op het niveau van de formele wet neer te leggen.⁶⁴ Dit is van belang gelet op het ingrijpende karakter van de maatregelen en de waarborgen die in de wetgevingsprocedure zijn gelegen en daarmee wordt voorts uitdrukking gegeven aan het belang dat aan een beheerst beloningsbeleid bij financiële ondernemingen moet worden gehecht, aldus de Raad.

Geconstateerd moet echter worden dat dit alles echter de bevoegdheid voor DNB om nadere regels te stellen inzake dit beloningsbeleid onverlet laat. Waar deze bevoegdheidstoekenning eerst in de genoemde algemene maatregelen van bestuur plaatsvond, geschiedt dit nu in de wet zelf en bepaalt thans artikel 117, vierde lid, van de Wet op het financieel toezicht dat de toezichthouder nadere regels kan stellen met betrekking tot a. de wijze waarop het beloningsbeleid wordt opgesteld en vastgesteld of goedgekeurd, uitgevoerd, geëvalueerd en aangepast en b. de wijze waarop vorm wordt gegeven aan beloningscomponenten en beloningsstructuren en de wijze waarop de risico's die uit het beleid en de uitvoering daarvan voortvloeien, worden beheerst. Daarmee is aan het inhoudelijke probleem dat de Raad van State had met deze bevoegdheid tot regelgeving voor een zelfstandig bestuursorgaan weinig of niets veranderd en is deze bevoegdheidstoekenning in het licht van de Aanwijzingen nog steeds kwestieus.

62 Regeling van De Nederlandsche Bank N.V. van 16 december 2010, houdende regels met betrekking tot het beheerst beloningsbeleid van financiële ondernemingen (Regeling beheerst beloningsbeleid Wft 2011), *Stsrt.* 2010, 20931.
63 *Stb.* 2015, 45
64 Advies Wo6.14.0040/III

Opvallend genoeg besteedt de Afdeling aan dit punt in laatstgenoemd advies geen aandacht (meer).⁶⁵

4.2. Legaliteit en de overdracht van bevoegdheden aan de ECB

Een ander belangrijk vraagstuk inzake legaliteit is gerelateerd aan het Unierecht, maar is voor het Nederlandse constitutionele recht wel van groot belang. Daarom hierover enkele opmerkingen. Het betreft de overdracht van bevoegdheden op het terrein van het prudentiële toezicht aan de ECB. Het prudentiële toezicht wordt toegekend aan de ECB op basis van artikel 127, zesde lid, van het Verdrag inzake de Werking van de Europese Unie. Op grond van deze bepaling is de ECB de bevoegde toezichthouder geworden waar het gaat om het toezicht om 'significante' kredietinstellingen, als eerder aangegeven met name instellingen met een totale balansomvang van 30 miljard euro of meer. Dit zesde lid van artikel 127 luidt:

'De Raad kan volgens een bijzondere wetgevingsprocedure bij verordening, na raadpleging van het Europees Parlement en de Europese Centrale Bank, met eenparigheid van stemmen besluiten aan de Europese Centrale Bank specifieke taken op te dragen betreffende het beleid op het gebied van het bedrijfseconomisch toezicht op kredietinstellingen en andere financiële instellingen, met uitzondering van verzekeringsondernemingen.'

Voor de grondslag van artikel 127, zesde lid, die geen Verdragswijziging nodig maakte,⁶⁶ is om diverse redenen gekozen, maar vooral om een snelle oplossing van de problemen die de crisis eind jaren 2000 veroorzaakten – en waarvan het banktoezicht op het niveau van de lidstaten er een was – te realiseren. De rechtmatigheid van deze bevoegdheidsoverdracht heeft evenwel ter discussie gestaan.⁶⁷ Een belangrijk argument tegen zou kunnen worden gevonden in de tekst van artikel 127, zesde lid, die spreekt over 'specifieke taken betreffende het beleid op het gebied van bedrijfseconomisch [i.e. prudentieel, A.P.W.D.] toezicht'. Zou dit niet zo moeten worden gelezen dat slechts beperkte bevoegdheidsoverdracht op het terrein van het prudentiële toezicht toegestaan is, met name waar het gaat om het bepalen van het beleid terzake, maar niet het uitoefenen van dit prudentiële toezicht als zodanig? En is het opdragen van 'het' prudentiële toezicht niet (veel) meer dan het opdragen van specifieke taken aan de ECB? De argumenten die wijzen in de richting van een afdoende grondslag in het Verdrag lijken echter sterker. Kan als uitvoerende instantie inzake het houden van prudentieel toezicht de ECB niet juist ook het beleid inzake dit toezicht bepalen en naar haar hand zetten? En is het

65 Inmiddels is door DNB, overigens nog onder het oude regime van art. 23f Bpr, een nieuwe Regeling beheerst beloningsbeleid 2014 (Rbb 2014) vastgesteld. Deze Rbb 2014 is een actualisering van de Rbb 2011 gebaseerd op de vierde richtlijn kapitaalvereisten (Richtlijn 2013/36/EU, CRD IV). Eén uitzondering op opname van de beloningseisen in de Regeling is de maximering van de verhouding van de variabele beloning tot de vaste beloning. Deze regel heeft per 1 augustus 2014 een wettelijke verankering in de Wft gekregen middels de Wet van 25 juni 2014 tot wijziging van de Wet op het financieel toezicht en enige andere wetten ter implementatie van richtlijn 2013/36/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende toegang tot het bedrijf van kredietinstellingen en het prudentieel toezicht op kredietinstellingen en beleggingsondernemingen, tot wijziging van Richtlijn 2002/87/EG en tot intrekking van de Richtlijnen 2006/48/EG en 2006/49/EG (*PbEU* 2013, L 176) en ter implementatie van verordening (EU) nr. 575/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende prudentiële vereisten voor kredietinstellingen en beleggingsondernemingen en tot wijziging van Verordening (EU) nr. 648/2012 (*PbEU* 2013, L 176) (Implementatiewet richtlijn en verordening kapitaalvereisten), *Stb.* 2014, 253.

66 De in art. 127 lid 6 aangegeven procedure lijkt wel zeer sterk op de procedure tot vereenvoudigde Verdragswijziging van art. 48 lid 6, zij het dat in het laatste geval de Europese Raad uiteindelijk besluit en in het geval van art. 127 lid 6 de Raad. Vgl. Bovenschen, Holtring, Ter Kuile & Wissink 2013, p. 365.
67 Zie o.a. Bovenschen, Holtring, Ter Kuile & Wissink 2013, p. 365-366 en Lackhoff, 2014, p. 13-14.

toezicht van de ECB in een aantal opzichten niet juist beperkt? Immers, de SSM-verordening geeft specifiek aan welke toezichttaken door de ECB zullen worden uitgeoefend.⁶⁸ Daarmee kan worden gesteld dat sprake is van een specifieke taakoverdracht. Daar komt nog bij dat alle relevante instellingen die een rol spelen bij een vereenvoudigde verdragswijziging hebben ingestemd met de huidige lezing van artikel 127, zesde lid, van het Verdrag inzake de Werking van de Europese Unie.⁶⁹

Uiteindelijk is het Hof van Justitie van de Europese Unie bevoegd over deze kwestie te oordelen. Een procedure hierover is nog niet aanhangig. Wel kan dit nog volgen, mede omdat in Duitsland terzake een procedure is aangespannen bij het Bundesverfassungsgericht.⁷⁰ Overigens zijn soortgelijke procedures, althans procedures waarbij bevoegdheidsoverdracht aan Europese toezichthoudende instanties die zich bezig houden met toezicht op financiële instellingen, niet nieuw. Zo heeft het Bundesverfassungsgericht prejudiciële vragen gesteld over de bevoegdheid van de ECB en het ECSB om het 'OMT-programma' uit te voeren. Dit programma betreft het opkopen door van staatsobligaties van lidstaten van de eurozone, Outright Monetary Transactions, dit alles ter stabilisering van de euro en het bezweren van de eurocrisis.⁷¹ Het Hof van Justitie heeft medio 2015 geoordeeld dat deze bevoegdheid op grond van de artikelen 119 VWEU, 123, eerste lid, VWEU en 127, eerste en tweede lid, VWEU en de artikelen 17 tot en met 24 van het protocol betreffende het ESCB en de ECB aanwezig is.⁷² Ook recentelijk is de bevoegdheid van de Europese Autoriteit voor Effecten en Markten (ESMA) ter discussie gesteld in een beroepsprocedure bij het Hof van Justitie aangespannen door het Verenigd Koninkrijk. Ook hier heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat de gekozen rechtsgrondslag – in dit geval artikel 114 van het Verdrag inzake de Werking van de Europese Unie – rechtmatig was.⁷³

68 Zie o.a. art. 4 SSM-verordening.

69 Vgl. Bovenschen, Holtring, Ter Kuile & Wissink 2013, p. 366.

70 Zie onder meer <http://www.trouw.nl/tr/nl/5009/Archief/article/detail/3704732/2014/07/29/Hof-Karlsruhe-kan-weer-aan-de-bak.dhtml>

71 Zie hierover Willemsse 2015.

72 HvJ EU 16 juni 2015, C-62/14 (*Gauweiler*).

73 HvJ EU 22 januari 2014, C-270/12 (*VK/Raad en Parlement*), *JOR* 2014/130, m.nt. Bierens.

74 Zie o.a. Verhey & Verheij 2005, p. 181-182 en Burkens, Kummeling, Vermeulen & Widdershoven 2012, p. 160-161.

5. Rechterlijke controle

Een belangrijke constitutioneelrechtelijke eis is dat er sprake is van rechterlijke controle op het bestuur. Deze eis vloeit ook voort uit artikel 6 van het Europees Verdrag inzake de bescherming van de Rechten van de Mens en thans ook artikel 47 van het EU Handvest van de grondrechten. Het omvat niet alleen het (formele) recht op toegang tot de rechter, maar ook het recht op een daadwerkelijke toetsing van het bestuursoptreden door de rechter. Daarbij geldt dan als algemeen uitgangspunt dat naarmate de beleidsvrijheid van het bestuur groter is de toetsing van de rechter marginaler is.⁷⁴

Een belangrijke ontwikkeling die ook mede het resultaat was van de financiële crisis vormt in dit opzicht de op 1 juli 2012 in werking getreden Wet aansprakelijkheidsbeperking DNB en AFM.⁷⁵ Artikel 1:25d van de Wet op het financieel toezicht bepaalt sindsdien dat DNB, de leden van haar directie en raad van commissarissen en haar werknemers niet aansprakelijk zijn voor schade veroorzaakt door een handelen of nalaten in de uitoefening van een op grond van een wettelijk voorschrift opgedragen taak of verleende bevoegdheid, tenzij deze schade in belangrijke mate het gevolg is van een opzettelijk onbehoorlijke taakuitoefening of een opzettelijk onbehoorlijke uitoefening van bevoegdheden of in belangrijke mate te wijten is aan grove schuld.⁷⁶ De kans van slagen van een procedure bij de rechter, die bijvoorbeeld door gedupeerde depositohouders van een failliete bank kan worden gevoerd en waarbij men DNB aansprakelijk wil stellen wegens falend toezicht, is daarmee zeer sterk verkleind.

Er waren diverse redenen waarom de regering meende tot deze aansprakelijkheidsbeperking over te gaan. Een belangrijke rol speelde hierbij het eindrapport van de Tcofs. In haar eindrapport uitte de Tcofs haar zorgen over de angst voor aansprakelijkheidsclaims en de invloed daarvan op het gedrag van de toezichthouders.⁷⁷ De invloed van het risico van aansprakelijkheidsclaims op het gedrag van de toezichthouder waar de Tcofs voor vreest, uit zich in het zgn. toezichthouders-dilemma. De situatie kan zich voordoen dat volgens de in beginsel geldende normen de toezichthouder zou moeten ingrijpen, bijvoorbeeld om de continuïteit van een bepaald bedrijf te waarborgen, maar dat tevens duidelijk is dat als de toezichthouder inderdaad ingrijpt en dat ingrijpen vervolgens in de openbaarheid komt, dat enkele feit een dusdanige impact op de markt zal hebben dat de continuïteit alsnog verloren zal gaan. Hetzelfde probleem kan spelen ten aanzien van het moment van ingrijpen: waar de ene partij ingrijpen wellicht prematuur vindt, vindt een ander dat wellicht al te laat. De toezichthouder heeft dus soms enkel een keuze uit twee kwaden.⁷⁸ In de Memorie van Toelichting wijst de regering er op dat een wettelijke beperking van die aansprakelijkheid er voor moet zorgen dat DNB snel en doortastend kan reageren op (crisis)situaties op de financiële markten zonder dat daaraan afbreuk wordt gedaan door mogelijke risico's voor aansprakelijkstelling.⁷⁹

Een andere reden voor wettelijke aansprakelijkheidsbeperking hing eveneens samen met een punt waarop de Tcofs had gewezen, te weten dat in de meeste andere (Europese) landen de drempel voor aansprakelijkheidsclaims hoger was of dat toezichthouders daar zelfs volledige immuniteit genieten. In de woorden van de commissie De Wit diende aansluiting te worden gezocht bij wat er op Europees niveau gebruikelijk was.⁸⁰ Achtergrond hierbij vormde het gegeven dat de financiële sector en

75 Wet van 7 juni 2012 tot wijziging van de Wet op het financieel toezicht en de Wet financiële markten BES in verband met het invoeren van een aansprakelijkheidsbeperking voor de toezichthouders op de financiële markten en het opnemen van regels met betrekking tot de beloning van dagelijks beleidsbepalers van financiële ondernemingen die staatsteun genieten. *Stb.* 2012, 265. Over de bonusregeling voor bankiers infra par. 5.13.

76 Art. 1:25d lid 2 bevat een bepaling die hetzelfde bepaalt voor de AFM.

77 Zie het eindrapport van de Tcofs. *Kamerstukken II* 2009/10, 31980, 4, p. 24, 27 en 138-139. In de verhoren had toenmalig DNB president Wellink aangegeven dat juridische aansprakelijkheid van DNB 'een probleem' was. Als voorbeeld gaf hij het dreigement van ABN Amro-aandeelhouder TCI. Het Britse hedgefonds dreigde in 2007 met een schadeclaim van 10 miljard euro als DNB niet akkoord zou gaan met de opsplitsing en verkoop van ABN-AMRO.

78 *Kamerstukken II* 2011/12, 33058, 3, p. 1-2, onder verwijzing naar Giessen 2005.

79 *Kamerstukken II* 2011/12, 33058, 3, p. 2.

80 Aanbeveling 26. *Kamerstukken II* 2009/10, 31980, 4, p. 24.

daarmee het toezicht op die sector een hoog grensoverschrijdend karakter heeft en DNB in toenemende mate Europees en internationaal moet samenwerken. Een beperking van de aansprakelijkheid van DNB zorgt daardoor, volgens de regering, voor een meer evenwichtige situatie tussen de Nederlandse en buitenlandse toezichthouders op de financiële markten en voor internationale herkenbaarheid.⁸¹

Nu moet worden gezegd dat op deze argumenten wel wat valt af te dingen.⁸² Voor invoering van de Wet aansprakelijkheidsbeperking golden voor de aansprakelijkheid van toezichthouders in beginsel de regels van het gewone aansprakelijkheidsrecht, maar wel met een aantal in met name de rechtspraak ontwikkelde belangrijke beperkingen.⁸³ Zo wordt bij toezichthouders rekening gehouden met hun beleidsvrijheid, waardoor de rechter terughoudend toetst wanneer hij beoordeelt of de toezichthouder zich heeft gedragen als ‘een redelijk handelend en redelijk bekwaam toezichthouder’. Van belang in dit verband is in het bijzonder het *Vie d’Or*-arrest, waarin de Hoge Raad een aantal (niet-limitatieve) uitgangspunten heeft vastgesteld om te bepalen of sprake is van een ‘behoorlijk en zorgvuldig handelende toezichthouder’. Daarbij wordt onder meer gekeken naar de bijzondere positie van de financiële toezichthouder, haar beleidsvrijheid en het toezichthouders-dilemma.⁸⁴ Dit alles heeft ertoe geleid dat succesvolle aansprakelijkheidsclaims tegen DNB die stand hielden tot in hoogste instantie in Nederland nog niet zijn voorgekomen.⁸⁵

Dit wordt nog eens onderstreept door de recente uitspraak van de rechtbank Amsterdam in de aansprakelijkheidsprocedure tegen DNB wegens falend toezicht op de DSB Bank.⁸⁶ Naar het oordeel van de rechtbank is DNB niet aansprakelijk voor de schade als gevolg van het faillissement van DSB Bank. De rechtbank geeft aan dat zij moet toetsen of DNB, bij het verlenen van de vergunning en bij het houden van toezicht op DSB Bank, niet in redelijkheid tot de gemaakte keuzes heeft kunnen komen. Dat is niet gebleken. Uit het feit dat DSB Bank uiteindelijk failliet is gegaan, kan niet worden afgeleid dat DNB fouten heeft gemaakt. DNB kan niet garanderen dat onder toezicht staande banken niet failliet gaan. Zo is niet gebleken dat DNB al in een eerder stadium had moeten begrijpen dat de cultuur bij DSB meebracht dat een hardere aanpak dan gebruikelijk nodig was. Ook is niet komen vast te staan dat DNB in redelijkheid geen vergunning aan DSB Bank had mogen verlenen of dat zij eerder en/of zwaarder had moeten ingrijpen. Hierbij kan nog worden opgemerkt dat deze DSB-zaak nog werd beoordeeld op grond van het ‘oude’ recht. Succesvolle aansprakelijkheidsacties tegen de DNB zullen onder het ‘nieuwe’ recht vanzelfsprekend nog minder kans maken.⁸⁷

81 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 058, 3, p. 2.

82 Zie over de voors en tegens van immunititeit ook bijv. Affourtit & Beck 2009, Van Dam 2010, Wibier 2011 en F. de Vries 2015.

83 Zie o.a. Van Rossum 2001 en Van Rossum 2005.

84 HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2077, *JOR* 2006, 295, m.nt. Busch, *RvdW* 2006, 941, *NJ* 2008, 527, m.nt. Van Dam onder *NJ* 2008, 529.

85 Op één geval na te weten HR 23 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BT7193, *NJ* 2012/377 m.nt. Van Schilfgaarde, *JOR* 2012/49 m.nt. Van Ravels, waarin de Hoge Raad echter wel onrechtmatigheid en toerekenbaarheid aannam, maar vervolgens aangaf dat de aan DNB (en AFM) toe te rekenen omstandigheden die tot de schade hebben bijgedragen te verwaarlozen waren ten opzichte van die welke aan de eisers waren toe te rekenen zodat de schade geheel voor rekening van deze eisers diende te blijven.

86 Rb. Amsterdam 29 april 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:2382, *JOR* 2015/206, m.nt. Van Praag.

87 Een bewijs hiervan is een van de eerste zaken onder het nieuwe regime: Rb. Rotterdam, 11 december 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:10036, *JOR* 2015/44. Zie nader Van den Hurk 2015.

6. Grondrechten

Ten slotte aandacht voor het aspect van grondrechtenbescherming. In algemene zin bestaan er vanzelfsprekend belangrijke raakvlakken tussen grondrechten en banktoezicht. DNB beschikt over ingrijpende bevoegdheden, variërend van toezichtsbevoegdheden als inzagebevoegdheden, inlichtingenvorderingen, gecombineerd met een medewerkingsplicht, tot een aanwijzingsbevoegdheid en verdere sanctiebevoegdheden die niet alleen herstelsancties als de last onder dwangsom, maar ook de bestraffende sanctie van de bestuurlijke boete omvatten. Daarbij kent de Wft een evenzeer ingrijpend regime betreffende de openbaarmaking, met name ook van laatstgenoemde sanctie, veelal in slecht Nederlands aangegevoerd als naming and shaming.

Het gaat hierbij niet zozeer om grondrechten die zijn opgenomen in de Grondwet.⁸⁸ Vooral van belang zijn enkele fundamentele rechten uit het Europees Verdrag inzake de bescherming van de Rechten van de Mens (EVRM).⁸⁹ Het betreft hier een recht als het recht op privacy (artikel 8), maar in bijzonder het recht op een eerlijk proces (artikel 6), waaronder het zwijgrecht, is relevant.⁹⁰ Daarnaast is het in artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM beschermde eigendomsrecht van betekenis.

Recent is daarbij nog gekomen het Grondrechtenhandvest van de Europese Unie dat ook genoemde rechten beschermt en soms zelfs een iets verdergaande bescherming biedt.⁹¹ Niet alleen de ECB is daaraan als instelling van de EU onderworpen – hetgeen na de eerder besproken overdracht van het prudentiële banktoezicht naar de ECB inclusief ingrijpende toezichtsbevoegdheden en sanctiebevoegdheden van groot belang is – maar evenzeer DNB, voor zover zij althans opereert binnen de werkingssfeer van het Unierecht.⁹² Dit laatste zal vrijwel altijd het geval zijn, omdat het banktoezicht door DNB uitvoering van (omgezet) Unierecht inhoudt.

Overigens kent het Unierecht ook de zgn. rechten van de verdediging als beginsel van Unierecht, dat voor een belangrijk deel is gecodificeerd in artikel 41 van het Handvest van de grondrechten. Het betreft in het bijzonder het recht om te worden gehoord wanneer door een autoriteit, zoals bijvoorbeeld DNB of ECB, een voor iemand nadelige individuele maatregel wordt genomen. Recent is in de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie verduidelijkt dat dit recht, als een van de weinige bepalingen in het Handvest, alleen kan worden ingeroepen tegen een Unie-instelling, zoals de ECB.⁹³ Waar het gaat om handelingen van autoriteiten van lidstaten, bijv. DNB, kan een burger een beroep op het ongeschreven beginsel van Unierecht dat het recht om gehoord te worden mede omvat. Hoewel dit een formeel verschil betekent, zal materieel de bescherming van beide

88 Als aangegeven in paragraaf 2 levert het zoeken in rechtspraak.nl slechts enkele matches op tussen DNB en grondwet en geen enkele match met grondwettelijke grondrechten.

89 Zie Schild 2012.

90 Op rechtspraak.nl zijn vanaf 2000 25 uitspraken te vinden over het handelen van DNB die mede betrekking hebben op art. 6 EVRM. Zie hierover o.a.

Stijnen 2014. Voor wat betreft het recht op privacy kan worden gewezen op EHRM 16 december 1992, appl. nr. 13710/88 (Niemiets), NJ 1993, 400 m.nt. Dommering, EHRM 16 april 2002, appl. nr. 37971/97 (Colas Est), NJ 2003, 452 m.nt.

Dommering, AB 2002, 277 m.nt. Jansen. De bescherming van artikel 8 is in deze uitspraken uitgebreid tot bedrijfsruimten van rechtspersonen. Uit Colas Est werd wel afgeleid dat aan betreding door een toezicht houder van bedrijfsruimten een rechterlijke machtiging vooraf diende te gaan. Inmiddels is duidelijk dat dit niet in algemene zin is vereist. Zie EHRM 2 oktober, appl. nr. 97/11 (Delta Pekárny) alsmede HvJ EU 18 juni 2015, C-383/13P (Deutsche Bahn). Hierover Y. de Vries 2015.

91 Zo geldt bijvoorbeeld artikel 47 van het Handvest voor alle geschillen, terwijl artikel 6 EVRM bepaalde geschillen uitzondert.

92 Zie HvJ EU 26 februari 2013, C-617/10 (Åkerberg Fransson), AB 2013/131, m.nt. Widdershoven, NJ 2013/348, m.nt. Mok.

93 HvJ EU 5 november 2014, C-166/13 (Mukarubega) en HvJ EU 11 december 2014, C-249/13 (Boudjlida), AB 2015/89, m.nt. Reneman. Eerder kon dit al, zij het niet expliciet, worden afgeleid uit HvJ EU 21 december 2011, C-482/10 (Cicala), AB 2012/254, m.nt. Widdershoven, HvJ EU 10 september 2013, C-383/13 PPU (M.G en N.R.), NJ 2014/3, m.nt. Mok, AB 2013/404, m.nt. Reneman en HvJ EU 3 juli 2014, C-129/13 en C-130/13 (Kamino en Datema). Zie ook Duijkersloot 2014, p. 90.

rechten niet uiteenlopen. De zojuist aangehaalde uitspraken van het Hof van Justitie, waarin soms vragen van de nationale rechter die waren geplaatst in de sleutel van artikel 41 van het Handvest door het Hof werden getransformeerd in vragen betreffende het beginsel van de bescherming van de rechten van de verdediging, illustreren dit.⁹⁴ Een dergelijke divergentie is ook niet wenselijk. Dan zouden er binnen de werkingsfeer van het Unierecht twee verschillende Unierechtelijke waarborgen gelden waar het gaat om het recht om gehoord te worden en zou het in het geval van het banktoezicht verschil maken of DNB of de ECB het recht om gehoord te worden schendt.

Aan bovengenoemd palet van ingrijpende overheidsbevoegdheden in het kader van het banktoezicht is recentelijk, met de Wet bijzondere maatregelen financiële ondernemingen (veelal aangeduid als de Interventiewet), nog een aantal, soms vergaande, bevoegdheden toegevoegd.⁹⁵ Zo heeft DNB de bevoegdheid gekregen om een overdrachtsplan op te stellen, als er bij een financiële onderneming tekenen zijn van een gevaarlijke ontwikkeling met betrekking tot het eigen vermogen, de solvabiliteit of de liquiditeit of de technische voorzieningen en redelijkerwijs is te voorzien dat die ontwikkeling niet voldoende of niet tijdig ten goede zal keren.⁹⁶ Met name gaat het hier echter om de vergaande bevoegdheid – overigens niet voor DNB zelf, maar voor de minister van Financiën, welke DNB wel vooraf dient te raadplegen – om, indien de minister van oordeel is dat de stabiliteit van het financiële stelsel ernstig en onmiddellijk in gevaar komt door de situatie waarin een financiële onderneming met zetel in Nederland zich bevindt, met het oog op de stabiliteit van dat stelsel onmiddellijke voorzieningen te treffen en met name ook te besluiten tot ont-eigening van vermogensbestanddelen van de betrokken onderneming.⁹⁷ Deze bevoegdheid is door de minister inmiddels toegepast ten aanzien van SNS Reaal en SNS Bank.⁹⁸ In de procedure voor de Afdeling bestuursrechtspraak werd vervolgens de vraag opgeworpen of de rechtsbeschermingsprocedure geldend voor het onteigeningsbesluit in strijd was met artikel 6 van het EVRM en artikel 47 van het EU Handvest van de grondrechten, alsook of het besluit zelf geen ongerechtvaardigde inbreuk was op het in artikel 1 Eerste Protocol beschermde eigendomsrecht. De Afdeling oordeelde uiteindelijk over beide vragen dat, omdat de beperking van genoemde grondrechten een legitiem doel diende en proportioneel was, van strijd met het EVRM en het Handvest geen sprake was.⁹⁹

94 Zie bijv. ook Jans, Prechal & Widdershoven 2015, p. 144-145.

95 Wet van 24 mei 2012 tot wijziging van de Wet op het financieel toezicht en de Faillissementswet, alsmede enige andere wetten in verband met de introductie van aanvullende bevoegdheden tot interventie bij financiële ondernemingen in problemen, *Stb.* 2012, 241. Zie hierover o.m. Schild 2012, p. 205-219.

96 Zie art. 3:159c e.v. Wft.

97 Zie art. 6:1 e.v. Wft..

98 Hierover nader Sluysmans & Timmer 2013. Inmiddels is er een vervolg in Straatsburg gekomen op de SNS-kwestie. Het EHRM verklaarde klacht over een schending van art. 6 EVRM onlangs niet-ontvankelijk in *Adorisio e.a. t. Nederland* (uitspraak van 17 maart 2015, nr. 47315/13). Enkele dagen later wees de Hoge Raad een zaak over de onteigening van SNS terug naar de Ondernemingskamer. Zie terug HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:6, *NJ* 2015/361, m.nt. J.W. Winter en P. van Schilfgaarde.

99 ABRvS 25 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ2265, *AB* 2013/146 m.nt. Jansen, *JOR* 2013/140 m.nt. Van Ravels en Joosen.

7. Conclusie

Banktoezicht en constitutioneel recht hebben belangrijke raakvlakken en verbindingen. In deze bijdrage zijn een aantal recente ontwikkelingen in het banktoezicht besproken en geanalyseerd vanuit enkele beginselen die aan het constitutionele recht ten grondslag liggen, in het bijzonder democratie, legaliteit en machtsverdeling, alsook rechterlijke controle en grondrechten. Geconcludeerd kan worden dat deze recente ontwikkelingen soms de waarborgen die deze beginselen mede omvatten versterken – hierbij kan bijvoorbeeld worden gewezen op de maatregelen tot versterking van externe controle op DNB – maar soms ook met deze waarborgen op gespannen voet staan – waarbij onder meer kan worden gewezen op de vergroting van de immuniteit van de toezichthouder en de bevoegdheden voor DNB om regelgeving vast te stellen. In ieder geval is de relatie tussen banktoezicht en constitutioneel recht er één die voortdurende aandacht behoeft: where two oceans meet and mix.

Literatuur

Adriaanse, Barkhuysen & Van Emmerik 2008

Paul Adriaanse, Tom Barkhuysen en Michiel van Emmerik, 'Staatssteun en kredietcrisis Staats(steen)rechtelijk noodrecht gewenst?', *NJB* 2008, 2053

Affourtit & Beck 2009

V.H. Affourtit en A.C. Beck, 'Aansprakelijkheid van DNB: immuniteit in crisistijd?', *MvV* 2009, p. 199-207.

Bense & Zijlstra 1994

M.M. Bense en S.E. Zijlstra, 'Het begrip bestuursorgaan. Betekenis en strekking van art. 1:1, eerste lid, Algemene wet bestuursrecht', *NTB* 1994, nr. 9

Bierens 2014

B. Bierens, 'De Bankenuïe: een nieuw huis voor het Europees banktoezicht', *Ondernemingsrecht* 2014/59

Bierman & Silverentand 2014

B. Bierman en L.J. Silverentand, 'De juridische en praktische gevolgen van het SSM: van het Frederiksplein naar de Kaiserstrasse', *Tijdschrift voor Financieel recht* 2014, nr.11, p. 441-452

Blotwijk 2015

M. Blotwijk, 'Transparantie is het effectiefste toezichtinstrument', *Tijdschrift voor Financieel Recht* 2015, nr. 6, p. 222-231

Van Bockel & Duijkersloot 2015

Bas van Bockel and Ton Duijkersloot, 'Shifts in authority and their relation with underlying core values: competition law and financial law compared', in: Ton van den Brink, Michiel Luchtman and Miroslava Scholten (eds.), *Sovereignty in the Shared legal order of the EU: Core values of regulation and enforcement*, Intersentia 2015, p. 93-116

Bovenschen, Holtring, Ter Kuile & Wissink 2013

W.H. Bovenschen LL.M, K. Holtring, G.J.S. ter Kuile LL.M en L. Wissink, 'Europees banktoezicht (SSM). Juridische en praktische perspectieven', *NtEr* 2013, nr. 10, p. 364-373

Broeksteeg 2015

J.L.W. Broeksteeg, 'De regelgevende bevoegdheid van zelfstandige bestuursorganen, mede in het licht van het EU-recht', *RegelMaat* 2015, p. 170-181.

Burkens, Kummeling, Vermeulen & Widdershoven 2012

M.C. Burkens, H.R.B.M. Kummeling, B.P. Vermeulen en R.J.G.M. Widdershoven, *Beginselen van de democratische rechtsstaat*, Kluwer Deventer 2012

Van Dam 2010

C.C. van Dam, 'Aansprakelijkheid voor falend toezicht in tijden van financiële cholera – over coma-bankieren, vuvuzela-juristerij en De Nederlandsche Bank', *NTBR* 2010, p. 224-246

Doorenbos 2008

D. Doorenbos, 'Crisiswetgeving: blanco cheques voor toezichthouders', *NJB* 24 oktober 2008/37, p. 2360-2361

Duijkersloot 1996

A.P.W. Duijkersloot, 'Naar een verdere doorbreking van het geheim van Apeldoorn', *NJB* 1996, p. 1499 e.v.

Duijkersloot 2014

Ton Duijkersloot, 'Consequences of the Violation by Administrative Authorities of the Right to be heard under EU Law: the Case M.G. and N.R.', *Realaw* 2014, p. 81-96

Duijkersloot & Kummeling 2012a

A.P.W. Duijkersloot en H.R.B.M. Kummeling, 'Onnodig en onwenselijk: de geheimzinnigheid van DNB', *NJB* 2012, p. 26-27.

Duijkersloot en Kummeling 2012b

A.P.W. Duijkersloot en H.R.B.M. Kummeling, 'Parlement en geheime toezichtsinformatie', in: H.R.B.M. Kummeling e.a. (eds.), *De samengestelde Besselink*, WLP 2012, p. 75 e.v.

Duijkersloot & Michiels 2000

A.P.W. Duijkersloot en F.C.M.A. Michiels, 'Taken en bevoegdheden van onafhankelijke toezichthouders', in: H. de Ru en J.A.F. Peters (red), *Toezicht en Regulering van Nieuwe Markten*, SDU 2000, p. 18-33

Giessen 2005

I. Giessen, *Toezicht en aansprakelijkheid: een rechtsvergelijkend onderzoek naar de rechtvaardiging voor de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad van toezichthouders ten opzichte van derden*, Deventer: Kluwer 2005

Holtring, Ter Kuile & Wissink 2014

K. Holtring, G.J.S. ter Kuile en L. Wissink, 'De taken van DNB in het SSM-tijdperk', *Tijdschrift voor Financieel recht* 2014, nr. 11, p. 453-461

Van den Hurk 2015

A.J.A.D. van den Hurk, 'Aansprakelijkheid van toezichthouders onder het 'oude' en het 'nieuwe' recht', *Tijdschrift voor financieel recht* 2015, nr. 4, p. 133-138

Jans, Prechal & Widdershoven 2015

J.H. Jans, S. Prechal and R.J.G.M. Widdershoven (eds.), *Europeanisation of Public Law*, Europa Law Publishing 2015

Kloosterman & Winter 2003

D.R. Kloosterman en H.B. Winter, 'In zelfstandigheid geregeld. Een onderzoek naar de omvang en de aard van de regelgevende bevoegdheden van zelfstandige bestuursorganen en de kwaliteit van regelgeving', *RegelMaat* 2003, p. 119-130

Kummeling 1997

H.R.B.M. Kummeling, *Relatieve geheimhoudingsplichten* (oratie), W.E.J. Tjeenk Willink 1997

Lackhoff 2014

K. Lackhoff, 'How will the single supervisory mechanism (SSM) function? A brief overview', *Journal of International Banking Law and Regulation* 2014, 29(1), p. 13-28

Van Rossum 2001

A.A. van Rossum, *Falend toezicht* (oratie), BJU 2001

Van Rossum 2005

A.A. van Rossum, 'Civielrechtelijke aansprakelijkheid voor overheids-toezicht', *Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging* 135^e jaargang/2005-I, Kluwer 2005, p. 1-134

Schild 2012

A.J.P. Schild, *De invloed van het EVRM op het ondernemingsrecht* (diss.), Leiden 2012

Sluysmans & Timmer 2013

J.A.M.A. Sluysmans en M.J.W. Timmer, 'De Interventiewet en de SNS-onteygening', *MvV* 2013, p. 214-218

Stijnen 2014

R. Stijnen, 'Saunders en J.B. revisited, Wat te doen', *S&C* 2014, nr. 4, p. 144-154

Verhey & Verheij 2005

L.F.M. Verhey en N. Verheij, 'De macht van de marktmeesters – markttoezicht in constitutioneel perspectief', *Handelingen Nederlandse Juristen-Vereyiging* 135^e jaargang/2005-I, Kluwer 2005, p. 135-332

F. de Vries 2015

F. de Vries, 'De aansprakelijkheid van financieel toezichthouders in de praktijk', *JBplus* 2015, p. 243-254

Y. de Vries 2015

Y. de Vries, 'De onderzoeksbevoegdheden van de Commissie scherp-gesteld', *NtEr* 2015, p. 63-71

Wibier 2011

R.M. Wibier, 'Het wordt hoog tijd voor een wettelijke beperking van de aansprakelijkheid van DNB', *Ars Aequi* 2011, p. 32-36

Willemse 2015

M. Willemse, 'De OMT-uitspraak van het BVerfG inde context van het Unierecht', *TvCR* 2015, p. 179-191

Wissink, Duijkersloot & Widdershoven 2014

Laura Wissink, Ton Duijkersloot, Rob Widdershoven, 'Shifts in Competences between Member States and the EU in the New Supervisory System for Credit Institutions and their Consequences for Judicial Protection', *Utrecht Law Review*, Vol. 10, issue 5, December 2014, p. 92-115

De Wit & Harari 2014

A.L.J. de Wit en M. Harari, 'Het gesloten geheimhoudingssysteem van de Wft, een doorgeslagen waarborg?', *Tijdschrift voor financieel recht* 2014, p. 164-169