

Wetgevingsbrieven 2023 van de AFM en DNB

Ondernemingsrecht 2024/2

De wetgevingsbrieven van de AFM en DNB bevatten dit jaar een aantal opmerkelijke wetgevingswensen, die soms gericht zijn op ingrijpende wijzigingen in financiële toezichtwetgeving. Zo wenst de AFM de civielrechtelijke basis van het verslaggevingtoezicht te wijzigen naar een bestuursrechtelijke basis. Ook wil de AFM de zogenoemde ‘toezegging’, een handhavinginstrument dat reeds is opgenomen in de Wet handhaving consumentenbescherming, introduceren in andere toezichtdomeinen. Verder kan de wens van de AFM om een wettelijke meldplicht te introduceren voor pensioenuitvoerders bij fouten in de informatieverstrekking aan pensioendeelnemers, aanmerkelijke gevolgen hebben in het kader van de nieuwe pensioenwetgeving. De wetgevingsbrief van DNB bevat onder meer een wens voor een verplichting tot het vestigen van een dochteronderneming voor bepaalde beleggingsondernemingen uit een derde land. Deze wens gaat verder dan de lidstaatoptie waar Nederland gebruik van heeft gemaakt. Verder valt op dat een aantal wetgevingswensen niet grondig is onderbouwd. Hierdoor zijn het nut, de noodzaak en/of de wenselijkheid van de wetgevingswensen niet altijd duidelijk.

1. Inleiding

Op 7 juni 2023 zijn de jaarlijkse wetgevingsbrieven van de AFM en DNB gepubliceerd.² In de wetgevingsbrieven wijzen de toezichthouders op door hen geconstateerde knelpunten in financiële toezichtwet- en regelgeving en doen zij voorstellen aan de minister van Financiën en de minister voor Armoedebeleid, Participatie en Pensioenen om deze knelpunten te redresseren. De wetgevingswensen en de reactie van de ministers daarop geven een inkijkje in wat de financiële sector en effectenuitgevende instellingen mogelijk kunnen verwachten aan nieuwe nationale wet- en regelgeving.³ In deze bijdrage bespreek ik op hoofdlijnen de wetgevingswensen en de reactie van de betreffende

ministers. Bij een aantal wetgevingswensen plaats ik enkele kanttekeningen. Ik sluit af met een korte conclusie.

2. De wetgevingswensen van de AFM

De wetgevingswensen van de AFM zijn dit jaar onderverdeeld in drie thema's: (i) aansluiting bij Europese wetgeving; (ii) slagvaardigheid en effectiviteit van toezicht; en (iii) een gelijk speelveld tussen toezichtterreinen.⁴ De ministers lichten ten aanzien van een aantal wetgevingswensen toe dat een wetsvoorstel kan worden verwacht, terwijl bij andere wensen nog een slag om de arm wordt gehouden.

2.1 Aansluiting bij Europese wetgeving

2.1.1 Fundamentele wijziging van de Wet toezicht financiële verslaggeving

De eerste wetgevingswens van de AFM heeft betrekking op de Wet toezicht financiële verslaggeving (Wtfv). Kenmerkend voor de Wtfv is dat de AFM toezicht houdt op de inrichting van de financiële verslaggeving van effectenuitgevende instellingen, terwijl de handhaving plaatsvindt langs civielrechtelijke weg. De AFM wil dat de civielrechtelijke basis van het verslaggevingtoezicht wordt gewijzigd naar een bestuursrechtelijke basis. De reden hiervoor is dat de AFM wil beschikken over bepaalde bestuursrechtelijke bevoegdheden die zij niet of nauwelijks heeft op grond van de Wtfv, maar wel op grond van andere financiële toezichtwetten zoals de Wet op het financieel toezicht (Wft).⁵

Op grond van de Wtfv heeft de AFM de bevoegdheid om – net als iedere belanghebbende⁶ – een civielrechtelijke jaarrekeningprocedure te entameren bij de Ondernemingskamer (art. 2:447-448 BW jo. art. 4 lid 2-3 Wtfv). Verder kan de AFM via de Ondernemingskamer onder meer een nadere toelichting van de effectenuitgevende instelling afdwingen (art. 2:452 BW jo. art. 4 lid 1 Wtfv).⁷ Bij de totstandkoming van de Wtfv heeft de wetgever uitdrukkelijk gekozen voor aansluiting bij de toen al bestaande civielrechtelijke jaarrekeningprocedure en voor het niet toekennen van bestuursrechtelijke bevoegdheden aan de AFM.⁸ Een belangrijke reden was dat de materiële

1 Mr. I. (Ingrid) van der Klooster is senior professional support lawyer bij Stibbe te Amsterdam, wetenschappelijk docent en onderzoeker bij Erasmus School of Law en als fellow verbonden aan het International Center for Financial law & Governance (ICFG).

2 AFM, *Wetgevingsbrief 2023*, 4 mei 2023 en DNB, *Wetgevingsbrief 2023*, 11 mei 2023: <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2023/06/07/kamerbrief-wetgevingsbrieven-afm-en-dnb-2023>.

3 Minister van Financiën, *Kamerbrief wetgevingswensen AFM en DNB 2023*, 7 juni 2023: <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2023/06/07/kamerbrief-wetgevingsbrieven-afm-en-dnb-2023>. Minister voor Armoedebeleid, Participatie en Pensioenen, *Kamerbrief wetgevingswensen AFM*, 13 juni 2023: <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2023/06/14/kamerbrief-wetgevingswensen-afm>.

4 De AFM vraagt in de wetgevingsbrief van 2023 ook aandacht voor de wetgevingswensen van vorig jaar. Ik ga in deze bijdrage niet of nauwelijks in op deze wetgevingswensen.

5 In het toezicht op de *tijdige* naleving van de voorschriften voor financiële verslaggeving op grond van de Wft, beschikt de AFM wel over bestuursrechtelijke onderzoeks- en handhavingbevoegdheden.

6 De advocaat-generaal is bevoegd tot het indienen van een verzoek in het openbaar belang.

7 Zie ook de bevoegdheid van de AFM op grond van art. 2:454 BW jo. art. 4 lid 2-3 Wtfv.

8 *Kamerstukken II 2005/06*, 30336, nr. 3, p. 5-8. Het ontbreekt mij aan ruimte in deze bijdrage om in te gaan op alle overwegingen van de wetgever voor de civielrechtelijke structuur van de Wtfv en het niet toekennen van bestuursrechtelijke bevoegdheden aan de AFM.

rechtspraak over de verslaggevingsvoorschriften hierdoor geconcentreerd zou blijven bij de Ondernemingskamer die bovendien over de nodige deskundigheid beschikt.⁹ Een andere overweging van de wetgever was dat de AFM in het toezicht op de naleving van de verslaggevingsvoorschriften een *terughoudende* toezichtrol moet vervullen.¹⁰

Na de inwerkingtreding van de Wtftv zijn (ingrijpende) wijzigingen aangebracht in de wet, waarbij veelal geen rekening is gehouden met de keuze van de wetgever om handhaving alleen langs civielrechtelijke weg te laten plaatsvinden.¹¹ De wijzigingen hebben onder meer geleid tot bestuursrechtelijke handhavingsbevoegdheden voor de AFM.¹² Hierdoor kan de AFM een verzoek om een nadere toelichting over de financiële verslaggeving – en de medewerkingsplicht¹³ – af dwingen door een last onder bestuursdwang.¹⁴

In de wetgevingsbrief van 2023 vraagt de AFM om de civielrechtelijke basis van de Wtftv te wijzigen in een bestuursrechtelijke basis. De AFM geeft aan dat dit onder meer van belang is om *zelfstandig* te kunnen beschikken over de onderzoeksbevoegdheden die zijn opgenomen in de door ESMA uitgevaardigde ‘*Guidelines on enforcement of financial information*’.¹⁵ Indien de wetgever hiertoe niet of nog niet overgaat, wil de AFM kunnen beschikken over de bestuursrechtelijke bevoegdheid om van eenieder inlichtingen en inzage van zakelijke gegevens en bescheiden te kunnen vorderen door uitbreiding van art. 2 Wtftv.¹⁶ Dit is volgens de AFM van belang om niet slechts een marginale maar een inhoudelijke toetsing van de verslagge-

vingvoorschriften te kunnen verrichten.¹⁷ De minister geeft in haar reactie te kennen dat de huidige inrichting van de Wtftv en de bevoegdheden van de AFM in dit kader opnieuw zullen worden bekeken.

Wanneer de door de AFM gewenste wijzigingen tot stand komen, wordt afstand gedaan van de oorspronkelijke uitgangspunten van de Wtftv. Hiervoor is een grondige onderbouwing noodzakelijk, waarbij ook de terughoudende rol van de AFM in het toezicht op de inrichting van de financiële verslaggeving moet worden meegenomen.

2.1.2 *Verslaggevingstoezicht op naleving art. 8 Taxonomieverordening door effectenuitgevende instellingen*

Sinds 1 januari 2022 moeten vrijwel alle grote organisaties van openbaar belang¹⁸ – waaronder effectenuitgevende instellingen – rapporteren over hoe en in welke mate de activiteiten van de onderneming verband houden met economische activiteiten die als ‘ecologisch duurzaam’ kunnen worden aangemerkt (art. 8 Taxonomieverordening¹⁹). De AFM vraagt aan de minister om art. 8 Taxonomieverordening op te nemen in art. 2 Wtftv. Dit artikel bevat de verslaggevingsvoorschriften aan welke de AFM kan toetsen of een effectenuitgevende instelling deze correct heeft toegepast, zoals de voorschriften ingevolge art. 5:25c lid 2 Wft. Het consultatievoorstel voor de Wet implementatie richtlijn duurzaamheidsrapportage dat onlangs werd gepubliceerd, bevat een aanpassing van art. 5:25c Wft waarin de voorschriften op grond van art. 8 Taxonomieverordening zijn opgenomen.²⁰

2.1.3 *Aanpassen van de definitie van ‘financiële dienst of activiteit’ in de Wet handhaving consumentenbescherming*

Cryptoactivadiensten vallen niet binnen de reikwijdte van de definitie ‘financiële dienst of activiteit’ in art. 1.1 Wet handhaving consumentenbescherming (Whc), voor zover daarbij sprake is van cryptoactiva die niet kwalificeren als financieel instrument of financieel product. De AFM wil dat de reikwijdte van de definitiebepaling wordt aangepast.

De definitie van het begrip ‘financiële dienst of activiteit’ zorgt voor de afbakening van de bevoegdheden van de

9 Het belang hiervan wordt geïllustreerd door een recente uitspraak van de Ondernemingskamer: Hof Amsterdam 10 augustus 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:1971. Zie ook: ‘Waakhond AFM ligt plots zelf onder vuur om uitleg boekhoudregels’, *Het Financieele Dagblad* 20 augustus 2023.

10 In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel voor de Wtftv wordt de terughoudende rol van de AFM om meerdere redenen bepleit (*Kamerstukken II* 2005/06, 30336, nr. 3, p. 7). Zie nader hierover J.B.S. Hijink, *Publicatieverplichtingen voor beursvennootschappen (Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 74)* (diss. UvA), Deventer: Kluwer 2010, p. 465.

11 Het resultaat van de wijzigingen is “een slecht doordachte lapjesdeken waar zo af en toe een stuk aan wordt gebreid”, aldus M.W. Josephus Jitta, ‘Het breien van een lapjesdeken’, *TvJ* 2013, nr. 5, p. 114-118. Zie ook J.B.S. Hijink, ‘De staat van het Wtftv-bouwsel: over funderingen, riskante verbouwingen en de toekomstbestendigheid ervan’, in: C.D.J. Bulten e.a. (red.), *Mariusus gemanoteerd. Opstellen aangeboden aan mr. M.W. Josephus Jitta (Serie Van der Heijden Instituut nr. 133)*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 141-155.

12 Wet op het accountantsberoep (*Stb.* 2012, 680) en Wet van 3 maart 2021 tot wijziging van de Algemene wet bestuursrecht en enkele andere wetten in verband met het nieuwe omgevingsrecht en nadeelcompensatierecht (*Stb.* 2021, 135).

13 In art. 2 lid 6 Wtftv is een verwijzing opgenomen naar de bestuursrechtelijke medewerkingsplicht ex art. 5:20 lid 1 Awb (en een verwijzing naar art. 5:13 Awb) (*Stb.* 2012, 680). Zie kritisch over deze wijziging M.W. Josephus Jitta, ‘Het breien van een lapjesdeken’, *TvJ* 2013, nr. 5, p. 114-115.

14 Art. 2 lid 7 Wtftv (*Stb.* 2021, 135). Zie kritisch over deze wijziging: M.W. Josephus Jitta, ‘Een nieuwe omgeving voor de Wtftv’, *Ondernemingsrecht* 2020/94.

15 ESMA, *Guidelines on enforcement of financial information*, onderdeel 39, p. 15: <https://www.esma.europa.eu/document/guidelines-enforcement-financial-information-1>. Zie over de rol van ESMA in het toezicht op de inrichting van de financiële verslaggeving: J.B.S. Hijink, ‘Toezicht op financiële verslaggeving door de AFM en ESMA’, in: J.B.S. Hijink e.a. (red.), *Handboek Jaarrekeningrecht (Serie Van der Heijden Instituut nr. 164)*, Deventer: Wolters Kluwer 2020/43.5.

16 Vgl. art. 1:74 Wft.

17 AFM, *Reactie op het consultatievoorstel voor de Wet implementatie richtlijn duurzaamheidsrapportering*, 7 september 2023: <https://www.afm.nl/nl-nl/sector/actueel/2023/september/afm-reactie-consultatie-csr-d>. De AFM heeft de wetgevingswens nader toegelicht in deze consultatiereactie.

18 Dit zijn (onder meer) effectenuitgevende instellingen met een gemiddeld aantal werknemers van meer dan 500 over het boekjaar en daarnaast (i) een balanstotaal van meer dan € 20 miljoen of (ii) een netto-omzet van meer dan € 40 miljoen.

19 Verordening (EU) 2020/852 (*PbEU* 2020 L 198/13).

20 Te vinden op:

<https://www.internetconsultatie.nl/implementatiewetduurzaamheidsrapportering/b1>.

AFM²¹ ten opzichte van die van de ACM²² onder de Whc. Dit betekent dat de ACM – en niet de AFM – belast is met het toezicht op en de handhaving van bepaalde consumentenbeschermingsregels bij cryptoactivadiensten die niet vallen binnen de reikwijdte van de definitie van ‘financiële dienst of activiteit’. De AFM wil dat de reikwijdte van de definitie wordt uitgebreid, opdat niet de ACM maar de AFM de bevoegde autoriteit is voor dergelijke cryptoactivadiensten.

De minister is positief over deze wetgevingswens, omdat de AFM ook als bevoegde autoriteit zal worden aangewezen voor de uitvoering en de handhaving van de Verordening betreffende markten in cryptoactiva (beter bekend onder de Engelse afkorting ‘MiCAR’).^{23, 24} De minister stelt dat de aanpassing van de reikwijdte van de definitie ‘financiële dienst of activiteit’ zal worden opgenomen in het implementatietraject van de MiCAR dan wel in een afzonderlijk wetgevingstraject tot wijziging van de Whc.²⁵

Omdat de AFM toezicht zal houden op cryptoactivadiensten die vallen onder de reikwijdte van MiCAR, is de door de AFM gewenste uitbreiding van de definitie van ‘financiële dienst of activiteit’ in de Whc vooral relevant indien sprake is van een inbreuk op consumentenbeschermingsregels bij cryptoactivadiensten die niet onder de reikwijdte van MiCAR of andere specifieke toezichtrechtelijke wetgeving vallen, of een uitzondering of vrijstelling van toepassing is. Na het uitbreiden van de definitie van ‘financiële dienst of activiteit’, kan de AFM – in plaats van de ACM – als bevoegde toezichthouder hiertegen optreden.

Verder is de aanpassing van de reikwijdte van de definitie van ‘financiële dienst of activiteit’ van belang om (in theorie) een samenloop in bevoegdheden tussen de AFM en de ACM te voorkomen. De AFM geeft in haar wetgevingsbrief een voorbeeld van een cryptoactivadienst – die valt onder de reikwijdte van MiCAR – waarbij misleidende informatie wordt verstrekt. De AFM kan dan, na het van toepassing worden van MiCAR, handhavend optreden op grond van MiCAR, terwijl de ACM – op basis van de huidige taakverdeling – kan handhaven op grond van de Whc. Door

het aanpassen van de definitie van ‘financiële dienst of activiteit’ wordt een samenloop van bevoegdheden bij een dergelijke cryptoactivadienst voorkomen.

2.2 Slagvaardigheid en effectiviteit van het toezicht

2.2.1 Uitbreiding van het handhavingsinstrumentarium met de toezegging

In het streven naar slagvaardig en effectief toezicht zoekt de AFM naar nieuwe handhavingsinstrumenten, waarmee zij snel(ler) kan optreden tegen overtredingen of overtredingen kan voorkomen. De zogenoemde ‘toezegging’, een formeel handhavingsinstrument dat reeds is opgenomen in de Whc, kan volgens de AFM hieraan bijdragen. De AFM wil samen met de minister van Financiën verkennen hoe de toezegging kan worden uitgebreid naar andere toezichtdomeinen.

Een toezegging in het kader van de Whc is een verklaring van een overtreder waarin wordt toegezegd dat een (nationale) inbreuk of een inbreuk binnen de EU op consumentenbeschermingsregels zal worden gestaakt. Op grond van de Whc heeft de AFM de bevoegdheid om een toezegging van een overtreder openbaar te maken.²⁶ Het voordeel van een toezegging is, volgens de AFM, de ‘vrijwillige’ medewerking van een onder toezicht staande instelling omdat de instelling de toezegging zelf doet in afstemming met de toezichthouder. Hierdoor ontstaan kortere tijdlijnen waardoor de AFM als toezichthouder slagvaardiger kan optreden. Daarnaast kan een toezegging leiden tot gedragsverandering op korte termijn en wordt de consument eerder geholpen, aldus de AFM. De AFM zal de doelmatigheid van een toezegging ten opzichte van een bestuurlijke sanctie of maatregel beoordelen aan de hand van de aard van de overtreding, het naleven van het wettelijk voorschrift en de controleerbaarheid van de toezegging.

De toezegging is een formele toezichtmaatregel die afwijkt van andere handhavingsinstrumenten in de Whc. Het verkrijgen of aanvaarden van een toezegging door de toezichthouder is namelijk geen besluit in de zin van art. 1:3 Awb, zodat daartegen – in tegenstelling tot formele handhavingsmaatregelen die wel bij besluit worden ingezet – geen bezwaar en beroep openstaat. Het afwijkende handhavingsinstrument vloeit voort uit Verordening (EU) 2017/239 (bekend als ‘CPC-verordening’), waarin is voorgeschreven dat bevoegde consumentenautoriteiten dienen te beschikken over de bevoegdheid tot het verkrijgen of aanvaarden van een toezegging.²⁷

21 Art. 3.1 lid 1-2 Whc. Zie voor een overzicht van de bevoegdheden van de AFM onder de Whc: C.W.M. Lieverse, ‘Wet handhaving consumentenbescherming: de rol en het speelveld van de AFM’, *FR* 2022, nr. 5, p. 109-119.

22 Art. 2.3 lid 2 Whc.

23 MiCAR reguleert (i) het aanbieden van bepaalde cryptoactiva aan het publiek en het toelaten van die cryptoactiva tot een handelsplatform voor cryptoactiva; en (ii) het aanbieden van bepaalde cryptoactivadiensten. MiCAR is volledig van toepassing vanaf 30 december 2024. Enkele onderdelen zijn van toepassing vanaf 30 juni 2024. Zie Verordening (EU) 2023/1114 (*PbEU* 2023 L 150) (‘MiCAR’).

24 In het consultatievoorstel voor de Uitvoeringswet verordening cryptoactiva worden de AFM en DNB aangewezen als bevoegde toezichthouders. DNB zal toezicht houden op de uitgifte van asset-referenced tokens (ART’s) en e-money tokens (EMT’s). De AFM wordt de toezichthouder ten aanzien van de overige onderdelen van MiCAR, zoals de uitgifte van (ongedekte) cryptoactiva en het aanbieden van bepaalde cryptoactivadiensten: <https://www.internetconsultatie.nl/verordeningmica/b1>.

25 Het consultatievoorstel voor de Uitvoeringswet verordening cryptoactiva voorziet niet in een wijziging van de Whc.

26 Art. 3.4a lid 1 Whc. De AFM vermeldt op haar website dat zij een toezegging in beginsel altijd openbaar maakt via een persbericht: <https://www.afm.nl/nl-nl/over-de-afm/maatregelen/welke-maatregelen>. Op grond van art. 12h Instellingswet ACM kan de ACM een toezegging bindend verklaren, waardoor de mogelijkheid voor de ACM vervalt om een bestuurlijke boete of een last onder dwangsom op te leggen aan die partij.

27 Art. 9 lid 4 onderdeel b jo. art. 9 lid 1 Verordening (EU) 2017/2394 (*PbEU* 2017 L 345) (‘Consumer Protection Cooperation Regulation’).

Ik vraag mij af of het introduceren van de toezegging in andere toezichtdomeinen dan de Whc wenselijk is. Onder toezicht staande instellingen zullen omwille van het belang van een goede toezichtrelatie met de toezichthouder en/of het voorkomen van de inzet van andere formele handhavinginstrumenten geneigd kunnen zijn om snel toe te geven aan het doen van een toezegging.²⁸ De vrijwilligheid van de instelling – zoals de AFM suggereert in de wetgevingswens – om mee te werken aan een toezegging in afstemming met de toezichthouder, zal in de praktijk dan ook wellicht niet zo worden ervaren door de betreffende instelling die de toezegging doet.

De minister wijst de AFM terug naar de tekentafel. Het introduceren van de toezegging als alternatief handhavinginstrument in financiële toezichtwetgeving, vereist een grondige onderbouwing met een zorgvuldige afweging tussen het belang van slagvaardig toezicht en het belang van bestuursrechtelijke rechtsbescherming. Het spreekt vanzelf dat in dit verband ook het nut en de noodzaak van een alternatieve formele handhavingmaatregel moeten worden toegelicht. De gereedschapskist van de AFM is immers al goed gevuld met formele en informele handhavinginstrumenten, die voldoende mogelijkheden bieden om effectief in te grijpen en te handhaven.²⁹

2.2.2 Actualiseren van de uitbestedingsregels in het Besluit Gedragtoezicht financiële ondernemingen Wft

Uitbesteding komt veel voor in de financiële sector. Dat heeft voordelen, zoals kostenbesparing of het optimaliseren van de bedrijfsprocessen, maar brengt ook risico's met zich mee. Eén van de risico's is dat een uitbestedende financiële onderneming minder zicht heeft op de uitbestede werkzaamheden en eventuele risico's. Een ander risico is dat een toezichthouder door de uitbesteding onvoldoende toezicht kan houden.³⁰

De AFM constateert aan de hand van signalen en incidenten dat uitbesteding door financiële dienstverleners³¹ niet altijd goed functioneert.³² De AFM stelt daarom voor om de uitbestedingsregels voor financiële dienstverleners in het Be-

sluit Gedragtoezicht financiële ondernemingen Wft (BGfo) te actualiseren, om voldoende toezicht te kunnen houden op uitbesteding door financiële dienstverleners.³³ De AFM wil met name dat financiële dienstverleners wettelijk verplicht worden een register bij te houden van uitbestede werkzaamheden, uitbestedingen worden vastgelegd in een schriftelijke overeenkomst en risicomangement plaatsvindt met betrekking tot uitbestede werkzaamheden. De minister geeft aan dat zij deze wetgevingswens van de AFM zal bekijken in samenhang met de wensen van DNB op dit gebied om ervoor te zorgen dat de wettelijke uitbestedingsregels zoveel mogelijk op elkaar aansluiten.³⁴

2.3 Gelijk speelveld tussen toezichtterreinen

2.3.1 Schrappen van de driejaarlijkse betrouwbaarheidstoets op grond van de Wet financiële markten BES en het Besluit financiële markten BES

De betrouwbaarheid van (mede)beleidsbepalers van onder toezicht staande financiële ondernemingen op de BES-eilanden³⁵ of van personen die toezicht houden op de algemene gang van zaken van de betreffende financiële onderneming (hierna: 'interne toezichthouders') moet buiten twijfel staan op grond van de Wet financiële markten BES (Wfm BES).³⁶ De betrouwbaarheid van deze personen wordt getoetst door de vergunningverlenende toezichthouder, de AFM of DNB, voordat zij hun functie mogen uitoefenen en vervolgens elke drie jaar of eerder wanneer bijzondere omstandigheden daartoe aanleiding geven.³⁷ Dit geldt ook voor houders van een gekwalificeerde deelneming die het beleid van een financiële onderneming (kunnen) (mede)bepalen.³⁸

De AFM wil de driejaarlijkse herbeoordeling van de betrouwbaarheid laten vervallen. De toegevoegde waarde van de herbeoordeling is volgens de AFM beperkt, terwijl de uitvoering daarvan bewerkelijk is en veel tijd kost. Ook staat de herbeoordeling van de betrouwbaarheid haaks op het gelijke speelveld dat de AFM wil bevorderen. Op grond van de Wft wordt de betrouwbaarheid van (mede)beleidsbepalers, interne toezichthouders en bepaalde houders van gekwalificeerde deelnemingen in financiële ondernemingen met zetel in Nederland éénmaal getoetst,

28 Zie over de lage procesbereidheid van onder toezicht staande instellingen: S.M.C. Nuijten & R. Stijnen, *Rechterlijke toetsing van besluiten en handelingen van de AFM en DNB: trends en analyses (Preadvis voor de Vereniging voor Financieel Recht 2018)* (Serie Van der Heijen Instituut nr. 155), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 26-59.

29 Zie anders: M. Nelemans & C.A. Doets, 'Richting toekomstbestendig handhavingbeleid van de financiële toezichthouders', *TBS&H* 2020, p. 57-62. De auteurs pleiten voor een toekomstbestendig handhavingbeleid van de financiële toezichthouder met meer mogelijkheden voor flexibele en consensuele afdoeningsmogelijkheden, zoals de mogelijkheid van een toezeggingsbesluit of vergelijkbare afdoeningsvormen.

30 Het uitbesteden van werkzaamheden mag geen belemmering vormen voor adequaat toezicht (art. 37 BGfo en art. 27 lid 1 Bpr).

31 Ik neem aan dat de AFM het begrip 'financiële dienstverlener' bedoelt (art. 1:1 Wft).

32 Zie bijvoorbeeld AFM, *Uitbesteding diensten kent risico's voor dienstverleners en klanten*, 28 juni 2021: <https://www.afm.nl/nl-nl/sector/actueel/2021/juni/uitbesteding-diensten-dienstverleners>.

33 Een financiële dienstverlener die werkzaamheden uitbestedt aan een derde moet op grond van art. 4:16 lid 1 Wft ervoor zorgdragen dat deze derde zich aan de regels houdt die van toepassing zijn op die werkzaamheden. Op grond van art. 37 BGfo mag een financiële dienstverlener niet overgaan tot het uitbesteden van werkzaamheden indien dat een belemmering vormt voor een adequaat toezicht op de naleving van Deel 4 van de Wft.

34 De wetgevingswensen van DNB met betrekking tot uitbesteding zijn mij niet bekend.

35 De BES-eilanden (Bonaire, Sint Eustatius en Saba) hebben de status van openbaar lichaam binnen het Koninkrijk der Nederlanden. Op grond van de Wft BES is de AFM verantwoordelijk voor het gedragtoezicht en is DNB verantwoordelijk voor het integriteitstoezicht en, deels in samenwerking met de Centrale Bank van Curaçao en Sint Maarten, voor het prudentieel toezicht.

36 Art. 3:4 lid 1 Wfm BES.

37 Art. 3:1 lid 3 Besluit financiële markten BES jo. art. 3:4 lid 3 Wfm BES.

38 Art. 3:29 jo. art. 3:28 lid 1 Wfm BES.

tenzij een wijziging in relevante feiten en omstandigheden een redelijke aanleiding geeft voor een nieuwe beoordeling.³⁹ Overigens is de periodieke betrouwbaarheidstoets, volgens de toelichting bij het Besluit financiële markten BES, juist tot stand gekomen om aan te sluiten bij de bestaande praktijk van Curaçao en Sint Maarten waar ook is voorzien in een periodieke betrouwbaarheidstoets.⁴⁰

De minister geeft aan dat DNB de wetgevingswens van de AFM ondersteunt en dat zij met beide toezichthouders in gesprek zal gaan over de aanpassing van de relevante wet- en regelgeving.

2.3.2 Meldplicht in de Pensioenwet

De AFM heeft twee wetgevingswensen op het gebied van pensioentoezicht. De eerste wetgevingswens is een wettelijke meldplicht voor pensioenuitvoerders⁴¹ wanneer fouten in de informatieverstrekking aan deelnemers⁴² zijn gemaakt. De AFM meent dat dit van belang is om een goed overzicht te hebben van dergelijke fouten en eventuele kwetsbaarheden in de pensioensector bloot te leggen. Verder leidt het ontbreken van een wettelijke meldplicht, volgens de AFM, tot een ongelijk speelveld omdat een aantal pensioenuitvoerders zich al vrijwillig meldt bij de AFM bij fouten in de informatieverstrekking.⁴³ Het ontbreken van een wettelijke verplichting zou kunnen leiden tot een afnemende bereidheid bij pensioenuitvoerders om vrijwillig meldingen te doen, aldus de AFM. Een oplossing zou kunnen zijn om vaker periodieke uitvragen te doen over de hele sector, maar de AFM geeft aan dat dit onnodig veel lasten geeft voor de sector. De wetgevingswens is gericht aan de minister voor Armoedebeleid, Participatie en Pensioenen en zij stelt dat onderzocht zal worden hoe een dergelijke meldplicht vormgegeven kan worden.

Hoewel dit niet expliciet blijkt uit de wetgevingsbrief, zal de wetgevingswens van de AFM ook samenhangen met de uitbreiding van de informatieverplichtingen voor pensioenuitvoerders op grond van de Wet toekomst pensioenen.⁴⁴ Pensioenuitvoerders moeten correcte, duidelijke en evenwichtige informatie tijdig verstrekken of beschikbaar

stellen.⁴⁵ Sinds 1 juli 2023 moeten pensioenuitvoerders ook ervoor zorgdragen dat de informatie inzicht geeft in de gevolgen van een keuze of een combinatie van keuzes voor het pensioen.⁴⁶ Dat is van belang omdat in het nieuwe pensioenstelsel het pensioen persoonlijker en transparanter moet worden.⁴⁷ Dit leidt tot meer keuzemogelijkheden en een grotere eigen verantwoordelijkheid voor deelnemers. Gelet op de keuzes die deelnemers moeten maken en de pensioenrisico's die daarmee gepaard gaan, heeft de Wet toekomst pensioenen ook een activeringsplicht⁴⁸ en keuzebegeleidingsplicht⁴⁹ voor pensioenuitvoerders geïntroduceerd. De activeringsplicht houdt in dat een pensioenuitvoerder bevordert dat de verstrekte informatie aanzet tot relevante actie door de deelnemer, zoals het nagaan of er later voldoende pensioen is.⁵⁰ De keuzebegeleidingsplicht houdt in dat deelnemers op een adequate wijze worden begeleid bij het maken van een keuze binnen de pensioenovereenkomst alsmede dat de keuzeomgeving zodanig wordt ingericht om daarmee de deelnemer in staat te stellen een passende keuze te maken.⁵¹ De AFM houdt toezicht op de informatieplicht, de activeringsplicht en de keuzebegeleidingsplicht.

Kortom, in het nieuwe pensioenstelsel is het van belang dat pensioenuitvoerders (nog meer) aandacht besteden aan het verstrekken van informatie aan deelnemers. De gewenste wettelijke meldplicht moet ertoe leiden dat fouten in de informatieverstrekking door pensioenuitvoerders worden gemeld bij de AFM. Daarom is van belang wat wordt verstaan onder een 'fout' in de informatieverstrekking en/of welke fouten onder het bereik van de meldplicht zullen vallen. Enig houvast biedt wellicht het rapport van de AFM met de resultaten van een onderzoek naar de naleving door pensioenuitvoerders van communicatievereisten bij een zogenaamd indexatiebesluit.⁵² Uit het onderzoek bleek dat een derde van de onderzochte pensioenfondsen niet (volledig) voldeed aan de wettelijke informatieverplichtingen. Dit leidde voor de betreffende pensioenfondsen tot informele handhavingsmaatregelen.⁵³ In het rapport heeft de AFM aanbevelingen gedaan om de

39 Art. 3:9 lid 2 art. 4:10 lid 2 Wft.

40 Besluit financiële markten BES, *Stb.* 2012, 238, p. 80.

41 Een pensioenuitvoerder is een ondernemingspensioenfonds, een bedrijfstakpensioenfonds, een algemeen pensioenfonds, of een premiepensioeninstelling of verzekeraar die zetel heeft in Nederland (art. 1 PW).

42 Een deelnemer is de werknemer of gewezen werknemer die op grond van een pensioenovereenkomst pensioenaanspraken verwerft jegens een pensioenuitvoerder (art. 1 PW).

43 De AFM heeft een bestuurlijke boete opgelegd aan Nationale-Nederlanden (NN) naar aanleiding van een (vrijwillige) melding van NN. De boete is opgelegd omdat NN niet-correcte pensioeninformatie heeft verstrekt en heeft nagelaten om deelnemers bij de start, beëindiging of wijziging van hun pensioenregeling tijdig de wettelijk verplichte informatie te versturen: <https://www.afm.nl/nl-nl/sector/actueel/2023/augustus/boete-nn>.

44 Wet toekomst pensioenen, *Stb.* 2023, 216. De Wet toekomst pensioenen is gedeeltelijk in werking getreden op 1 juli 2023 (*Stb.* 2023, 218). Zie over deze wet, onder meer, R.H. Maatman, 'Wet toekomst pensioenen naar Eerste Kamer: selecte vraagstukken', *Ondernemingsrecht* 2023/24.

45 Art. 48 lid 1 PW.

46 Art. 48 lid 3 PW.

47 *Kamerstukken II* 2021/22, 36067, nr. 3, onder meer p. 7-8 en 11.

48 Art. 48 lid 4 PW.

49 Art. 48a PW.

50 *Kamerstukken II* 2021/22, 36076, nr. 3, p. 158.

51 Zie nader over de keuzebegeleidingsplicht: R.H. Maatman & K.W.H. Broekhuizen, 'Welke keuzebegeleiding kiest u?', *TPV* 2023/15 en R.H. Maatman, 'Pensioenfonds en polsstokverspringen', *PM* 2023/36.

52 Het indexatiebesluit wordt gezien als het eerste tastbare gevolg van de wijziging van het pensioenstelsel. De AFM zag dit als een lakmoesproef voor de wijze waarop pensioenuitvoerders tijdens de pensioen transitie richting deelnemers zullen communiceren over de gevolgen van hun besluit. Zie: AFM, *Betere uitleg over mogelijke gevolgen pensioenverhogingen nodig. Onderzoek naar de naleving van communicatie-eisen bij indexatie van pensioenen*, 28 maart 2023: <https://www.afm.nl/nl-nl/sector/actueel/2023/maart/communicatie-over-indexatie>.

53 Zie AFM, *Communicatie versoepelde indexatie soms onder de maat*, 18 april 2023: <https://www.afm.nl/nl-nl/sector/actueel/2023/april/tb-communicatie-indexatie>.

communicatie te verbeteren. Ook heeft de AFM inmiddels een aantal leidraden gepubliceerd waarin handvatten worden gegeven aan pensioenuitvoerders, waaronder een leidraad communicatie en een leidraad keuzebegeleiding.⁵⁴

Wellicht ten overvloede merk ik op dat het melden van fouten in de informatieverstrekking kan leiden tot formele en informele handhavingsmaatregelen door de AFM, die op hun beurt weer een toezichtantecedent vormen voor de (mede)beleidsbepalers en interne toezichthouders van het desbetreffende pensioenfonds.⁵⁵ Ook kan het melden van fouten van betekenis zijn in een civiele procedure over onvolledige of onjuiste informatievoorziening aan pensioendeelnemers.⁵⁶ Of een wettelijke meldplicht ertoe zal leiden dat alle pensioenuitvoerders fouten in de informatieverstrekking proactief zullen melden, moet worden afgewacht.

2.3.3 *Wettelijke grondslag voor datarapportages tweedepijlerpensioenen door pensioenuitvoerders (datagedreven toezicht)*

De tweede wetgevingswens van de AFM op het gebied van pensioentoezicht ziet op een specifieke wettelijke grondslag voor reguliere datarapportages aan de AFM over tweedepijlerpensioenen door pensioenuitvoerders, ook wel 'datagedreven toezicht' genoemd.

Datagedreven toezicht is één van de speerpunten van de AFM.⁵⁷ Dat blijkt ook uit eerdere wetgevingsbrieven, waarin de AFM de wens uitte om een wettelijke grondslag te creëren voor datagedreven toezicht bij (i) niet-OOB-accountantsorganisaties; (ii) handelsplatformen met betrekking tot handelsorderdata van obligaties; en (iii) financiële dienstverlening.⁵⁸ In de wetgevingsbrief van 2023 worden datarapportages door pensioenuitvoerders over tweedepijlerpensioenen aan dit rijtje toegevoegd. Omdat de AFM door datagedreven toezicht meer informatie wil uitvragen, ontvangen en verwerken dan op basis van het huidige toezichtkader mogelijk is, is hiervoor een bredere wettelijke grondslag noodzakelijk.

54 AFM, *Leidraad Keuzebegeleiding*, 1 juli 2023, en AFM, *Leidraad Communicatie*, 1 juli 2023:

<https://www.afm.nl/nl-nl/sector/actueel/2023/juli/tb-leidraden-actief>.

55 De AFM heeft op 28 juli 2023 aan Nationale-Nederlanden een bestuurlijke boete opgelegd van € 425.000. De AFM heeft de boete opgelegd omdat de verzekeringsmaatschappij incorrecte en te late informatie over pensioenen verstrekte. NN heeft de fouten zelf gemeld. Zie AFM, *Boete Nationale-Nederlanden voor onjuiste en te late pensioeninformatie*, 7 augustus 2023: <https://www.afm.nl/nl-nl/sector/actueel/2023/augustus/boete-nn>.

56 Door de aanscherping van de informatieplicht, de keuzebegeleidingsplicht en de activeringsplicht nemen ook de zorgplichten voor pensioenuitvoerders toe.

57 Zie bijvoorbeeld: AFM, *Strategie 2023-2026*: <https://www.afm.nl/nl-nl/over-de-afm/verslaglegging/strategie>.

58 AFM, *Wetgevingsbrief 2022*, 28 maart 2022, p. 11-12: <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2022/04/14/wetgevingsbrief-afm-2022>. AFM, *Wetgevingsbrief 2021*, 30 maart 2021, p. 3-6: <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2021/04/21/kamerbrief-wetgevingswensen-dnb-en-afm>.

De AFM verwacht dat zij door het analyseren van meer data in staat zal zijn "om meer risico's te zien, fijnmaziger naar de markt te kijken en interventies nog beter te onderbouwen".⁵⁹ Dit zal de effectiviteit en de efficiëntie van het toezicht bevorderen, aldus de AFM. In de literatuur zijn de nodige kanttekeningen geplaatst bij datagedreven toezicht.⁶⁰ De kanttekeningen spitsen zich toe op de effectiviteit, kwaliteit, proportionaliteit, de bescherming van persoonsgegevens, en de mogelijkheid dat datagedreven toezicht de mate waarin de AFM informeel kan handhaven – ook van niet-wettelijke normen – kan vergroten.

In de wetgevingsbrief van 2023 meldt de AFM dat de minister van Financiën inmiddels bezig is met het voorbereiden van een voorstel om de bevoegdheid tot datagedreven toezicht "beter in te bedden". De minister voor Armoedebeleid, Participatie en Pensioenen is terughoudender in haar reactie op de wetgevingswens van de AFM. De minister geeft aan dat zij in beginsel geen noodzaak ziet om te onderzoeken wat de toegevoegde waarde is van een aanvullende wettelijke grondslag voor datarapportages. Wel staat de minister open om met de AFM het gesprek hierover aan te gaan.

3. De wetgevingswensen van DNB

De wetgevingswensen van DNB richten zich op (i) een risicogebaseerde aanpak van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft); (ii) het toezicht op beleggingsondernemingen met een zetel in een derde land; (iii) een effectiever handhavingsinstrumentarium voor aanbieders van cryptoactivadiensten; en (iv) een versterking van het resolutieraamwerk voor verzekeraars.⁶¹

3.1 *Risicogebaseerde aanpak Wwft*

3.1.1 *Aanpassen Wwft-vereisten voor levensverzekeraars die natura-uitvaartverzekeringen aanbieden*

Natura-uitvaartverzekeraars – die uitsluitend het bedrijf van natura-uitvaartverzekeraar uitoefenen – vallen buiten de reikwijdte van de Wwft.⁶² Daarentegen moeten levensverzekeraars die – naast levensverzekeringen – natura-uitvaartverzekeringen sluiten en afwickelen, wel voldoen aan de vereisten die voortvloeien uit de Wwft.⁶³ DNB schat in dat de integriteitsrisico's bij natura-uitvaartverzekeringen beperkt zijn en wil daarom de Wwft-vereisten aanpassen voor deze levensverzekeraars. De minister laat in haar reactie weten dat zij de wenselijkheid van deze wetgevingswens en de mogelijkheden voor een dergelijke aanpassing zal onderzoeken.

59 AFM, *Wetgevingsbrief 2021*, 30 maart 2021, p. 3.

60 F.M.A. 't Hart, 'Datagedreven toezicht (Preventief fouilleren)', *FR* 2021, nr. 6, p. 191-192. Zie ook S.E. Machiels, P.M. van Vliet & N. Wolters Ruckert, 'Aandachtspunten bij het opvragen van gegevens van financiële instellingen door toezichthouders', *FR* 2021, nr. 11, p. 376-383.

61 DNB vraagt in de wetgevingsbrief ook aandacht voor de wetgevingswensen van vorig jaar. Ik ga in deze bijdrage niet in op deze wetgevingswensen.

62 Art. 1a lid 3 onderdeel g Wwft jo. art. 1:1 Wft.

63 Art. 1a lid 3 onderdeel g Wwft jo. art. 1:1 Wft.

De wetgevingswens is de eerste concrete suggestie van DNB voor een wetwijziging die moet bijdragen aan een meer risicogebaseerde aanpak van het tegengaan van financieel-economische criminaliteit. Aanleiding hiervoor is het rapport 'Van herstel naar balans' dat DNB publiceerde in september 2022.⁶⁴ In dit kader wil DNB onder meer eventuele knelpunten in wet- en regelgeving in kaart brengen en waar nodig wetgeving aanpassen.

3.2 Toezicht op beleggingsondernemingen met zetel in een derde land

3.2.1 Wettelijke verplichting voor het vestigen van een dochteronderneming door niet-EU/EER-beleggingsondernemingen die in Nederland actief zijn en een bepaalde significantie hebben bereikt

DNB vraagt de minister om een wettelijke verplichting te introduceren voor het vestigen van een dochteronderneming door een beleggingsonderneming uit een derde land die in Nederland actief is – zoals bedoeld in art. 2:99a en 2:99b Wft – en een bepaalde significantie heeft bereikt, bijvoorbeeld wegens de omvang van de omzet of het aantal klanten. DNB stelt dat zij niet adequaat toezicht kan houden op deze beleggingsondernemingen, terwijl het omvallen van dergelijke beleggingsondernemingen grote prudentiële gevolgen kan hebben voor de Nederlandse financiële markten of partijen die actief zijn op deze markten. DNB geeft geen toelichting op deze toezichtrisiko's, waardoor de aard en de omvang hiervan niet duidelijk zijn. De minister wijst de wens van DNB af, omdat eventuele toezichtrisiko's voldoende zijn afgedekt in de huidige wet- en regelgeving. Verder merkt de minister op dat de wetgevingswens van DNB leidt tot een barrière voor beleggingsondernemingen uit derde landen om toe te treden tot de Nederlandse markt, waarvan de noodzaak onvoldoende vaststaat.

Ten overvloede merk ik op dat de wetgevingswens van DNB ten aanzien van beleggingsondernemingen zoals bedoeld in art. 2:99a Wft verder gaat dan de lidstaatoptie in de richtlijn MiFID II⁶⁵ waar de Nederlandse wetgever gebruik van heeft gemaakt, namelijk het bijkantoorvereiste voor een beleggingsonderneming uit een derde land die in Nederland beleggingsdiensten verleent aan niet-professionele beleggers en opt-up professionele beleggers (het zogenaamde 'MiFID II-regime').⁶⁶

De wetgevingswens ten aanzien van beleggingsondernemingen zoals bedoeld in art. 2:99b Wft (het zogenaamde 'nationale regime') gaat verder dan het oorspronkelijke wetsvoorstel ter implementatie van MiFID II.⁶⁷ In dit wets-

voorstel was voor een beleggingsonderneming uit een derde land die in Nederland uitsluitend beleggingsdiensten wil verlenen aan in aanmerking komende tegenpartijen en per se professionele beleggers, naast de vergunningplicht ook een verplichting opgenomen om een bijkantoor te vestigen. Dit bijkantoorvereiste is vervallen in de nota van wijziging bij het wetsvoorstel en niet opgenomen in het huidige art. 2:99b Wft.⁶⁸

3.3 Effectiever handhavingsinstrumentarium voor aanbieders van cryptoactivadiensten

3.3.1 Boetecategorie toekennen aan art. 23g lid 1-2 Wwft

Aanbieders van wisseldiensten tussen virtuele valuta en fiduciaire valuta, en aanbieders van bewaarportemonnees voor virtuele valuta, vallen sinds 21 mei 2020 onder de reikwijdte van de Wwft door implementatie van de vijfde anti-witwasrichtlijn.⁶⁹ Sindsdien is eenieder die in of vanuit Nederland deze cryptoactivadiensten beroeps- of bedrijfsmatig aanbiedt onder meer verplicht zich te registreren bij DNB.⁷⁰ Zonder registratie is het aanbieden van deze cryptodiensten niet toegestaan. Art. 23g lid 1-2 Wwft bevat een verbod om vanuit een derde land in Nederland deze wisseldiensten of bewaarportemonnees aan te bieden. Bij overtreding van dit verbod kan DNB onder meer een bestuurlijke boete opleggen.⁷¹ Omdat in het Besluit bestuurlijke boetes financiële sector (Bbbfs) nog geen boetecategorie is toegekend aan overtreding van het verbod in art. 23g lid 1-2 Wwft, vraagt DNB aan de minister om dit alsnog te doen.⁷² De minister zegt toe dat de aanpassing zal worden meegevoerd in het Wijzigingsbesluit financiële markten 2024.⁷³

De wetgevingswens lijkt niet meer relevant. Art. 23g Wwft zal namelijk vervallen. Dat blijkt uit het consultatievoorstel voor de Uitvoeringswet verordening bij geldovermakingen en overdrachten van cryptoactiva te voegen informatie, dat op 14 juli 2023 is gepubliceerd.⁷⁴ Het consultatievoorstel strekt tot uitvoering van Verordening (EU) 2023/1113.⁷⁵ De verordening is een herschikking van de Wire Transfer Regulation (WTR2) en bevat ook wijzigingen van de vierde

64 DNB, *Van herstel naar balans. Een vooruitblik naar een meer risicogebaseerde aanpak van het voorkomen en bestrijden van witwassen en terrorismefinanciering*, september 2022: <https://www.dnb.nl/media/2ambmvxt/van-herstel-naar-balans.pdf>.

65 Richtlijn 2014/65/EU (PbEU 2014 L 173) ('MiFID II').

66 Art. 39 MiFID II.

67 *Kamerstukken II 2016/17, 34583, nr. 2, p. 13.*

68 *Kamerstukken II 2016/17, 34583, nr. 7, p. 16-17.*

69 Richtlijn (EU) 2018/843 (PbEU 2018, L 156) ('vijfde anti-witwasrichtlijn'). Zie ook: Implementatiewet wijziging vierde anti-witwasrichtlijn (Stb. 2020, 146).

70 Art. 23b lid 1-2 Wwft.

71 Art. 30 Wwft.

72 De voorschriften in de Wwft waarvoor bij overtreding daarvan een bestuurlijke boete kan worden opgelegd, zijn in het Bbbfs in boetecategorieën ingedeeld naar zwaarte van de overtreding (art. 31 lid 2 jo. art. 30 Wwft).

73 In het consultatievoorstel voor het Wijzigingsbesluit financiële markten 2024 is geen boetecategorie toegekend aan overtreding van het verbod van art. 23g lid 1-2 Wwft: <https://www.internetconsultatie.nl/b24/b>.

74 Consultatievoorstel voor de Uitvoeringswet verordening bij geldovermakingen en overdrachten van cryptoactiva te voegen informatie (art. 1 onderdeel J): <https://www.internetconsultatie.nl/cryptoactiva/b>.

75 Verordening (EU) 2023/1113 (PbEU 2023 L 150). De verordening is van toepassing vanaf 30 december 2024. Dit is ook de datum waarop de wijzigingen van de vierde anti-witwasrichtlijn in nationale wet- en regelgeving geïmplementeerd moeten zijn.

anti-witwasrichtlijn.⁷⁶ De wijzigingen leiden ertoe dat vrijwel alle aanbieders van cryptoactivadiensten die gereguleerd worden door de verordening MiCAR⁷⁷ binnen de reikwijdte van de vierde anti-witwasrichtlijn komen te vallen.⁷⁸ Het consultatievoorstel zorgt ervoor dat deze aanbieders van cryptoactivadiensten ook onder de reikwijdte van de Wwft komen te vallen.⁷⁹

Daarnaast leidt het consultatievoorstel tot het vervallen van het huidige registratieregime voor aanbieders van bewaarportemonnees en aanbieders van wisseldiensten tussen virtuele valuta en fiduciaire valuta.⁸⁰ De reden hiervoor is dat aanbieders van deze cryptoactivadiensten (en de overige door MiCAR geregelde aanbieders van cryptoactivadiensten) op grond van MiCAR een vergunning moeten aanvragen.⁸¹ In verband hiermee vervalt ook art. 23g lid 1-2 Wwft met daarin het verbod om vanuit een derde land in Nederland deze wisseldiensten of bewaarportemonnees aan te bieden. Dit leidt tot het aanpassen van art. 29 en 30 Wwft, waarin de bevoegdheid voor DNB is opgenomen om een last onder dwangsom respectievelijk een bestuurlijke boete op te leggen bij overtreding van art. 23g lid 1-2 Wwft. In deze artikelen vervalt de verwijzing naar art. 23g lid 1-2 Wwft.

Verder is van belang dat het integriteitstoezicht door DNB op aanbieders van bewaarportemonnees en aanbieders van wisseldiensten tussen virtuele valuta en fiduciaire valuta komt te vervallen.⁸² In het consultatievoorstel wordt de AFM belast met het integriteitstoezicht op deze aanbieders en de overige aanbieders van cryptoactivadiensten die onder de reikwijdte van de Wwft zullen komen te vallen.⁸³ De reden hiervoor is dat de AFM ook zal worden aangewezen voor het toezicht op deze aanbieders op grond van MiCAR.⁸⁴

Kortom, het toekennen van een boetecategorie aan overtreding van het verbod in art. 23g lid 1-2 Wwft kan slechts van toepassing zijn tot 30 december 2024, en zal na deze datum weer moeten vervallen in verband met het verval-

len van art. 23g lid 1-2 Wwft (en de overige artikelen in hoofdstuk 3A Wwft) op deze datum.⁸⁵

3.3.2 Omzetgerelateerde boete voor aanbieders van cryptoactivadiensten

DNB wil een omzetgerelateerde boete kunnen opleggen aan grote (internationale) aanbieders van wisseldiensten tussen virtuele valuta en fiduciaire valuta, en aanbieders van bewaarportemonnees voor virtuele valuta.⁸⁶ Hiervoor is het noodzakelijk om art. 32 Wwft aan te passen.⁸⁷ Deze wetgevingswens is, net als de wetgevingswens die ik besprak in par. 3.3.1, voor DNB slechts relevant tot 30 december 2024, omdat het integriteitstoezicht van DNB op aanbieders van bovengenoemde cryptoactivadiensten op deze datum (waarschijnlijk) vervalt.⁸⁸

3.4 Versterking resolutie-instrumentarium verzekeraars

3.4.1 Schrappen van het verbod om bij bail-in een door een dochteronderneming uitgegeven passivum verdergaand af te schrijven of ongunstiger om te zetten dan gebeurd is bij de moederonderneming (art. 3A:95 lid 2 Wft)

De laatste wetgevingswens van DNB heeft betrekking op het verbod om bij bail-in van een verzekeraar een door een dochteronderneming uitgegeven passief verdergaand af te schrijven of ongunstiger om te zetten dan gebeurd is bij de moederonderneming met passiva van dezelfde rang (art 3A:95 lid 2 Wft). DNB wil dat dit verbod wordt geschrapt in de Wft. De wetgevingswens van DNB is al opgepakt. Art. 3A:95 lid 2 Wft zal op 1 januari 2024 vervallen door de inwerkingtreding van de Wijzigingswet herstel en afwikkeling van verzekeraars.⁸⁹

DNB beschikt op grond van de Wet herstel en afwikkeling verzekeraars (Whav) over diverse wettelijke afwikkelingsinstrumenten voor een verzekeraar in financiële moeilijkheden.⁹⁰ Eén van de afwikkelingsinstrumenten is bail-in, waarmee DNB vorderingen van kapitaalverschaffers (zoals aandeelhouders) en schuldeisers (zoals polishouders) kan afschrijven of omzetten in eigendomsinstrumenten.⁹¹ Bij het toepassen van bail-in moet het 'no creditor worse off'-beginsel in acht worden genomen.⁹² Dit houdt in dat een

76 Richtlijn (EU) 2015/849 (PbEU 2015 L 141) ('vierde anti-witwasrichtlijn'). Art. 38 Verordening (EU) 2023/1113 bevat de wijzigingen van de vierde anti-witwasrichtlijn.

77 MiCAR is ook van toepassing vanaf 30 december 2024.

78 Uitzondering: de cryptoactivadienst waarbij advies wordt verleend over cryptoactiva (art. 38 onderdeel c Verordening 2023/1113 jo. art. 3 lid 1 onderdeel 16 (h) MiCAR).

79 Zie het begrip 'aanbieders van een cryptoactivadiensten' in art. 1 lid 1 Wwft van het consultatievoorstel. Aanbieders van bewaarportemonnees en aanbieders van wisseldiensten tussen virtuele valuta en fiduciaire valuta vallen ook onder dit begrip. Art. 1a lid 4 onderdeel l en m Wwft vervallen. Zie ook art. 1a lid 3 onderdeel k Wwft van het consultatievoorstel.

80 Consultatievoorstel, art. 1 onderdeel j; art. 23b-23j Wwft vervallen.

81 Zie art. 59 lid 1 onderdeel a en art. 63 MiCAR. Zie ook art. 47 lid 1 Richtlijn (EU) 2015/849 na wijziging door herschikking van de WTR2.

82 Integriteitstoezicht is het toezicht dat wordt uitgeoefend op grond van de Wwft en de Sanctiewet 1977.

83 Consultatievoorstel, art. 1d lid 3 Wwft.

84 Consultatievoorstel, memorie van toelichting, onderdeel D, p. 16.

85 Uiteraard alleen als deze wijzigingen ook worden opgenomen in het wetsvoorstel voor de Uitvoeringswet verordening bij geldovermakingen en overdrachten van cryptoactiva te voegen informatie, en het wetsvoorstel wordt aangenomen door de Tweede en Eerste Kamer. En ervan uitgaande dat deze Uitvoeringswet in werking treedt op 30 december 2024.

86 Op grond van art. 32 lid 1 Wwft kunnen DNB en de AFM aan financiële ondernemingen zoals bedoeld in art. 1a lid 2, 3 en 4 onderdeel f Wwft een omzetgerelateerde boete opleggen.

87 Door een verwijzing op te nemen naar de aanbieders van cryptodiensten zoals bedoeld in art. 1a lid 4 onderdeel l en m Wwft.

88 Zie par. 3.3.1.

89 Stb. 2023, 306 en Stb. 2023, 371.

90 Art. 3A:92 jo. art. 3A:85, 3A:86 of 3A:87 Wft.

91 Art. 3A:93 Wft.

92 Art. 3A:88 Wft.

aandeelhouder, schuldeiser of een polishouder bij bail-in (of bij de toepassing van andere afwikkelingsinstrumenten) niet slechter af mag zijn dan wanneer de verzekeraar in een regulier faillissement zou zijn geliquideerd.

Art. 3A:95 Wft regelt de rangorde van vorderingen bij bail-in. Lid 1 bepaalt dat bail-in plaatsvindt in de omgekeerde volgorde van de faillissementsladder. Dat betekent dat vorderingen die in faillissement als eerste op de boedel zouden worden verhaald, in afwikkeling als laatste aan bail-in worden onderworpen. Anders dan bij banken wordt niet bepaald dat vorderingen van dezelfde rang altijd gelijk moeten worden behandeld. Dit hangt samen met het doel van bail-in bij een verzekeraar dat vaak is gericht op de continuïteit van de verzekeringsportefeuille en niet op de verzekeraar als zodanig.⁹³

Art. 3A:95 lid 2 Wft bepaalt dat, bij toepassing van bail-in, vorderingen op een dochteronderneming niet in grotere mate worden afgeschreven of ongunstiger worden omgezet dan vorderingen van gelijke rang op de moederonderneming. Art. 3A:95 lid 2 Wft kan vervallen omdat het bepaalde in lid 2 niet past in het afwikkelingskader van verzekeraars.⁹⁴ De reden hiervoor is dat de falende verzekeraar en haar moederonderneming(en) losstaande entiteiten zijn met ieder hun eigen rechten en verplichtingen. De vermogenstoestand van een dochteronderneming en de daaruit voortvloeiende – door het ‘*no creditor worse off*’-beginsel begrensde – ruimte voor bail-in, zal dan ook verschillen van die van haar moederonderneming. Daarom is het niet nodig om de bail-in van de passiva van de verzekeraar noodzakelijkerwijs te beperken tot die van de passiva van de moederonderneming. Verder leidt het huidige art. 3A:95 lid 2 Wft ook tot vragen hoe, gelet op de verschillend opgebouwde balansen van een verzekeraar en haar moederonderneming, precies moet worden bepaald of aan dit criterium is voldaan. Het huidige art. 3A:95 lid 2 Wft kan daarom de mogelijkheden voor DNB beperken om door middel van bail-in polishouders te beschermen en de andere resolutiedoelstellingen te realiseren.⁹⁵

4. Conclusie

In deze bijdrage heb ik een overzicht gegeven van de wetgevingswensen van de AFM en DNB in 2023. Ik stel vast dat de wensen van de AFM zich niet altijd beperken tot het signaleren van knelpunten in wet- en regelgeving, maar soms gericht zijn op ingrijpende wijzigingen in wet- en regelgeving. Een aantal wensen is in de wetgevingsbrief niet gron-

dig onderbouwd, zoals de wens van de AFM tot een wijziging van de structuur van de Wftv en de wens voor het introduceren van de toezegging als handhavinginstrument. De wetgevingswens van DNB voor een verplichting tot het vestigen van een dochteronderneming voor bepaalde beleggingsondernemingen uit een derde land, is opmerkelijk omdat deze wens verdergaat dan de lidstaatoptie waar Nederland gebruik van heeft gemaakt. Verder merk ik op dat het streven van de toezichthouders naar doelmatig en effectief toezicht weliswaar belangrijk is, maar het (nog verder) vergroten van de slagkracht – bijvoorbeeld door het introduceren van nieuwe handhavinginstrumenten in de financiële toezichtwetten – niet ten koste mag gaan van de rechtsbescherming van betrokkenen.

⁹³ Denkbaar is dat een andere verzekeraar slechts een deel van de totale verzekeringsportefeuille in afwikkeling zal willen overnemen. Indien alle polishouders van de verzekeraar altijd op dezelfde wijze moeten worden behandeld is een op maat gesneden aanpassing van de over te dragen verzekeringsvorderingen niet mogelijk. Dat zou toepassing van de bail-in aanmerkelijk moeilijker maken (*Kamerstukken II 2017/18, 34842, nr. 3, p. 97*).

⁹⁴ *Kamerstukken II 2022/23, 36314, nr. 7, p. 1-2*.

⁹⁵ *Kamerstukken II 2022/23, 36314, nr. 7, p. 1-2*.