

BEGRENZING VAN OPEN NORMEN IN HET FINANCIËLE TOEZICHTRECHT

Bart Joosen*

1 Inleiding

Bij de regulering van en het toezicht op de financiële sector wordt wel eens de vergelijking gemaakt met de pendule van een klok. Er zijn periodes van strikte regulering en strikt toezicht, en periodes van lossere regulering en flexibeler toezicht. Bij de introductie van de Nederlandse Wet op het financieel toezicht¹ (Wft) in 2007 werd door de Minister van Financiën nog aan de sector voorgehouden dat het 'principles based'-karakter van de wet zou dienen te voorkomen dat de financiële sector te veel zou worden gebonden aan gedetailleerde regels en op die regels uitgeoefend toezicht.

De sector zou ruimte krijgen om haar eigen verantwoordelijkheid te nemen, en regels toe te passen toegespitst op de aard, omvang en complexiteit van de financiële onderneming.² Dit 'principles based'-karakter van de regels van de Wft kwam tot uitdrukking door het opnemen van vele tientallen open normen. Te denken valt aan de in artikel 3:17 Wft opgenomen regel dat een financiële onderneming zorg dient te dragen voor een 'beheerste en integere uitoefening van haar/zijn bedrijf'.

Een open norm is een juridische norm die niet precies is geformuleerd, maar ruimte laat voor interpretatie en toepassing in verschillende situaties. Een open norm geeft een algemeen doel, beginsel of criterium aan, zonder te specificeren hoe dat moet worden bereikt of beoordeeld. Een open norm geeft de wetgever, de toezichthouder en de rechter meer flexibiliteit en de mogelijkheid tot maatwerk, maar ook meer onzekerheid en discussie over de invulling en naleving ervan.³

Inmiddels is de Wft meer dan honderd keer gewijzigd en in omvang verviervoudigd. Maar wat wellicht meer heeft bijgedragen tot het gevoel van de sector dat de pendule van het toezichtsrecht is uitgeslagen naar een 'rules based'-omgeving, is de ontwikkeling van de vele soft-law-

instrumenten van de toezichthouders. Zulke soft-law-instrumenten worden uitgebracht in de vorm van uitgebreide 'best and good practices', leidraden, brochures, richtsnoeren, Questions and Answers en dergelijke toezichthouderinstrumenten meer.⁴

2 'Soft law' versus beleidsregels

Een belangrijk verschil tussen soft-law-instrumenten en beleidsregels is dat de eerste niet gebaseerd zijn op een wettelijke grondslag, terwijl de laatste dat wel zijn. Beleidsregels zijn volgens artikel 1:3 lid 4 van de Algemene wet bestuursrecht⁵ (Awb) een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan, inhoudende een algemene regel, niet zijnde een algemeen verbindend voorschrift, omtrent de afweging van belangen, de vaststelling van feiten of de uitleg van wettelijke voorschriften bij het gebruik van een bevoegdheid van dat bestuursorgaan.

Beleidsregels hebben dus een bindende werking voor het bestuursorgaan dat ze vaststelt, en geven duidelijkheid aan de sector over hoe het bestuursorgaan zijn bevoegdheden zal uitoefenen. Bovendien kunnen beleidsregels worden getoetst door de rechter op rechtmatigheid en redelijkheid.

Soft-law-instrumenten daarentegen zijn geen besluiten in de zin van de Awb, en hebben dus geen bindende kracht. Ze zijn bedoeld om de sector te informeren, te adviseren of te sturen over hoe de toezichthouder de wet- en regelgeving interpreteert en toepast, maar ze kunnen niet worden afdwongen of aangevochten.⁶

Soft-law-instrumenten kunnen echter wel grote invloed hebben op de compliance-verplichtingen en het toezicht daarop, omdat de sector geneigd is om zich te conformeren aan de verwachtingen en standpunten van de toezichthouder, om zo mogelijke sancties of reputatieschade te voorkomen. Dit kan leiden tot een situatie waarin de toezichthouder feitelijk meer normeert dan

de wetgever heeft bedoeld of toegestaan, zonder dat daar voldoende democratische legitimatie of rechtsbescherming voor is.

3 De door de praktijk gesignaleerde knelpunten wat betreft open normen

Een voorbeeld van de invulling van open normen door de Autoriteit Financiële Markten (AFM) betreft de interpretaties van 'zorgplicht', 'passende dienstverlening' en 'proportionele beloning'. Deze uitleg kan zeer gedetailleerd en prescriptief zijn, waardoor de financiële ondernemingen weinig ruimte hebben om zelf een passende invulling te geven aan de open normen, rekening houdend met de specifieke situatie en wensen van de klant. Bovendien kan de uitleg afwijken van de bedoeling of interpretatie van de wetgever, zonder dat dit duidelijk wordt gecommuniceerd of verantwoord.⁷

Een ander voorbeeld is het gebruik van leidraden door De Nederlandsche Bank (DNB) om uit te leggen hoe financiële ondernemingen moeten voldoen aan de vereisten op het gebied van integriteit, risicobeheer en governance. Deze leidraden kunnen echter ook nieuwe verplichtingen introduceren die niet direct uit de wet- en regelgeving volgen, zoals het verplicht aanstellen van een *chief risk officer*, het hanteren van een bepaalde methodologie voor het bepalen van de risico-'appetite', of het toepassen van een bepaalde frequentie en diepgang voor de interne audit. Dit kan leiden tot een verstarring en uniformering van de sector, die de innovatie, concurrentie en diversiteit kan belemmeren.⁸

4 Positie van de toezichthouders

Het fenomeen van het toepassen van soft-law-instrumenten om nadere duiding te geven aan open normen is niet alleen een uitdaging voor de financiële sector, maar ook voor de toezichthouders zelf. Zij moeten



Illustratie: Jop Luberti

immers een balans vinden tussen het geven van duidelijkheid en het respecteren van de ruimte die de open normen bieden. Met name DNB heeft meermaals erkend dat de uitgebreide leidraden, brochures en dergelijke meer een risico kunnen vormen voor de proportionaliteit, de flexibiliteit en de dynamiek van het toezicht. DNB heeft daarom aangekondigd om te streven naar een meer risico gebaseerde benadering, waarbij de nadruk ligt op het doel en de uitkomst van de normen, in plaats van op de middelen en de processen.⁹

Tegelijkertijd moet DNB rekening houden met de verschillende behoeften en verwachtingen van de financiële ondernemingen, die niet allemaal dezelfde mate van sturing en begeleiding wensen. Kleinere ondernemingen, die vaak minder capaciteit en expertise hebben om de complexe en veranderende regelgeving te interpreteren en toe te passen, hebben soms juist baat bij een wat gedetailleerdere invulling van de open normen door de toezichthouder. Grotere ondernemingen, die meer maatwerk en eigen verantwoordelijkheid willen, voelen zich daarentegen eerder beperkt of gehinderd door de gedetailleerde soft-law-instrumenten. Zij zouden liever meer ruimte krijgen om zelf invulling te geven aan de normen, rekening houdend met hun specifieke situatie, bedrijfsmodel en risicoprofiel, maar die ruimte wordt hen ook wel gegund in de huidige tijd van het risicogeorienteerde toezicht.¹⁰

5 Rechterlijke toetsing als waarborg voor de begrenzing van de rol van de toezichthouder

Een belangrijke waarborg voor de begrenzing van de rol van de toezichthouder is de rechterlijke toetsing. De rechter heeft de bevoegdheid en de plicht om te controleren of de toezichthouder binnen de grenzen van de wet is gebleven, en of hij de beginselen

van behoorlijk bestuur heeft nageleefd. Daarbij moet de rechter ook de ruimte respecteren die de wetgever heeft gelaten aan de financiële ondernemingen om zelf invulling te geven aan de open normen, rekening houdend met hun specifieke situatie, bedrijfsmodel en risicoprofiel.

De rechter kan niet op de stoel van de ondernemer gaan zitten en een eigen oordeel vellen over de optimale naleving van de open normen. De rechter moet zich beperken tot het toetsen van de redelijkheid en de proportionaliteit van de invulling die de onderneming heeft gekozen. Als de onderneming een aannemelijke en verantwoorde uitleg heeft gegeven aan de open normen, en daarbij de relevante belangen en risico's heeft afgewogen, moet de rechter dat respecteren. Alleen als de onderneming geen of een onvoldoende onderbouwing heeft gegeven, of als de invulling evident in strijd is met de doelstellingen of de ratio van de open normen, kan de rechter ingrijpen en de beslissing van de toezichthouder omtrent de naleving van de wettelijke regels handhaven.¹¹

Op deze manier kan de rechter duidelijke grenzen stellen aan de mate waarin de toezichthouder door de uitleg van de open normen sturend optreedt, en de invulling van de open normen door de financiële ondernemingen de vrijheid blijft van ondernemingen. Dit is in lijn met het principe van de scheiding der machten, dat de rechter de taak geeft om de macht van de uitvoerende instanties, zoals de toezichthouders, te controleren en te corrigeren. Tegelijkertijd heeft de rechter zich daarbij rekenschap te geven van de voor de financiële sector belangrijke rechtsbeginselen, die in de loop der jaren zijn ontwikkeld en ingevoerd, mede ook om een antwoord te geven op de rol van financiële ondernemingen in het maatschappelijk verkeer, en de beheersing van de risico's die de sector kan veroorzaken.¹² ◀

* Prof.dr. E.P.M. Joosen LL.M. is hoogleraar Financieel Recht aan de Universiteit Leiden en parttime hoogleraar aan het European University Institute, Florence, Italië.

1 Wet van 20 november 2006, houdende invoering van de Wet op het financieel toezicht en aanpassing van overige wetten aan die wet, *Stb.* 2006, 605.

2 Vierde Nota van Wijziging bij de Wet op het financieel toezicht, *Kamerstukken II* 2005/06, 29708, nr. 19, p. 504.

3 Zie hierover uitgebreid: E.P.M. Joosen & C.W.M. Lieveise, in: T. Barkhuysen, E.P.M. Joosen, H.J. de Kluiver, W. Knibbeler, V.M.Y. van 't Lam & C.W.M. Lieveise, *Open normen, toezicht en duurzaamheid. Perspectieven op komende duurzaamheidswetgeving vanuit het bestuursrecht, het mededingingsrecht en het financieel toezichtrecht* (Preadviezen Koninklijke Vereniging Handelsrecht), Zutphen: Uitgeverij Paris 2023.

4 Zie bijvoorbeeld: AFM, *Good practices voorbereiden vergunningsaanvraag potentiële aanbieders van cryptoactivadiensten (CASP's)*, voorjaar 2024, te raadplegen via www.afm.nl/nl-nl/sector/cryptopartijen (laatst geraadpleegd 24 juni 2024) en DNB, *Q&As en Good Practices Wwft*, 8 mei 2024, te raadplegen via

www.dnb.nl/voor-de-sector/open-boek-toezicht/wet-regelgeving.

5 Wet van 4 juni 1992, houdende algemene regels van bestuursrecht (Algemene wet bestuursrecht), *Stb.* 1992, 315.

6 Zie hierover uitgebreid, M. Aelen & M. van den Broek, 'De dubbele rol van het recht bij de effectiviteit van het financieel toezicht', *FR* 2014, afl. 1/2, p. 12-22. Zie hierover ook DNB, *Leeswijzer beleidsuitingen DNB*, 18 januari 2021, te raadplegen via www.dnb.nl/voor-de-sector/open-boek-toezicht/leeswijzer-beleidsuitingen-dnb.

7 Zie bijvoorbeeld AFM, *Leidraad invulling van de zorgplicht bij (semi)automatisch vermogensbeheer*, 15 maart 2018, waar de AFM, geheel zonder dat daarvoor door de wetgever enige wettelijke grondslag is gegeven, aandringt op het breder inzetten van online dienstverlening om de fysieke vermogensbeheerder te vervangen en de kwaliteit van de dienstverlening te verhogen. Zie www.afm.nl.

8 Dit is de strekking van de klacht die, bijvoorbeeld, de online bank bunq poneerde in de zaak tegen DNB, waarbij DNB op grond van de uitleg van open normen kwam tot handhaving tegen bunq vanwege vermeende onjuiste toepassing van de regels. Zie de beslissing

in hoger beroep van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) van 18 oktober 2022, ECLI:NL:CBB:2022:707, *JOR* 2022/286, m.nt. van S.M.C. Nuijten en *Ondernemingsrecht* 2022/98, m.nt. C.W.M. Lieveise.

9 Zie bij voorbeeld de beschouwingen van DNB in *Visie op Toezicht 2021 – 2024*, hoofdstuk 'Risicogebaseerd toezicht', p. 11 waar DNB stelt: 'Om dit te ondervangen publiceert DNB waar mogelijk in het Open Boek Toezicht voorbeelden van hoe instellingen aan een open norm kunnen voldoen. Deze voorbeelden zijn echter geen voorschriften. Instellingen kunnen ook op andere manieren aan de open norm voldoen, zolang instellingen maar kunnen aantonen dat hun manier ook voldoet', zie www.dnb.nl.

10 Zie DNB, *Visie op Toezicht 2021-2024*, p. 11.

11 Zie bijvoorbeeld CBB 10 september 2013, ECLI:NL:CBB:2013:104, *AWB* 12/423 (*De Nederlandsche Bank/Stichting Pensioenfonds Verenigde Glasfabrieken*).

12 Zie hierover de gezaghebbende bijdrage van K.W.H. Broekhuizen, 'Rechtsbeginselen van financieel toezicht', *RMThemis* 2016, afl. 6, p. 309-325, een 'must read' voor ieder die zich wil verdiepen in het toezicht en de regulering van de financiële sector.