

Consultatieverslag wet transparant toezicht financiële markten.

1. Inleiding

Op 20 juni 2016 is het wetsvoorstel transparant toezicht financiële markten ter consultatie aangeboden. Dit wetsvoorstel beoogt meer transparantie mogelijk te maken ten aanzien van de werking van de financiële markten en van het toezicht van de Autoriteit Financiële Markten (AFM) en De Nederlandsche Bank (DNB). Het wetsvoorstel maakt mogelijk dat:

1. de AFM en DNB kunnen waarschuwen bij alle overtredingen van voorschriften of verboden gesteld bij of krachtens de Wft, als dat nodig is om schade te voorkomen of te beperken;
2. de AFM en DNB namen kunnen noemen van financiële instellingen bij het openbaar maken van bevindingen en conclusies van onderzoek;
3. de AFM en DNB in bepaalde gevallen sneller over kunnen gaan tot publicatie van een waarschuwing of een besluit tot het opleggen van een bestuurlijke sanctie in reactie op uitlatingen van een overtreder;
4. DNB bepaalde kerngegevens openbaar kan maken die door banken worden gepubliceerd.

Gedurende acht weken is de mogelijkheid geboden om te reageren op het wetsvoorstel. Reacties zijn ontvangen van Adfiz, Allen & Overy LLP (A&O), Association of Proprietary Traders (APT), Dutch Fund and Asset Management Association (DUFAS), Eumedion, Euronext, Koninklijke Nederlandse Beroepsorganisatie van Accountants (NBA), Nederlandse Vereniging van Banken (NVB), Nederlandse vereniging van financieringsadviseurs en –bemiddelaars (NVF), Organisatie van Financiële Dienstverleners (OvFD), Pellicaan Advocaten, Pensioen Federatie (PF), Stichting Waakzaamheid financieel toezicht (SWft), Verbond van Verzekeraars (VvV), Verenigde Betaalinstellingen Nederland (VBIN), Vereniging van Effectenbezitters (VEB), Vereniging van financieringsondernemingen in Nederland (Vfn), Vereniging van Vermogensbeheerders & Adviseurs (VV&A) en VNO-NCW & MKB Nederland. Hieronder worden de belangrijkste onderwerpen uitgewerkt. Opmerkingen die door meerdere respondenten zijn gemaakt en die hebben geleid tot een aanpassing van het wetsvoorstel of de memorie van toelichting worden hieronder behandeld. Daarnaast worden in paragraaf 4 ook de opmerkingen behandeld die niet tot een wijziging van het wetsvoorstel of de memorie van toelichting hebben geleid. Opmerkingen die slechts door een enkele partij zijn gemaakt en die verwerkt zijn in het wetsvoorstel of de memorie van toelichting, worden niet behandeld.

2. Algemene opmerkingen

Respondenten geven aan over het algemeen achter het belang van transparantie te staan (Euronext, NBA, NVB, NVF, VvV, VEB, Vfn en VNO-NCW). Rapportages met ondernemings specifieke onderzoeksresultaten kunnen zeer relevante informatie voor beleggers en andere financiële consumenten bevatten (VEB). Maar tegelijkertijd constateren partijen ook dat de behoefte aan meer transparantie veronderstelt dat er meer informatie over het functioneren van de toezichthouders zelf beschikbaar komt (DUFAS, NVB, Pellicaan Advocaten, SWft en VvV). Met dit wetsvoorstel wordt ook beoogd dat onder toezicht staande instellingen en het publiek meer inzicht krijgen in het functioneren van de toezichthouders. In de memorie van toelichting wordt toegelicht dat openbaarmaking ook bijdraagt aan de verantwoordingsfuncties van de toezichthouders. Hoewel dit in veel gevallen niet het eerste doel van openbaarmaking is, blijkt uit openbaarmaking van bijvoorbeeld sancties dat de toezichthouders ingrijpen en welk gedrag zij als risico zien voor het publiek.

2.1. Europese context

In het ter consultatie voorgelegde wetsvoorstel blijkt niet duidelijk in hoeverre Europese richtlijnen ruimte bieden voor de voorgestelde wijzigingen, aldus A&O, DUFAS, Eumedion, Euronext, NVB, VvV, VBIN, VV&A en VNO-NCW. De verschillende Europese richtlijnen waarin de geheimhoudingsverplichting wordt geregeld stellen randvoorwaarden aan het openbaar maken van vertrouwelijke gegevens. De voorgestelde wijzigingen vallen binnen deze randvoorwaarden. De memorie van toelichting is op dit punt uitgebreid, waarbij wordt aangegeven dat Europese richtlijnen ruimte bieden voor het openbaar maken van informatie over overtredingen. De

voorgestelde wijzigingen zien met name op het openbaar maken van informatie over overtredingen, zodat geen conflict is met Europese richtlijnen. Voor zover andere informatie openbaar wordt gemaakt bestaat in Europese richtlijnen eveneens geen probleem, zolang daarbij geen toezichtvertrouwelijke gegevens openbaar worden gemaakt. Voor wat betreft de opmerking van de A&O, NVB en VNO-NCW ten aanzien van de rol van de ECB is de memorie van toelichting uitgebreid met een extra paragraaf.

A&O, Euronext, OvFD, VBIN, VV&A en VNO-NCW vragen zich ook af wat de gevolgen zijn voor het level playing field. Het level playing field speelt allereerst een rol voor het vestigingsklimaat van Nederland en ten tweede voor de verhoudingen binnen Nederland. DNB en de AFM houden ook toezicht op bijkantoren (en in sommige gevallen vestigingen) van buitenlandse grote ondernemingen die in Nederland opereren. De bevoegdheid om resultaten uit onderzoeken te linken aan de namen van instellingen kan ook een positief hebben op het level playing field. Goed presterende (buitenlandse) instellingen kunnen juist profiteren van bekendheid over het presteren. Daarnaast is van belang dat (1) er ook in andere landen mogelijkheden voor toezichthouders bestaan om informatie openbaar te maken en (2) het wetsvoorstel binnen de kaders van de geldende Europese regelgeving past.

2.2. Doel en aanleiding wetsvoorstel

A&O, DUFAS, Eumedion, NVB, OvFD, SWft, VvV, VBIN en VNO-NCW verzoeken om meer duiding te geven over het doel en de aanleiding voor het wetsvoorstel. DUFAS, OvFD, VvV, VBIN en VNO-NCW wijzen op het belang van een juiste afweging tussen de belangen van openbaarmaking en de negatieve gevolgen die publicatie voor de onder toezicht gestelden kunnen hebben. Zij vragen zich af wat de minister met (de verschillende onderwerpen in) het wetsvoorstel wenst te regelen. In de toelichting is opgenomen dat met het wetsvoorstel uiting wordt gegeven aan 'een breed levende behoefte'. Respondenten verzoeken de minister om hier dieper op in te gaan. Daarnaast wordt in de toelichting een aantal doelen omschreven, maar de respondenten zien deze onvoldoende terugkomen in de verschillende onderwerpen. Zij vragen zich af in hoeverre de doelstellingen niet ook met het huidige instrumentarium kunnen worden bewerkstelligd en of publicatie in alle gevallen dan ook het geëigende middel is. Respondenten geven mee dat transparantie geen doel op zich mag zijn. Naar aanleiding van deze opmerkingen zijn in de memorie van toelichting de doelen en aanleidingen van het wetsvoorstel nader toegelicht. Ook wordt per bevoegdheid uiteengezet waar de huidige bevoegdheden tekortschieten (VvV en VNO-NCW) en wat het doel is van voorgestelde wijzigingen (DUFAS, OvFD, VvV, VBIN en VNO-NCW). Over het algemeen dienen de openbaarmakingsbevoegdheden één of meer van de volgende doelen: 1) het voorkomen van schade voor het publiek of de markt; 2) versterken van de informatiepositie van consumenten; 3) bevorderen van naleving; en 4) inzicht geven in het handhavingsbeleid van de toezichthouders.

2.3. Zorgvuldig proces en rechtsbescherming

Een aantal respondenten plaatst kanttekeningen bij de positie van de onder toezicht staande instellingen. Hoewel de meeste partijen de voordelen van meer openbaarheid in de financiële sector zien, geven zij ook aan dat het wetsvoorstel meer waarborgen moet bieden voor de instellingen waarvan gegevens openbaar gemaakt kunnen worden. Naar aanleiding van deze opmerkingen is het wetsvoorstel op punten aangepast en de toelichting uitgebreid. Allereerst is in de wettekst verduidelijkt dat de beslissing tot het openbaar maken van bepaalde informatie kwalificeert als een besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (APV, A&O, DUFAS, SWft en VvV). Door deze kwalificatie gelden extra procedurele waarborgen. Zo zullen belanghebbenden op grond van artikel 4:8 Awb in beginsel gehoord moeten worden (DUFAS, Euronext, NVB, SWft en het VvV).

Daarnaast geldt een wachtermijn waarbinnen de toezichthouders – buiten spoedsituaties – niet mogen overgaan tot publicatie. Deze wachtermijn is voor wat betreft de verklaring en de publicatie van onderzoeksrapporten verlengd (A&O, Euronext en NVF).

Door in de Wft op te nemen dat openbaarmakingen worden voorafgegaan door een besluit is ook de bestuursrechtelijke rechtsbescherming gewaarborgd (Adfiz, A&O, DUFAS, OvFD en VvV). Dit betekent dat belanghebbenden tegen een voorgenomen besluit tot publicatie in bezwaar en beroep kunnen komen. Indien zij tegen dit besluit in bezwaar of beroep gaan, kunnen ze publicatie van dat besluit opschorten door binnen de wachtt termijn om een voorlopige voorziening te verzoeken. Als de voorzieningenrecht dit verzoek toewijst, mag de toezichthouder niet tot publicatie overgaan totdat op het bezwaar of beroep is beslist.

Tot slot zijn de bevoegdheden zelf aan nadere voorwaarden verbonden. Aan de uitbreiding van de waarschuwingsbevoegdheid is bijvoorbeeld de voorwaarde gekoppeld dat alleen dan een waarschuwing kan worden afgegeven als het doel daarvan is om het publiek snel en effectief te informeren en daardoor schade te voorkomen of te beperken.

2.4. Overig

DUFAS, NVB en OvFD hebben voorgesteld om een verplichting tot rectificatie op te nemen. In het wetsvoorstel is hiervoor een regeling opgenomen.

3. Specifieke opmerkingen met betrekking tot de verschillende bevoegdheden

3.1. Publiceren van onderzoeksrapporten

Respondenten hebben gevraagd of de toezichthouder meer van de onder toezicht staande instellingen mag vragen dan het naleven van wetgeving (DUFAS, Euronext, NVB, NVF, OvFD, SWft, Vfn, VBIN en VNO-NCW). Dit heeft geleid tot een aanpassing van het wetsartikel en de toelichting, waarin nu is bepaald dat uit de resultaten in het algemeen kan worden afgeleid in hoeverre bepaalde regels worden nageleefd en dat de rapporten inzicht geven in de manier waarop de toezichthouder normen uitlegt en het handhavingbeleid invult. Hiermee is duidelijk dat geen bovenwettelijk handelen van de onder toezicht staande instellingen wordt geëist.

Daarnaast wijzen meerdere partijen op het risico van formalisering van de toezichtrelatie en het afnemen van de bereidheid om mee te werken aan onderzoek (APT, A&O, DUFAS, Eumedion, NVB, SWft, VBIN en VV&A). Dit risico wordt zoveel mogelijk verkleind door (1) de bevoegdheid te beperken tot publicaties van conclusies en bevindingen over de naleving van de Wft en (2) waarborgen te scheppen die ertoe moeten leiden dat de openbaar gemaakte informatie juist is. Ook zal de toezichthouder het onderzoek waarvan hij de bevindingen en conclusies met naam wil publiceren zorgvuldig moeten inrichten en voorbereiden. Zo zal de toezichthouder voorspelbare maatstaven en criteria moeten aanleggen en zal de methode van onderzoek inzichtelijk moeten zijn. Verder is geregeld dat de informatie die openbaar wordt gemaakt alleen informatie zal zijn die de toezichthouder ook met inzet van bevoegdheden kan krijgen (namelijk informatie over de naleving van de Wft).

In het ter consultatie voorgelegde wetsvoorstel was vastgelegd dat de onderzoeken die mogen worden gepubliceerd ten minste 'vergelijkbaar' moeten zijn. In de consultatiereacties kwam meerdere malen naar voren dat de instellingen waar door de toezichthouders onderzoek wordt gedaan veelal het gevolg is van een steekproef en dat het publiceren van de resultaten bij een willekeurige steekproef niet informatief is (A&O, DUFAS, Eumedion, NVB, OvFD en VvV). In het huidige wetsvoorstel is het criterium om over te gaan tot publicatie aangepast. Voorwaarde is dat de publicaties betrekking hebben op meerdere instellingen, die samen representatief zijn voor het marktsegment waarop het onderzoek zich richt. Om ervoor te zorgen dat het publiek geen verkeerd beeld krijgt van de naleving door een bepaalde populatie, zal de toezichthouder in de publicatie voldoende informatie moeten geven over wat is onderzocht en bij wie.

Zoals ook al in de algemene commentaren naar voren is gekomen voeren respondenten aan dat de toezichthouders zorgvuldig moeten handelen alvorens zij overgaan tot het publiceren van onderzoeksrapporten (A&O, DUFAS, NBA, NVF en OvFD). Derhalve is nu in het wetsvoorstel verduidelijkt dat de toezichthouders niet kunnen overgaan tot publicatie dan nadat zij daartoe een

besluit hebben genomen. Voor openbaarmaking van onderzoeksrapporten geldt daarnaast dat een wachtermijn van zes weken in acht wordt genomen alvorens wordt overgegaan tot publicatie.

3.2. Uitbreiding van de waarschuwingmogelijkheid

In het wetsvoorstel dat ter consultatie is voorgelegd is de bevoegdheid om een waarschuwing te publiceren uitgebreid naar alle overtredingen bij of krachtens de Wft. Mede naar aanleiding van de commentaren dat deze bevoegdheid te breed is geformuleerd (DUFAS, NVB, SWft en VvV) zijn het wetsvoorstel en de toelichting aangepast. De uitbreiding van de bevoegdheid draagt in de eerste plaats bij aan het financieel toezicht en aan beter functionerende financiële markten doordat zij de AFM en DNB beter in staat stelt om het publiek en de markt te informeren over geconstateerde overtredingen, zodat deze partijen hun handelen op deze informatie kunnen afstemmen. Daarmee kan schade worden voorkomen of beperkt. Dit doel van de waarschuwing is in de wettekst opgenomen.

3.3. Wijziging voorwaarden spoedpublicatie

De mogelijkheid om te reageren op uitlatingen over het toezicht was in het ter consultatie voorgelegde wetsvoorstel geregeld in artikel 1:96a Wft. In de consultatiereacties valt te lezen dat respondenten de bevoegdheid te breed geformuleerd vinden (Adfiz, A&O, NVB, OvFD en SWft). Adfiz, NVB en de SWft gaven aan dat een dergelijke bevoegdheid alleen gerechtvaardigd is indien misleiding is te duchten. DUFAS bepleit nog dat daarbij voorop moet staan dat de toezichthouder dan volledig en juist informeert zonder namen van derden te noemen en zonder zijn geheimhoudingsplicht verder te schenden dan noodzakelijk is voor de discussie. In het wetsvoorstel is artikel 1:96a Wft komen te vervallen. De overgebleven wijziging van de regeling voor spoedpublicatie is een verbijzondering van de bestaande mogelijkheid, namelijk indien bescherming van de belangen die deze wet beoogt te beschermen geen uitstel toelaat. Derhalve zijn deze bevoegdheden nu beide onder gebracht in één artikellid, als uitzondering op de wachtermijn. Een spoedpublicatie in gevallen waarin de belanghebbende uitlatingen doet over het openbaar te maken besluit moet daarbij in het belang van het publiek noodzakelijk zijn ter bescherming van het vertrouwen in het toezicht op de financiële markten. Dit is opgenomen in de wettekst.

4. Opmerkingen die niet hebben geleid tot aanpassing wetsvoorstel/toelichting

4.1. Publiceren van onderzoeksrapporten

Verschillende respondenten (Adfiz, DUFAS en VvV) hebben aangegeven dat de themaonderzoeken die de AFM en DNB houden zich niet lenen voor publicatie. Volgens hen dienen onderzoeken als primaire doel het geven van guidance aan de markt (Adfiz) of het vergaren van informatie over hoe de markt met bepaalde zaken omgaat (DUFAS en VvV). Het klopt dat niet alle onderzoeken die de AFM en DNB verrichten naar hun aard geschikt zullen zijn om met naam van de onderzochte instellingen te publiceren. Dit wordt ondervangen door in de wet een aantal voorwaarden aan de publicatie met naam te stellen. Als onderzoek daaraan voldoet, kan publicatie van de resultaten bijdragen aan het bevorderen van de naleving en het in staat stellen van het publiek om weloverwogen keuzes te maken.

4.2. Uitbreiding van de waarschuwingmogelijkheid

Volgens het VvV mag het doel van een openbare waarschuwing niet zijn het voorkomen van herhaling. Voor dit doel zal de toezichthouder handhavend dienen op te treden en is een openbare waarschuwing niet het geëigende middel, aldus DUFAS. Zoals DUFAS onderschrijft, kan waarschuwen bij recidive in sommige gevallen wel nuttig zijn, namelijk als schade voor het publiek kan worden voorkomen of beperkt. Voor die gevallen is de openbare waarschuwing bedoeld. In andere gevallen kan een aanwijzing effectief zijn, zoals DUFAS ook opmerkt. De toezichthouders nemen dit mee bij de overweging om al dan niet tot publicatie over te gaan. In welke gevallen de toezichthouders kunnen overgaan tot publicatie en in welke gevallen ze van haar bevoegdheid gebruikmaakt valt ook te lezen in het gezamenlijk handhavingsbeleid dat de AFM en DNB hebben

opgesteld.¹² Tot slot zij opgemerkt dat een aanwijzing primair gericht is op het stoppen van de overtreding, terwijl de waarschuwing gericht is op het publiek waarschuwen tegen een bepaalde praktijk.

4.3. Wijziging voorwaarden spoedpublicatie

Adfiz en VvV geven mee dat het voorgestelde artikel 1:96a de toezichthouders de mogelijkheid biedt om publiekelijk de discussie te voeren met onder toezicht staande instellingen. De bevoegdheid om over te gaan tot spoedpublicatie is echter niet bedoeld om publiekelijk de discussie te voeren met onder toezicht staande instellingen. Dit volgt uit de voorwaarden die in het wetsvoorstel worden verbonden aan de bevoegdheid. Publicatie moet in het belang van het publiek noodzakelijk zijn ter bescherming van het vertrouwen in het toezicht op de financiële markten.

4.4. Kerngegevens

De NVB geeft aan dat de bedoelde gegevens reeds op vrijwillige basis worden gepubliceerd. Naar aanleiding van de financiële crisis heeft de Parlementaire enquête commissie financieel stelsel aanbevolen dat DNB solvabiliteitscijfers van banken openbaar maakt. DNB publiceert een totaaloverzicht dat zowel gegevens bevat die banken publiceren op grond van de verordening kapitaalvereisten, als gegevens die banken op grond van het jaarrekeningrecht moeten publiceren. Hiermee kunnen consumenten deze gegevens van verschillende banken in één oogopslag inzien en vergelijken. Het wettelijk vastleggen zorgt ervoor dat de publicatie van de kerngegevens op een duidelijke en algemeen geldende wettelijke basis berusten.

De NVB geeft DNB in overweging tevens te verwijzen naar de websites van de ECB bij de publicatie van instellingspecifieke kerndata.

4.5. Overig

APT, NVB, VvV, VV&A en VBIN wijzen erop dat de relatie tussen transparantie en vertrouwen in het toezicht niet eenduidig is. Zij bevelen aan hier eerst meer onderzoek naar te doen, voordat de toezichthouders nieuwe bevoegdheden krijgen om gegevens over instellingen openbaar te maken. De regering onderschrijft het belang van aanvullend onderzoek, maar meent dat dit niet afgewacht hoeft te worden. Het bevorderen van vertrouwen in de toezichthouders en de financiële sector is immers maar één van de redenen om te streven naar meer transparantie. Elk van de bevoegdheden heeft daarnaast andere functies, die op zichzelf al reden zijn de bevoegdheden toe te kennen. Daar komt bij dat de regering meent dat transparantie, wanneer toegepast onder de voorwaarden als genoemd in het wetsvoorstel en de toelichting daarop, kan bijdragen aan het vertrouwen.

VBIN en VV&A hebben vragen gesteld over de proportionaliteit bij het MKB. Zij wijzen daarbij op de grote impact van een publicatie en vragen zich af of kleine bedrijven zich staande kunnen houden. In reactie hierop wijst de regering op de discretionaire bevoegdheid van de toezichthouders. Bij de afweging of publicatie bijdraagt aan de doelen die met publicatie behaald worden speelt de grootte van de onderneming mee als één van de belangen.

¹ <https://www.afm.nl/nl-nl/over-afm/werkzaamheden/nationale-samenwerking/dnb>

² <https://www.dnb.nl/nieuws/nieuwsoverzicht-en-archief/nieuws-2011/dnb252194.jsp>