

Internetconsultatie.nl

**Onze referentie**  
2016-00037239/MBLOM

**Den Haag**  
9 augustus 2016

**Betreft**  
Consultatiereactie Wet transparant toezicht financiële markten

Geachte heer, mevrouw,

Het Verbond van Verzekeraars heeft kennisgenomen van het consultatiedocument 'Wet transparant toezicht financiële markten' en maakt graag gebruik van de mogelijkheid om op het consultatiedocument te reageren.

De Minister stelt een aantal wijzigingen voor:

1. Door middel van aanpassing van art. 1:94 Wft worden de mogelijkheden om het publiek te waarschuwen of een verklaring te publiceren bij overtredingen uitgebreid. De reikwijdte van deze bepaling wordt uitgebreid tot alle overtredingen in de tweede of derde boetecategorie.
2. Door middel van een wijziging van art. 1:96 Wft wordt de mogelijkheid geschapen om vergelijkbare, op individuele financiële ondernemingen terug te voeren informatie over naleving van bepaalde voorschriften, die ontleend is aan door de toezichthouders gehouden (thema) onderzoeken, te publiceren.
3. Een wijziging van art. 1:96a Wft beoogt de mogelijkheid voor de toezichthouder om te reageren op uitlatingen van personen of ondernemingen over toezichtaangelegenheden. Het artikel moet de toezichthouder de mogelijkheid bieden om niet uitsluitend bevestigend of ontkennend te reageren, maar ook aanvullingen of correcties te doen, indien dit nodig is in het belang van een volledige en juiste voorlichting van het publiek over het toezicht.
4. Indien een aan toezicht onderworpen persoon zich heeft uitgelaten over een waarschuwing, verklaring of besluit van een toezichthouder, vervalt volgens het voorstel de wachtermijn voor publicatie door de toezichthouder.

De overige wijzigingen in het voorstel hebben voornamelijk betrekking op banken. Hierop zal het Verbond in haar reactie niet ingaan. Wij willen in eerste instantie een aantal algemene observaties met u delen waarna wij in meer detail ingaan op de voorstellen.



## **Algemeen**

### *Transparantie van toezicht*

Het Verbond deelt het streven van de Minister naar transparantie omtrent de werking van de financiële markten en het toezicht door DNB en AFM, en deelt in dat opzicht ook het streven van het kabinet om waar mogelijk transparantie te bevorderen, waar dat een bijdrage levert aan het vertrouwen in de financiële markten, de financiële sector en het toezicht daarop. Dit laatste is uiteraard van belang, want transparantie is geen doel op zich. De doelstellingen, die met de transparantie worden nagestreefd, worden echter uit het consultatiedocument niet geheel duidelijk.

Uit de toelichting wordt overigens ook niet duidelijk of deze behoefte in dit geval in breder verband leeft dan bij de toezichthouders zelf en welke additionele bijdrage de voorgestelde vorm van transparantie precies kan leveren aan het vertrouwen in de financiële markten, de sector en het toezicht.

Een belangrijke randvoorwaarde voor effectief toezicht, verankerd in het Europees recht, is het uitgangspunt van toezichtvertrouwelijkheid. Dit gegeven lijkt enigszins paradoxaal indien tevens, zoals hiervoor aangegeven, belang wordt gehecht aan transparantie, maar is dit geenszins. Personen die onderworpen zijn aan het toezicht van DNB en AFM moeten in staat zijn om (bedrijfs)vertrouwelijke informatie met de toezichthouders te delen zonder dat die informatie in het publieke domein terecht komt. Dit is een belangrijke voorwaarde voor transparantie van de onder toezicht gestelde personen en ondernemingen jegens de toezichthouders. De wetenschap dat de informatie die zij met de toezichthouder delen in beginsel niet publiek wordt, maakt hen minder terughoudend in het delen van die informatie en voorkomt een al te formele verhouding tussen onder toezicht gestelde en toezichthouder. Toezichtvertrouwelijkheid dient daarmee dus een belangrijk doel voor de klanten van financiële ondernemingen. Het stelt de toezichthouder in staat om effectief toezicht te houden en draagt daarmee bij aan het vertrouwen dat klanten kunnen stellen in (het toezicht op) de financiële sector.

### *Zorgvuldigheid en rechtsbescherming*

Indien door de toezichthouders wordt overgegaan tot publicatie van gegevens die zijn te herleiden tot individuele instellingen dient dit gepaard te gaan met zorgvuldige besluitvorming en een effectieve rechtsbescherming voor de onder toezicht gestelde. De vraag is of de publicatie van bevindingen uit themaonderzoeken en de mogelijkheid voor toezichthouders om te reageren op uitingen in het publieke domein in alle gevallen aan die voorwaarden voldoet en in bepaalde gevallen niet meer schade aan het vertrouwen in de financiële sector kan doen dan dat het aan dit vertrouwen bijdraagt. In het consultatiedocument blijven de negatieve gevolgen van publicatie onderbelicht. Meer aandacht voor de negatieve effecten van de voorgestelde maatregelen is naar het oordeel van het Verbond noodzakelijk.

### *Onderbouwing voorstellen ontoereikend*

Naar het oordeel van het Verbond is in algemene zin de onderbouwing van de noodzaak voor de voorgestelde wijzigingen ontoereikend. Het kabinet onderbouwt dat niet, evenals waarom de bestaande wetgeving de toezichthouders onvoldoende mogelijkheden biedt tot het geven van transparantie over haar eigen prestaties en de prestaties van marktpartijen. Hierdoor staat niet vast dat en ook niet waarom de effectiviteit van het huidige toezicht en het herstel van vertrouwen in de financiële sector achterblijft. Als gevolg hiervan kan niet beoordeeld worden of andere, voor de rechtspositie van onder toezicht staande instellingen minder ingrijpende alternatieve maatregelen deze gebreken zouden kunnen opheffen.

Meer concreet onderbouwt en motiveert het kabinet bijvoorbeeld niet waarom:

- de bestaande waarschuwings- en publicatiebevoegdheid in algemene zin niet volstaat en meer specifiek waarom dit bestaande instrumentarium het publiek onvoldoende in staat stelt



- om een geïnformeerde keuze te maken bij welke financiële onderneming zij producten wil afnemen;
- verantwoording afleggen over de uitvoering van het toezicht in de jaarverslagen van de toezichthouders het publiek onvoldoende inzicht biedt in de prestaties van de toezichthouders en daarmee onvoldoende bijdraagt om het vertrouwen in de financiële sector te versterken;
  - regulatory technical standards, beleidsregels, leidraden en Q&A's van toezichthouders de onder toezicht staande instellingen niet voldoende inzicht geven in hoe normen geïnterpreteerd zouden kunnen worden.

In essentie wordt er in de toelichting van uitgegaan dat (1) de huidige regeling op dit moment onvoldoende mogelijkheden biedt om consumenten effectief te waarschuwen tegen het handelen van bepaalde financiële ondernemingen, (2) het wenselijk is om een heldere regeling te hebben die DNB en AFM in staat stellen om te reageren indien informatie over toezicht naar buiten wordt gebracht, en (3) de mogelijkheid ontbreekt om instellingen bij naam te noemen en te vergelijken bij de openbaarmaking van onderzoeksresultaten. In de toelichting worden deze beoogde doelstellingen niet of nauwelijks onderbouwd, en in het bijzonder wordt niet duidelijk gemaakt hoe deze doelstellingen zijn afgewogen tegen andere belangen, zoals de belangen van de aan toezicht onderworpen personen en instellingen.

#### *Rol van themaonderzoeken in het toezicht van DNB en AFM*

Impliciet gaat het consultatiedocument uit van een bepaalde rol van themaonderzoeken in het toezicht van DNB en AFM. Het ministerie geeft aan dat het financieel toezicht zich ontwikkelt naar een gedeeltelijk risico gestuurd toezicht waarbij themaonderzoeken een belangrijke rol spelen. In de visie van het Verbond zijn themaonderzoeken primair een middel om informatie te verzamelen waarmee toezichthouders in staat worden gesteld een inschatting te maken waar de inzet van het toezichtinstrumentarium nodig is. Het zijn hulpmiddelen om een effectieve besteding van de beperkte middelen van toezichthouders te bewerkstelligen. Het is niet een zelfstandig middel met behulp waarvan daadwerkelijk toezicht wordt gehouden, in de zin dat door middel van een themaonderzoek aan individuele instellingen of personen toezichtmaat-regelen kunnen worden opgelegd. De wijze waarop themaonderzoeken worden verricht is daarop niet ingericht. Indien themaonderzoeken een uitgebreidere plaats krijgen of hebben gekregen, vergt dat een fundamentele herbezinning op de inzet van dit middel, waarbij waarborgen zullen moeten worden ingebouwd omtrent informatieverstrekking, rechtsbescherming tegen de publicatie van resultaten van themaonderzoeken waarin tot individuele instellingen herleidbare gegevens zijn opgenomen. In deze herbezinning zal ook meegenomen moeten worden waarom het bieden van transparantie voorrang heeft boven het bewerkstelligen van effectief toezicht. Door het uithollen van de geheimhoudingsplicht van toezichthouders wordt tegelijkertijd de medewerkingsplicht van financiële ondernemingen uitgehold. Zie voor een toelichting ad. 2.

#### *Europese dimensie*

Wij vragen ons af in hoeverre de voorgestelde uitbreiding van bevoegdheden past binnen de Europese context, waarbij gestreefd wordt naar convergentie van toezicht en toezichtbevoegdheden. De vraag is of de voorgestelde bevoegdheden binnen de Europese regels kunnen worden uitgeoefend. Interessant is dat op Europees niveau ten aanzien van de transparantie van toezichthouders omtrent hun functioneren juist een vrij terughoudende benadering wordt gekozen, althans een benadering waarin het uiteindelijk aan de toezichthouder zelf is om te kiezen voor transparantie. Rapporten omtrent *peer reviews* over het functioneren van toezichthouders worden niet integraal gepubliceerd. Best practices worden wel gepubliceerd maar al hetgeen kan worden herleid tot individuele toezichthouders mag uitsluitend met toestemming van de toezichthouder worden gepubliceerd.<sup>1</sup> Indien, zoals volgt uit de naamgeving van het

---

<sup>1</sup> Zie bijv. art. 11(2) van de EBA decision establishing a review panel; art. 30 lid 4 Oprichtingsverordening EIOPA.



consultatiedocument “transparant toezicht” het doel is van de voorgestelde regeling, past een dergelijke aanpak niet alleen bij de toezichthouders zelf, maar ook bij de onder toezicht staande instellingen.

### **Artikelsgewijs commentaar**

Ad 1.

Het Verbond is van mening dat de huidige systematiek van art. 1:94 Wft, op basis waarvan voor een aantal specifiek aangeduide overtredingen de mogelijkheid wordt gecreëerd om een openbare waarschuwing uit te vaardigen, gehandhaafd moet blijven. Het voert te ver om deze bevoegdheid uit te breiden naar alle overtredingen, die zijn gerangschikt in de tweede of derde categorie. Het is aan de wetgever in formele zin om te bepalen voor welke specifieke overtredingen een openbare waarschuwing aan de orde kan zijn. De wetgever heeft voor deze specifieke overtredingen destijds een bewuste afweging gemaakt om een openbare waarschuwing mogelijk te maken. Door de reikwijdte van art. 1:94 Wft uit te breiden naar *alle* overtredingen van de tweede en derde categorie wordt deze beslissing feitelijk in handen gelegd van de toezichthouders. Volgens de toelichting op het consultatiedocument zou deze uitbreiding gerechtvaardigd zijn, omdat overtreding van die voorschriften zodanig ernstig *kan* zijn dat onder omstandigheden bekendmaking gerechtvaardigd is, bijvoorbeeld omdat publicatie eraan kan bijdragen dat verdere herhaling en verdere benadeling van derden zoveel mogelijk wordt voorkomen. De ernst van de overtreding is op zichzelf geen onderscheidend criterium om tot publicatie over te gaan: Bepalend voor publicatie moet zijn de waarde van openbare publicatie voor het publiek. Volgens het Verbond van Verzekeraars 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.<sup>2</sup>

In de toelichting op het consultatiedocument wordt overigens nauwelijks aandacht besteed aan het feit dat in dit verband een belangenafweging dient plaats te vinden. Blijkens de parlementaire geschiedenis bij het huidige art. 1:94 Wft, die in dit verband ook verwijst naar jurisprudentie van het EHRM, is een dergelijke belangenafweging van groot belang. Indien de verwachting gerechtvaardigd is dat de schade voor de onderneming als gevolg van de publicatie substantieel zal zijn terwijl de meerwaarde van die publicatie om de markt te waarschuwen niet kan worden aangetoond, dan zal, volgens de parlementaire geschiedenis, een dergelijke publicatie door het EHRM mogelijk toch als sanctie worden aangemerkt. In het huidige artikel 1:94 Wft is deze belangafweging deels al vooraf gemaakt door vooraf te beoordelen bij welke specifieke overtredingen een openbare waarschuwing aan de orde kan zijn. Door dat uitgangspunt in het consultatievoorstel los te laten, zal in ieder geval in het nieuwe artikel en de toelichting meer aandacht moeten zijn voor de noodzakelijke belangenafweging en daarbij relevante omstandigheden.

Ad 2.

Zoals hiervoor al is aangegeven is voor het Verbond de publicatie van tot instellingen of personen herleidbare gegevens afkomstig uit (thema)onderzoeken, geen vanzelfsprekendheid. Toezichtvertrouwelijkheid is het uitgangspunt en voor uitzonderingen op dit uitgangspunt moeten goede redenen zijn. Ook moet er sprake zijn van goede rechtswaarborgen voor de instellingen en personen op wie de publicatie betrekking heeft. Dat geldt in het bijzonder voor de informatievergaring in het kader van (thema)onderzoeken en de rechtsbescherming tegen de openbaarmaking van bevindingen in het kader van (thema)onderzoeken.

In de concept toelichting op het voorgestelde artikel 1:96 Wft worden een aantal redenen

---

<sup>2</sup> Zie ook bijv. D.R. Doorenbos, oratie Nijmegen 22 november 2006, Naming & Shaming, Serie Onderneming & Recht, deel 38, p. 82, Kluwer, Deventer, 2007.



genoemd waarom het noemen van namen in deze publicaties de naleving van de wet zou kunnen bevorderen en zou kunnen bijdragen aan effectief toezicht: (i) het zou bedrijven aanzetten om zich te houden aan de norm of zelfs boven de norm te presteren om bijvoorbeeld bij een vergelijkend onderzoek als beste naar voren te komen; (ii) het zou eraan bijdragen dat overtredingen die zijn geconstateerd sneller worden beëindigd; en (iii) het zou marktpartijen beter inzicht geven in de geldende verplichtingen en in de wijze waarop de toezichthouder invulling geeft aan zijn verplichtingen.

Evenals zojuist toegelicht ten aanzien van de voorgestelde uitbreiding van artikel 1:94 Wft, lijkt de wetgever met het voorgestelde artikel 1:96 Wft een middel in te zetten dat niet als handhavinginstrument bedoeld is. Themaonderzoeken of andere marktbrede onderzoeken zijn bedoeld om de toezichthouder inzicht te verschaffen in zaken waar zij weinig kennis van hebben, bijvoorbeeld hoe in de praktijk met bepaalde zaken wordt omgegaan. De aard van deze onderzoeken - informatievergaring - verdraagt zich dan ook slecht met publicatie van individuele resultaten (handhavinginstrument). Themaonderzoeken en de publicatie daarvan, mogen niet worden ingezet als middel om ervoor te zorgen dat ondernemingen zich aan de norm houden noch dat geconstateerde overtredingen sneller worden beëindigd. Daartoe beschikt de toezichthouder over andere (handhaving)instrumenten. Het Verbond van Verzekeraars betwijfelt of de publicatie van themaonderzoeken een bijdrage leveren aan effectief toezicht. Voordat de toezichthouders de voorgestelde (extra) bevoegdheden worden verleend, zou onderzocht moeten worden of die wel nut hebben (doelmatig zijn).<sup>3</sup>

Wanneer de toezichthouder informatie die zij op deze manier verkrijgt aanwendt op de nu voorgestelde manier kan worden betoogd dat er sprake is van schending van het nemo tenetur beginsel<sup>4</sup>, tenzij de toezichthouder de onder toezicht staande instellingen op hun zwijgrecht wijst bij het doen van het informatieverzoek ten behoeve van het thema-onderzoek. Dit, omdat publicatie van de resultaten van het onderzoek, ook al is het oogmerk niet bestraffend, toch als bestraffend gevoeld kan worden door de betreffende financiële onderneming. Publicatie is daarmee een bestuurlijke sanctie waarvoor artikel 6 EVRM geldt.<sup>5</sup>

In het wetsvoorstel zou verduidelijkt moeten worden dat de bevindingenbrief, die na afloop van een (thema)onderzoek wordt toegezonden, een besluit behelst in de zin van de Awb. Deze krijgt immers rechtsgevolg. Indien de betreffende onderneming het niet eens is met de bevindingen van de toezichthouder, heeft de onderneming de mogelijkheid om zich na het doorlopen van de bezwaarprocedure te wenden tot de bestuursrechter met het verzoek de bevindingenbrief te vernietigen. In dit verband valt op dat de wetgever wel de mogelijkheid biedt dat financiële ondernemingen in kort geding kunnen opkomen tegen het publicatiebesluit, maar nog niet duidelijk is dat zij zich kunnen verweren tegen de daaraan ten grondslag liggende bevindingenbrief. Om de actie in kort geding mogelijk te maken zal de toezichthouder de betreffende ondernemingen wel een publicatiebesluit moeten toezenden.

Het Verbond is voorts van mening dat publicatie van de individuele resultaten zal leiden tot een onjuist - niet evenwichtig - beeld bij het publiek. Waar het onderzoeken betreft naar verzekeraars, worden doorgaans slechts de grote(re) verzekeraars voor deelname uitgenodigd. Als de toezichthouders conform het voorgestelde artikel 1:96 Wft de individuele resultaten van dergelijke onderzoeken zouden mogen publiceren, zal het gevolg daarvan zijn dat alleen de grote(re)

<sup>3</sup> Zie onder in dat verband ook Femke de Vries, die stelt dat de ambitie van toezichthouders om door transparantie bij te dragen aan vertrouwen vraagt om nader onderzoek naar de manier waarop dat doel kan worden bereikt. Tevens wijst zij erop dat transparantie ook tegengestelde en onbedoelde effecten kan hebben op het vertrouwen in het toezicht en de onder toezicht gestelde. Zo zal bijvoorbeeld het bekend maken van ingrijpen van de toezichthouder in een bepaalde sector wellicht tot meer vertrouwen in de toezichthouder leiden maar tot minder vertrouwen in de onder toezicht gestelde. Femke de Vries, "Leidt transparantie tot meer vertrouwen in de toezichthouder?" oratie gehouden te Groningen op 29 maart 2016.

<sup>4</sup> Zie hierover E. Dieben "De AFM: veelkoppig hoeder van het EVRM?", in *Mensenrechten en toezichthouders*, 7.4.1, Boom Juridisch, 2014, p. 94

<sup>5</sup> D. Doorenbos, p. 79, 85, 89-90



verzekeraars risico lopen op 'naming and shaming' of 'naming and faming'.

Toezichthouders kunnen in het kader van themaonderzoeken signalen opvangen, die vervolgens in het doorlopend toezicht worden gebruikt.<sup>6</sup> Het Verbond is van mening dat, indien deze signalen duiden op niet-naleving van toezichtregelgeving, daar eerst een gedegen onderzoek naar moet worden gedaan, uitmondend in een Awb-besluit, waarin een overtreding wordt geconstateerd en eventueel een sanctie wordt opgelegd en waartegen adequate rechtsbescherming open staat. 'Naming and shaming' in een eerder stadium is ongewenst.

De voorgestelde wijziging holt de geheimhoudingsplicht van de toezichthouders verder uit. Toezichtvertrouwelijke informatie zal door de voorgestelde wijziging eerder publiek kunnen worden en ook zal deze informatie sneller herleid kunnen worden tot individuele ondernemingen. De vraag rijst of effectief toezicht, een van de doelstellingen van de voorgestelde regeling, hiermee wel is gediend. Het kan ondernemingen terughoudend maken in het verstrekken van extra informatie. Het kabinet onderbouwt niet waarom het belang van meer transparantie gesteld moet worden boven het maatschappelijk belang van effectief toezicht.

Ad 3.

Hoewel het Verbond begrip heeft voor de wens van de toezichthouder om te kunnen reageren op onjuiste of onvolledige informatie die door een onder toezicht staand persoon naar buiten wordt gebracht, zijn wij van mening dat de toezichthouder daarvoor niet de weg zou moeten kiezen van de publieke discussie. Het past bij de rol van een toezichthouder zich terughoudend op te stellen en zich niet te laten verleiden tot het publiekelijk reageren op uitlatingen van een onder toezicht staand persoon. Dit is niet bevorderlijk voor het vertrouwen in de financiële sector noch voor het vertrouwen in de toezichthouder. Om aan de wens van de toezichthouder tegemoet te komen zou kunnen worden overwogen de toezichthouder de mogelijkheid te geven om een aanwijzing te kunnen geven tot het staken van het verspreiden van onjuiste of onvolledige informatie of tot het corrigeren daarvan m.b.t. een aangelegenheid van het toezicht waar de persoon bij betrokken is. Indien daar verschil van inzicht over bestaat of blijft bestaan kunnen instelling en toezichthouder zich dan eventueel nog tot de bestuursrechter wenden. Het huidige voorstel lijkt sterk te zijn ingegeven door een recente casus. Het Verbond is er geen voorstander van dat voor elk incident een oplossing wordt gezocht in nieuwe regelgeving. Het is de vraag of het probleem dermate groot is dat hiervoor d.m.v. regelgeving een oplossing moet komen.

Ad 4.

Zoals hiervoor onder 3 is aangegeven is het Verbond geen voorstander van het bieden van de mogelijkheid aan de toezichthouder om te reageren op uitlatingen van een onder toezicht staand persoon. Kennelijk is de gedachte achter het laten vervallen van de 5 dagen wachttermijn dat er geen reden is om iemand rechtsbescherming te bieden als deze zelf de publiciteit heeft gezocht. Het voorstel wordt in het geheel niet onderbouwd in de toelichting. Het Verbond ziet geen reden om in dit geval aan een onder toezicht staand persoon de minimale rechtsbescherming te onthouden. Naar de mening van het Verbond zou de wachttermijn alleen moeten vervallen als de bescherming van belangen die de wet beoogt te beschermen geen uitstel toelaat.

De facto zou de voorgestelde wijziging ertoe leiden dat onder toezicht staande personen die zelf feitelijke informatie over een boetebesluit naar buiten hebben gebracht, geen kort geding tot opschorten van publicatie van het gehele besluit kunnen starten. Dit is ongewenst, zeker in gevallen waarin bijvoorbeeld een beursgenoteerde onder toezicht staande instelling wettelijk verplicht is de markt te informeren over feiten, bijvoorbeeld een voorgenomen bestuurlijke sanctie met groot gevolg voor de betreffende onderneming, die de beurskoers significant kunnen

<sup>6</sup> Hierbij zijn in de juridische literatuur overigens ook kritische kanttekeningen geplaatst, omdat dit onder omstandigheden op gespannen voet zou kunnen komen te staan met fundamentele rechtsbeginselen.



beïnvloeden.

Uiteraard zijn wij graag bereid vragen naar aanleiding van deze brief te beantwoorden en een nadere toelichting te geven.

Met vriendelijke groet,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'H.L. De Boer'.

H.L. De Boer