



consultatie

Wet transparant toezicht financiële markten

Samenvatting

DUFAS¹ raadt aan de naam van het wetsvoorstel beter te laten aansluiten op de inhoud ervan (publicatiebevoegdheden in plaats van transparantie).

Publicatie van de naam van een instelling door een toezichthouder in een negatieve context is ingrijpend voor een financiële instelling. Dat betekent dat dit met tenminste dezelfde waarborgen en rechtsbescherming moet zijn omkleed als de procedures rond boetes en dwangsommen. Voor de openbaarmaking van sanctiebesluiten moet in elk geval kunnen worden getoetst aan de Wet openbaarheid van bestuur. DUFAS adviseert daarnaast dit voorstel aan te houden totdat het voorstel tot standaardisering van de uiteenlopende regimes voor openbaarmaking van toezichtgegevens in de Awb bij het parlement wordt ingediend.

DUFAS vraagt zich af waarom de bestaande publicatie van de boete niet voldoende waarschuwing is en adviseert het ministerie van Financiën om in de toelichting nader te onderbouwen waarom de extra bevoegdheid van art. 1:94, Wft noodzakelijk is. DUFAS is van mening dat een waarschuwing bij recidive nuttig kan zijn, maar geen noodzakelijke bevoegdheid is, omdat een aanwijzing vaak effectiever is als gedragsverandering van de onderneming het beoogde doel is.

DUFAS ontraadt met klem de voorgestelde publicatie van ranglijstjes (art 1:96, Wft) in het kader van *naming* en *shaming* (en wellicht *faming*), omdat

- hier sprake kan zijn van toeval en willekeur door de veelal gevolgde steekproefmethode en door de wijze van afweging van de vraag of gepubliceerd wordt.
- De publicatiebevoegdheid omvat kennelijk meer dan alleen niet-naleving van de wet, het gaat daarbij ook om de wijze van implementeren en naleven van de wet in verhouding tot andere ondernemingen. DUFAS ziet niet in waarom de toezichthouder zijn voorkeur voor een bepaalde wijze van wetsimplementatie via *naming* en *shaming* zou moeten opleggen. Het is goed mogelijk voor de regelgever om die voorkeuren vast te leggen in de wet, een AMvB of een regeling van de toezichthouder zelf. Dat schept veel meer rechtszekerheid.
- De 'objectieve gegevens en indicatoren' die de toezichthouder voor zijn ranglijstjes gebruikt moeten ruim tevoren algemeen bekend zijn.
- Daarnaast is het voorgestelde artikel in strijd met de geheimhoudingsbepalingen van diverse Europese richtlijnen op financieel gebied en wordt te weinig aandacht besteed aan rechtsbescherming.

¹ DUFAS, voluit de Dutch Fund and Asset Management Association, is de brancheorganisatie van vermogensbeheerders en beheerders van beleggingsinstellingen (ook wel *asset managers* genoemd) in Nederland. Onze belangenvereniging kent, naast onafhankelijke vermogensbeheerders, leden uit de bankensector, verzekerings-, vastgoed- en pensioensector, alsmede bewaarbedrijven.



Algemene opmerkingen

Titel

Uit de titel van het wetsvoorstel zou men kunnen afleiden dat de toezichthouders een wat verstrekkender verantwoordingsplicht zouden krijgen dan zij thans hebben. De titel is in dat opzicht misleidend en in de verantwoordingsplicht van de toezichthouders verandert het wetsvoorstel niets. Het voorstel gaat vooral over een aanzienlijke uitbreiding van de publicatiebevoegdheden van de toezichthouders. DUFAS raadt dan ook aan de naam van het wetsvoorstel beter te laten aansluiten op de inhoud ervan.

Die verantwoordingsplichten van de toezichthouder zijn thans zeer summier. Beide toezichthouders moeten een jaarverslag publiceren (art. 1:36, Wft) en DNB moet geaggregeerde statistische gegevens publiceren (en krijgt er nu de bevoegdheid bij om sommige van die gegevens per instelling te publiceren).

Omdat beide toezichthouders ZBOs zijn, is de Wet openbaarheid van bestuur niet op hen van toepassing (art. 1, sub c, Besluit bestuursorganen Wno en WOB). En als ZBO is hun verantwoordingsplicht alleen van toepassing op hun wettelijke taak, terwijl het doen van themaonderzoeken geen expliciete wettelijke taak is.

Publicatie is een heel zware sanctie voor financiële instellingen

Op 29 maart jl. zei AFM bestuurder Femke de Vries in haar oratie²:

“Onderzoek in het Verenigd Koninkrijk en Frankrijk wijst uit dat de schade als gevolg van een opgelegde boete niet alleen bestaat uit het bedrag van de boete maar in belangrijke mate uit een daling van de marktwaarde van de onderneming waaraan een boete is opgelegd door publicatie van die boete. De daling van de marktwaarde als gevolg van publicatie van de sanctie, zou volgens Brits onderzoek ongeveer negen keer de hoogte van de boete bedragen.” (p. 17).

Daaruit kan worden afgeleid dat publicatie van de naam van een instelling door een toezichthoudende autoriteit in een negatieve context een uitermate ernstige straf is voor de instelling, of dat nu wel of niet zo bedoeld is door de wetgever of toezichthouder. Dat betekent dat dit volgens DUFAS met dezelfde waarborgen en rechtsbescherming moet zijn omkleed als bijvoorbeeld de procedures rond boetes.

Standaardisering publicatieprocedures

In zijn [jaarverslag over 2014](#) gaat de Raad van State in op uiteenlopende regimes voor openbaarmaking van toezichtgegevens (p. 46, e.v.) en daarin wordt standaardisatie geadviseerd in de Awb.³ De regering is het daarmee eens,⁴ maar er zijn nog geen voorstellen openbaar gemaakt. DUFAS dringt in dit verband aan op spoed. DUFAS adviseert het onderhavige voorstel aan te houden totdat deze algemene standaardisatie naar het parlement wordt gezonden.

Redenen voor het voorstel

Er zijn zeven redenen die het ministerie van Financiën aanvoert voor deze aanvullende regels:

² [Leidt transparantie tot meer vertrouwen in de toezichthouder?](#), oratie [uitgesproken](#) bij de aanvaarding van het ambt van hoogleraar Toezicht aan de Faculteit Rechtsgeleerdheid van de Rijksuniversiteit Groningen.

³ Zie ook kamerstuk 34.108, nr. 4 en kamerstuk 34.111, nr. 4.

⁴ Kamerstuk 34.108, nr. 4 en Kamerstuk 34.111, nr. 4.



- a. Het kan de effectiviteit van het toezicht vergroten en bijdragen aan het vertrouwen in de financiële sector en de toezichthouder.
- b. Er is een breed levende behoefte aan meer transparantie in de prestaties van marktpartijen en in de werkzaamheden van de toezichthouders.⁵
- c. Transparantie over de bevindingen van de toezichthouder kan bijdragen aan de naleving doordat het vooruitzicht van openbaarmaking marktpartijen aanzet tot betere prestaties.
- d. Transparantie stelt dit het publiek ook beter in staat om een keuze te maken tussen de verschillende aanbieders van financiële producten en diensten en kan voorkomen worden dat consumenten worden benadeeld door overtredingen van de financiële wetgeving.
- e. Transparantie kan de instellingen die onder toezicht staan inzicht geven in de werkwijze van de toezichthouder en de wijze waarop de toezichthouder normen hanteert. Indien over dit laatste onvoldoende duidelijkheid bestaat kan dat ertoe leiden dat personen die onder toezicht staan te voorzichtig gaan handelen omdat zij het zekere voor het onzekere willen nemen (overcompliance) of juist onbewust regels overtreden omdat zij niet weten hoe de normen worden uitgelegd.
- f. Afleggen van verantwoording over de resultaten van het toezicht. De toezichthouder laat met de openbaarmaking van informatie zien dat hij in staat is overtredingen aan het licht te brengen en daar tegen op te treden.
- g. Publicatie van een boetebesluit kan bijdragen aan de naleving omdat partijen reputatieschade bij een overtreding vrezen.

Motivering ontoereikend

De onderbouwing van de noodzaak voor de voorgestelde wijzigingen is ontoereikend. 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.

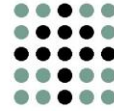
Aan de openbaarmaking van toezichtgegevens en sanctiebesluiten zit het aspect van de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer.⁶ Zo'n openbaarmaking kan tot aanzienlijke economische- en reputatieschade leiden. Voor inmenging in de persoonlijke levenssfeer is een specifieke bij wet voorziene afweging in termen van proportionaliteit vereist.⁷ Dit geldt niet alleen voor natuurlijke personen, maar onder omstandigheden ook voor rechtspersonen.⁸ Voor de

⁵ Zie ook de antwoorden van Minister Dijsselbloem van Financiën op vragen van Tweede Kamerlid Aukje de Vries over het bericht in het Financieële Dagblad van 9 april 2015, getiteld "De AFM wil vaker namen kunnen noemen" (Aanhangsel Handelingen II, 2014-2015, nr. 2282).

⁶ Art. 10 van de Grondwet en artikel 8 van het EVRM.

⁷ Art. 8 EVRM en de artt. 7 en 8 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.

⁸ Zie onder meer EHRM 16 dec. 1992, NJ 1993, 400 (Niemietz vs. Duitsland); EHRM 16 feb. 2000, 27798/95 (Amann vs. Zwitserland) en EHRM 16 apr. 2002, nr. 37971/97 (Société Colas Est e.a. vs. Frankrijk). Zie ook



openbaarmaking van sanctiebesluiten, maar ook voor openbaarmaking van vertrouwelijke gegevens die de privacy raken, betekent dit dat in elk geval moet kunnen worden getoetst aan de uitzonderingsgronden van de Wet openbaarheid van bestuur.⁹

In zijn algemeenheid is er een reëel risico dat de met dit wetsvoorstel beoogde transparantie het tegengestelde effect heeft van hetgeen wordt beoogd. Op 29 maart jl. zei AFM bestuurder Femke de Vries in een oratie¹⁰:

“Transparantie kan tegengestelde en onbedoelde effecten 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. Het regelmatig publiceren van het opleggen van boetes kan de indruk wekken van een daadkrachtige toezichthouder maar kan ook het beeld achterlaten van een sector waar misstanden aan de orde van de dag zijn.” (p. 48).

Mw. de Vries gaf ook aan dat:

“vooral communiceren over “het waarom” van overheidsoptreden bijdraagt aan vertrouwen, meer dan communicatie over het proces” (p. 55).

Dat komt DUFAS juist voor. Het betekent ook dat dit wetsvoorstel in zijn algemeenheid niet de meest effectieve manier is om bij te dragen aan het vertrouwen in de toezichthouder, wat een van de doelstellingen is van het wetsvoorstel.

Rechtsonzekerheid, rechtsongelijkheid en willekeur

DUFAS maakt zich ernstige zorgen over het kennelijke voornemen om de vraag of gepubliceerd wordt niet alleen te laten afhangen van de belangen van (potentiële) klanten, maar ook van de vraag of er wel publieke aandacht voor is. Het ministerie van Financiën zegt in de Memorie van Toelichting:

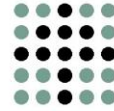
“Of transparantie deze functies daadwerkelijk vervult, zal in de praktijk afhangen van de wijze waarop de informatie wordt gepresenteerd. In het algemeen zal het openbaar maken van grote hoeveelheden ongeorganiseerde informatie nauwelijks bijdragen, terwijl ook het zeer sporadisch openbaar maken van informatie niet zal leiden tot een beter inzicht in de prestaties van partijen onder toezicht op het gebied van naleving. De toezichthouders zullen daarin dan ook een goede balans moeten vinden.”

Dit is een afweging die ervoor zal zorgen dat de vraag of een onderneming slachtoffer wordt van *naming* en *shaming* toevallig is en niet voorspelbaar. Dat is een buitengewoon ineffectieve manier om gedrag van onder toezicht staande instellingen te beïnvloeden. Er zit een hoge mate van willekeur in, zeker nu de toezichthouder geen openheid van zaken hoeft te geven over hoe men tot de prestatiebeoordeling is gekomen (p. 6 MvT). Dat de vraag of een openbare waarschuwing wordt gegeven (mede) afhangt van media-aandacht wordt door ons daarom als zeer zorgelijk en onwenselijk ervaren.

HvJ EU 22 okt. 2002 (Roquette Frères), C-94/00 en HvJ EU 9 nov. 2010 (Volker und Markus Schecke GbR en Hartmut Eifert), gevoegde zaken C-92/09 en C-93/09.

⁹ Art. 10, lid 2, onderdelen e (eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer) en onderdeel g (voorkomen van onevenredige bevoordeling of benadeling van betrokken personen dan wel derden).

¹⁰ [Leidt transparantie tot meer vertrouwen](#), oratie [uitgesproken](#) bij de aanvaarding van het ambt van hoogleraar Toezicht aan de Faculteit Rechtsgeleerdheid van de Rijksuniversiteit Groningen.



Objectieve criteria en voorwaarden

DUFAS is van mening dat er voor publicatie van namen van instellingen in de wet harde, objectieve criteria en voorwaarden moeten worden bepaald teneinde onnodige schade te voorkomen. DUFAS denkt aan de volgende punten.

- Het te publiceren feit moet onbetwistbaar vast staan. Het moet bijvoorbeeld gaan om vaststaande overtredingen van wettelijke bepalingen waarop een sanctie staat.
- Het doel van het toezicht moet zich niet verzetten tegen publicatie (vgl. art. 1:97, lid 3 en art. 1:99, lid 2, Wft).
- De wettelijke geheimhoudingsplicht moet zich niet verzetten tegen publicatie.
- Er mogen geen materiële negatieve effecten zijn op de concurrentiepositie van de instelling(en) wiens naam/namen gepubliceerd wordt/worden.
- De publicatie van de naam/namen mag geen onjuiste indruk ten aanzien van de feiten wekken.
- In het persbeleid moet de toezichthouder er rekening mee houden dat persberichten door de pers worden gefilterd en dat de nuances niet via de berichtgeving in de media tot het publiek doordringen.
- Het gepubliceerde moet juist zijn en mag niet misleidend zijn, noch misleidend worden gepresenteerd (een norm die ook geldt voor uitingen van financiële instellingen aan het publiek).
- De toezichthouder moet in zijn publicaties onderscheid maken tussen feiten en meningen c.q. conclusies (net zoals beleggingsadviseurs dat moeten doen ex. art. 16 Besluit marktmisbruik), dus ook bij *naming* en *shaming*. Dat wil zeggen dat een lijstje namen van instellingen die een bepaalde wettelijke verplichting overtreden, gescheiden moet worden van een lijstje van instellingen die de wet wel naleven maar dat doen op een andere manier dan de toezichthouder wenselijk acht.

Het subsidiariteitsbeginsel is daarnaast naar de mening van DUFAS van toepassing. Welk doel wordt gediend met de publicatie, en kan dat doel niet tevens gediend worden door het delen van de onderzoeksresultaten met de betrokken individuele instellingen (subsidiariteitsbeginsel) en/of de reeds bestaande handavings- en publicatieverplichtingen? Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer het doel niet is informeren van het publiek maar bijvoorbeeld het bewegen van de financiële instelling(en) tot gedragsverandering. Als dat laatste het doel is, kan dat ook worden bereikt zonder publiciteit.

De toezichthouder moet ook een behoorlijke belangenafweging maken tussen het belang van publicatie en de mogelijke schade van die publicatie voor de instelling(en). Het gaat daarbij (vrij naar [HR 24 juni 1983, NJ 1984/801](#)) o.a. om de aard van wat de instelling gedaan of nagelaten heeft, de ernst daarvan bezien vanuit het algemeen belang, de mate waarin het gepubliceerde wordt ondersteund door het beschikbare feitenmateriaal, de inkleding van het door de toezichthouder gepubliceerde materiaal, proportionaliteitsbeginsel en subsidiariteitsbeginsel en de kans dat het gepubliceerde ook zonder publicatie door de toezichthouder in de publiciteit zou zijn gekomen.

De toezichthouder moet tenslotte de instellingen minimaal 5 dagen voor publicatie waarschuwen zodat zij tenminste nog de mogelijkheid hebben via een voorlopige voorziening bij een onafhankelijke rechter publicatie te voorkomen. Het wetsvoorstel steunt dit idee ook, blijkens



de voorgenomen herziening van artt. 1:98 t/m 1:101, Wft. Er moet hoor en wederhoor worden toegepast. Maar belangrijker is dat een financiële instelling niet alleen uiterlijk 5 dagen van te voren moet worden geïnformeerd, maar ook vooraf in de gelegenheid moet worden gesteld om op de aantijgingen te reageren. Hoar en wederhoor voorafgaande aan zo'n openbare waarschuwing acht DUFAS essentieel. Immers, nadat de openbare waarschuwing is gedaan is het leed al geschied. Dat betekent dat de financiële instelling in kwestie dan alleen nog via de media kan reageren en/of bij de rechter rectificatie kan vorderen. Het ministerie lijkt hier niet in te voorzien; de toezichthouder hoeft immers geen openheid van zaken te geven (p. 6, MvT).

Geheimhoudingsplicht (art 1:89, Wft)

Het ministerie van Financiën constateert terecht dat

“tegenover de belangen die met het openbaar maken van informatie zijn gediend [...] de belangen [staan] van de personen onder toezicht en van het toezicht en de maatschappij zelf bij geheimhouding van de informatie waarover de toezichthouder beschikt. De grenzen van de mogelijkheden van de toezichthouders om openheid te geven over het toezicht liggen daarom in het beroepsgeheim dat onder meer is verwoord in artikel 1:89 van de Wft. Dit artikel bepaalt – kort gezegd – dat vertrouwelijke gegevens alleen gebruikt mogen worden als dat vereist is voor de uitvoering van de taak van de toezichthouders of op grond van de betreffende wet.”

Art 1:89, Wft is een implementatie van bepalingen over geheimhouding in Europese richtlijnen op het gebied van de financiële markten.¹¹ Dit is de tegenhanger van de verplichting van marktpartijen om de toezichthouders alle informatie te verstrekken die zij voor het toezicht nodig hebben. De geheimhoudingsplicht draagt bij aan de bereidheid van partijen om de toezichthouders van vertrouwelijke informatie te voorzien die gevolgen kan hebben voor de concurrentiepositie van een afzonderlijke instelling. Het ministerie van Financiën schrijft dat het

“in dit licht [...] belangrijk [is] dat bij de uitbreiding van de mogelijkheden van de toezichthouders om naar buiten te treden met informatie die tot instellingen herleidbaar is, die instellingen in vergelijking met andere niet speciaal door deze mogelijkheden worden belast.”

DUFAS is dit met het ministerie van Financiën eens en is daarom van mening dat deze voorwaarde (geen negatieve effecten op de concurrentiepositie van de instelling(en)) onderdeel zou moeten zijn van de voorwaarden waaronder een publicatie door de toezichthouder zal mogen worden gedaan.

DUFAS merkt op dat de door het ministerie van Financiën in deze consultatietekst gedane voorstellen voor het noemen van namen van individuele instellingen in strijd zijn met art. 54 MiFID I, 76, MiFID II, 102 UCITS IV en art. 47 AIFMD. Wij geven het ministerie van Financiën in overweging om hieraan aandacht te besteden in de MvT. Het in de MvT genoemde art. 54 MiFID I zegt in lid I onder meer dat vertrouwelijke gegevens:

“[...] aan geen enkele persoon of autoriteit bekend [mogen] worden gemaakt, behalve in een samengevatte of geaggregeerde vorm, zodat individuele beleggingsondernemingen, marktexploitanten, gereguleerde markten of andere personen niet herkenbaar zijn, onverminderd de gevallen die onder het strafrecht of onder de overige bepalingen van deze richtlijn vallen.”

¹¹ Zie bijvoorbeeld art. 53 van CRD IV (2013/36/EU); art. 54 van MiFID I (2004/39/EU); art. 27 van de verordening Marktmisbruik (596/2014); art. 64 van Solvency II (2009/138/EG) en art. 36 van de 4^e jaarrekening richtlijn (78/660/EEG).



En in lid 3 staat dat de toezichthouders:

“die uit hoofde van deze richtlijn vertrouwelijke informatie ontvangen, deze uitsluitend [mogen] gebruiken bij de uitoefening van hun taken en voor de uitoefening van hun functies (in het geval van de bevoegde autoriteiten) binnen de werkingssfeer van deze richtlijn of (in het geval van andere autoriteiten, instanties of natuurlijke of rechtspersonen voor het doel waarvoor die informatie aan hen verstrekt was en/of in het kader van bestuursrechtelijke of gerechtelijke procedures die specifiek met de uitoefening van deze functies verband houden.”

I. Waarschuwing bij overtreding (art. 1:94, Wft)

Art. 1:94, Wft komt te luiden:

De toezichthouder kan een waarschuwing of verklaring publiceren, indien nodig onder vermelding van de overwegingen die tot die waarschuwing of verklaring hebben geleid, bij een overtreding waarvoor krachtens artikel 1:81 een bestuurlijke boete kan worden opgelegd van de tweede of derde categorie of een overtreding van een voorschrift, gesteld bij of krachtens de verordening centrale effectenbewaarinstellingen, door een centrale effectenbewaarinstelling of een aangewezen kredietinstelling als bedoeld in die verordening.

Om transparantie te stimuleren stelt het ministerie van Financiën voor om de mogelijkheden van art. 1:94 van de Wft om te waarschuwen of een verklaring te publiceren bij een overtreding uit te breiden. Toezichthouders kunnen daardoor volgens het ministerie van Financiën vaker openheid geven over geconstateerde overtredingen.

Waarschuwing zonder dat er een overtreding is

DUFAS vraagt zich af wanneer een overtreding geacht moet worden ‘geconstateerd’ te zijn? Het gaat er in dit voorstel immers om dat een boete “kan worden opgelegd”, niet dat die boete ook is opgelegd (laat staan na een beroep bij de rechter definitief is geworden). Is dat zo wanneer de toezichthouder een (redelijke) verdenking heeft, of pas wanneer er een bestuursrechtelijk besluit over is genomen, of pas wanneer de rechter een beroep tegen het boetebesluit heeft afgewezen? De tekst van art. 1:94, Wft zegt dat dat kan als er een boete kan worden opgelegd.

Hiermee wordt de automatische publicatie van de boete gescheiden van het boetetraject zelf. Het kan met andere woorden voorkomen dat er een waarschuwing wordt gegeven terwijl later blijkt dat er geen overtreding is gepleegd. Dat lijkt ons in strijd met de idee van de rechtsstaat. Een wettelijke rectificatieplicht van de toezichthouder is hier op zijn plaats.

In dit verband is van belang dat de aansprakelijkheid van de toezichthouder voor schade als gevolg van uitvoering van wettelijke taken grotendeels is uitgesloten (behalve bij opzet en grove schuld). Een financiële onderneming die achteraf gezien ten onrechte aan de schandpaal is genageld, kan zich voor de geleden schade dus niet verhalen op de toezichthouder. Die vaststelling noopt tot extra voorzichtigheid.

Het ministerie van Financiën ziet als nadeel van het huidige regime van geheimhouding en publicatiebevoegdheden dat er op dit moment onvoldoende mogelijkheden zijn om consumenten effectief te waarschuwen tegen het handelen van bepaalde financiële ondernemingen. Op grond van het huidige art. 1:94 van de Wft kunnen de toezichthouders alleen waarschuwen bij overtreding van een van de voorschriften die in dit artikel specifiek worden genoemd (de zwaarste overtredingen). DUFAS vraagt zich in dit verband af of de publicatie van de boete



niet voldoende waarschuwing is – zeker nu de waarschuwing tot zeven keer kan worden herhaald in het nieuwe boetestelsel¹² – en adviseert het ministerie van Financiën om in de toelichting nader te onderbouwen waarom deze extra bevoegdheid naast de publicatieplicht van de boetebeschikking noodzakelijk is.

Primaat van de wetgever, niet de toezichthouder

Het is aan de wetgever in formele zin om te bepalen voor welke overtredingen een openbare waarschuwing aan de orde kan zijn. 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. Het doel van een openbare waarschuwing zou niet het voorkomen van herhaling moeten zijn. Voor dit doel zal de toezichthouder handhavend dienen op te treden en is een openbare waarschuwing niet het geëigende middel.¹³

DUFAS beveelt aan om in de memorie van toelichting een lijst op te nemen van de voorschriften waaraan een boete van de 2^e of 3^e categorie is gekoppeld (niet alleen de artikelnummers maar ook een korte omschrijving van het verbod/gebod), zodat de wetgever per voorschrift kan beoordelen of een waarschuwingsbevoegdheid hier passend is. In dat overzicht zou per voorschrift moeten worden toegelicht of het gaat om overtredingen die schade voor derden veroorzaken (zoals overtreding van zorgplichten en informatieplichten jegens cliënten). Het is wellicht eenvoudiger om de desbetreffende bepalingen in de Wft gewoon toe te voegen aan het lijstje overtredingen waarvoor art. 1:94 Wft een publieke waarschuwing mogelijk maakt. Dat is een veel minder vergaande uitbreiding van de publicatiebevoegdheid dan de geconsulteerde, die veel meer rechtszekerheid voor rechtssubjecten biedt en toch de door het ministerie gestelde doelen bereikt.

Waarborgen

DUFAS heeft, met de Raad van State,¹⁴ sterk de indruk dat in geval de toezichthouder een overtreding constateert, zij voor de rechter in een groot aantal gevallen ongelijk krijgt. Dat betekent thans al bij de publicatie van de boete dat de schade van publicatie al is geschiedt als achteraf de rechter de toezichthouder ongelijk geeft. DUFAS is daarom van mening dat er aan

¹² De AFM plaatst een bericht op zijn website over een opgelegde boete (1) wanneer hij wordt opgelegd, (2) wanneer er bezwaar tegen wordt ingesteld, (3) wanneer op dat bezwaar door de AFM een beslissing is genomen, (4) wanneer tegen die beslissing op bezwaar beroep wordt ingesteld door de instelling, (5) wanneer de rechter uitspraak doet in het ingestelde beroep, (6) wanneer hoger beroep wordt ingesteld (door de instelling of door de AFM) tegen de uitspraak in beroep, en (7) wanneer de rechter in hoger beroep uitspraak doet. Zie voor een voorbeeld [de Imtech zaak van 2 dec. 2015](#).

¹³ Zie ook bijv. D.R. Doorenbos, oratie Nijmegen 22 november 2006, Naming & Shaming, Serie Onderneming & Recht, deel 38, p. 82, Kluwer, Deventer, 2007.

¹⁴ Advies van de Afdeling advisering van de Raad van State aan de Minister van Veiligheid en Justitie inzake sanctiestelsels, 13 juli 2015 (Stcrt. 2015, nr. [30280](#)).



de publieke waarschuwing stevige waarborgen moeten worden verbonden ter vermindering van onterechte waarschuwingen. Tenslotte moet er een wettelijke rectificatieplicht van de toezichthouders komen bij achteraf onterecht gebleken waarschuwingen.

Waarschuwing bij recidive is nuttig

Het komt volgens het ministerie van Financiën regelmatig voor dat overtreding van dit soort voorschriften geen incident is, maar een structurele praktijk. In die gevallen kan volgens het ministerie van Financiën een waarschuwing eraan bijdragen dat verdere herhaling en verdere benadeling van derden zoveel mogelijk wordt voorkomen. DUFAS zou graag zien dat de toezichthouders uit de toezichtspraktijk hierover cijfers overleggen, geordend per type vergunninghouder, zodat het ministerie van Financiën deze stelling in de MvT kan onderbouwen.

DUFAS deelt wel de mening dat waarschuwingen aan het publiek bij recidive een nuttige maatregel zouden kunnen zijn. Dit omdat deze waarschuwing dan gebaseerd kan worden op individuele, vast staande overtredingen waarvoor een boete is gegeven. Daarbij zou als voorwaarde moeten gelden dat de geconstateerde feiten vast staan en dat er een sanctie op staat. Ook moet als voorwaarde gesteld worden dat het gaat om herhaaldelijk overtreden van dezelfde norm en niet om verschillende normen. Tenslotte moet er voorafgaand aan de waarschuwing een behoorlijke rechtsgang open staan.

Maar een aanwijzing is vaak effectiever

Maar DUFAS adviseert het ministerie van Financiën ook om in de toelichting nader in te gaan op de vraag waarom de toezichthouder na constatering van meerdere herhalingen van dezelfde overtreding niet een aanwijzing zou kunnen geven aan de instelling die ertoe leidt dat zo'n overtreding niet nog eens voorkomt. Met zo'n aanwijzing kunnen interne procedures aangepast worden, kan de toezichthouder verdere verkoop van een product verbieden, etc. En zo'n aanwijzing is een 'vinkje' achter de naam van de bestuurders, dat relevant is bij hertoetsing en daarom praktisch garandeert dat de aanwijzing ook wordt opgevolgd. Zo bezien lijkt deze nieuwe bevoegdheid overbodig omdat er al een bestaande bevoegdheid is die hetzelfde effect bereikt.

Als er een aantal identieke overtredingen is geweest, waarvoor een boete opgelegd is, is er ook sprake van tenminste evenveel openbaarmakingen van die boetes (tot zeven keer per opgelegde boete¹⁵), zodat het publiek al voldoende gewaarschuwd is en dat, om de een of andere reden, de instelling in kwestie zich van die publicatie onvoldoende aantrekt. Ook zo beschouwd is de motivering van de nieuwe bevoegdheid gebrekkig.

2. Publicatie van ranglijstjes (art 1:96, Wft)

Artikel 1:96 komt te luiden:

De toezichthouder kan vergelijkbare informatie publiceren over de beoordeling van de prestaties van financiële ondernemingen voor zover deze relevant zijn voor risico's voor of de mate van naleving van deze wet of een verordening als bedoeld in artikel 1:24 of artikel 1:25, en de informatie niet herleidbaar is tot andere personen dan de betrokken ondernemingen.

¹⁵ Zie noot 12.



Het ministerie van Financiën koppelt de hier voorgestelde nieuwe bevoegdheid aan marktbrede publicaties, zoals de themaonderzoeken of marktonderzoeken die de toezichthouders houden. Deze onderzoeken zijn door de wet niet voorgeschreven, maar de Wft verzet zich er ook niet tegen. Er is kortom niets over geregeld.

De toezichthouder hoeft themaonderzoeken niet aan te kondigen en de toezichthouder is niet verplicht tot publicatie van de onderzoeken of zelfs maar de conclusies. Er is bijvoorbeeld in 2012 een DNB onderzoek geweest naar de Kwaliteit en *governance* van het risicomanagement, waarvan DNB wel in een nieuwsbericht de conclusies heeft gedeeld, maar waarvan het achterliggende rapport niet beschikbaar is gesteld aan het publiek. Daarvan is niet duidelijk waarom dat is.

Het Ministerie geeft aan dat het financieel toezicht zich ontwikkelt naar een gedeeltelijk risico-gestuurd toezicht waarbij themaonderzoeken een belangrijke rol spelen. Dat is juist. Themaonderzoeken zijn voor de toezichthouders 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 en efficiënte besteding van de middelen van toezichthouders te bewerkstelligen. Themaonderzoeken zijn 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 toezichtmaatregelen 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 de themakeuze, informatieverstrekking, en rechtsbescherming tegen de publicatie van resultaten van themaonderzoeken waarin tot individuele instellingen herleidbare gegevens zijn opgenomen.

Twee vormen van willekeur en mogelijke misleiding van het publiek

Het ministerie van Financiën zegt in de Memorie van Toelichting dat:

“In het algemeen [...] het openbaar maken van grote hoeveelheden ongeorganiseerde informatie nauwelijks [zal] bijdragen [aan transparantie], terwijl ook het zeer sporadisch openbaar maken van informatie niet zal leiden tot een beter inzicht in de prestaties van partijen onder toezicht op het gebied van naleving. De toezichthouders zullen daarin dan ook een goede balans moeten vinden.”

Het is daardoor dus mogelijk dat de toezichthouders naar willekeur beslissen wanneer ze een rapport over een themaonderzoek wel of niet openbaar maken, eventueel, zoals in dit wetsvoorstel voorgesteld, met bijbehorende ranglijstjes van instellingen.

Loopt een onderzoek gunstig af voor de onderzochte instellingen, dan is er vanuit de gedachte van *namings* en *shaming*, die achter dit wetsvoorstel ligt, geen reden tot publicatie. De toezichthouders spreken dan van *faming*, maar het prijzen van onder toezicht staande instellingen dat zij het goed doen is geen nieuwswaardig feit en dus nauwelijks een maatregel die tot een evenwichtige behandeling leidt. Integendeel, het prijzen van instellingen kan leiden tot ongewenste pseudonormering bovenop de wet. Dat brengt DUFAS tot de aanbeveling dat er objectieve criteria moeten worden opgesteld voor een besluit om al dan niet de resultaten van



een themaonderzoek, en dan met name de namen van instellingen die daarin vergeleken worden, te publiceren.

Daarnaast nemen de toezichthouders voor hun themaonderzoeken doorgaans steekproeven uit de verzameling onder toezicht staande instellingen. Een daaruit voortvloeiende *naming* en *shaming* in een ranglijstje van de toezichthouder is daardoor vaak pure willekeur. Een ranglijstje voortkomend uit een themaonderzoek aan de hand van een steekproef suggereert aan het publiek een volledig beeld van de betreffende markt, maar is in dat opzicht misleidend.

Het argument van Financiën dat “het noemen van namen [...] er ook aan [kan] bijdragen dat overtredingen die zijn geconstateerd sneller worden beëindigd” snijdt daarom geen hout en kan bovendien al worden bewerkstelligd met de bestaande publicatiebevoegdheid. Dit komt door de elementen van willekeur en toeval, die meespelen bij de vraag of het namenlijstje überhaupt in het rapport komt en gepubliceerd wordt.

De vraag rijst bovendien of dit voorstel onder het voorwendsel van ‘transparantie’ een buitenrechtelijke toezichtinstrumentarium scheidt, zodat DNB en de AFM wellicht minder bloot worden gesteld aan de bestuursrechter, die punitieve sancties steeds indringender toetst (zoals de Raad van State onlangs heeft vastgesteld¹⁶), terwijl er toch pseudo-handhaving kan plaatsvinden?

Verandering in relatie toezichthouder - instelling

In de huidige regeling is de toezichthouder verplicht om de financiële instelling mede te delen voor welk doel de informatie wordt opgevraagd en de instelling hoeft de informatie niet te geven als de toezichthouder dat doel niet mededeelt.¹⁷ Thans is de afweging voor een instelling die meewerkt aan een themaonderzoek doorgaans dat hij de gevraagde informatie gewoon afgeeft, in het kader van het bewaren van een goede werkrelatie met de toezichthouder. Die afweging kan voor de instelling veranderen als de consequentie van het onverplicht afgeven van de gevraagde informatie het risico van *naming* en *shaming* met zich meebrengt. DUFAS vreest met andere woorden dat deze nieuwe bevoegdheid averechts kan werken.

Vermeend gedragseffect, waarvoor reeds directere middelen bestaan

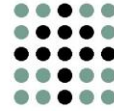
Het ministerie van Financiën meent dat:

“Het noemen van namen in deze publicaties [themaonderzoeken] [...] bedrijven [kan] 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. Hiervan gaat een sterke preventieve werking uit die moeilijk met een ander middel te bereiken is.”

Nu goed nieuws geen nieuws is, is DUFAS van mening dat deze verwachting van het ministerie geheel theoretisch is en daarom het verwachte gedragseffect niet zal optreden. In de praktijk is een boete of dwangsom, die gevolgd wordt door een aantekening in het dossier van de betreffende bestuurder(s) een veel effectievere manier om bedrijven aan te zetten om zich aan de norm te houden.

¹⁶ Advies van de Afdeling advisering van de Raad van State aan de Minister van Veiligheid en Justitie inzake sanctiestelsels, 13 juli 2015 (Stcrt. 2015, nr. [30280](#)).

¹⁷ Zie de MvT in kamerstuk 23.700, nr. 3, p. 141 en kamerstuk 29.708, nr. 3, p. 46. Dit volgt ook uit art 5:13, Awb en art. 1:74, lid 1, Wft.



Inzicht verkrijgen in geldende verplichtingen

Het daarop volgende argument van Financiën dat “het openbaar maken van onderzoeksrapporten in het algemeen [...] marktpartijen verder beter inzicht [kan] geven in de geldende verplichtingen en [...] in de wijze waarop de toezichthouder invulling geeft aan zijn verplichtingen” snijdt geen hout omdat daarvoor niet noodzakelijk is dat het rapport namen van individuele instellingen bevat. Daarnaast beschikt de toezichthouder over andere communicatiemiddelen, waarmee hij inzicht kan geven in zijn interpretatie van de regels, zoals beleidsregels, Open Boek Toezicht van DNB, de Q&As en de leidraden van de AFM.

Alleen wettelijke verplichtingen of ruimer?

Daarnaast lijkt het in art. 1:96, Wft verder te gaan dan wettelijke verplichtingen. In art. 1:96 gaat het om “de beoordeling van de prestaties van financiële ondernemingen voor zover deze relevant zijn voor risico’s voor of de mate van naleving”. Thans pleegt de AFM in zijn themaonderzoeken ook te kijken naar de wijze waarop regels geïmplementeerd zijn, waarbij zij bepaalde voorkeuren heeft. De MvT spreekt van:

“beoordeling van de naleving van de wetgeving waarop toezicht wordt gehouden”

en

“De beoordeling van de toezichthouder die wordt vergeleken moet verder altijd zien op naleving van wettelijke normen. De criteria waarop wordt vergeleken zullen dan ook relevant moeten zijn voor het oordeel over de naleving.”

Als de wetgever door de formulering van de regels meerdere manieren van implementeren van de regels toe staat, ziet DUFAS niet in waarom de toezichthouder zijn voorkeur voor implementeren via *namings* en *shaming* zou moeten kunnen opleggen. Het is goed mogelijk voor de regelgever om die voorkeuren wettelijk vast te leggen, zo niet in de Wft zelf, dan toch in een AMvB of een regeling van de toezichthouder zelf. Dat schept veel meer rechtszekerheid dan de hier voorgestelde methode.

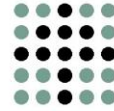
Het ministerie schrijft:

“Dat toezichthouders hun oordeel over de wijze van naleving door personen die onder toezicht staan openbaar maken, moet gerekend worden tot de gebruikelijke mate van transparantie die hoort bij deelname aan de financiële markten. Dit oordeel zal wel gebaseerd moeten zijn op objectieve gegevens en indicatoren. Ook zal een instelling in vergelijking met andere instellingen niet onevenredig hard getroffen mogen worden. Opnieuw is van belang dat de toezichthouder de vergelijking die in het onderzoek wordt gemaakt naar objectieve en niet-discriminerende maatstaven heeft gemaakt. Van deze beperkingen dient de toezichthouders zich derhalve rekenschap te geven alvorens hij tot openbaarmaking van een tot instellingen herleidbaar themaonderzoek kan overgaan.”

Naar de mening van DUFAS moeten die “objectieve gegevens en indicatoren” bekend zijn in de markt (waarbij in een rechtstaat de voorkeur bestaat voor bekendmaking bij wet of koninklijk besluit) en moet er gelegenheid zijn gegeven tot implementatie ruim voordat een themaonderzoek hiernaar leidt tot publicatie van een lijst met namen van ondernemingen.

Het ministerie schrijft:

“Voorts gelden hier vanzelfsprekend de gebruikelijke normen voor de uitoefening van bestuursbe-



voegdheden, zoals die van artikel 3:4, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht. De bevoegdheid tot openbaarmaking is gericht op het effectief toezicht op de financiële markten. Die bijdrage aan de goede werking van de financiële markten mag echter niet verder dan nodig inbreuk maken op de belangen van de marktdeelnemers bij de geheimhouding van hun gegevens.”

DUFAS is van mening dat deze verwijzing naar art. 3:4, lid 2, AWB van groot belang is en beveelt aan deze op te nemen in het wetsartikel zelf.

3. Publieke reactie toezichthouder op mededeling van onder toezicht gestelden (art. 1:96a, Wft)

Het nieuw voorgestelde artikel 1:96a luidt:

Indien een persoon zijn betrokkenheid bij een aangelegenheid van het toezicht kenbaar maakt kan de toezichthouder aanvullende of corrigerende mededelingen doen over die aangelegenheid voor zover deze niet herleidbaar zijn tot anderen.

Het ministerie schrijft hierover wel dat “het wenselijk is” om deze bepaling toe te voegen en legt uit hoe hij werkt. Maar niet wordt duidelijk in de MvT wat nu precies het probleem is. Overigens is de exacte werking ook niet duidelijk. Wanneer is een persoon “betrokken bij een aangelegenheid van toezicht” en wat is zo’n “aangelegenheid” precies? Als het gaat om een procedure die kan leiden tot een sanctie of maatregel van de toezichthouder, adviseert DUFAS om het ook zo te formuleren.

Het ministerie schrijft hierover dat:

Het wetsvoorstel regelt voor dergelijke gevallen dat de toezichthouder aanvullende mededelingen kan doen over die aangelegenheid om zo het publiek volledig en juist te informeren. De toezichthouder kan hiermee waken voor een passende mate van beschikbaarheid en een goede kwaliteit van informatie over het toezicht. Het gaat dan naar de aard van deze bepaling om aangelegenheden waarbij de toezichthouder betrokken is. Concreet kan het bijvoorbeeld gaan om een reactie op uitlatingen die personen onder toezicht doen naar aanleiding van een rapport dat alleen geaggregeerde informatie bevat.”

Het lijkt erop dat het bij dergelijke ‘aangelegenheden’ gaat om een discussie tussen een instelling en een toezichthouder, waarbij de instelling zich tot de media wendt. De toezichthouder voelt zich dan kennelijk beperkt door zijn geheimhoudingsplicht om publiekelijk te reageren. DUFAS is van mening dat de toezichthouder, wanneer de instelling waarmee hij de discussie voert de publiciteit zoekt, de ruimte moet hebben om dan publiekelijk te reageren. Maar daarbij moet voorop 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.

DUFAS adviseert dan ook de bepaling aan te vullen met de vet gedrukte zinsneden (en de doorgehaalde zinsneden te verwijderen):

Indien **en voor zover** een persoon zijn betrokkenheid bij een ~~aangelegenheid van het toezicht~~ **procedure die kan leiden tot een sanctie of maatregel van de toezichthouder** kenbaar maakt kan de toezichthouder, **binnen de grenzen van de geheimhoudingsplicht**, aanvullende of corrigerende mededelingen doen over die aangelegenheid voor zover deze niet herleidbaar zijn tot anderen, **als dit nodig is in het belang van volledige en juiste voorlichting van het publiek over het toezicht.**



In dergelijke gevallen vervalt in het voorstel de 5 dagen wachttermijn voor publicatie door de toezichthouder (art. 1:99, derde lid, nieuw). DUFAS is van mening dat in de MvT aandacht zou moeten worden besteed aan de redenen waarom de regering het wenselijk vindt om de rechtsbescherming van de 5 dagen wachttermijn te onthouden aan iemand die de publiciteit heeft gezocht terwijl hij/zij in (een op dat moment niet openbare) discussie is met de toezichthouder.

4. Publicatie kerncijfers banken (art 3:72, lid 9, Wft)

DUFAS laat een standpunt hierover graag aan de Nederlandse Vereniging van Banken, die de gehele Nederlandse bankensector vertegenwoordigt.

Wij zijn graag tot nadere toelichting bereid. Daarvoor kunt u contact opnemen met

mr. R.E. Batten

☎ 070 333 8778, ✉ rb@dufas.nl