

Ministerie van Financiën
Directie Financiële Markten
Postbus 20101
2500 EE DEN HAAG

Allen & Overy LLP
Apollolaan 15
1077 AB Amsterdam

Postbus 75440
1070 AK Amsterdam

Tel +31 (0) 20 674 1000
Fax +31 (0) 20 674 1111

Amsterdam, 14 augustus 2016
Onderwerp **Consultatie concept wetsvoorstel transparant toezicht financiële markten**
Ons kenmerk BCG/0010023-0023680 AMBA:5845703.1
Van Bas Jennen, Victor de Serière en Neyah van der Aa
Telefoon 0206741648
E-mail bas.jennen@allenovery.com

L.S.,

Graag maakt Allen & Overy LLP gebruik van de geboden mogelijkheid om te reageren op het concept wetsvoorstel transparant toezicht financiële markten. Wij stemmen gaarne in met het algemene uitgangspunt van verhoogde transparantie ten aanzien van het toezicht. De voordelen daarvan zijn evident. Niettemin hebben wij enige zorgen over de in dit concept wetsvoorstel gekozen benadering. Onze zorgen hangen samen met (i) de reikwijdte van de bevoegdheden van de toezichthouders, en de tussen hen geldende bevoegdheidsverdeling, (ii) zorgvuldige besluitvorming en adequate rechtswaarborgen, (iii) een *level playing field* bij publicatie van vergelijkende informatie en (iv) Europese harmonisatie.

1. Algemeen

Onduidelijke functieafbakening van de beide toezichthouders

In de concept Memorie van Toelichting is aangegeven dat zowel de Autoriteit Financiële Markten (AFM) als de Nederlandsche Bank (DNB) in hun Wetgevingsbrief 2015 hebben aangegeven dat zij in bepaalde gevallen graag meer bevoegdheden zouden hebben om informatie over toezicht openbaar te maken.¹ Als we de Wetgevingsbrief van de AFM nader bekijken, blijkt – voor zover hier relevant – dat de AFM een verruiming van de waarschuwingsbevoegdheden (opgenomen in het voorgestelde nieuwe artikel 1:94 Wft) en het publiceren van namen van financiële ondernemingen in vergelijkende rapportages (opgenomen in het voorgestelde nieuwe artikel 1:96 Wft) wenselijk acht. DNB daarentegen rept in haar Wetgevingsbrief 2015 niet van deze punten, maar meent dat het wenselijk is aanvullende en corrigerende openbare mededelingen te kunnen doen indien een instelling zelf onjuiste of onvolledige informatie openbaar maakt (opgenomen in het

¹ Pagina 1 van de concept Memorie van Toelichting.

voorgestelde nieuwe artikel 1:96a Wft) en periodiek een uniforme set van kerngegevens uit de toezichtrapportages van banken te publiceren (opgenomen in het voorgestelde nieuwe artikel 3:72 lid 9 Wft).

Dat de AFM en DNB niet dezelfde wensen hebben geformuleerd, is gezien hun toezichtstaak ook niet verwonderlijk. In het concept wetsvoorstel wordt echter geen onderscheid gemaakt tussen de bevoegdheden van de AFM en DNB. Afgezien van de bevoegdheid van DNB om periodiek een uniforme set van kerngegevens uit de toezichtrapportages van banken te publiceren, kunnen de nieuwe bevoegdheden door zowel de AFM als DNB worden ingezet. Uit de concept Memorie van Toelichting blijkt echter niet waarom de nieuwe bevoegdheden van artikel 1:94 en 1:96 Wft ook voor DNB noodzakelijk zouden zijn. In de toelichting op het voorgestelde nieuwe artikel 1:94 Wft is zelfs opgenomen dat het hier vooral gaat om overtredingen die schade voor derden veroorzaken, zoals overtreding van zorgplichten en informatieplichten jegens cliënten.² Dit is bij uitstek het domein van de AFM. In de toezichtwetgeving is altijd een belangrijk uitgangspunt geweest dat er geen doublures of overlap tussen toezichthouderbevoegdheden in het leven worden geroepen, zodat steeds duidelijk is welke toezichthouder welke bevoegdheden heeft. Voor financiële ondernemingen is dit uitgangspunt van belang. Het bevordert de efficiëntie van het toezicht. Wij zouden er voor pleiten dit uitgangspunt ook in dit stuk wetgeving aan te houden.

Onvoldoende heldere doelstellingen en functies

Daarnaast valt op dat de concept Memorie van Toelichting een aantal doelstellingen en functies noemt die met meer transparantie onderscheidenlijk bereikt en vervuld zouden kunnen worden. Dan wordt op pagina 2, 4e alinea, opgemerkt dat de vervulling van deze functies afhangt van de wijze waarop de informatie wordt gepresenteerd, en dat de toezichthouders "daarin ... een goede balans moeten vinden". Het gaat echter niet alleen om presentatie (inderdaad belangrijk) maar ook om de meer inhoudelijke vraag wanneer wat precies met welk doel wordt openbaar gemaakt. De functieomschrijvingen in het concept zijn zo algemeen, dat hierin een grote mate van beleidsvrijheid aan de toezichthouders wordt gegeven. Wij zouden er een voorstander van zijn indien de doelstellingen van openbaarmaking veel helderder en specifieker worden omschreven. Het heeft de voorkeur om dit in de wettekst zelf tot uitdrukking te brengen, maar ook de Memorie van Toelichting kan aan de toezichthouders een nauwkeuriger leidraad geven die zij bij het vormen van beleid ten aanzien van openbaarmaking in acht hebben te nemen. Dit bevordert niet alleen de efficiëntie en trefzekerheid van openbaarmaking, maar daarmee wordt -- minstens zo belangrijk -- de rechtszekerheid voor de betrokken financiële ondernemingen beter geborgd. Naar onze mening schieten de concepten hierin tekort.

In de concept Memorie van Toelichting wordt terecht aangegeven dat de wijze van presentatie van groot belang is. Het lijkt ons van belang dat de betrokken financiële ondernemingen ook op dit punt hun visie kunnen geven en suggesties kunnen doen, bijvoorbeeld in de zienswijze fase (zie hierna).

Wat de doelstellingen met betrekking tot het publiceren van een waarschuwing betreft, zou het naar onze mening verstandig zijn indien de Memorie van Toelichting het uitgangspunt expliciteert dat publicatie op zichzelf beschouwd geen handhavingsinstrument is, maar naast de nodige handhavingsmaatregelen ook zelf een specifieke toegevoegde functie zal moeten hebben.

Geheimhoudingsplichten

Op voorhand staat niet vast dat de voorgestelde verruiming van de bevoegdheden van de toezichthouders om informatie openbaar te maken, in alle gevallen noodzakelijk is en bijdraagt aan een effectief toezicht op de financiële markten,³ terwijl financiële ondernemingen belang hebben bij geheimhouding van hun gegevens. De geheimhoudingsplicht is niet voor niets stevig verankerd in Europese richtlijnen op het gebied van de financiële markten.⁴ In zijn algemeenheid is onduidelijk hoe de openbaarmakingsbevoegdheden die in dit

² Pagina 3 van de concept Memorie van Toelichting.

³ De behoefte aan meer transparantie is blijkens de concept Memorie van Toelichting nodig voor effectief toezicht op de financiële markten en is mede ontstaan als gevolg van de financiële crisis (pagina 1 van de concept Memorie van Toelichting).

⁴ Pagina 2 van de concept Memorie van Toelichting.

concept wetsvoorstel aan de toezichthouders worden verleend, zich verhouden tot, en ingepast kunnen worden in, deze bestaande geheimhoudingsplichten. Hieraan, en aan de verhouding tussen de voorgestelde wetsbepalingen en het in artikel 1:89 Wft bepaalde, wordt in de concept Memorie van Toelichting onvoldoende aandacht besteed.

Indien de voorgestelde verruiming al als wenselijk kan worden gezien, zou toch in de wettekst van de betreffende artikelen of tenminste in de Memorie van Toelichting eveneens moeten worden benadrukt dat van deze ruimere bevoegdheden alleen dan gebruik zal worden gemaakt indien door de toezichthouder is vastgesteld dat daarmee een belang is gediend dat niet op voor de betrokken financiële onderneming minder ingrijpende wijze, dus op geanonimiseerde basis, op gelijkwaardige wijze kan worden gediend.

Daarnaast is het o.i. van groot belang dat de Europeesrechtelijke geheimhoudingsplichten niet worden gerelativeerd of uitgehold door deze Nederlandse wettelijke regeling.

Ten aanzien van de geheimhouding merken wij ten slotte het volgende op. De werkrelatie tussen de toezichthouders en de betrokken instellingen is nu zodanig dat informatie, ook concurrentiegevoelige en toezichtgevoelige informatie, met de toezichthouder wordt gedeeld in het kader van de uitoefening van diens toezichttaken. Zou de mogelijkheid tot openbaarmaking als in het concept wetsvoorstel voorzien negatieve consequenties kunnen hebben ten aanzien van deze informatievervalsing? Hoe moeten financiële instellingen omgaan met de mogelijkheid dat deze informatie nu kan worden openbaargemaakt?

2. Zorgvuldige besluitvorming en adequate rechtsbescherming

Het overgaan tot een openbare waarschuwing of het publiceren van vergelijkende informatie, kan grote negatieve gevolgen hebben voor de betrokken financiële onderneming(en). Openbaarmaking kan leiden tot onherstelbare reputatieschade. Indien een bepaald negatief feit is gepubliceerd is het kwaad immers al geschied. Indien later blijkt dat de toezichthouder ten onrechte is overgegaan tot openbaarmaking of als de opengemaakte informatie onjuist of onvolledig blijkt te zijn, is herstel van de schade vaak niet meer of slechts beperkt mogelijk. Dit vraagt om een zeer zorgvuldige voorbereiding en adequate rechtswaarborgen. Deze rechtswaarborgen zullen vooral betrekking moeten hebben op de fase voorafgaand aan het uitbrengen van de openbare waarschuwing of publicatie, aangezien rechtsherstel achteraf maar slechts zeer gedeeltelijk effectief kan zijn.

In verband met het voorgaande zouden wij willen aanbevelen dat de Memorie van Toelichting aan de toezichthouders in hun overwegingen die ten grondslag liggen aan hun besluitvorming nadrukkelijk aandacht schenken aan de mogelijke reputationele en prudentiële consequenties van openbaarmaking. Met andere woorden, niet alleen de functie die met openbaarmaking gemoeid is, maar ook alle mogelijke neveneffecten zouden in de besluitvorming moeten worden betrokken.

Wachttermijn

Uit de concept Memorie van Toelichting volgt dat wordt aangesloten bij de bestaande procedurele voorschriften die gelden voor openbare waarschuwingen en het openbaar maken van bestuurlijke sancties. Dat wil zeggen dat de toezichthouder in ieder geval een wachttermijn van 5 werkdagen in acht moeten nemen voordat tot openbaarmaking kan worden overgegaan (huidige artikel 1:96 lid 1 Wft, na inwerkingtreding van het wetsvoorstel implementatie van de Verordening marktmisbruik: artikel 1:99 lid 1 Wft). Binnen deze 5 werkdagen kan de financiële onderneming de rechtbank Rotterdam om een voorlopige voorziening verzoeken om de openbaarmaking te voorkomen. De vraag is of deze procedurele voorschriften voldoende bescherming bieden. Anders dan bij de huidige bevoegdheden om een openbare waarschuwing te publiceren, gelden de nieuwe bevoegdheden niet alleen voor financiële ondernemingen die zonder de vereiste vergunning (of vrijstelling) opereren, maar ook voor vergunninghoudende financiële ondernemingen. Het is niet gezegd dat er bij vergunninghoudende ondernemingen niets kan misgaan, maar de potentiële (reputatie)schade van een openbare waarschuwing is voor dergelijke ondernemingen vele malen groter. Men kan daarbij denken aan het effect op cliënten van de betrokken onderneming op de

standing van de onderneming in de markt meer in het algemeen, maar ook aan de mogelijke invloed die op de koers van genoteerde financiële instellingen kan uitgaan.

Wij menen dat een wachttermijn van 5 werkdagen te kort is voor een financiële onderneming om zich een oordeel te vormen over het besluit van de toezichthouder om tot openbaarmaking over te gaan en vervolgens te beslissen om al dan niet tegen het besluit van de toezichthouder op te komen, met alle mogelijke gevolgen van dien. Wij kunnen ons voorstellen dat de termijn van 5 werkdagen gelijk wordt getrokken met de bezwaarperiode van 6 weken, tenzij bescherming van de belangen die de Wft beoogt te beschermen geen uitstel toelaat (huidige artikel 1:96 lid 3 Wft, na inwerkingtreding van het wetsvoorstel implementatie van de Verordening marktmisbruik: artikel 1:99 lid 3 Wft). In het laatste geval zou de zeer korte termijn van 5 dagen kunnen worden gehanteerd; dat zou de toezichthouder dan overigens wel goed moeten onderbouwen.

Zienswijze

Daarnaast geldt in verband met een openbare waarschuwing dat de toezichthouder is gehouden om de betrokken financiële onderneming in de gelegenheid te stellen om haar zienswijze te geven over het voorgenomen besluit (artikel 1:95 Wft, waarin de openbare waarschuwing uitdrukkelijk is aangemerkt als een besluit). Of deze zienswijzeverplichting ook geldt ten aanzien van het publiceren van vergelijkende informatie blijkt niet uit het concept wetsvoorstel of de concept Memorie van Toelichting. Aangezien sprake is van een voor de betrokken financiële ondernemingen mogelijk zeer ingrijpende bevoegdheid, menen wij dat uit het oogpunt van rechtsbescherming vergelijkbare rechtswaarborgen zouden moeten gelden. Om die reden ligt het voor de hand om ook het publiceren van vergelijkende informatie uitdrukkelijk als een besluit aan te merken en de betrokken financiële onderneming in de gelegenheid te stellen om haar zienswijze te geven over het voorgenomen besluit.

Om in staat te zijn om een adequate zienswijze te geven, zal de toezichthouder de betrokken financiële onderneming(en) van voldoende informatie moeten voorzien om zich een oordeel te kunnen vormen over het besluit van de toezichthouder om tot openbaarmaking over te gaan, de openbaar te maken informatie en de aan het besluit ten grondslag liggende feiten, bevindingen en conclusies. Voor zover het gaat om een (voorgenomen) besluit tot het publiceren van vergelijkende informatie naar aanleiding van een themaonderzoek, zullen de betrokken financiële ondernemingen zich tevens een oordeel moeten kunnen vormen over de vergelijkbaarheid van de informatie. Hiertoe zal hen niet alleen de vergelijkende informatie die de toezichthouder voornemens is te publiceren ter hand moeten worden gesteld, maar ook de onderliggende informatie en de methodiek die is gehanteerd om de onderzoeksbevindingen te vergelijken (in de concept Memorie van Toelichting wordt geproken van objectieve gegevens en indicatoren waarop het oordeel zal worden gebaseerd en objectieve en niet-discriminerende maatstaven op grond waarvan de vergelijking wordt gemaakt)⁵. Het spreekt voor zich dat daarbij van groot belang is dat de betrokken financiële ondernemingen afdoende beschermd worden tegen het bekend worden bij hun concurrenten van concurrentiegevoelige en/of toezichtvertrouwelijke informatie. Wij bevelen aan dat deze bescherming in de wettekst tot uitdrukking wordt gebracht.

Gezien het belang dat de betrokken financiële ondernemingen hebben bij publicatie van een vergelijkend onderzoek, zouden zij het recht moeten hebben aanbevelingen in het kader van de zienswijze aan de toezichthouder te doen ten aanzien van de strekking en reikwijdte van het onderzoek, alsook over wijze waarop de toezichthouder zich voorstelt aan die publicatie vorm te geven. Een goede constructieve dialoog tussen toezichthouder en betrokken instellingen op deze onderwerpen lijkt ons van groot belang; dit zal er zeker toe bijdragen dat publicatie evenwichtig en *fair* is en haar doel effectiever bereikt.

Rechtsbescherming

Waar de toezichthouders meer en meer bevoegdheden krijgen, zouden wij in overweging willen geven om een onafhankelijke bezwaarcommissie in het leven te roepen. Tot op heden vindt de heroverweging in de

⁵ Pagina 6 van de concept Memorie van Toelichting.

bezwaarfase plaats door personen die werkzaam zijn bij de toezichthouders. Dit kan leiden tot de perceptie dat geen sprake is van een voldoende onafhankelijke heroverweging en dat de bezwaarfase in feite geen rechtsbescherming biedt en weinig toevoegt. Een onafhankelijke bezwaarcommissie bestaande uit externe deskundigen kan bijdragen aan meer vertrouwen in de onafhankelijkheid van het toezicht, een toenemende bereidheid om besluiten van de toezichthouders ter toetsing voor te leggen en een groter vertrouwen in de bestuurlijke heroverweging. Bovendien kent ook de Europese Centrale Bank (**ECB**), de Europese banktoezichthouder (zie hierna), een onafhankelijke Administratieve Raad voor Toetsing (*Administrative Board of Review*). Deze Raad voert interne administratieve toetsingen uit van de toezichtbesluiten van de ECB. Haar leden mogen geen deel uitmaken van het huidige personeel van de ECB, nationale toezichthouders of andere nationale of Europese instellingen, organen of instanties die betrokken zijn bij de uitoefening van de toezichtstaken van de ECB.⁶ Indien een volledig onafhankelijke bezwaarcommissie voor de wetgever een brug te ver zou zijn, kan nog overwogen worden de bezwaarcommissie te laten bestaan uit een even aantal leden waarvan tenminste de helft bestaat uit onafhankelijke experts op het terrein van het financiële toezichtrecht.

Het zij benadrukt dat de bezwaarfase voor een financiële onderneming het zwaartepunt van de rechtsbescherming vormt: de vervolgfase (beroep bij de rechtbank in Rotterdam en eventueel appel bij de College van Beroep voor het bedrijfsleven) is een langdurige, kostbare en in de meeste gevallen openbare procesgang die indien mogelijk beter kan worden vermeden. Het instellen van een onafhankelijke bezwaarcommissie kan ertoe bijdragen dat de bezwaarfase een effectievere rechtsbescherming biedt dan thans het geval is, met als belangrijke voordeel dat verwacht mag worden dat het aantal procedures in de vervolgfase flink afneemt.

3. Level playing field bij publicatie van vergelijkende informatie

In de concept Memorie van Toelichting is aangegeven dat de publicatie van vergelijkende informatie altijd betrekking zal hebben op meerdere financiële ondernemingen, maar dat het wel kan gaan om een steekproef. De vraag komt op of de meerwaarde van het noemen van namen in het geval van een steekproef in plaats van het openbaar maken van onderzoeksresultaten in geaggregeerde vorm wel opweegt tegen de inbreuk op de belangen van de betrokken financiële ondernemingen. Op basis van de concept Memorie van Toelichting lijken de volgende redenen een rol te spelen voor het noemen van namen:

- het kan financiële ondernemingen aanzetten om zich te houden aan de norm of zelf boven de norm te presteren om – bijvoorbeeld – bij een vergelijkend onderzoek als beste naar voren te komen;⁷
- het kan eraan bijdragen dat geconstateerde overtredingen sneller worden beëindigd;⁸ en
- het kan het publiek beter in staat stellen om een keuze te maken tussen de verschillende aanbieders van financiële producten en diensten.⁹

Bij een steekproef veeleer dan bij een sectorbrede vergelijking bestaat het risico dat bij het publiek een vertekend beeld ontstaat ten aanzien van het functioneren van de verschillende partijen die in de sector actief zijn. Het is immers niet zonder meer het geval dat de financiële ondernemingen die bij een steekproefsgewijs vergelijkend onderzoek als beste of als slechtste naar voren komen binnen de sector ook daadwerkelijk als beste of als slechtste presteren. Dit zou temeer kunnen knellen nu de toezichthouders, zo blijkt ook uit de concept Memorie van Toelichting¹⁰, steeds meer risico-gestuurd toezicht houden. Indien dit zou inhouden dat de toezichtcapaciteit wordt ingezet waar de risico's het grootst zijn, zou het zomaar zo kunnen zijn dat de

⁶ Artikel 24 van Verordening (EU) Nr. 1024/2013 van 15 oktober 2013 waarbij aan de Europese Centrale Bank specifieke taken worden opgedragen betreffende het beleid inzake het prudentieel toezicht op kredietinstellingen (**SSM Verordening**).

⁷ Pagina 4 van de concept Memorie van Toelichting.

⁸ Pagina 4 van de concept Memorie van Toelichting.

⁹ Pagina 1 en 2 van de concept Memorie van Toelichting.

¹⁰ Pagina 3 van de concept Memorie van Toelichting. Hier wordt gesteld dat het noemen van namen juist temeer van belang is nu het financieel toezicht zich ontwikkelt naar een gedeeltelijk risico-gestuurd toezicht waarbij thema-onderzoeken een belangrijke rol spelen.

financiële ondernemingen die in mindere mate aan risico's zijn blootgesteld niet of in mindere mate terugkomen in de *rankings* van de toezichthouders.

Een al dan niet steekproefsgewijs onderzoek kan zodoende invloed hebben op de concurrentieverhoudingen binnen de financiële sector. Indien een financiële onderneming minder goed “scoort”, kan dit betekenen dat haar concurrentiepositie verzwakt. Dat zou niet de strekking behoren te zijn van de toezichtmaatregel van publicatie van een vergelijkend onderzoek. Dat zou bovendien kunnen resulteren in een ook vanuit het toezichtperspectief onwenselijke neerwaartse spiraal voor de financiële onderneming in kwestie. Wij zouden ervoor willen pleiten dat de Memorie van Toelichting tot uitdrukking brengt dat deze overwegingen in het besluitvormingsproces van de toezichthouder moeten worden meegenomen.

Een ander aspect dat hier van belang is, betreft de reikwijdte van deze nieuwe bevoegdheden. De bevoegdheden kunnen wel worden uitgeoefend ten aanzien van vergunninghoudende Nederlandse banken, maar – naar wij aannemen (zie hieronder) - niet ten aanzien van branches van buitenlandse banken of buitenlandse banken die grensoverschrijdend in Nederland actief zijn. Dit zou kunnen betekenen dat een vergelijkend onderzoek een onvolledig, en dus vertekend (en mogelijk ook concurrentievervalsend), beeld geeft. Dit zou behoren te worden voorkomen, en vergelijkende onderzoeken die dit resultaat kunnen hebben, zouden niet moeten worden uitgevoerd. Wij zouden aanbevelen dat hiertoe op zijn minst in de Memorie van Toelichting hiertoe een aanwijzing aan de toezichthouder wordt gegeven.

De bevoegdheid tot het publiceren van een vergelijkend onderzoek wordt in het concept wetsvoorstel gegeven ten aanzien van “financiële ondernemingen”, een in de Wft gedefinieerd begrip. Zou de bevoegdheid niet beperkt moeten worden tot financiële ondernemingen die in Nederland vergunninghoudend zijn dan wel onder een vrijstelling opereren? Het is naar wij aannemen niet de bedoeling om buitenlandse financiële ondernemingen die door middel van een paspoort in Nederland actief zijn in een dergelijk onderzoek te betrekken. Als dit uitgangspunt juist is, betekent dit dat elk vergelijkend onderzoek per definitie onvolledig zal zijn, en om die reden mogelijk misleidend kan zijn en haar doel voorbijschiet. Wij zouden aanbevelen dat de Memorie van Toelichting duidelijke handvatten biedt voor hoe de toezichthouders met deze problematiek om zouden behoren te gaan.

4. Europese harmonisatie en Single Supervisory Mechanism

Binnen de Europese Unie zijn de regels op het gebied van financiële markten en het financiële toezicht in hoge mate geharmoniseerd, middels direct werkende verordeningen of via richtlijnen die in nationale wetgeving moeten worden geïmplementeerd. Tevens is in november 2014 het Single Supervisory Mechanism (SSM) van start is gegaan binnen de Eurozone. De ECB is direct verantwoordelijk voor het toezicht op significante banken, waaronder zeven Nederlandse banken.

De voorgestelde nieuwe bevoegdheden voor de AFM en DNB kennen geen expliciete Europese grondslag. Dit kan leiden tot een afwijkende aanpak van Nederlandse financiële ondernemingen ten opzichte van hun concurrenten in andere lidstaten. Juist nu het gaat om openbaarmakingsbevoegdheden moet de impact daarvan voor financiële ondernemingen die ook buiten Nederland actief zijn of die onderdeel uitmaken van een internationale groep, niet worden onderschat. Indien een voornemen bestaat tot het verrichten en publiceren van een vergelijkend onderzoek ten aanzien van alleen banken die onder Nederlands prudentieel toezicht staan, zou DNB toch tenminste dit aspect in haar overwegingen moeten betrekken. Dit knelt temeer voor zover het gaat om het banktoezicht binnen de Eurozone. Het SSM heeft mede een *level playing field* voor banken binnen de Eurozone als doel. De voorgestelde nieuwe bevoegdheden roepen vragen op als het gaat om de uitoefening daarvan. Wij nemen aan dat ten aanzien van een besluit van de toezichthouder om van hun nieuwe bevoegdheden gebruik te maken jegens banken die onder ECB toezicht staan, de toezichthouder in elk geval eerst met de ECB zal moeten overleggen of de voorgenomen actie wenselijk is. De ECB houdt immers direct toezicht op de significante banken en zal een Eurozonebrede toezichtsplanning maken. Daarbij zal naar verwachting weinig ruimte zijn voor themaonderzoeken bij (uitsluitend) Nederlandse banken. Bovendien zal de ECB naar onze verwachting niet snel instemmen met het publiceren van vergelijkende informatie van uitsluitend (een aantal) Nederlandse banken op basis van een

Eurozonebreed themaonderzoek. Voor zover de ECB al happig is op het publiceren van vergelijkende informatie, zal zij hiervoor naar alle waarschijnlijk een beroep moeten doen op DNB, aangezien een dergelijke bevoegdheid een Europese grondslag ontbeert.¹¹ Al met al lijkt het erop dat de bevoegdheid om banken te vergelijken op het gebied van prudentieel toezicht een dode letter zal blijken, tenzij DNB in een dergelijke vergelijking slechts niet-significante banken opneemt. In dat geval is echter de vraag of een dergelijke publicatie geen onjuist beeld geeft en wel waarde heeft voor het publiek.

5. Varia

In het voorgestelde artikel 1:96a wordt voorzien in de mogelijkheid te reageren op publicaties van ondertoezichtgestelden en derden. De hier aan toezichthouders verleende bevoegdheid is ruim geformuleerd. Het is evident dat de toezichthouders correcties op onjuiste mededelingen openbaar moeten kunnen maken. Maar hoever gaat de bevoegdheid “aanvullende mededelingen” te doen? Moeten die aanvullende mededelingen rechtstreeks verband houden met en relevant zijn voor de correctie van de publicaties in kwestie, of kan dit gezien worden als een kapstok waaraan de toezichthouder het verstrekken van allerlei informatie aan kan ophangen? Welke waarborgen heeft de betrokken financiële onderneming ten aanzien van vertrouwelijkheid en de eerder genoemde geheimhoudingsplichten? Het lijkt ons dat ook deze bevoegdheid met de nodige hiervoor besproken waarborgen moet worden omkleed, met inbegrip van de mogelijkheid voor de betrokken financiële onderneming om tevoren ten aanzien van correcties en andere mededelingen overleg te plegen en aanbevelingen te doen.

Ten aanzien van het voorgestelde artikel 3:72 lijkt het verstandig dat hier geen overlap wordt gecreëerd met de periodieke solvabiliteitsgegevens die de EBA al publiceert.

6. Conclusie

Wij komen tot de conclusie dat sprake is van ingrijpende bevoegdheden die grote gevolgen kunnen hebben voor financiële ondernemingen. Wij menen dat de noodzaak voor de voorgestelde wijzigingen momenteel onvoldoende is onderbouwd. Het lijkt ons raadzaam om in te zetten op een Europese regeling waarbij harmonisatie en het *level playing field* beginsel veilig zijn gesteld en, tenzij strikt noodzakelijk, geen nieuwe nationale bevoegdheden te creëren. De nieuwe bevoegdheden roepen ook vragen op met betrekking tot de taakverdeling en samenwerking binnen het SSM. Tot slot is het van belang dat indien deze aanvullende bevoegdheden al aan toezichthouders worden verleend, sprake zal moeten zijn van een weldoordacht systeem dat een zorgvuldige besluitvorming en adequate rechtsbescherming waarborgt. Het huidige wetsvoorstel voorziet daar in elk geval (nog) niet in.

Tot een nadere toelichting zijn wij graag bereid. Tegen openbaarmaking van deze reactie hebben wij geen bezwaar.

Hoogachtend,

Bas Jennen
Victor de Serière
Neyah van der Aa

¹¹ Op grond van artikel 4 lid 3 SSM Verordening past de ECB alle toepasselijke Uniewetgeving toe, en wanneer het daarbij gaat om richtlijnen, de nationale wetgeving waarbij die richtlijnen zijn omgezet.