

Internetconsultatie.nl

Datum 14 augustus 2016

Referentie BR2535

Betreft: Consultatiereactie Wet transparant toezicht financiële markten

Geachte heer/mevrouw,

Graag maakt de Nederlandse Vereniging van Banken (NVB) gebruik van de mogelijkheid om te reageren op de consultatie van het conceptvoorstel van de Wet transparant toezicht financiële markten, ook wel 'naming and shaming' genoemd.

Banken ondersteunen het streven naar meer transparantie

De aanleiding voor de voorgestelde wijzigingen vormt, zoals verwoord in de memorie van toelichting, een breed levende behoefte aan meer transparantie in de prestaties van marktpartijen en in de werkzaamheden van de toezichthouders. Het wetsvoorstel past in een bredere trend naar meer transparantie in het toezicht en probeert hier op een constructieve wijze invulling aan te geven. Banken steunen het streven naar meer transparantie. We begrijpen dat de wetgever - onder omstandigheden - wil dat toezichthouders (vaker) openlijk namen van instellingen zouden kunnen noemen. Dat kan in het belang van consumenten zijn. Om die reden hebben de banken er in de Vertrouwensmonitor zelf voor gekozen om namen van banken te koppelen aan cijfers over vertrouwen en bepaalde prestaties¹. Met inbegrip van de Klantbelang Dashboard scores van de AFM, publiceren banken daarmee jaarlijks op eigen initiatief de onafhankelijk vastgestelde 'rapportcijfers' die klanten geven aan producten en diensten van de verschillende banken. Met de verbeterpunten die uit deze rapportage naar voren komen, kunnen banken hun dienstverlening én het vertrouwen in de sector verder verbeteren.

De uitwerking van het voorstel kan beter

Waar het noemen van namen het karakter van 'shaming' krijgt, is het van groot belang dat de wetgever uiterst zorgvuldig te werk gaat. Immers, daarbij staan de reputatie van de instelling en de sector op het spel. Uitbreiding van publicatiemogelijkheden zou primair mogen worden toegestaan indien sprake is van niet naleving van de wet en niet of alleen met uiterste terughoudendheid in gevallen van weliswaar legaal gedrag, maar dat de toezichthouder als ongewenst beschouwt.

¹ Zie <https://www.nvb.nl/thema-s/bank-maatschappij/4328/vertrouwensmonitor.html>

De huidige uitwerking van het wetsvoorstel dat de mogelijkheid tot 'shaming' uitbreidt, is op een aantal belangrijke punten nog onvoldoende. We benoemen in deze consultatiereactie een viertal voorwaarden waaraan voldaan zou moeten worden om het wetsvoorstel op verantwoorde wijze in te kunnen voeren. Deze kernpunten worden in de bijlage nader toegelicht.

1. Geen afwijking van de Europese context

We vinden het van belang om in Nederland bij de introductie van nieuwe regelgeving niet vooruit te lopen in Europese context. We constateren dat met het wetsvoorstel wordt afgeweken van het Europese streven naar convergentie van toezichtsbevoegdheden. Het verlenen van bevoegdheden aan DNB en AFM, die afwijken van de bevoegdheden van andere nationale toezichthouders (en de ECB) staat immers haaks op dit streven. Het is ons niet duidelijk hoe de voorgestelde bevoegdheden, in het bijzonder wat betreft de geheimhoudingsplicht, binnen de grenzen van het Europees recht kunnen worden uitgeoefend. Bovendien verdient de rol van de ECB nadrukkelijk nog nadere uitwerking in het voorstel. In hoeverre heeft afstemming over dit wetsvoorstel met de ECB plaatsgevonden?

Om in het algemeen meer transparantie over de prestaties van banken te bereiken, suggereren wij dat DNB regelmatig verwijst naar de websites van EBA en de ECB, eventueel voorzien van een nadere toelichting. Op deze websites staat namelijk al veel informatie over de individuele banken, bijvoorbeeld over de naleving van beloningsregels, de belangrijkste financiële kerngegevens en de resultaten van de stresstesten. Bijkomend voordeel hiervan is dat het publiek meer dan nu het geval lijkt te zijn, begrijpt dat het prudentieel toezicht op de grootste banken uit Nederland is overgeheveld naar het Europese niveau. Ook kan meer inzicht ontstaan over de positie van Nederlandse banken ten opzichte van hun Europese concurrenten.

Voorstel: We verzoeken de minister beter rekening te houden met de Europese context. In de bijlage treft u onder punt 1 een nadere toelichting hierbij.

2. Scherpere afbakening van doelstelling

De minister geeft in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel aan meerdere doelstellingen na te streven. Ten eerste zou transparantie bijdragen aan (i) de naleving van de regelgeving, aan (ii) het vertrouwen van het publiek in de financiële sector en (iii) de keuze die het publiek kan maken tussen de verschillende aanbieders. Ten tweede kan transparantie aan de doelstellingen van het toezicht bijdragen doordat het de instellingen die onder toezicht staan inzicht geeft in de werkwijze van de toezichthouder en de wijze waarop de toezichthouder normen hanteert. Tot slot lijkt ook het afleggen van verantwoording over de resultaten van het toezicht een belangrijke functie van openheid over het toezicht. De wijze waarop deze diverse doelstellingen verwerkt zijn in het wetsvoorstel is niet duidelijk. De doelstellingen zijn bovendien zeer breed geformuleerd. Hierdoor is ons niet duidelijk wat met het voorstel nu daadwerkelijk wordt beoogd.

Voorstel: We verzoeken de minister scherper af te bakenen waar het wetsvoorstel zich op richt.

3. De bijeffecten moeten beter uitgewerkt worden

Wij vragen de minister meer aandacht te besteden aan mogelijke ongewenste effecten, die optreden wanneer toezichthouders gebruik maken van de voorgestelde bevoegdheden. Er kan immers schade aan de reputatie van en in het vertrouwen in bancaire instellingen en de sector ontstaan, die niet in verhouding staat tot de gepubliceerde overtredingen en het als gevolg daarvan onnodig schaden en aanvullend sanctioneren van instellingen. We denken ook aan de mogelijke prudentiële

gevolgen voor de financiële instelling. We hebben begrip voor de dilemma's waarmee de toezichthouder in dit verband wordt geconfronteerd. Het is belangrijk dat de toezichthouder over een helder afwegingskader beschikt en in gesprek blijft met de instelling.

Voorstel: Wij verzoeken de minister om in de toelichting een afwegingskader op te stellen waarmee een evenwichtige analyse van de mogelijke effecten kan worden gemaakt. We gaan in de bijlage onder punt 3 nader in op de mogelijke bijeffecten

4. Er dient sprake zijn van een zorgvuldig proces

Zoals hiervoor aangegeven zijn met de publicatie van informatie over individuele instellingen grote belangen gemoeid. Denk hierbij aan de stabiliteit van het financieel stelsel, het vertrouwen in en de reputatie van instellingen, de financiële positie van instellingen en de privacy van betrokken personen, waaronder klanten. Een zorgvuldige inrichting van het proces van publicatie en het daaraan voorafgaande onderzoek door de toezichthouder geeft hierbij een belangrijke waarborg. Hoor en wederhoor en rechtsbescherming moeten duidelijker en beter geregeld worden dan nu wordt voorgesteld. Ook vinden wij het belangrijk dat duidelijk is, dat mogelijke uitbreiding van publicatiebevoegdheden van de toezichthouders primair van toepassing is op het niet naleven van de wet en níét of uiterst terughoudend te zijn met bij legaal, maar door de toezichthouders als ongewenst beschouwd gedrag. Het voorstel is op deze punten onvoldoende uitgewerkt. Dit geldt in het bijzonder bij de uitbreiding van de bestaande bevoegdheden om het publiek te waarschuwen en de nieuwe bevoegdheid voor AFM en DNB om namen van afzonderlijke instellingen te noemen wanneer zij resultaten van themaonderzoeken bekend maken. De bevoegdheden zijn hier te ruim geformuleerd en de regeling garandeert niet dat een zorgvuldig proces wordt gevolgd.

Voorstel: We verzoeken de minister waarborgen op te nemen voor een zorgvuldig proces. We doen hiertoe suggesties in de bijlage onder punt 4.

Behoeft aan meer transparantie over het functioneren van toezichthouders zelf

We constateren dat de behoefte aan meer transparantie ook veronderstelt dat er meer informatie over het functioneren van de toezichthouders zelf beschikbaar komt. De toezichthouders kunnen ook zonder de nu voorgestelde bevoegdheden om instelling-specifieke informatie te publiceren transparanter zijn over hun eigen functioneren. Wij verwijzen naar de werkzaamheden van de commissies Du Perron (IceSave), Scheltema (DSB), Frijns/Hoekstra (SNS Reaal) en zeer recent, het rapport Alvarez & Marsal over de AFM (rentederivaten). Wij geven de minister in overweging om periodiek externe commissies te benoemen om (deel)aspecten van het uitgeoefende toezicht aan onafhankelijk onderzoek te onderwerpen. Dergelijk onderzoek vergt geen wetswijzing en past zonder meer in de toezichtstaak van de minister ten aanzien van de toezichthouders².

Tot slot treft u in de bijlage nog enkele overige commentaarpunten aan. De NVB is graag betrokken bij de verdere uitwerking van het voorstel. We zijn vanzelfsprekend graag tot een nadere toelichting bereid.

Met vriendelijke groet,

Eelco Dubbeling

² Zie voorwoord Rein Pijpers in Tijdschrift voor Financieel recht, November 2015.

Bijlage: Toelichting bij de consultatiereactie Wet transparant toezicht financiële markten

1 Geen afwijking van de Europese context

Geheimhoudingsplicht

- Het voorstel beoogt mogelijk te maken dat toezichthouders informatie publiceren die in (1) het kader van de taakvervulling van de toezichthouders is verkregen en (2) herleidbaar is tot individuele instellingen. Immers, het gaat bijvoorbeeld in artikel 1:96 om: ‘*vergelijkbare informatie over de beoordeling van prestaties van ondernemingen voor zover die relevant zijn voor de risico’s voor of de mate van naleving van de Wft of relevante EU verordeningen*’ en derhalve om een breed palet aan informatie. De toezichthouder kan enkel over desbetreffende informatie beschikken en/of komen tot de conclusies die zij op basis daarvan trekt, omdat instellingen verplicht zijn geweest die informatie te verstrekken. De twee doelen op basis waarvan nieuwe uitzonderingen op de geheimhoudingsplicht worden geïntroduceerd (‘transparantie in de prestaties van marktpartijen en in de werkzaamheden van de toezichthouders’) zijn niet terug te vinden in de Europese richtlijnen.

De rol van de ECB

- Aangezien het voorstel rept van ‘de toezichthouder’ kan dat in voorkomende gevallen ook de ECB zijn, zodat de vraag opkomt wat het voorstel beoogt te bewerkstelligen in de context van het ECB toezicht. De ECB heeft alle bevoegdheden en verplichtingen die de bevoegde en de aangewezen autoriteiten krachtens het toepasselijke Unierecht hebben. De ECB beschikt dus over dezelfde bevoegdheden als DNB voor zover die bevoegdheden op EU recht zijn gestoeld. Artikel 68 CRDIV bepaalt, evenals de overige toepasselijke Europese richtlijnen zoals bijvoorbeeld MiFID, dat toezichthouders boetes mogen publiceren, maar zegt niets over publicatie van vergelijkende informatie omtrent prestaties of naleving van de wet van individuele ondernemingen. In lijn met CRDIV bepaalt ook art. 132 GTM-Kaderverordening dat de ECB sancties publiceert en zijn er geen verder gaande publicatiebevoegdheden. Hoe het wetsvoorstel zou doorwerken is onduidelijk. Blijven de bevoegdheden van de ECB beperkt tot het publiceren van sancties of worden zij uitgebreid en hoe past zo’n uitbreiding onder EU recht en de GTM-Kaderverordening?

3 Bijeffecten van transparantie moeten beter worden uitgewerkt

- Wij onderschrijven de opmerking van AFM bestuurder en hoogleraar Femke de Vries in haar oratie over de effecten van transparantie op vertrouwen en dat de inzet van transparantie door toezichthouders nog te veel op intuïtie is gebaseerd³. Er is volgens haar aanleiding om het effect van transparantie wetenschappelijk te onderzoeken. Kan de minister aangeven waarom hij nu vrij brede publicatiebevoegdheden voor de toezichthouder voorstelt voordat de effecten van transparantie zijn onderzocht?
- Wij vragen de minister aandacht te besteden aan de volgende bijeffecten die mogelijk optreden wanneer toezichthouders gebruikmaken van de voorgestelde bevoegdheden.

³ <https://www.afm.nl/nl-nl/professionals/nieuws/2016/mrt/femke-de-vries-oratie>

1. *Formalisering van de toezichtrelatie*

Als een toezichthouder over instellingen kan publiceren zoals voorgesteld, zullen de onder toezicht staande instellingen in zijn algemeenheid en in het bijzonder bij de start van een onderzoek goed willen afwegen welke informatie met de toezichthouder gedeeld wordt. In de huidige praktijk wordt door banken regelmatig meegewerkt aan onderzoeken en uitvragen van de toezichthouders waarvoor geen duidelijke wettelijke grondslag is. Instellingen zullen na invoering van de voorgestelde wetswijziging minder snel bereid zijn om op een vrijwillige basis medewerking te verlenen aan voorgenomen onderzoeken als de kans bestaat dat informatie over de instelling en klanten zomaar gepubliceerd kan worden.

2. *Schending privacy*

De formulering van het voorstel en de toelichting laat ruimte dat er tot personen herleidbare informatie kan worden betrokken – met name bij samengevatte informatie kan dat het geval zijn. In de memorie van toelichting zou dus extra aandacht moeten worden besteed aan de wijze waarop ervoor gezorgd wordt dat informatie van de klant van en/of medewerkers werkzaam bij de financiële onderneming daadwerkelijk niet herleidbaar is. Zie het Advies 5/2014 van de Artikel 29 werkgroep over anonimiseringstechnieken⁴.

3. *Mogelijkheid van onterechte publicatie*

Een publicatie over een overtreding kan achteraf onterecht blijken te zijn, omdat deze gebaseerd was op onjuiste feiten of op een foute beoordeling van de toezichthouder. Hierbij is het gevaar van een onomkeerbaar effect (de publicatie heeft al sanctionerend gewerkt) en bovendien kan het bericht nimmer meer verwijderd worden van het internet of uit de beeldvorming van consumenten en klanten. Omdat de wetgever de aansprakelijkheid van toezichthouders heeft beperkt en een schadevergoeding bij de civiele rechter alleen geëist kan worden bij opzet of grove schuld, stellen we voor dat in de wet ten minste een grondslag voor rectificatie van (onrechtmatige) publicatiebeslissingen wordt opgenomen.

4. *Informatie niet altijd vergelijkbaar*

De toezichthouder krijgt de bevoegdheid om vergelijkbare informatie over de beoordeling van de prestaties van financiële ondernemingen met tot de betrokken onderneming herleidbare informatie openbaar te maken. De vergelijkbaarheid kent om verschillende redenen beperkingen. Het kan ten eerste een steekproef van instellingen betreffen waardoor ongelijke behandeling plaatsvindt met niet betrokken instellingen wiens scores niet onderzocht en niet gepubliceerd worden. In de huidige praktijk van het toezicht worden in onderzoeken van de AFM en DNB bijna nooit alle in een bepaalde markt actieve instellingen betrokken. Dit betekent dat de informatie altijd ziet op een deel van de markt waardoor de vergelijking niet een vergelijking met

⁴ http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/index_en.htm

P 10: 'Uitsluitend wanneer de voor de verwerking verantwoordelijke de gegevens dermate samenvoegt (aggregeert) dat de individuele gebeurtenissen niet langer identificeerbaar zijn, kan de resulterende dataset als anoniem worden aangemerkt.'

P 10: 'Een doeltreffende anonimiseringsoplossing verhindert dat een persoon in een dataset wordt geïndividualiseerd, dat twee records in een dataset (of in twee afzonderlijke datasets) met elkaar in verband worden gebracht en dat uit die dataset informatie wordt afgeleid. In het algemeen is het verwijderen van direct identificerende gegevens op zich dus niet voldoende om zeker te stellen dat de betrokkene niet langer identificeerbaar is. Doorgaans moeten verdergaande maatregelen worden genomen om identificatie te voorkomen. Een en ander hangt opnieuw af van de omstandigheden en de doeleinden van de verwerking waarvoor de anonieme gegevens zijn bestemd.'

de markt is, maar met de andere onderzochte instellingen. Ten tweede zijn instellingen door de uiteenlopende aard van hun activiteiten vaak niet goed vergelijkbaar. De AFM zal dit bij de presentatie goed moeten verantwoorden door aan te geven in hoeverre het onderzoek representatief is, op welke gronden de selectie heeft plaatsgevonden en dat uit het onderzoek niet geconcludeerd kan worden dat er sprake is van een niet naleving van een wettelijke norm. De AFM werkt met zogenaamde dashboardscores. Voor zover de scores gebaseerd zijn op prestaties van deelactiviteiten, dient hier bij de presentatie rekening gehouden te worden. Voorkomen moet worden dat appels met peren vergeleken worden en er moet derhalve inzichtelijk worden gemaakt op basis van welke criteria het onderzoek is uitgevoerd⁵.

4 Er dient sprake te zijn van een zorgvuldig proces

Als toezichthouders de mogelijkheid krijgen informatie met naam en toenaam te publiceren zou aan de volgende voorwaarden voldaan moeten worden om een zorgvuldig proces te waarborgen:

1. *Geen onevenredige bevoordeling of benadeling.*
 - Onevenredige bevoordeling of benadeling van bij de aangelegenheid betrokkenen dient te worden voorkomen. De toezichthouder dient hiervoor een zorgvuldige belangenafweging te maken en hoor en wederhoor toe te passen. Banken dienen ook de gelegenheid te krijgen om aan te geven als ze het niet eens zijn met de bevindingen van de toezichthouder. Het komt nu voor dat toezichthouders onderzoeksrapporten publiceren voordat aan de onderzochte instellingen de uitkomsten teruggekoppeld zijn. Ook kan het voorkomen dat een betrokken instelling het niet eens is met de kwalificatie die is toegekend over een bepaald onderwerp door de AFM of DNB. Hierover moet tenminste goed overleg mogelijk zijn voordat de toezichthouder overgaat tot publicatie met naam en toenaam van de instelling. Ook recentelijk heeft het CBB⁶ nog bepaald dat de ondertoezichtgestelden in staat moeten worden gesteld over de onderzoeksgegevens te beschikken op basis waarvan de toezichthouder conclusies had getrokken, om te kunnen controleren of geleverde gegevens juist waren gebruikt. Dit is extra belangrijk nu inhoudelijke discussie over de invulling van de open normen uit de Wft goed mogelijk is omdat die normen niet altijd eenduidig zijn. Zowel de instellingen als de rechter moeten de feiten en beoordeling van de toezichthouder kunnen beoordelen.
 - De NVB is van mening dat de beslissingen van de toezichthouder tot publicatie van vergelijkbare informatie over de beoordeling van de prestaties van financiële ondernemingen en/of tot het doen van mededelingen als bedoeld in de voorgestelde artikelen 1:96 en 1:96a en uitdrukkelijk ook het voornemen van de toezichthouder daartoe expliciet als besluit moeten worden aangemerkt, zodat bij de toepassing van die bevoegdheden een zorgvuldige besluitvorming en rechtsbescherming goed geregeld wordt.
2. *Introduceer mogelijkheid van heroverweging*
 - Het is belangrijk dat de betrokken instelling voorafgaand aan de publicatie de mogelijkheid krijgt om het oordeel van de toezichthouder dat de instelling handelt in strijd met de wet via een bezwaarprocedure nog eens ter heroverweging voor te leggen aan de toezichthouder en over het oordeel van de toezichthouder beroep in te stellen bij de bestuursrechter.

⁵ Zie de recente uitspraak van het CBB d.d. 15 januari 2016 (ECLI:NL:CBB:2016) ten aanzien van een aanwijzing van de NZA aan verschillende (groepen) zorgverzekeraars.

⁶ Zie de uitspraak genoemd in noot 5.

- De nu in de wet voorziene mogelijkheid van een kort geding schiet tekort. De bank zou als enige mogelijkheid voor escalatie een gang naar de kortgedingrechter hebben. Wij vinden het onwenselijk dat de toezichthouder en de onder toezicht staande instelling een discussie over een beoordeling pas voor de rechter kunnen voeren, zonder daaraan voorafgaand een bestuursrechtelijk traject van horen en bezwaar bij de toezichthouder zelf hebben gevoerd.
 - Recent heeft DNB zich negatief uitgelaten over een juridificering van de toezichtrelatie. Dit wetsvoorstel werkt dit wel in de hand door als enige mogelijkheid voor discussie de procedure van kort geding in de wet te regelen. Wij verwijzen voor een oplossing naar het gestelde onder 1. Als de minister de beslissing om over te gaan tot publicatie van de scores of prestaties van individuele instellingen aanmerkt als besluit zal dit onder meer betekenen, dat instellingen hun zienswijze kunnen geven voordat het besluit definitief wordt (art. 4:8 Awb). Het gaat immers om een beschikking waar de instelling zelf niet om heeft gevraagd en waar de instelling veelal bedenkingen tegen zal hebben,
3. *Verwijderen van toezichtvertrouwelijke gegevens*
- De Europese kaders dienen gerespecteerd te worden; dit betekent dat de publicatie geschoond moet worden van 'toezichtvertrouwelijke gegevens' in de zin van de Europese richtlijnen. Dit zijn volgens de wetsgeschiedenis van de Wft in elk geval gegevens van financiële ondernemingen over de bedrijfsvoering, de liquiditeitspositie, de (maand)rapportages, gegevens over (potentiële) bestuurders daargelaten eventuele sancties die aan de natuurlijke persoon zijn opgelegd op basis van de Wft, (solvabiliteit)marges, gegevens over debiteuren, crediteuren of cliënten, gegevens van de afdeling R&D, plannen voor fusies of overnames en marketing/verkoopstrategieën. Het gaat derhalve om gegevens die van invloed kunnen zijn op de concurrentiepositie van de betreffende onderneming of die een disproportionele inbreuk kunnen maken op de persoonlijke levenssfeer van betrokkene.⁷ De onder toezicht staande instellingen moeten tenminste de gelegenheid krijgen de voorgenomen publicatie hierop te controleren. Zie ook de hiervoor gemaakte opmerkingen over het geheimhoudingsregime.
4. *Voorkom willekeur bij publicatie*
- Om willekeur te voorkomen en het besluit tot publicatie objectief toetsbaar te maken moet het oordeel van de toezichthouder betrekking hebben op het niet naleven van de wet en niet of alleen met uiterste terughoudendheid over het door de toezichthouder ongewenste, maar niet illegale gedrag. Dit is een relevant punt bij rapporten van de toezichthouders, omdat deze nogal eens onderwerpen betreffen waarvoor de toezichthouder geen wettelijke bevoegdheden heeft.
 - De nu in artikel 1:96 opgenomen criteria dat het moet gaan om een beoordeling van de prestaties van financiële ondernemingen 'voor zover relevant voor de risico's voor of de mate van naleving van deze wet of verordening als bedoeld in artikel 1:24 of 1:25' voldoen niet aan de eis van objectieve toetsbaarheid. Niet duidelijk is wat met 'voor zover relevant voor de risico's voor...' wordt bedoeld.
 - Bovendien bestaat het risico dat de door de toezichthouder benoemde *best practice*, een subjectieve beoordeling van het toezicht, als referentiekader wordt gedefinieerd. Dit strookt niet met het uitgangspunt van principle based (gedrags) toezicht. Indien het voornoemde referentiekader niet 1 op 1 wordt gevolgd betekent dit niet dat de wet overtreden wordt. In het licht van de beoogde transparantie is het goed op te merken dat dit onderscheid moeilijk te maken is door de consument en - juist bij consumenten - tot verwarring en onjuiste beeldvorming kan leiden.

⁷ (Tweede Kamer, vergaderjaar 2003–2004, 29 708, nr. 3 blz. 46 en 47)

5. *Vermijd nadelige prudentiële consequenties*

Gezien de samenhang en wisselwerking tussen de verschillende vormen van toezicht (systeemtoezicht, macroprudentieel toezicht, microprudentieel toezicht en gedragstoezicht) is het van het allergrootste belang dat een voornemen tot publicatie door alle betrokken toezichthouders (ESRB, ECB, DNB en AFM) wordt onderschreven vóórdat tot publicatie wordt overgegaan en daar een duidelijke procedure voor in de wet op te nemen. Hierbij zou aansluiting kunnen worden gezocht bij de wettelijke vormgeving van de 'dubbele poortjes' bij de geschiktheids- en betrouwbaarheidstoets.

6. *Aanpassing van de inrichting van de onderzoeken door toezichthouders*

Naar verwachting zullen er gevolgen zijn voor de inrichting van de onderzoeksactiviteiten door de toezichthouders; een toezichthouder zal aan het begin van een onderzoek moeten bepalen of en in welke vorm uitkomsten van een onderzoek gepubliceerd zullen worden. Als de toezichthouder de uitkomsten wil publiceren zal het onderzoek zo moeten worden ingericht dat voldoende representativiteit wordt gegarandeerd. Een onderzoek op basis van een kleine steekproef aan dossiers volstaat dan bijvoorbeeld niet. Ook zal van te voren duidelijk gemaakt moeten worden aan welke norm een toezichthouder toetst.

Er zal meer hoor en wederhoor moeten plaatsvinden, met name ten aanzien van de sector brede onderzoeksrapportages die nu veelal voorafgaand aan de publicatie niet van te voren aan de betrokken individuele banken worden voorgelegd.

7. *Pas wijze van presentatie aan*

Of transparantie de in de memorie van toelichting beoogde functies daadwerkelijk vervult, zal volgens de toelichting in de praktijk afhangen van de wijze waarop de informatie wordt gepresenteerd. In wetsvoorstel wordt in de bepalingen over de waarschuwing en de publicatie van vergelijkbare informatie geen richting gegeven aan de wijze waarop de toezichthouders deze informatie publiceren. De NVB adviseert dit met het oog op een goede toepassing van de bevoegdheden nader uit te werken in de wet. Voorkomen moet worden dat de toezichthouders te ongenueanceerd informatie over de (prestaties van de) instelling publiek maken, bijvoorbeeld in een te kort (twitter)bericht. Met het oog op een goede toetsing door de rechter als bedoeld in artikel 1:99 van de wet moet de wet hier meer richting geven. Zonder een wettelijke bepaling kan de rechter dit aspect niet meenemen in zijn toets bij een voorlopige voorziening.

Overige commentaarpunten

Hierbij treft u nog enkele overige commentaarpunten aan bij het wetsvoorstel.

Artikelen 1:94 en 1:96

- In de voorgestelde wijziging van artikel 1:94 is niet bepaald dat de waarschuwing of verklaring betrekking moeten hebben op een overtreding van de wet die ook schadelijk is voor het publiek. Het artikel geeft de toezichthouder zelfs de bevoegdheid tot publicatie over te gaan als nog niet vaststaat dat sprake is van een overtreding. Gelet op die verstrekkende bevoegdheid ontbreekt in het voorstel een toelichting op de verhouding van het voorstel tot de steeds hogere eisen die de rechter stelt aan de bewijsvoering bij overtredingen van de wet⁸, e.e.a. in lijn met het ongevraagde advies van de Raad van State⁹ over de rechtsbescherming in het punitieve bestuursrecht: *‘Uitgangspunt is dat de bewijslast bij het bestuursorgaan rust en in geval van twijfel aan de betrokkene het voordeel van de twijfel dient te worden gegund. Het bestuursorgaan moet aantonen dat de overtreding is begaan; aannemelijkheid is niet voldoende’*.
- De bevoegdheid zou expliciet beperkt moeten worden tot situaties waarin het waarschuwen een duidelijke en beoogde functie kan hebben, namelijk het waarschuwen van het publiek als van een uiting van de instelling misleiding te duchten is en als de publicatie van de toezichthouder kan borgen dat het publiek juist en volledig wordt geïnformeerd. Zoals de bevoegdheid nu is geformuleerd zou deze ook gebruikt kunnen worden als een instrument om de naleving te bevorderen zonder dat sprake is van een schending van wetgeving die de belangen van derden mogelijk kan schaden of dat het zeer aannemelijk is dat er mogelijk schade voor derden dreigt. Zo zouden de publicatiebevoegdheden gebruikt kunnen worden om een algemene vergelijkingssite op te zetten, terwijl het de vraag is of dit past binnen de taken van de toezichthouders¹⁰. De in de toelichting genoemde beperkingen dat het om een structurele praktijk van overtredingen moet gaan, zou ook in de tekst van de wet opgenomen moeten worden.
- Artikel 1:97, vierde lid is ingevoerd bij de implementatie van de richtlijn kapitaalvereisten (CRD IV). Het artikel verplicht de toezichthouder tot een uitgebreide belangenafweging. De NVB adviseert om deze belangenafweging ook van toepassing te laten zijn op de in het voorstel opgenomen nieuwe publicatiebevoegdheden van de toezichthouders en in ieder geval wanneer door de toezichthouders namen van afzonderlijke instellingen worden genoemd wanneer zij resultaten van themaonderzoeken bekend maken.
- Het nieuwe herziene artikel 1:96 zou komen te luiden:
De toezichthouder kan vergelijkbare informatie publiceren over de beoordeling van de prestaties van financiële 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.
Zoals eerder opgemerkt is onduidelijk wat “vergelijkbare informatie” is. Er lijkt verwezen te worden naar het voorgaande artikel 1:95, maar dat kan niet juist zijn. Bedoeld lijkt te zijn: informatie waarin de prestaties van betrokken instellingen met elkaar worden vergeleken.
- De toelichting bij het artikel zegt niets over de significant andere strekking van dit artikel t.o.v. de oude tekst. Meer aandacht moeten worden besteed aan de samenhang van de wijzigingen in

⁸ Zie bijv. Rb Rotterdam, 8 oktober 2015 (ECLI:NL:RBROT:2015:7123).

⁹ Raad van State, 13 juli 2015, Stcrt. 2015, 30280, p. 13.

¹⁰ Zie de brief van de minister bij de evaluatie van de website Geldwaardering.nl, 19 november 2007, TK 31200, IXB, nr. 8

de artikelen 1:96 – 1:101. Het herziene artikel 1:96 lijkt niet te passen in de systematiek van de omliggende artikelen (afdeling 1.5.2) nu deze zien op (publicatie van) maatregelen en sancties. Art 1:96 lijkt een zelfstandige publicatiebevoegdheid te bevatten, die los staat van het sanctie instrumentarium van de toezichthouders.

Artikel 1:96a

- In artikel 1:96a wordt de toezichthouders de bevoegdheid gegeven om aanvullende of corrigerende mededelingen te doen, indien een persoon zijn betrokkenheid bij een aangelegenheid van toezicht kenbaar heeft gemaakt.
Het is de vraag of dit artikel wel nodig is. Het nieuwe art. 1:96a Wft biedt de toezichthouders de mogelijkheid om in het openbaar te reageren op informatie die onder toezicht staande instellingen naar buiten brengen. De bepaling lijkt geïnspireerd door de Marktmissbruik Verordening (MAR) (art. 23 lid 2 sub m) op basis waarvan toezichthouders – ter vervulling van hun taken krachtens de MAR – onjuiste of misleidende openbaar gemaakte informatie kunnen rectificeren, met inbegrip van het verplichten van een uitgevende instelling of een andere persoon die onjuiste of misleidende informatie heeft gepubliceerd of verspreid om een rectificatie te publiceren. Eerder heeft de minister in de Memorie van Toelichting bij de Implementatiewet verordening en richtlijn marktmissbruik gesteld dat art. 23 lid 2 sub m MAR geen implementatie behoeft, omdat de mogelijkheid tot rectificatie reeds mogelijk is op grond van art. 1:75 Wft. Waarom wordt nu wel opeens geïmplementeerd? Voorts wijzen wij er op dat de MAR-bevoegdheid fors wordt opgerekt door niet als doel de rectificatie te benoemen, maar als doel aan te merken dat de toezichthouder publiekelijk kan reageren op hetgeen iemand kenbaar maakt over zijn betrokkenheid bij een aangelegenheid van het toezicht.
- Wij stellen voor de bevoegdheid allereerst te beperken tot situaties waarin de uiting waar de toezichthouder op reageert gedaan is door de onder toezicht staande instelling zelf. Zoals het nu geformuleerd is zou het ook een uiting van een willekeurige derde kunnen gaan. Verder zou het gebruik de bevoegdheid met het oog op de proportionaliteit beperkt moeten worden tot een aanvullende of corrigerende mededeling met het oog op het voorkomen van misleiding van het publiek. Zoals de bepaling nu is geformuleerd kan de toezichthouder onbeperkt publiceren, nadat 'een persoon zijn betrokkenheid bij een aangelegenheid van toezicht kenbaar heeft gemaakt'. Dit zal niet de bedoeling (mogen) zijn van het artikel.

Artikel 3:72

- Hier wordt concreet alleen de publicatie van instelling-specifieke gegevens genoemd. Achtergrond van het voorstel is dat de Parlementaire Enquêtecommissie Financieel in een van haar aanbevelingen heeft aangeduid dat solvabiliteitsinformatie periodiek door de toezichthouder gepubliceerd moet worden om spaarders meer inzicht te geven in de kwaliteit van de banken. Deze informatie wordt echter reeds vrijwillig door de banken gepubliceerd.

Artikel 1:99

- In dit artikel zou tenminste ook een verwijzing naar artikel 1:96a opgenomen moeten worden. Ook indien de toezichthouder reageert op publieke informatieverstrekking door instellingen inzake een aangelegenheid van het toezicht zal de waarborg aanwezig moeten zijn voor instellingen om vijf werkdagen voor de openbaarmaking in kennis gesteld te worden om de instelling de gelegenheid te geven de voorgenomen publicatie door de kort geding rechter te laten toetsen. Bovendien zou een dergelijke uiting van de toezichthouder alleen gerechtvaardigd moeten zijn indien van de uitingen van de instelling misleiding te duchten is en om te borgen dat het publiek juist en volledig wordt geïnformeerd.

Nummering

- De (nummering van de) toelichting loopt niet synchroon met die van het wetsvoorstel: Bepaling E bevat een wijziging die samenhangt met de wijziging van art. 1:96, maar bepaling F niet. Vervolgens staat er onder “G” een tekst die verwijst naar bepaling H van het voorstel; het voorstel bevat echter geen bepaling G en H. De toelichting onder G verwijst naar bepaling F in het wetsvoorstel.