



Advies Raad van State inzake het voorstel van wet tot wijziging van de Wet op het financieel toezicht en de Wet toezicht accountantsorganisaties in verband met het vergroten van de transparantie van het toezicht op financiële markten

Nader Rapport

*29 augustus 2017
2017-0000172349
Directie Financiële Markten*

Aan de Koning

Nader rapport inzake het voorstel van wet tot wijziging van de Wet op het financieel toezicht en de Wet toezicht accountantsorganisaties in verband met het vergroten van de transparantie van het toezicht op financiële markten

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 4 januari 2017, nr. 2016002322, machtigde Uwe Majesteit de Afdeling advisering van de Raad van State haar advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 31 maart 2017, nr. W06.16.0443/III, bied ik U hierbij aan.

Het voorstel geeft de Afdeling advisering van de Raad van State aanleiding tot het maken van inhoudelijke opmerkingen. Op deze opmerkingen wordt hieronder ingegaan. Hierbij wordt de nummering van de Afdeling aangehouden. Op onderdeel 1 uit het advies is niet ingegaan omdat dit een inleiding betreft en geen afzonderlijke opmerkingen bevat.

2. Unierecht

De Afdeling is van oordeel dat enkele onderdelen van het wetsvoorstel op gespannen voet staan met het recht van de Europese Unie. Zij komt tot dit oordeel aan de hand van het gesloten stelsel van openbaarmaking van vertrouwelijke informatie. Verstreckte informatie wordt geheim gehouden, tenzij in de Europese regeling een uitzondering voor openbaarmaking is opgenomen.

De opmerkingen van de Afdeling richten zich vooral op de bevoegdheid om onderzoeksrapporten openbaar te maken met daarin gegevens die herleidbaar zijn tot individuele instellingen. In het voorgelegde voorstel was een algemene bevoegdheid opgenomen om onderzoeksrapporten openbaar te kunnen maken. Gezien de opmerkingen van de Afdeling wordt op deze algemene bevoegdheid teruggekomen. Gekeken is of de bevoegdheid vervangen kan worden door een bevoegdheid die zich slechts richt op rapporten over bepaalde soorten instellingen of waarin de inhoud is beperkt tot bepaalde informatie. Een rapport is materieel gezien namelijk een samenstel van meerdere gegevens en verschillende richtlijnen voorzien in grondslagen voor openbaarmaking van bepaalde gegevens. Te denken valt dan aan de voorwaarde dat de informatie een overtreding of sanctiebesluit moet betreffen of dat het om nationaal geregelde onderwerpen gaat. Dit sluit echter niet goed aan bij het karakter van onderzoeksrapporten. Onderzoeksrapporten zijn vaak themagewijs ingericht en omvatten dan meerdere soorten instellingen in een bepaalde keten. Bovendien geven onderzoeksrapporten juist meer een algemeen beeld weer en kunnen alle bij het onderzoek verzamelde gegevens relevant zijn en dus niet alleen gegevens over overtredingen of sancties. Een gedifferentieerde bevoegdheid kan er voor zorgen dat binnen één rapport voor de ene soort instellingen meer openbaar wordt gemaakt dan over de andere. Dit zorgt voor een ingewikkelde bevoegdheid met vanuit de onderzoeksinhoud bezien onverklaarbare verschillen tussen categorieën instellingen. Een dergelijke bevoegdheid wordt door de toezichthouders onwenselijk geacht en zou niet of nauwelijks gebruikt worden. De opmerkingen van de Afdeling zijn daarom aanleiding om de bevoegdheid in haar geheel te schrappen en de Europese ontwikkelingen op dit punt af te wachten. Uiteraard blijft het wel gewoon mogelijk om rapporten openbaar te maken met geaggregeerde gegevens.

De Afdeling ziet ook spanning bij het publiceren van waarschuwingen bij overtredingen. Naar mijn oordeel ligt dit anders dan bij het publiceren van onderzoeksrapporten en biedt de Europese regelgeving hier al dan niet expliciet ruimte voor binnen het gesloten systeem van openbaarmaking. De



opmerking van de Afdeling op dit punt heeft wel aanleiding gegeven om de bepaling anders vorm te geven en de toelichting aan te vullen. In de toelichting is specifiek aangegeven waar de bevoegdheid tot openbaarmaking van overtredingen op is gebaseerd.

3. Afweging van belangen

Aan de hand van de opmerking van de Afdeling over de belangenafweging is de toelichting bezien en waar nodig aangepast. Bij het gebruik van een bevoegdheid moeten altijd alle betrokken belangen worden afgewogen. In het geval van publicatie gaat het dan om de belangen van vertrouwelijkheid ten opzichte van de belangen van openbaarheid. De toelichting beoogde niet deze afweging op voorhand voor concrete gevallen in te vullen. Daarbij merk ik wel op dat dit wetsvoorstel tot doel heeft waar mogelijk voor meer transparantie te zorgen. Omdat het wetsvoorstel hiervoor bevoegdheden in het leven roept, ligt de nadruk in de toelichting als gevolg hiervan meer op de belangen van transparantie dan op de belangen van vertrouwelijkheid.

4. Door publicatie geleden schade

Aan de opmerking over de spoedpublicatie is gevolg gegeven. In de toelichting is nader ingegaan op de positie van de betrokkenen. Daarnaast is aan de bevoegdheid van de spoedpublicatie een inspanningsverplichting verbonden dat de toezichthouder de betrokkene vooraf informeert. Dit biedt betrokkene de mogelijkheid om direct eerder gedane uitingen te corrigeren. Ook kan de toezichthouder worden gewezen op een kennelijke onjuistheid in de spoedpublicatie waarmee eventuele schade voor betrokkene kan worden voorkomen.

5. Hernieuwde implementatie

Aan de opmerking over het opnemen van een transponeringstabel is gevolg gegeven door bij de geregelde bevoegdheden aan te geven op welke Europese grondslagen deze gebaseerd zijn.

6. Aanvullingen

In onderhavig voorstel worden niet alleen ruimere bevoegdheden geregeld om informatie openbaar te maken, maar wordt in de Wet op het financieel toezicht ook de rechtsbescherming voor betrokkenen verbeterd. Deze verbetering is ook relevant voor de Wet toezicht accountantsorganisaties. In die wet bestaan al ruimere mogelijkheden om tot publicatie van gegevens over te gaan. Ook in die wet kan de rechtsbescherming worden verbeterd. Daarom zijn in dit voorstel ten opzichte van het voorstel dat aan de Afdeling is voorgelegd, wijzigingen in de Wet toezicht accountantsorganisaties toegevoegd om de rechtsbescherming tussen de Wet op het financieel toezicht en de Wet toezicht accountantsorganisaties gelijk te trekken.

Ik moge U verzoeken het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

*De Minister van Financiën,
J.R.V.A. Dijsselbloem.*



Advies Raad van State

No. W06.16.0443/III
's-Gravenhage, 31 maart 2017

Aan de Koning

Bij Kabinetsmissive van 4 januari 2017, no.2016002322, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Financiën, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot wijziging van de Wet op het financieel toezicht in verband met het vergroten van de transparantie van het toezicht op financiële markten, met memorie van toelichting.

Het wetsvoorstel strekt tot uitbreiding van grondslagen in de Wet financieel toezicht (Wft) om informatie te delen over het toezicht op individuele financiële instellingen. De toezichthouder kan onder meer door het publiceren van waarschuwingen en onderzoeksrapporten namen openbaar maken. Deze openbaarmaking beoogt zowel de naleving van regelgeving te bevorderen als ook de transparantie van het toezicht op de financiële markten en van de financiële markten zelf.

De Afdeling advisering van de Raad van State heeft opmerkingen over het wetsvoorstel die van dien aard zijn dat zij adviseert het voorstel niet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal dan nadat daarmee rekening is gehouden. De Afdeling adviseert het wetsvoorstel zodanig aan te passen dat het in overeenstemming is met de Unierechtelijke geheimhoudingsplichten. Daarnaast adviseert de Afdeling buiten twijfel te stellen dat aan besluiten tot publicatie van toezichtsvertrouwelijke gegevens steeds een concrete belangenafweging voorafgaat.

1. Inleiding

Het wetsvoorstel heeft tot doel bij te dragen aan transparanter toezicht op de financiële markten. Daarmee wordt beoogd de informatiepositie van het publiek te verbeteren en kan het vertrouwen in de financiële sector en het toezicht daarop worden versterkt. Ook kan daardoor de naleving van de wet bevorderd worden.¹

Om deze doelen te bereiken wordt voorgesteld de bevoegdheid tot het publiceren van waarschuwingen aan het publiek voor overtredende (rechts)personen uit te breiden en een bevoegdheid te creëren tot het vermelden van namen van instellingen bij het openbaar maken van bevindingen en conclusies van onderzoeksrapporten.²

Blijkens de toelichting houdt het wetsvoorstel een nieuwe afweging in van het belang van geheimhouding enerzijds en openbaarmaking anderzijds.³ De balans tussen geheimhouding en openbaarmaking wordt met het wetsvoorstel verschoven in de richting van grotere openheid. Deze verschuiving vloeit volgens de toelichting voort uit een gedeelde behoefte van het publiek, de politiek en de toezichthouders aan meer informatie over het toezicht van de Autoriteit Financiële Markten (AFM) en van De Nederlandsche Bank (DNB) op individuele instellingen. Daarmee wordt de te verschaffen informatie tot individuele instellingen herleidbaar.⁴

De Afdeling onderkent de behoefte van het publiek aan openheid en informatie. Het vertrouwen in de financiële sector is door de financiële crisis aanmerkelijk afgenomen. Openheid over gemaakte fouten of over misstanden kan onder omstandigheden het vertrouwen in de financiële sector als geheel en in het toezicht daarop bevorderen.

De toelichting stelt terecht dat het vergroten van transparantie ook ten koste kan gaan van het vertrouwen dat de onder toezicht staande instellingen moeten hebben in de toezichthouder.⁵ Gewaarborgd moet zijn dat financiële instellingen die zijn onderworpen aan toezicht, er op kunnen vertrouwen dat de informatie die zij verplicht zijn aan de toezichthouder te verstrekken, door deze als vertrouwelijk zal worden behandeld, zodat er in zoverre voor hen geen belemmering behoeft te zijn om alle informatie te verstrekken die voor het toezicht relevant is.⁶ Een gebrek aan vertrouwen van de onder toezicht staande instelling in de toezichthouder kan de effectiviteit van het toezicht en het aanzien van de toezichthouder schaden. Dat kan ook het vertrouwen van het publiek in het toezicht, de

¹ Zie de considerans van het wetsvoorstel en paragraaf 1 van de Memorie van toelichting.

² Artikelen I, onderdeel B, artikelen 1:94 en 1:95 Wft (nieuw)

³ Memorie van toelichting, paragraaf 2.

⁴ Memorie van toelichting, paragraaf 2.1.

⁵ Vergelijk paragrafen 2.4 en 2.5 van de Memorie van toelichting.

⁶ Zie ook de voorlichting van de Afdeling advisering van de Raad van State van 31 maart 2011 inzake de vraag of de mogelijkheid bestaat om de parlementaire enquêtecommissie financieel stelsel onder strikte geheimhouding inzage te verlenen in de informatie die bij het kabinet, DNB en de AFM berust (Stcrt. 2011, nr. 5695).



toezichthouder en daarmee uiteindelijk ook in de financiële sector, doen tanen.

Het wetsvoorstel stelt aanpassingen van de Wft voor die zien op een herziening van deze complexe verhouding tussen de vertrouwelijkheid van bedrijfsgegevens en grotere openheid van het toezicht. De Afdeling besteedt hierna aandacht aan de vraag of en hoe de voorgestelde nieuwe verhouding past in het Europeesrechtelijke kader.

2. Unierecht

Vertrouwelijkheid van informatie wordt Europeesrechtelijk beschermd door stringente geheimhoudingsbepalingen, die in de Wft zijn geïmplementeerd. De Afdeling schetst hierna onder a. het Unierechtelijk kader van de geheimhoudingsplichten in het financieel recht en de uitzonderingen die daarop zijn toegestaan, en hoe dat in de huidige Wft is geïmplementeerd. Daarna zal de Afdeling onder b. de voorgestelde mogelijkheden tot openbaarmaking tegen dat Unierechtelijk kader afzetten.

a. Unierechtelijke geheimhoudingsplicht van vertrouwelijke gegevens

In de Wft is een groot aantal richtlijnen en verordeningen geïmplementeerd dat betrekking heeft op de financiële sector (hierna: de richtlijnen).⁷ Verschillende richtlijnen en verordeningen stellen beperkingen aan de verstrekking aan derden (of het publiek) van vertrouwelijke gegevens over financiële instellingen die berusten bij de toezichthouders. De richtlijnen en verordeningen gaan uit van een gesloten systeem van publicatie van gegevens; vertrouwelijke gegevens worden door de toezichthouder geheim gehouden, tenzij specifieke uitzonderingen zijn toegestaan.

Zo gaan nagenoeg alle richtlijnen uit van de hoofdregel dat vertrouwelijke gegevens niet worden bekend gemaakt, behalve in een samengevatte of geaggregeerde vorm, waarbij individuele instellingen niet kunnen worden geïdentificeerd (hierna: geheimhoudingsplicht). Van de vertrouwelijke informatie mag door de toezichthouder geen verder of anders gebruik worden gemaakt, of daaraan verder of anders bekendheid gegeven worden, dan voor de uitvoering van zijn taak is vereist. Als voorbeeld kunnen worden genoemd de richtlijnen Solvency II, CRD IV, Mifid en de Verordening Marktmissbruik.⁸ Deze hoofdregel is geïmplementeerd in artikel 1:89 van de Wft.

i. Uitzondering voor informatiedeling tussen toezichthouders

In de richtlijnen worden op de geheimhoudingsplicht uitzonderingen gemaakt voor het delen van informatie met bepaalde andere toezichthouders in verschillende lidstaten, en bepaalde toezichthouders binnen de lidstaat. De informatie kan daarbij slechts worden gedeeld voor de vervulling van bepaalde toezichtstaken en blijft daarbij vertrouwelijk, zodat alleen de toezichthouders over deze informatie beschikken.⁹ Deze uitzonderingen zijn geïmplementeerd in artikelen 1:90 tot en met 1:93e van de Wft.

ii. Publicatie van verklaringen over bepaalde overtredingen

In enkele richtlijnen wordt verder een uitzondering op de geheimhoudingsplicht gemaakt voor de publicatie van neutrale, informatieve verklaringen over specifieke, bij name genoemde overtredingen.¹⁰ Deze uitzondering wordt echter niet in alle richtlijnen voorgeschreven; Solvency II en de Verordening marktmissbruik kennen een dergelijke bepaling bijvoorbeeld niet. Deze uitzondering op de geheimhoudingsplicht is geïmplementeerd in het huidige artikel 1:94 van de Wft.

⁷ Bijvoorbeeld: richtlijnen 2013/36/EU (CRD IV), 2009/138/EG (Solvency II), 2002/47/EG, 2002/92/EG, 2004/109/EG, 2003/71/EG, 2007/64/EG, 2002/87/EG, 2013/34/EU, 2014/17/EU, 2009/65/EG, 2011/61/EU, 2014/92/EU, 2014/59/EU, 2014/65/EU (MiFID), en verordeningen 575/2013, 596/2014 (Verordening marktmissbruik) en 909/2014.

⁸ Als voorbeeld van de geheimhoudingsbepaling kan artikel 64 van Solvency II dienen (gelijksoortig aan artikel 53, eerste lid, CRD IV, artikel 76, eerste lid, van Mifid of artikel 27 Verordening marktmissbruik): 'De lidstaten bepalen dat alle personen die werkzaam zijn of zijn geweest voor de toezichthoudende autoriteiten, alsmede accountants en deskundigen die in opdracht van deze autoriteiten handelen, aan het beroepsgeheim gebonden zijn. Onverminderd de gevallen die onder het strafrecht vallen, mogen vertrouwelijke gegevens waarvan deze personen beroepshalve kennis krijgen, aan geen enkele persoon of autoriteit worden bekendgemaakt, behalve in een samengevatte of geaggregeerde vorm zodat individuele verzekerings- en herverzekeringsondernemingen niet kunnen worden geïdentificeerd.' De beperking van het gebruik van de gegevens tot toezichtstaken volgt uit artikel 67 e.v. Solvency II, artikel 54 CRD IV, artikel 81 Mifid, en artikel 24 en 25 van Verordening marktmissbruik.

⁹ Zie bijvoorbeeld artikel 68 Solvency II, artikel 56 en 57 CRD IV, artikel 81 Mifid en artikel 27, tweede lid, Verordening marktmissbruik.

¹⁰ Het gaat om artikel 21, derde lid, richtlijn 2003/71/EG, artikel 66, tweede lid, en 67, tweede lid, CRD IV, artikel 24, vierde lid, onderdeel g, en artikel 28ter, onderdeel a, richtlijn 2004/109/EU, artikel 111, tweede lid, onderdeel a, richtlijn 2014/59/EU, artikel 99, zesde lid, onderdeel a, richtlijn 2009/65/EG en artikel 63, tweede lid, onderdeel a, verordening 909/2014/EU. Zie ook Memorie van toelichting, paragraaf 4.2.



iii. Publicatie van sanctiebesluiten

Daarnaast schrijven verschillende richtlijnen voor dat sanctiebesluiten worden gepubliceerd.¹¹ Ten minste dienen alle niet voor beroep vatbare sanctiebesluiten die zijn opgelegd voor overtredingen zonder onnodige vertraging te worden gepubliceerd, inclusief de aard van de overtreding en de naam van de (rechts-)persoon, nadat deze van de sanctie in kennis is gesteld. Ook voor beroep vatbare sanctiebesluiten kunnen worden gepubliceerd; dan wordt ook informatie over het ingestelde beroep en het resultaat daarvan bekend gemaakt. Bekendmaking van persoonsnamen vindt niet plaats indien dat in een beoordeling vooraf onevenredig blijkt, indien de stabiliteit van financiële markten daardoor wordt ondermijnd, of indien de (rechts-)persoon daardoor onevenredige schade wordt berokkend. Ook dit voorschrift is niet in alle richtlijnen opgenomen; zo kent Solvency II geen regeling voor de publicatie van sanctiebesluiten. Deze uitzondering op de geheimhoudingsplicht is in de artikelen 1:94 tot en met 1:101 (Afdeling 1.5.2) van de Wft geïmplementeerd.

b. Verhouding van het wetsvoorstel tot het Unierecht

Hierna gaat de Afdeling in op de vraag hoe het wetsvoorstel zich verhoudt tot de in de Wft geïmplementeerde richtlijnen.

i. Informatieuitwisseling tussen toezichthouders

Het wetsvoorstel raakt niet aan het delen van informatie tussen toezichthouders onderling; de artikelen 1:89 tot en met 1:93e blijven ongewijzigd.

ii. Publicatie van verklaringen

Ook de publicatie van verklaringen wordt door het wetsvoorstel niet gewijzigd; deze uitzondering wordt slechts opnieuw voorgesteld in het nieuwe artikel 1:94a, en is naar inhoud ongewijzigd ten opzichte van het huidige artikel 1:94 van de Wft.¹²

iii. Onderzoeksrapporten

Het wetsvoorstel voorziet in de introductie van een nieuwe bevoegdheid om onderzoeksrapporten te publiceren, met inbegrip van de belangrijkste conclusies, bevindingen, en namen van (rechts-)personen die zijn onderzocht.¹³

De richtlijnen bepalen dat slechts geaggregeerde informatie bekend mag worden gemaakt, waarbij is voorgeschreven dat deze informatie niet tot individuele instellingen herleidbaar mag zijn. Aan deze regel wordt met het voorliggende voorstel niet voldaan. De Afdeling ziet in de hiervoor kort geschetste EU-regelgeving geen grondslag voor een openbaarmaking van tot individuele partijen herleidbare informatie als voorgesteld.¹⁴

iv. Waarschuwing

Het voorgestelde artikel 1:94 Wft bevat een uitbreiding ten opzichte van het huidige artikel 1:94 en voorziet in een waarschuwingsbevoegdheid. De waarschuwingsbevoegdheid houdt in dat de toezichthouder 'een waarschuwing openbaar kan maken onder vermelding van de overtreding en overtreder, teneinde het publiek snel en effectief te informeren en daardoor schade te voorkomen of te beperken, bij overtreding van een bij of krachtens de Wft gesteld verbod of voorschrift.'¹⁵ Uit de artikelsgewijze toelichting blijkt dat het hier niet gaat om de implementatie van de in EU-regelgeving neergelegde publicatie van verklaringen (waar het voorgestelde artikel 1:94a Wft op ziet), maar om een mogelijkheid waarschuwingen te publiceren, en daarmee te voorzien in de ingevolge verschillende richtlijnen voorgeschreven publicatieverplichtingen.

¹¹ Zo bepaalt artikel 68 CRD IV: 'De lidstaten zorgen ervoor dat de bevoegde autoriteiten op hun officiële website zonder onnodige vertraging ten minste alle niet voor beroep vatbare administratieve sancties die zijn opgelegd wegens inbreuk op de nationale bepalingen tot omzetting van deze richtlijn of van Verordening (EU) nr. 575/2013, met inbegrip van informatie over de aard van de inbreuk en de identiteit van een natuurlijke of rechtspersoon aan wie de sanctie is opgelegd, nadat die persoon van die sancties in kennis is gesteld. Indien de lidstaten bekendmaking van voor beroep vatbare sancties toestaat, maken de bevoegde autoriteiten op hun officiële website zonder onnodige vertraging eveneens informatie over een eventueel ingesteld beroep en het resultaat van de behandeling daarvan bekend.' Artikel 71 Mifid en artikel 34 Verordening marktmisbruik luiden overeenstemmend.

¹² Zie ook Memorie van toelichting, paragraaf 4.2.

¹³ Artikel 1:95 Wft (nieuw); zoals bijvoorbeeld in de vorm van ranglijsten, zie ook paragraaf 4.3 van de Memorie van toelichting.

¹⁴ Dat is anders in het geval in de onderzoeksrapporten informatie over individuele partijen wordt vermeld die reeds uit andere hoofde openbaar is gemaakt door die partijen zelf of door de toezichthouder. Het betreft dan immers informatie die reeds openbaar is.

¹⁵ Artikel 1:94 Wft (nieuw).



Zoals hiervoor onder a uiteengezet verplichten verschillende richtlijnen tot de publicatie van sanctiebesluiten. Aangezien het gaat om een uitzondering op de hoofdregel van de geheimhoudingsplicht dienen de betreffende bepalingen uit de richtlijnen strikt te worden uitgelegd. Andere richtlijnen, in het bijzonder Solvency II, voorzien niet in een dergelijke expliciete opdracht tot publicatie van sanctiebesluiten. Dat betekent dat wanneer het voorgestelde artikel 1:94 Wft ruimte biedt om meer openbaar te maken dan de richtlijnen toestaan, het wetsvoorstel in zoverre op gespannen voet staat met de relevante EU-regelgeving.

c. Conclusie

De Afdeling concludeert dat de voorgestelde artikelen 1:94 en 1:95 Wft op gespannen voet staan met de hiervoor besproken bepalingen van CRD IV, Solvency II, Mifid en de Verordening machtsmisbruik, zoals hiervoor onder a kort geschetst. Uit de toelichting blijkt niet waarop de kennelijke opvatting is gebaseerd dat de voorgestelde artikelen in overeenstemming zouden zijn met die regelingen of de in de overige toepasselijke Europese richtlijnen en verordeningen vervatte geheimhoudingsplichten. De Afdeling adviseert in de toelichting in te gaan op de verhouding van het wetsvoorstel tot de in de Wft geïmplementeerde richtlijnen en verordeningen, en de genoemde artikelen in overeenstemming te brengen met de toepasselijke EU-regelgeving.

Onverminderd het voorgaande merkt de Afdeling het volgende op.

3. Afweging van belangen

Uit de hiervoor in punt 2, onder a, kort geschetste Europese regels, blijkt dat ingeval publicatie van tot individuele partijen herleidbare informatie mogelijk is, bekendmaking van persoonsnamen niet plaatsvindt indien dat in een beoordeling vooraf onevenredig blijkt, indien de stabiliteit van financiële markten wordt ondermijnd, of de (rechts-)persoon onevenredige schade wordt berokkend.

Uit de tekst van de artikelen 1:94, 194a en 1:95 (nieuw) blijkt dat de toezichthouder de daar bedoelde gegevens openbaar kan maken. Hem is een discretionaire bevoegdheid toegekend. Daarnaast regelt het voorstel in artikel 1:96 van de Wft (nieuw) dat geen gegevens worden openbaar gemaakt voor zover, kort gezegd, de bekendmaking van de persoonsgegevens onevenredig zou zijn, betrokken partijen onevenredige schade wordt berokkend, de stabiliteit van het financiële stelsel in gevaar zou worden gebracht, of openbaarmaking in strijd zou kunnen komen met de belangen die de Wft beoogt te beschermen.¹⁶

De Afdeling merkt op dat daarmee terecht wordt aangesloten bij bepalingen in de relevante richtlijnen die voorschrijven dat een belangenafweging altijd plaats vindt.¹⁷

De toelichting stelt echter met betrekking tot de openbaarmaking van onderzoeksrapporten en waarschuwingen dat 'met het scheppen van bevoegdheden (tot publicatie) tot uitdrukking wordt gebracht dat in de geregelde gevallen het belang van openbaarheid in beginsel zwaarder weegt dan het belang van het beschermen van de vertrouwelijkheid. (...) Inzet van de bevoegdheden is dan ook, aldus de toelichting, in beginsel evenredig.'¹⁸

Ten aanzien van de publicatie van waarschuwingen wordt toegelicht dat daarmee, naast het voorkomen van schade voor derden, ook bijvoorbeeld het belang van 'de financiële sector in het algemeen' of inzicht in het handhavingsbeleid en daarmee het vertrouwen in de financiële sector gediend wordt.¹⁹ Blijkens de toelichting is publicatie van waarschuwingen vrijwel altijd gerechtvaardigd.

Uit genoemde passages uit de toelichting volgt dat bekendmaking van namen in onderzoeksrapporten en publicatie van waarschuwingen voorop staat. De toelichting suggereert daarmee dat het belang van openheid in beginsel het zwaarst weegt. Andere belangen leggen het dan tegen dit belang af. Dat staat op gespannen voet met het voorgestelde artikel 1:96 Wft. Zo blijft openbaarmaking achterwege voor zover die in strijd is of zou kunnen komen met de belangen die de Wft beoogt te beschermen. De Wft beschermt uiteenlopende belangen, waaronder het belang van vertrouwelijkheid. Deze zullen alle afgewogen moeten worden. De belangenafweging kan dan ook niet de invulling kennen die volgens de toelichting daaraan gegeven moet worden, waarbij het belang van openbaarmaking in principe het

¹⁶ Artikel 1:96, eerste lid, Wft (nieuw).

¹⁷ Zoals artikel 68, tweede lid, CRD IV, dat luidt: 'De bevoegde autoriteiten maken de sancties zonder vermelding van namen bekend op een manier die in overeenstemming is met het nationale recht, in enige van de volgende omstandigheden: a. indien de sanctie wordt opgelegd aan een natuurlijke persoon en op basis van een verplichte voorafgaande beoordeling de bekendmaking van de persoonlijke gegevens onevenredig blijkt; b. indien de bekendmaking de stabiliteit van de financiële markten in gevaar zou brengen of een lopend strafrechtelijk onderzoek zou ondermijnen; c. indien de bekendmaking, voor zover dat kan worden bepaald, de betrokken instellingen of natuurlijke personen onevenredige schade zou berokkenen.'

¹⁸ Paragraaf 2.6 van de Memorie van toelichting.

¹⁹ Paragraaf 4.1 van de Memorie van toelichting.



zwaarste weegt. Daarenboven komt een evenwichtige afweging van de uiteenlopende belangen die bij een bevordering van het vertrouwen in de financiële sector en het toezicht daarop een rol spelen, zoals in de inleiding verwoord, dat vertrouwen ten goede.

Gelet op het voorgaande is het nodig dat de discretionaire bevoegdheid en de daarbij horende belangenafweging van de toezichthouder niet voorshands wordt ingevuld op de in de toelichting gesuggereerde wijze. Verzekerd moet zijn dat publicatie een proportionele maatregel is in het licht van de mogelijke economische en reputatieschade voor de instelling.²⁰

De Afdeling adviseert de toelichting naar aanleiding van het voorgaande in lijn met de toepasselijke richtlijnen aan te passen.

4. Door publicatie geleden schade

Het wetsvoorstel handhaaft de procedure die vooraf gaat aan het publiceren van persoonsgegevens zoals die ook nu in de Wft is geregeld. Alvorens over te gaan tot openbaarmaking van gegevens die tot afzonderlijke personen herleidbaar zijn, neemt de toezichthouder een besluit tot openbaarmaking. Vervolgens geldt een wachttijd van ten minste vijf dagen voordat tot openbaarmaking wordt overgegaan. Indien in die termijn een voorlopige voorziening wordt gevraagd, wordt de uitkomst daarvan eerst afgewacht. De toezichthouder kan echter zo nodig onverwijld tot openbaarmaking overgaan als de overtreder zelf informatie over de overtreding of een handhavingsbesluit publiceert en versnelde publicatie in belang van het publiek noodzakelijk is ter bescherming van het vertrouwen in het toezicht op de financiële sector, of de bescherming van de belangen waarop de Wft ziet geen verder uitstel toelaat.²¹ In dergelijke gevallen kan de toezichthouder tevens besluiten dat de uitkomst van de voorlopige voorziening niet hoeft te worden afgewacht. In dat geval kan de publicatie van de waarschuwing of het rapport onmiddellijk worden gepubliceerd.²²

Indien na het openbaar maken van namen vast komt te staan dat de waarschuwing ten onrechte was afgegeven kan de belanghebbende verzoeken om de intrekking van het besluit tot publicatie of de vernietiging daarvan bekend te maken (rectificatie).²³

Het publiceren en daarmee openbaar worden van namen kan grote reputatie- en vermogensschade voor belanghebbenden tot gevolg hebben. Indien de schade het gevolg is van een onterechte publicatie vindt met rectificatie nog geen vergoeding van de inmiddels geleden schade plaats. Daarom voorziet het wetsvoorstel terecht in een termijn waarin een voorlopige voorziening kan worden aangevraagd om die publicatie te voorkomen. Indien de toezichthouder echter overgaat tot onmiddellijke publicatie, met als gevolg dat er geen mogelijkheid is om een voorlopige voorziening aan te vragen, kan de gevolgschade niet voorkomen worden. Daarbij is van belang dat die schade ook achteraf niet op de toezichthouder kan worden verhaald, omdat diens aansprakelijkheid sinds 2012 is beperkt.²⁴ Uit de toelichting wordt niet duidelijk of en hoe in dergelijke gevallen de belanghebbende voldoende mogelijkheden heeft om schade door een onrechtmatige publicatie te voorkomen of die schade achteraf vergoed te krijgen.²⁵

De Afdeling adviseert om in de toelichting op het vorenstaande in te gaan, in het bijzonder op de positie van de belanghebbende in de gevallen waarin er vooraf aan de publicatie geen rechtsgang is, of de uitkomst daarvan niet is afgewacht.

5. Hernieuwde implementatie

Zoals hiervoor is aangegeven raakt het wetsvoorstel aan in de Wft geïmplementeerde richtlijnen en verordeningen. Dat betekent dat bij de voorgestelde maatregelen sprake is van een hernieuwde implementatie van die richtlijnen en verordeningen, zodat in de toelichting nader aandacht dient te worden besteed aan het toepasselijke Europeesrechtelijk kader.²⁶ Uit een oogpunt van kenbaarheid dient de toelichting inzichtelijk te maken hoe de voorgestelde aanpassingen zich concreet verhouden tot elk van de relevante bepalingen in al de richtlijnen en, door toevoeging van een transponeringstabel, op welke wijze elk van de relevante bepalingen van de richtlijnen opnieuw worden geïmplemen-

²⁰ Deze economische en reputatieschade vormt immers een inmenging in de persoonlijke levenssfeer in de zin van artikel 8 EVRM, zodat de in artikel 1:96 Wft geregelde afweging in termen van proportionaliteit dient plaats te vinden.

²¹ Artikel 1:100, vierde lid, Wft (nieuw).

²² Artikel 1:100, vijfde lid, Wft (nieuw).

²³ Artikel 1:100, achtste, lid Wft (nieuw).

²⁴ Wet aansprakelijkheidsbeperking DNB en AFM (Stb. 2012, 265).

²⁵ Zodat sprake is van een 'effective remedy' in het licht van artikelen 6 en 13 EVRM.

²⁶ Zie ook bijv. artikel 309 van Solvency II en artikel 162 van CRD IV.



teerd.²⁷ Omdat de richtlijnen naar sector zijn ingericht, terwijl de Wft dat niet is, is deze duidelijkheid te meer noodzakelijk.²⁸

De Afdeling adviseert de toelichting aan te vullen op de hiervoor benoemde wijze.

De Afdeling advisering van de Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet niet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal dan nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

*De vice-president van de Raad van State,
J.P.H. Donner.*

²⁷ Vergelijk ook aanwijzingen 338 en 345 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

²⁸ Zie ook het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 29 april 2015 inzake de Implementatiewet Europees kader voor herstel en afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen (Kamerstukken II 2014/15, 34 208, nr. 4).



Tekst zoals toegezonden aan de Raad van State: Wijziging van de Wet op het financieel toezicht in verband met het vergroten van de transparantie van het toezicht op financiële markten (Wet transparant toezicht financiële markten)

Wij Willem-Alexander, bij de gratie Gods, Koning der Nederlanden, Prins van Oranje-Nassau, enz. enz. enz.

Allen, die deze zullen zien of horen lezen, saluut! doen te weten:

Alzo Wij in overweging genomen hebben, dat het wenselijk is de transparantie van het toezicht op de financiële markten te vergroten door uitbreiding van de bevoegdheden tot openbaarmaking van informatie;

Zo is het, dat Wij, de Afdeling advisering van de Raad van State gehoord, en met gemeen overleg der Staten-Generaal, hebben goedgevonden en verstaan, gelijk Wij goedvinden en verstaan bij deze:

ARTIKEL I

De **Wet op het financieel toezicht** wordt gewijzigd als volgt:

A

De artikelen 1:94 en 1:95 vervallen.

B

In Afdeling 1.5.2. worden voor artikel 1:97 vier artikelen ingevoegd, luidende:

Artikel 1:94

De toezichthouder kan een waarschuwing openbaar maken onder vermelding van de overtreding en de overtreder, teneinde het publiek snel en effectief te informeren en daardoor schade te voorkomen of te beperken, bij overtreding van een bij of krachtens deze wet gesteld voorschrift of verbod.

Artikel 1:94a

1. De toezichthouder kan een verklaring openbaar maken onder vermelding van de overtreding en de overtreder bij een overtreding:
 - a. als bedoeld in artikel 1:80a of een overtreding van een voorschrift, gesteld bij of krachtens het Deel Prudentieel toezicht financiële ondernemingen of de verordening kapitaalvereisten, indien die overtreding is gerangschikt in de derde boetecategorie, bedoeld in artikel 1:81, tweede lid, en is begaan door een bank of een beleggingsonderneming in de zin van de verordening kapitaalvereisten;
 - b. van artikel 1:74, voor zover het betreft een vordering om inlichtingen voor het opstellen van een afwikkelingsplan als bedoeld in artikel 3A:10 of artikel 9 van de verordening gemeenschappelijk afwikkelingsmechanisme;
 - c. van een voorschrift, gesteld bij of krachtens hoofdstuk 5.1;
 - d. van een voorschrift, gesteld bij of krachtens hoofdstuk 5.1a, 5.2, 5.3 of 5.9, indien de overtreding is gerangschikt in de derde boetecategorie, bedoeld in artikel 1:81, tweede lid, met uitzondering van een overtreding als bedoeld in de artikelen 5:25c, zesde tot en met negende lid, en 5:36, en de overtreding is begaan door een uitgevende instelling als bedoeld in de hoofdstukken 5.1a en 5.3 of een meldingsplichtige als bedoeld in artikel 5:33, eerste lid, onderdeel c;
 - e. van de artikelen 3:53, eerste lid en 3:57, eerste lid, of een overtreding van een voorschrift gesteld bij of krachtens het Deel Gedragstoezicht financiële ondernemingen, indien de overtreding is begaan door een beheerder van een beleggingsinstelling of instelling voor collectieve belegging in effecten;
 - f. van een voorschrift, gesteld bij of krachtens het Deel Gedragstoezicht financiële ondernemingen, indien die overtreding is gerangschikt in de derde boetecategorie, bedoeld in artikel 1:81, tweede lid, en is begaan door een beleggingsonderneming of een datarapporteringdienstverlener.
2. Ter uitvoering van bindende EU-rechtshandelingen kan bij algemene maatregel van bestuur worden bepaald dat de toezichthouder bij overtreding van bij die maatregel aan te geven



voorschriften een verklaring openbaar kan maken.

Artikel 1:95

1. De toezichthouder kan, bij het openbaar maken van resultaten van onderzoeken die hij heeft uitgevoerd naar de naleving van de bij of krachtens deze wet gestelde regels, zijn voornaamste bevindingen en conclusies openbaar maken onder vermelding van de namen van de personen die zijn onderzocht, mits het onderzoek betrekking had op voldoende personen om een evenwichtig en voldoende representatief beeld op te leveren van het marktsegment waarop het onderzoek betrekking had.
2. De toezichthouder stelt elk van de betrokken personen in de gelegenheid om binnen zes weken na bekendmaking van het besluit tot openbaarmaking een schriftelijke reactie te geven op bevindingen en conclusies die openbaar worden gemaakt die op hem betrekking hebben.
3. De toezichthouder maakt de schriftelijke reactie of een zakelijke weergave ervan gelijktijdig openbaar met de bevindingen en conclusies waarop de reactie betrekking heeft.

Artikel 1:96

1. De toezichthouder maakt op grond van artikel 1:94, 1:94a of 1:95 geen gegevens openbaar, voor zover:
 - a. die gegevens herleidbaar zijn tot een natuurlijk persoon en bekendmaking van zijn persoonsgegevens onevenredig zou zijn;
 - b. betrokken partijen in onevenredige mate schade zou worden berokkend;
 - c. een lopend strafrechtelijk onderzoek of een lopend onderzoek door de toezichthouder naar mogelijke overtredingen zou worden ondermijnd;
 - d. de stabiliteit van het financiële stelsel in gevaar zou worden gebracht;
 - e. openbaarmaking in strijd is of zou kunnen komen met de belangen die deze wet beoogt te beschermen.
2. Bij het openbaar maken van de schriftelijke reactie, bedoeld in artikel 1:95, tweede lid, maakt de toezichthouder geen gegevens openbaar die herleidbaar zijn tot derden.

C

Artikel 1:98, tweede lid, wordt gewijzigd als volgt:

1. Aan het einde van onderdeel a vervalt: of
2. Na onderdeel a wordt, onder verlettering van onderdeel b tot c, een onderdeel ingevoegd, luidende:
 - b. niet in overeenstemming is met het doel van de opgelegde bestuurlijke sanctie, tenzij het een besluit tot het opleggen van een bestuurlijke boete betreft; of

D

Artikel 1:99 komt te luiden:

Artikel 1:99

1. Alvorens over te gaan tot openbaarmaking van gegevens die tot afzonderlijke personen herleidbaar zijn op grond van deze afdeling, neemt de toezichthouder een besluit tot openbaarmaking. Dit besluit bevat de openbaar te maken gegevens en de wijze en termijn waarop de openbaarmaking zal plaatsvinden.
2. Onverminderd artikel 4:11 van de Algemene wet bestuursrecht kan de toezichthouder bij het nemen van een besluit op grond van artikel 1:94 de toepassing van artikel 4:8 van de Algemene wet bestuursrecht achterwege laten, indien van de belanghebbende geen adres bekend is en het adres ook niet met een redelijke inspanning kan worden verkregen.

E

Na artikel 1:99 wordt een artikel ingevoegd, luidende:

Artikel 1:100

1. De toezichthouder gaat pas over tot openbaarmaking op grond van deze afdeling, nadat vijf werkdagen of, bij openbaarmaking op grond van artikel 1:95, zes weken zijn verstreken na de dag waarop het besluit tot openbaarmaking aan de belanghebbende is bekendgemaakt.
2. In afwijking van het eerste lid gaat de toezichthouder pas over tot openbaarmaking op grond van artikel 1:94a nadat het besluit tot openbaarmaking onherroepelijk is.
3. Indien wordt verzocht om een voorlopige voorziening als bedoeld in artikel 8:81 van de Algemene wet bestuursrecht om openbaarmaking op grond van deze afdeling te voorkomen, gaat de toezichthouder niet over tot openbaarmaking totdat de voorzieningenrechter uitspraak heeft gedaan of het verzoek is ingetrokken.
4. In afwijking van het eerste en tweede lid en van artikel 1:97, eerste lid, kan de toezichthouder op een kortere termijn of zo nodig onverwijld overgaan tot openbaarmaking op grond van artikel 1:94, 1:94a of 1:97, voor zover:
 - a. bescherming van de belangen die deze wet beoogt te beschermen geen verder uitstel toelaat;
 - b. het een openbaarmaking op grond van artikel 1:94 of 1:97 betreft, de overtreder zelf informatie openbaar heeft gemaakt over de overtreding of het besluit tot het opleggen van een bestuurlijke sanctie, en versnelde openbaarmaking in het belang van het publiek noodzakelijk is ter bescherming van het vertrouwen in het toezicht op de financiële markten.
5. In de gevallen genoemd in het vierde lid kan de toezichthouder besluiten dat het derde lid buiten toepassing blijft.
6. Indien bij openbaarmaking van een besluit tot het opleggen van een bestuurlijke sanctie toepassing wordt gegeven aan het vierde lid, is artikel 1:97, vijfde lid, van overeenkomstige toepassing.
7. De toezichthouder beëindigt het openbaar beschikbaar houden van gegevens die tot afzonderlijke personen herleidbaar zijn op grond van artikel 1:94, 1:95 of 1:97 onverwijld indien en voor zover:
 - a. het besluit tot openbaarmaking wordt ingetrokken;
 - b. het besluit tot openbaarmaking door de bestuursrechter onherroepelijk wordt vernietigd.
8. In de gevallen bedoeld in het zesde lid, biedt de toezichthouder de belanghebbende aan de intrekking of de vernietiging openbaar te maken.

F

Artikel 1:101 wordt gewijzigd als volgt:

1. In het eerste lid wordt de zinsnede 'tegen een besluit als bedoeld in de artikelen 1:94 en 1:97' vervangen door: om openbaarmaking op grond van deze afdeling te voorkomen,
2. In het tweede lid wordt 'een publicatieverbod van een besluit als bedoeld in artikelen 1:94 en 1:97 heeft opgelegd' vervangen door: openbaarmaking op grond van deze afdeling heeft verboden, of indien op grond van artikel 1:98 nog geen tot personen herleidbare openbaarmaking heeft plaatsgevonden
3. In het tweede lid wordt na 'terzake van het bezwaar' ingevoegd: tegen het besluit tot openbaarmaking of het besluit tot het opleggen van de bestuurlijke sanctie
4. Het derde lid komt te luiden:
 3. Indien de voorzieningenrechter openbaarmaking op grond van deze afdeling heeft verboden, of indien op grond van artikel 1:98 nog geen tot afzonderlijke personen herleidbare openbaarmaking heeft plaatsgevonden, en beroep of hoger beroep wordt ingesteld tegen de beslissing op het bezwaar tegen het besluit tot openbaarmaking of het besluit tot het opleggen van de bestuurlijke sanctie, vindt het onderzoek ter zitting plaats met gesloten deuren.



G

Artikel 3:72, negende lid, komt te luiden:

9. De Nederlandsche Bank maakt periodiek de voornaamste geaggregeerde gegevens openbaar op basis van de staten die ingevolge het eerste lid door banken met zetel in Nederland aan haar zijn verstrekt alsmede de niet-geaggregeerde gegevens van deze banken die daartoe bij of krachtens de algemene maatregel van bestuur, bedoeld in het vijfde lid, zijn aangewezen.

ARTIKEL II

1. Op overtredingen van de bij of krachtens de Wet op het financieel toezicht gestelde voorschriften of verboden die plaatsvonden voor het tijdstip van inwerkingtreding van artikel I, onderdeel B, zijn de artikelen 1:94 en 1:94a van de wet op het financieel toezicht niet van toepassing. Op die overtredingen blijft artikel 1:94 van de Wet op het financieel toezicht van toepassing zoals dat artikel luidde voor dat tijdstip.
2. Voor zover artikel 1:94 van de Wet op het financieel toezicht zoals dat luidde voor inwerkingtreding van artikel I, onderdeel B, van toepassing is op besluiten tot het publiceren van een waarschuwing of verklaring die zijn genomen na het tijdstip van inwerkingtreding van artikel I, onderdeel B, gebeurt dit met inachtneming van de artikelen 1:98 en 1:99 tot en met 1:101 van de Wet op het financieel toezicht.
3. Op besluiten tot het opleggen van een bestuurlijke sanctie wegens een overtreding van bij of krachtens de Wet op het financieel toezicht gesteld voorschrift die zijn genomen voor het tijdstip van inwerkingtreding van artikel I, onderdeel B, zijn de artikelen 1:98, 1:99 en 1:101 (nieuw) niet van toepassing. Voor die overtredingen blijft het recht gelden, zoals dat gold voor dat tijdstip.

ARTIKEL III

Deze wet treedt in werking op een bij koninklijk besluit te bepalen tijdstip dat voor de verschillende artikelen of onderdelen daarvan verschillend kan worden vastgesteld.

ARTIKEL IV

Deze wet wordt aangehaald als: Wet transparant toezicht financiële markten.

Lasten en bevelen dat deze in het Staatsblad zal worden geplaatst en dat alle ministeries, autoriteiten, colleges en ambtenaren die zulks aangaat, aan de nauwkeurige uitvoering de hand zullen houden.

De Minister van Financiën,



MEMORIE VAN TOELICHTING

Algemeen deel

1. Inleiding

Dit wetsvoorstel geeft de Autoriteit Financiële Markten (AFM) en de Nederlandsche Bank (DNB) meer mogelijkheden geeft om informatie te delen over het toezicht op individuele instellingen en draagt zo bij aan transparanter toezicht op de financiële markten. Transparanter toezicht verbetert de informatiepositie van het publiek en kan het vertrouwen in de financiële sector en de toezichthouders versterken en de naleving van wetgeving bevorderen. Transparantie leidt zo tot beter functioneren van de financiële markten. Het wetsvoorstel sluit aan bij de wens van de regering om zoveel mogelijk openheid te geven over het toezicht op de financiële markten en komt daarnaast tegemoet aan wensen die door de Tweede Kamer en de AFM en DNB zijn geuit.

2. Aanleiding en krachtenveld

2.1 Algemeen

De voorgestelde wijzigingen komen voort uit een gedeelde behoefte van het publiek, de politiek en de toezichthouders aan meer informatie over het toezicht van de AFM en DNB die tot individuele instellingen herleidbaar is. Vanwege deze wens kwam de vraag op of het bestaande wettelijk kader van geheimhouding en openbaarmaking nog past bij de huidige opvattingen over openheid en vertrouwelijkheid in het financieel toezicht. Het antwoord op deze vraag is de uitkomst van een belangenafweging, waarbij de belangen van openheid worden afgewogen tegen de belangen van vertrouwelijkheid. Dit is een permanent spanningsveld waarin toezichthouders opereren.¹ In dit spanningsveld veranderen de ideeën over wat de meerwaarde is van openheid van tijd tot tijd, evenals de beoordeling van het belang van vertrouwelijkheid. De uitkomst van de belangenafweging kan daardoor veranderen, met meer of minder openheid als gevolg.

In dit hoofdstuk wordt besproken dat verschillende ontwikkelingen op dit moment aanleiding zijn om de mogelijkheden van de toezichthouders om informatie over het toezicht te delen uit te breiden. In paragraaf 2.2 en 2.3 wordt allereerst ingegaan op ontwikkelingen en belangen die vragen om meer openheid. In paragraaf 2.4 en 2.5 wordt vervolgens besproken welke belangen met vertrouwelijkheid zijn gediend. Paragraaf 2.5 gaat tot slot in op de belangenafweging die nodig is.

2.2 Het toenemende belang van transparantie voor financieel toezicht

Dat openheid belangrijk is voor goed toezicht komt de afgelopen jaren steeds prominenter aan de orde. Zo noemt de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR) in 2013 transparantie als één van de drie kernwaarden voor goed toezicht² en heeft het kabinet dit in haar reactie op het rapport onderschreven.³ Aan de groeiende aandacht voor openheid in het toezicht liggen als het gaat om het financieel toezicht in elk geval twee ontwikkelingen ten grondslag.⁴

In de eerste plaats heeft het publiek in het algemeen steeds meer behoefte aan openheid en informatie. Toegang tot informatie is steeds vanzelfsprekender geworden. Het publiek is eraan gewend om te beschikken over grote hoeveelheden actuele informatie en om op grond daarvan een oordeel te vormen. Het is dan ook een uitgangspunt van het kabinet in de *'Visie open overheid'*⁵ dat transparantie een wezenskenmerk is voor de overheid en een voorwaarde om het vertrouwen in de overheid te bevorderen.⁶

¹ Zie hierover onder meer de toespraak *'Transparency and banking supervision'* van Ignazio Angeloni, lid van de Toezichtsraad van de Europese Centrale Bank in het kader van de ICMA Capital Market Lecture Series, gehouden op 27 januari 2015 en te raadplegen op <https://www.bankingsupervision.europa.eu/press/speeches/date/2015/html/se150127.en.html> en 'Het systeem van toezicht op de stabiliteit van financiële markten; Verkenning', rapport van de Algemene Rekenkamer, Kamerstukken II 2009/10, 32 255, nr. 2, p. 69

² *'Toezien op Publieke Belangen. Naar een verruimd perspectief op rijkstoezicht.'* Rapport van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid van 9 september 2013, Amsterdam University Press, Amsterdam 2013

³ Kamerstukken II 2014/15, 33 822, nr. 3

⁴ Zie hierover onder meer de toespraak *'Transparency and banking supervision'* van Ignazio Angeloni, lid van de Toezichtsraad van de Europese Centrale Bank in het kader van de ICMA Capital Market Lecture Series, gehouden op 27 januari 2015 en te raadplegen op <https://www.bankingsupervision.europa.eu/press/speeches/date/2015/html/se150127.en.html>

⁵ Kamerstukken II 2013/14, 32 802, nr. 5

⁶ Dit uitgangspunt is ook te herkennen in artikel 110 van de Grondwet (Gw), dat bepaalt: 'De overheid betracht bij de uitvoering van haar taak openbaarheid volgens regels bij de wet te stellen.' Eenzelfde uitgangspunt komt terug in artikel 1, tweede alinea, van het Verdrag van de Europese Unie, waar staat dat besluiten 'in zo groot mogelijke openheid en zo dicht mogelijk bij de burger' genomen worden.



In de tweede plaats heeft de financiële crisis eraan bijgedragen dat specifiek met betrekking tot het financieel toezicht openheid belangrijker wordt. Door de financiële crisis is het vertrouwen in de financiële sector afgenomen. Transparantie kan bijdragen aan het terugwinnen van vertrouwen in de financiële sector en het toezicht daarop.⁷ ⁸ Daarnaast heeft de financiële crisis de behoefte aan inzicht in de risico's van investeringen versterkt om daarmee meer grip op die risico's te krijgen en heeft zij het belang van transparantie voor beleggersbescherming en efficiënte marktwerking (prijsvorming) nogmaals onderstreept.⁹ Tot slot bestaat onder meer naar aanleiding van de financiële crisis een sentiment dat financiële toezichtwetgeving strenger gehandhaafd moet worden.¹⁰ Hierdoor is het wenselijk dat handhaving ook zichtbaarder is. Enige inbreuk op de rechten en verworvenheden van onder toezicht staande partijen wordt om die reden sneller getolereerd als dat in het belang is van naleving.

Uit het voorgaande volgt dat openheid over de prestaties van instellingen op de financiële markten van belang is omdat zij het vertrouwen in de financiële markten en de financiële sector kan versterken en doordat openheid het publiek in staat stelt om goed geïnformeerde beslissingen te nemen. Transparantie over de naleving door afzonderlijke instellingen die onder toezicht staan heeft daarnaast een functie voor het bevorderen van de naleving van de Wft. Zo is de verwachting dat het publiek zijn gedrag op openbare informatie zal afstemmen en dat dit disciplinerend werkt richting instellingen onder toezicht. Zij zullen proberen goed voor de dag te komen. Ook los van het daadwerkelijke gedrag van het publiek kan van openbaarmaking een disciplinerende werking uitgaan, omdat instellingen willen profiteren van informatie die de toezichthouder openbaar maakt of ten minste reputatieschade willen voorkomen. Ook vanwege het positieve effect op de naleving leidt transparantie tot beter functioneren van de financiële markten en is zij in het belang van alle betrokkenen.

2.3 Ontwikkelingen in de financiële sector: meer transparantie

In lijn met deze ontwikkelingen zijn sinds de crisis al verschillende stappen gezet om de transparantie van de financiële markten en het financieel toezicht te vergroten. Zo hebben wijzigingen in de richtlijn transparantie¹¹ en de richtlijn voor markten in financiële instrumenten II¹² en de daarbij behorende verordening¹³ ertoe geleid dat meer informatie openbaar wordt over effectenmarkten en de financiële instrumenten die daar worden verhandeld. Verder zijn er verschillende ontwikkelingen waarbij financiële ondernemingen zelf, op grond van nieuwe regelgeving¹⁴ of uit eigen beweging, meer informatie over hun bedrijfsvoering naar buiten brengen om beleggers, afnemers en andere partijen te informeren. Voorbeelden met betrekking tot banken zijn de Vertrouwensmonitor, de aanbevelingen van de 'Enhanced Disclosure Taskforce' van de FSB die door veel banken vrijwillig worden gevolgd en cijfers die op grond van de verordening kapitaalvereisten¹⁵ openbaar worden gemaakt. Evengoed treden ook toezichthouders meer naar buiten over de manier waarop zij toezicht houden en zoeken zij

⁷ Vgl de considerans van de richtlijn kapitaalvereisten (CRD IV) (Richtlijn 2013/36/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende toegang tot het bedrijf van kredietinstellingen en het prudentieel toezicht op kredietinstellingen en beleggingsondernemingen, tot wijziging van Richtlijn 2002/87/EG en tot intrekking van de Richtlijnen 2006/48/EG en 2006/49/EG, PbEU 2013, L176) onderdeel 51: 'Meer transparantie met betrekking tot de werkzaamheden van instellingen en in het bijzonder met betrekking tot geboekte winsten, betaalde belastingen en ontvangen subsidies, is van essentieel belang om de burgers van de Unie weer vertrouwen in de financiële sector te geven. Een rapportageplicht dienaangaande kan dan ook als een belangrijk element van het afleggen van verantwoording door instellingen jegens stakeholders en jegens de maatschappij worden gezien.'

⁸ Zie over complexe relatie tussen openheid en vertrouwen in toezichtsituaties wel F. de Vries, *Leidt transparantie tot meer vertrouwen in de toezichthouder?* (oratie 29 maart 2016 Rijksuniversiteit Groningen). Zij beveelt aan dat meer onderzoek wordt verricht naar de effecten van openheid op het vertrouwen in toezichthouder en onder toezicht staande instellingen.

⁹ Vgl de considerans van de richtlijn markten voor financiële instrumenten II (MiFID II) (Richtlijn 2014/65/EU van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 betreffende markten voor financiële instrumenten en tot wijziging van Richtlijn 2002/92/EG en Richtlijn 2011/61/EU, PbEU 2014, L 173) onderdeel 4: 'De financiële crisis heeft tekortkomingen blootgelegd in de werking en de transparantie van financiële markten. De ontwikkeling van de financiële markten heeft duidelijk gemaakt dat het toezicht- en regelgevingskader voor markten in financiële instrumenten moet worden versterkt, inclusief voor de onderhandse handel op deze markten, teneinde een grotere transparantie te bewerkstelligen, beleggers beter te beschermen, het vertrouwen te bevorderen, niet-gereguleerde terreinen aan te pakken en ervoor te zorgen dat toezichthouders over de nodige bevoegdheden beschikken om hun taken te vervullen.'

¹⁰ Dit geldt overigens niet alleen op het gebied van de financiële markten. Zie ook J. van Erp, 'Naming and shaming in het markttoezicht, Een onderzoek naar de openbaarmaking van sancties op de financiële markt', Boom Juridische uitgevers, 2009, p. 27

¹¹ Richtlijn (EG) nr. 2004/109 van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 15 december 2004 betreffende de transparantievereisten die gelden voor informatie over uitgevende instellingen waarvan effecten tot de handel op een gereglementeerde markt zijn toegelaten en tot wijziging van Richtlijn 2001/34/EG (PbEU 2004, L 390, laatst gewijzigd bij richtlijn 2013/50, PbEU 2013, L 294)

¹² Richtlijn 2014/65/EU van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 betreffende markten voor financiële instrumenten en tot wijziging van Richtlijn 2002/92/EG en Richtlijn 2011/61/EU (PbEU 2014, L 173) (MiFID II)

¹³ Verordening (EU) Nr. 600/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 betreffende markten in financiële instrumenten en tot wijziging van Verordening (EU) nr. 648/2012 (PbEU 2014, L173)

¹⁴ Zoals voorschriften uit de richtlijn en verordening kapitaalvereisten (CRD IV en CRR) (Richtlijn 2013/36, PbEU 2013, L176 en Verordening 575/2013, PbEU 2013, L176)

¹⁵ Verordening 575/2013, PbEU 2013, L176 (CRR)



contact met instellingen¹⁶ en het bredere publiek.¹⁷ Zo geven toezichthouders inzicht in hun prioriteiten, werkwijze, effectiviteit en de manier waarop zij regelgeving toepassen door middel van hun jaarverslagen en agenda (AFM) en Toezicht vooruitblik en de Staat van het Toezicht (DNB).¹⁸ Ook bieden nieuwe wettelijke bepalingen de mogelijkheid om bij het publiceren van rapporten van onderzoek op grond van de Wet toezicht accountantsorganisaties (Wta) namen van accountantsorganisaties te noemen¹⁹ en om besluiten tot het opleggen van bestuurlijke sancties openbaar te maken²⁰.

Het onderhavige wetsvoorstel past in de beschreven trend en draagt verder bij aan transparanter toezicht door mogelijk te maken dat de toezichthouder informatie waarover hij beschikt vaker kan delen.

2.4 Het primaire belang van vertrouwelijkheid en de Europese achtergrond: bevorderen toezicht door vrije uitwisseling van informatie

Naast transparantie blijft echter ook vertrouwelijkheid belangrijk voor het financieel toezicht. Het belang van vertrouwelijkheid komt tot uitdrukking in de geheimhoudingsbepaling die is opgenomen in artikel 1:89 Wft. Ook voor de inwerkingtreding van de Wft bestonden soortgelijke geheimhoudingsbepalingen in de sectorale wetgeving.²¹ Zoals ook uit de toelichting op deze wetgeving volgt, is het primaire belang van vertrouwelijkheid dat zij het toezicht ondersteunt, doordat zij de drempel verlaagt om de toezichthouder te voorzien van informatie. Zowel instellingen die onder toezicht staan als andere toezichthouders en overheidsinstanties zullen immers makkelijker en sneller informatie delen als zij zich er geen zorgen over hoeven te maken of die informatie mogelijk bij derden terecht komt.

Omdat dit belang ook speelt bij de uitwisseling van informatie op Europees niveau, zijn eind jaren '70, mede in navolging van de Nederlandse bepalingen over het beroepsgeheim, in verschillende Europese richtlijnen en verordeningen voorschriften over het beroepsgeheim opgenomen.²² De gedachte was dat toezichthouders terughoudend waren met het delen van informatie, omdat zij bang waren dat instellingen onder hun toezicht minder makkelijk informatie zouden verstrekken als zij wisten dat die informatie bij een buitenlandse toezichthouder zonder beroepsgeheim terecht zou kunnen komen. Er werd vervolgens een beroepsgeheim voor toezichthouders voorgeschreven om de samenwerking tussen toezichthouders op Europees niveau te versterken, zoals ook volgt uit de considerans op verschillende richtlijnen en verordeningen.²³ Door dit beroepsgeheim zou verdergaande samenwerking er niet toe hoeven leiden dat toezichthouders meer moeite zouden hebben om relevante informatie te verkrijgen.²⁴

Vanwege deze achtergrond moet een beroepsgeheim, om te voldoen aan de Europese randvoorwaarden, er in elk geval toe leiden dat terughoudend wordt omgegaan met het openbaar maken van

¹⁶ In deze memorie van toezicht wordt de term 'instellingen' gebruikt voor alle personen die op grond van de Wft onder toezicht van de AFM en DNB staan.

¹⁷ Zie ook hierover de toespraak 'Transparency and banking supervision' van Ignazio Angeloni, lid van de Toezichtsraad van de Europese Centrale Bank in het kader van de ICMA Capital Market Lecture Series, gehouden op 27 januari 2015 en te raadplegen op <https://www.bankingsupervision.europa.eu/press/speeches/date/2015/html/se150127.en.html>

¹⁸ In artikel 143 en 144 van de richtlijn kapitaalvereisten (CRD IV) (Richtlijn 2013/36, PbEU 2013, L176) zijn hiervoor ook verschillende verplichtingen opgenomen.

¹⁹ Op grond van artikel 48a, vijfde lid Wta, dat op 1 januari 2014 in werking is getreden.

²⁰ Op grond van artikel 1:97 ev. Wft, gewijzigd per 11 augustus 2016 in het kader van de implementatie van de verordening marktmisbruik (wet implementatie richtlijn en verordening marktmisbruik).

²¹ Artikel 64 Wet toezicht kredietwezen 1992, artikel 24 Wet toezicht beleggingsinstellingen, artikel 31 Wet toezicht effectenverkeer 1995, artikel 87 Wet toezicht natura-uitvaartverzekeringsbedrijf en artikel 182 Wtv 1993.

²² Zie bijvoorbeeld:

– artikel 53 van de richtlijn kapitaalvereisten (CRD IV) (Richtlijn 2013/36, PbEU 2013, L176);

– artikel 54 van de richtlijn markten in financiële instrumenten II (MiFID II) (Richtlijn 2014/65, PbEU 2014, L 173);

– artikel 27 van de verordening marktmisbruik (Verordening (EU) nr. 596/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 16 april 2014 betreffende marktmisbruik (verordening marktmisbruik) en houdende intrekking van Richtlijn 2003/6/EG van het Europees Parlement en de Raad en Richtlijnen 2003/124, 2003/125/EG en 2004/72/EG van de Commissie (PbEU 2014, L 173)

– artikel 64 van de richtlijn solvabiliteit II (Richtlijn 2009/138/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009 betreffende de toegang tot en uitoefening van het verzekerings- en het herverzekeringsbedrijf (PbEU 2009/335) en

– artikel 36 van de richtlijn jaarrekening (vierde richtlijn nr. 78/660/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 25 juli 1978 op de grondslag van artikel 54, lid 3, sub g, van het Verdrag betreffende de jaarrekening van bepaalde vennootschapsvormen (PbEG L 222).

²³ Zie bijvoorbeeld paragraaf 153 van de considerans van de richtlijn markten voor financiële instrumenten II (MiFID II) (Richtlijn 2014/65, PbEU 2014, L 173), paragraaf 60 van de considerans van de verordening benchmarks (Verordening (EU) 2016/1011 van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2016 betreffende indices die worden gebruikt als benchmarks voor financiële instrumenten en financiële overeenkomsten of om de prestatie van beleggingsfondsen te meten en tot wijziging van Richtlijnen 2008/48/EG en 2014/17/EU en Verordening (EU) nr. 596/2014, PbEU 2016, L171)

²⁴ Zie in deze zin ook HvJ EU 11 december 1985, 110/84 (*Hillegom/Hillenius*), rov. 26 en 27 over de achtergrond van de geheimhoudingsverplichting van artikel 12 van de eerste richtlijn (nr. 77/780) van de Raad van 12 december 1977 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toegang tot en de uitoefening van de werkzaamheden van kredietinstellingen (eerste coördinatie-richtlijn banken, PbEU 1977, L322–30).



vertrouwelijke gegevens die – al dan niet via een toezichthouder van een andere lidstaat – van instellingen afkomstig zijn en die niet openbaar zijn. Uitgangspunt is dat die vertrouwelijke gegevens onder het beroepsgeheim moeten vallen en dat het alleen mogelijk is om ze openbaar te maken (of te delen met derden) als de richtlijn of verordening die het beroepsgeheim voorschrijft daar ruimte voor biedt. Die ruimte bestaat in de relevante richtlijnen en verordeningen in elk geval voor wat betreft informatie over overtredingen bestaat. In het algemeen wordt namelijk voorgeschreven dat lidstaten de toezichthouders de bevoegdheid geven om overtredingen met naam en toenaam te publiceren en vaak bestaat zelfs de verplichting om besluiten tot het opleggen van bestuurlijke sancties naar aanleiding van overtredingen openbaar te maken. Voor zover dit niet expliciet wordt voorgeschreven, staat vermeld dat de toezichthouder de bevoegdheid moeten hebben om alle nodige maatregelen te treffen. Onder deze maatregelen moet, gezien de inrichting van andere richtlijnen en verordeningen, ook het bekend maken van een overtreding worden begrepen.

2.5 Overige functies van vertrouwelijkheid

Vertrouwelijkheid ondersteunt dus het toezicht doordat het uitwisseling van informatie bevordert. Het zorgt daarnaast dat toezichthouders ongestoord onderzoek kunnen doen naar mogelijke misstanden en dat onderzoeksmethoden geheim blijven. Vertrouwelijkheid in het kader van financieel toezicht kan verder nodig zijn, omdat het voortbestaan van individuele financiële ondernemingen risico kan lopen als teveel informatie over hun financiële situatie bekend wordt. Ook kan de financiële stabiliteit in het algemeen onder druk komen te staan als teveel informatie naar buiten komt.

Vertrouwelijkheid dient niet alleen het toezicht. Het beschermt ook de belangen van instellingen die onder toezicht staan. Uitgangspunt is immers dat ondernemingen zelf kunnen bepalen welke informatie zij over hun activiteiten naar buiten brengen en delen met anderen.²⁵ In het toezicht ligt dat anders. Ondernemingen die gereguleerde activiteiten verrichten zijn verplicht om toezichthouders te voorzien van informatie over allerlei aspecten van hun bedrijfsvoering. Als tegenwicht voor deze verplichting en om verdere benadeling van deze ondernemingen ten opzichte van ondernemingen die niet onder toezicht staan te voorkomen, mogen deze gegevens vervolgens niet zomaar in de openbaarheid komen.

2.6 Belangenafweging

Bij de keuze om over te gaan het creëren van nieuwe bevoegdheden om informatie openbaar te maken en daarmee de vertrouwelijkheid te beperken moeten de hiervoor genoemde belangen en doelstellingen van vertrouwelijkheid worden afgewogen tegen de belangen die in het specifieke geval met openheid over financieel toezicht zijn gediend. In hoofdstuk 4 wordt voor elke voorgestelde bevoegdheid inzicht gegeven in deze belangenafweging op het niveau van de wet. Met het scheppen van de bevoegdheden wordt tot uitdrukking gebracht dat in de geregelde gevallen het belang van openbaarheid in beginsel zwaarder weegt dan het belang van het beschermen van de vertrouwelijkheid. Ook is openbaarmaking in die gevallen een adequaat middel om de doelstellingen van het toezicht te bereiken. Inzet is dan ook in beginsel evenredig. De toezichthouder zal in een concrete situatie nog wel moeten afwegen of dat ook wenselijk is. Daarbij komt aan de orde of er bijzondere omstandigheden zijn die zich verzetten tegen openbaarmaking en of er andere redenen zijn om van publicatie af te zien. Dit wordt in het wetsvoorstel tot uitdrukking gebracht doordat het voorstel bepaalt dat gegevens in bepaalde omstandigheden niet openbaar worden gemaakt. Deze beoordeling kan bij uitstek door de toezichthouder worden gemaakt. De voorgestelde artikelen bieden dan ook geen grondslag om informatie over de werkzaamheden van de toezichthouders op te vragen en leveren geen verplichting op voor de toezichthouders om onder bepaalde omstandigheden openheid van zaken te geven.

3. Huidige regeling

3.1 Inhoud huidige regeling

Naar huidig recht hebben de AFM en DNB verschillende mogelijkheden om informatie over het toezicht op grond van de Wft openbaar te maken. Om te beginnen zijn de toezichthouders vrij om informatie naar buiten te brengen over het toezicht in het algemeen en de wijze waarop zij daar invulling aan geven: hun beleid, plannen, effectmetingen en de kosten van het toezicht. Dit is anders als het gaat om informatie over het concrete toezicht op de naleving door individuele instellingen. Daarvoor formuleert artikel 1:89 Wft als uitgangspunt dat deze informatie niet naar buiten gebracht kan worden, voor zover die vertrouwelijk is. Daarop bestaat een aantal uitzonderingen. Zo biedt artikel 1:89, tweede lid, Wft de mogelijkheid om informatie naar buiten te brengen als die in geaggregeerde

²⁵ Dit recht wordt onder meer beschermd door artikel 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM).



vorm wordt gepresenteerd, zodat die niet herleidbaar is tot individuele instellingen.

Ook als het gaat om informatie die wel tot individuele instellingen herleidbaar is, bestaan er verschillende mogelijkheden. Allereerst hebben de toezichthouders een aantal concreet geregelde mogelijkheden en verplichtingen om informatie naar buiten te brengen. Een voorbeeld is een besluit tot het opschorten van de handel dat op grond van artikel 5:32i, eerste lid, Wft gepubliceerd kan worden. In afdeling 1.5.2 zijn daarnaast grondslagen te vinden om informatie naar buiten te brengen als de toezichthouder een overtreding heeft geconstateerd. Op grond van artikel 1:94 Wft (oud) kan de toezichthouder een waarschuwing of een neutrale verklaring publiceren als hij een overtreding heeft geconstateerd van een verbodsbepaling (zoals een verbod om zonder vergunning actief te zijn op de financiële markten) of van een van de specifieke bepalingen die in artikel 1:94 Wft (oud) worden genoemd. Als de toezichthouder een bestuurlijke sanctie oplegt, moet hij dat besluit verder op grond van artikel 1:97 Wft openbaar maken, tenzij sprake is van een van de in artikel 1:98 Wft opgenomen uitzonderingen.

Denkbaar is tot slot, dat de toezichthouder zich los van deze wettelijke bepalingen uitlaat over het toezicht op individuele instellingen, als dat in een specifieke situatie nodig is voor de uitvoering van zijn taken. De toezichthouder kan daarbij geen vertrouwelijke informatie prijsgeven die van instellingen is verkregen.

De mogelijkheden van andere wetgeving waarmee de AFM en DNB te maken hebben om informatie over het toezicht openbaar te maken zijn vergelijkbaar met de mogelijkheden van de Wft. De belangrijkste uitzonderingen zijn:

- Op grond van de Wta heeft de AFM de bevoegdheid om bij het openbaar maken van onderzoeksrapporten ook namen van accountantsorganisaties te noemen.²⁶
- Op grond van de Pensioenwet (Pw) en de Wet verplichte beroepspensioenregeling (Wet Vbp) heeft DNB de mogelijkheid om niet geaggregeerde statistische gegevens van pensioenfondsen te publiceren om inzicht te geven in de financiële situatie van die pensioenfondsen.²⁷
- Op grond van de Wet handhaving consumentenbescherming (Whc) kan de AFM een waarschuwing uitvaardigen voordat een overtreding is vastgesteld.²⁸

3.2 Beperkingen huidige regeling

De bestaande mogelijkheden blijken in de praktijk niet in alle gevallen toereikend te zijn. Dit heeft er onder meer toe geleid dat in de rapporten van de Tijdelijke commissie onderzoek financieel stelsel en in het rapport van de Parlementaire enquête financieel stelsel aandacht is gevraagd voor het verbeteren van de transparantie van het financieel toezicht. Specifiek is geadviseerd om het mogelijk te maken dat solvabiliteitsgegevens van banken openbaar worden gemaakt.²⁹ Ook hebben de toezichthouders in hun wetgevingsbrieven 2015³⁰ aangegeven dat zij in bepaalde gevallen graag transparanter zouden zijn en meer bevoegdheden zouden hebben om informatie over het toezicht openbaar te maken.³¹ De AFM vraagt daarbij om mogelijk te maken dat zij in meer gevallen een openbare waarschuwing kan uitvaardigen en dat zij namen kan noemen bij de publicatie van onderzoeksrapporten. DNB zou graag direct kunnen ingaan op concrete uitlatingen van instellingen, als dat nodig is om ervoor te zorgen dat het publiek beschikt over objectieve en volledige informatie over het toezicht. Verder is door de Tweede Kamer een motie aangenomen, waarmee de regering wordt verzocht om mogelijk te maken dat toezichthouders per onderneming rapporteren over hun bevindingen.³²

²⁶ Artikel 48a, achtste lid, Wta luidt: 'De Autoriteit Financiële Markten kan in afwijking van artikel 63a de voornaamste bevindingen en conclusies van beoordelingen als bedoeld in het vijfde lid openbaar maken, met dien verstande dat die bevindingen en conclusies niet herleidbaar zijn tot andere personen dan de betrokken accountantsorganisaties.'

²⁷ Artikel 204, derde lid, Pw en artikel 198, derde lid, Wvb luiden: 'In afwijking van het eerste lid kan de toezichthouder met gebruikmaking van vertrouwelijke gegevens of inlichtingen verkregen bij de uitvoering van zijn taak op grond van deze wet, vergelijkbare, niet geaggregeerde statistische gegevens van pensioenfondsen publiceren, teneinde inzicht te geven in de financiële situatie van deze pensioenfondsen.'

²⁸ Artikel 3.4, eerste lid, Whc luidt: 'De Stichting Autoriteit Financiële Markten kan in het kader van haar taken, genoemd in deze wet, een openbare waarschuwing uitvaardigen voordat zij een inbreuk of intracommunautaire inbreuk heeft vastgesteld, indien dat redelijkerwijs noodzakelijk is om consumenten snel en effectief te informeren over een schadeveroorzakende handelspraktijk van een ondernemer en daardoor schade te voorkomen. Artikel 2.23, tweede tot en met vijfde lid, is van overeenkomstige toepassing.'

²⁹ Zie het Eindrapport van de Parlementaire enquête financieel stelsel (Kamerstukken II, 2011–2012, 31 980, nr. 61) en het rapport van de Tijdelijke commissie onderzoek financieel stelsel, *Verloren krediet*, Kamerstukken II, 2010/11, 31 980, nr. 16

³⁰ Kamerstukken II, 2014–15, 32 545, nr. 32.

³¹ De AFM schrijft hierover: 'Het is een tijdsgewricht dat vooral wordt beïnvloed door de roep om het afleggen van verantwoording en dat wordt aangejaagd door innovatie en technologische ontwikkelingen. (...) Wij hechten dan ook veel waarde aan het specifiek kunnen benoemen van wat wij in de markt zien – zowel het goede als hetgeen nog beter kan – en het zo nodig adequaat kunnen waarschuwen van consumenten.'

³² Motie de Vries, Kamerstukken II, 2015/16, 31 311 nr. 167



3.3 Voorgestelde wijzigingen

Bij de beoordeling van deze wensen is enerzijds rekening gehouden met de beschreven trend dat meer waarde wordt toegekend aan transparantie en de achtergronden daarvan, maar is anderzijds ook oog gehouden voor het belang van vertrouwelijkheid in het financieel toezicht. Dit heeft ertoe geleid dat wijzigingen van de Wft worden voorgesteld die mogelijk maken dat:

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

Zeker in het licht van het toenemende belang van openbaarmaking verdient ook de rechtsbescherming van belanghebbenden bij openbaarmaking door de AFM en DNB aandacht. Dit blijkt ook uit het feit dat hierover in het kader van de openbare consultatie van dit wetsvoorstel veel opmerkingen zijn gemaakt. Daarom wordt voorgesteld om de rechtsbescherming bij openbaarmaking op grond van afdeling 1.5.2 te uniformeren en op punten verder te verduidelijken.

4. Hoofdpijnen voorgestelde bevoegdheden tot openbaarmaking

4.1 Uitbreiden mogelijkheden om bij overtredingen een waarschuwing te publiceren

Op dit moment kunnen de toezichthouders een waarschuwing uitvaardigen bij overtreding van verbodsbepalingen (partijen die handelen zonder de vereiste vergunning, ontheffing of vrijstelling), een aantal verboden van de toezichthouders³³ en een aantal overtredingen waarvoor dit op grond van een Europese richtlijn of verordening³⁴ is vereist. In de praktijk is gebleken dat een waarschuwing ook in andere gevallen nuttig kan zijn. De toezichthouders missen deze bevoegdheid vooral als zij overtredingen hebben vastgesteld die schade voor derden kunnen veroorzaken, zoals overtreding van zorgplichten en informatieplichten jegens cliënten. Het komt regelmatig voor dat overtreding van dit type voorschriften geen incident is, maar een structurele praktijk. Zo is het voorgekomen dat de AFM verschillende meldingen ontving over de telefonische verkoop van een financieel product. Bij onderzoek heeft de AFM toen geconstateerd dat misleidende informatie werd gegeven en dat consumenten niet of te laat werden geïnformeerd over advieskosten die in rekening werden gebracht. De AFM had in die situatie graag willen waarschuwen op het moment dat zij de overtreding had vastgesteld, maar kon dat op grond van het huidige artikel 1:94 Wft niet doen.

Er wordt voorgesteld om de toezichthouders de bevoegdheid te geven om telkens als dat nodig is een waarschuwing te publiceren als zij een overtreding hebben vastgesteld van voorschriften die gelden op grond van de Wft of daarop gebaseerde regelgeving en besluiten.

Deze uitbreiding draagt in de eerste plaats bij aan het financieel toezicht en aan beter functionerende financiële markten doordat de AFM en DNB het publiek en de markt beter kunnen informeren over geconstateerde overtredingen en deze partijen hun handelen op deze informatie kunnen afstemmen. Daarmee kan schade worden voorkomen of beperkt. Dit doel van de waarschuwing is in de wettekst opgenomen: de waarschuwing wordt gegeven 'teneinde het publiek effectief te informeren en daardoor schade te voorkomen of te beperken'. Het kan daarbij bijvoorbeeld gaan om dreigende vermogensschade van consumenten of beleggers, om schade van andere crediteuren van de betreffende instelling, maar ook om schade op de financiële markten waar handel wordt gedreven in aandelen of effecten met betrekking tot de betreffende instelling, of schade voor (het vertrouwen in) de financiële sector in het algemeen. Zo kan een waarschuwing voorkomen dat consumenten of andere partijen in zee gaan met malafide aanbieders of dat zij producten afnemen die niet voldoen aan de geldende regelgeving. De toezichthouders kunnen de waarschuwing ook inzetten als instellingen regels overtreden over de informatie die zij moeten verstrekken als zij een product aanbieden. Als instellingen verkeerde of misleidende informatie verspreiden kan dat schade opleveren voor (potentieel) betrokkenen bij die instelling. Het kan daarnaast ook bredere effecten hebben, bijvoorbeeld voor de markt waarop de aandelen worden verhandeld. In ernstige gevallen – als het bijvoorbeeld gaat over overtredingen door grote partijen waarmee veel voordeel is behaald – kunnen overtredingen of de beeldvorming daarover zelfs een bedreiging zijn voor het vertrouwen in de financiële sector als geheel.

³³ Op grond van artikel 1:58, tweede en derde lid, 1:58a, tweede lid, 1:58b, tweede lid, 1:58c, derde lid, 1:59, tweede lid, 1:67, eerste lid, 1:77, eerste lid, derde volzin, 4:4, eerste lid, of 4:4a

³⁴ zie de opsomming bij de toelichting op artikel 1:94a



De waarschuwing is er niet alleen op gericht om nieuwe potentiële cliënten of contractspartijen van de overtreder te waarschuwen, maar ook om personen die al eerder producten hebben afgenomen die niet aan de regels voldoen daarvan op de hoogte te brengen. Deze partijen kunnen dan eventueel actie ondernemen om verdere schade te voorkomen of te beperken. De waarschuwing geeft verder inzicht in het handhavingsbeleid van de toezichthouder. Ook versterkt zij meer in het algemeen de informatiepositie van het publiek – waaronder beleggers – dat de openbare informatie kan gebruiken om weloverwogen keuzes te maken en dient zij tot slot ter verantwoording van het handelen van de toezichthouder.

Al deze belangen rechtvaardigen dat de toezichthouders bij elke overtreding de mogelijkheid heeft om een waarschuwing uit te vaardigen en dat hij daartoe altijd kan overgaan als daarmee schade kan worden beperkt of voorkomen. Ook omdat het – zoals beschreven – steeds vanzelfsprekender wordt dat informatie openbaar is, verdient het belang van de overtreder dat zijn overtreding geheim blijft geen bescherming, ten koste van de hiervoor omschreven belangen.

4.2 Andere inrichting van de verklaring met betrekking tot overtredingen in de Wft

Het huidige artikel 1:94 Wft regelt niet alleen de bevoegdheid van de toezichthouders om een openbare waarschuwing uit te vaardigen, maar stelt de toezichthouders ook in staat om in die gevallen een neutrale, informatieve, verklaring te publiceren. Dit laatste is voorgeschreven in een aantal richtlijnen en verordeningen waarvoor de AFM en DNB als toezichthouder zijn aangewezen. De verklaring heeft een ander karakter dan de waarschuwing. Nu de waarschuwingsbevoegdheid wordt uitgebreid, heeft het de voorkeur om de verklaring, die zuiver dient ter implementatie van EU-regelgeving, apart te regelen. Dit gebeurt in het voorgestelde artikel 1:94a Wft. Met het onderbrengen van de regeling in een nieuw artikel wordt de bevoegdheid om een verklaring openbaar te maken niet uitgebreid of beperkt ten opzicht van de huidige regeling van artikel 1:94 Wft. De toezichthouders kunnen nog steeds een verklaring publiceren als zij een van de in artikel 1:94a Wft opgenomen overtredingen hebben vastgesteld.

Het bekend maken van deze overtredingen draagt op verschillende manieren bij aan het financieel toezicht en aan goed functionerende financiële markten. Allereerst draagt het bij aan de informatiepositie van het publiek, waaronder ook beleggers. Afnemers van financiële producten kunnen hiermee rekening houden bij hun handelen. Het openbaar maken van overtredingen kan verder afschrikwekkend werken, onder meer doordat het invloed heeft op de verwachte pakkans, en het kan daardoor bevorderen dat instellingen beter gaan naleven. Tot slot kunnen dergelijke publicaties bijdragen aan vertrouwen in het toezicht en daarmee in de financiële sector.

Bij de andere functie van de verklaring van artikel 1:94a Wft ten opzichte van de waarschuwing van artikel 1:94 Wft behoren ook andere waarborgen. Omdat de verklaring geen spoed heeft – in die gevallen kunnen de toezichthouders een waarschuwing publiceren –, is er onder meer voor gekozen dat de verklaring pas gepubliceerd wordt als het besluit tot openbaarmaking van de verklaring onherroepelijk is. Op dit moment is de wachtermijn voor de verklaring gelijk aan die van de waarschuwing en kan die – op grond van artikel 1:99, eerste lid, Wft (oud) – na vijf werkdagen na bekendmaking openbaar worden gemaakt.

4.3 Noemen van namen bij het openbaar maken van bevindingen en conclusies van onderzoek

De Tweede Kamer heeft aangegeven dat zij graag zou zien dat de toezichthouders instellingen bij naam kunnen noemen en kunnen vergelijken als zij onderzoeksrapporten publiceren. Ook de AFM heeft dit kenbaar gemaakt.³⁵ De belangrijkste reden is dat het noemen van namen en het vergelijken van instellingen de effectiviteit van het publiceren van onderzoeksrapporten kan vergroten.

De AFM en DNB publiceren allebei regelmatig resultaten van onderzoek naar een bepaald marktsegment in geaggregeerde vorm. Dit versterkt de informatiepositie van het publiek, beleggers en marktpartijen. Uit de resultaten kan in het algemeen worden afgeleid in hoeverre bepaalde regels worden nageleefd. Daarnaast geven de rapporten inzicht in de manier waarop de toezichthouder normen uitlegt en het handhavingsbeleid invult. Ook kunnen dergelijke rapporten mede dienen ter verantwoording van het handelen van de toezichthouders. Het voorgestelde artikel 1:95 Wft geeft de toezichthouders de bevoegdheid om bevindingen en conclusies uit onderzoek naar de naleving van de Wft te koppelen aan namen van individuele instellingen. Het moet daarbij gaan om bevindingen of conclusies die zien op de naleving van bestaande regelgeving door de onderzochte instellingen. Voorwaarde is verder dat de publicaties betrekking hebben op meerdere instellingen, die samen

³⁵ Kamerstukken II, 2014–15, 32 545, nr. 32.

representatief zijn voor het marktsegment waarop het onderzoek zich richt. Dit marktsegment hoeft niet altijd samen te vallen met een bepaald vergunningstype. Zo is het denkbaar dat een onderzoek naar 'kleine tussenpersonen' wordt gepubliceerd. Voorwaarde is dan dat de gekozen groep representatief is voor de populatie 'kleine tussenpersonen'. Hiermee wordt enerzijds voorkomen dat één instelling specifiek door de openbaarmaking wordt belast en anderzijds dat naar aanleiding van niet-representatief onderzoek een verkeerd beeld ontstaat van een gehele branche of juist van de instellingen die zijn onderzocht. Om ervoor te zorgen dat het publiek geen verkeerd beeld krijgt van de naleving door een bepaalde populatie, zal de toezichthouder in de publicatie voldoende informatie moeten geven over wat is onderzocht en bij wie. Ook zal de toezichthouder het onderzoek waarvan hij de bevindingen en conclusies met naam wil publiceren zorgvuldig moeten inrichten en voorbereiden. Zo zal de toezichthouder voorspelbare maatstaven en criteria moeten aanleggen en zal de methode van onderzoek inzichtelijk moeten zijn.

Het noemen van namen en publiceren van ranglijsten versterkt het effect van het publiceren van onderzoeksrapporten, doordat het bedrijven ertoe kan aanzetten om zich te houden aan de norm of beter te presteren. Hiervan gaat een sterke preventieve werking uit die moeilijk met een ander middel te bereiken is. Het noemen van namen kan er ook aan bijdragen dat overtredingen die zijn geconstateerd sneller worden beëindigd en op die manier de naleving bevorderen. Tot slot biedt de publicatie het publiek – waaronder beleggers – informatie die hen in staat stelt om weloverwogen keuzes te maken met betrekking tot financiële producten of aanbieders. Tegenover deze positieve effecten staat het mogelijke negatieve effect dat instellingen die onder toezicht staan minder bereid zijn om met het onderzoek mee te werken, als zij weten dat de uitkomsten openbaar worden. Dit risico wordt zoveel mogelijk verkleind door (1) de bevoegdheid te beperken tot conclusies en bevindingen over de naleving van de Wft – op welk gebied de toezichthouders ook met formele bevoegdheden informatie kunnen verkrijgen en (2) waarborgen te scheppen die ertoe moeten leiden dat de openbaar gemaakte informatie juist is. Het resterende risico weegt niet op tegen de verwachte positieve effecten. Dat geldt ook voor het belang van de onderzochte instellingen dat hun gegevens geheim blijven. Ook daarvoor is van belang dat alleen gegevens over de naleving bekend worden gemaakt en dat de juistheid op verschillende manieren geborgd is.

4.4 Versneld publiceren in reactie op informatie die over overtredingen naar buiten is gebracht

Onderdeel van de rechtsbescherming van de Wft bij het openbaar maken van informatie op grond van afdeling 1.5.2 is dat de toezichthouder een wachttermijn in acht neemt tussen het moment dat de toezichthouder de betrokkenen van het besluit tot openbaarmaking op de hoogte stelt en het moment van openbaarmaking. Gedurende deze termijn kan de belanghebbende een voorlopige voorziening vragen om openbaarmaking te voorkomen. Als dit gebeurt, kan de toezichthouder pas overgaan tot openbaarmaking nadat de voorzieningenrechter vonnis heeft gewezen (en dit vonnis openbaarmaking niet verbiedt). In de praktijk is DNB ermee geconfronteerd dat de belanghebbende tijdens deze termijn uitlatingen heeft gedaan over de openbaar te maken informatie (een besluit tot het opleggen van een bestuurlijke sanctie) die naar het oordeel van DNB een onvolledig beeld gaf. Ook de AFM heeft aangegeven dat zij zich zo nu en dan geconfronteerd ziet met situaties, waarin door mededelingen van een marktpartij een verkeerd beeld ontstaat over een overtreding die is begaan of de reactie van de toezichthouder daarop. Dit kan een serieuze bedreiging zijn voor het vertrouwen in het toezicht, bijvoorbeeld omdat ten onrechte het idee ontstaat dat de toezichthouder niet, onvoldoende of juist te zwaar heeft ingegrepen. Het vertrouwen in het toezicht kan er dan ook bij gebaat zijn dat het publiek in dergelijke situaties volledig wordt geïnformeerd over de inhoud van de waarschuwing of het besluit tot het opleggen van een bestuurlijke sanctie. Als het vertrouwen in het toezicht van de AFM en DNB daalt, dan heeft dit ook gevolgen voor het vertrouwen in de instellingen onder toezicht en – daarmee – in financiële markten als geheel. Daarnaast is vertrouwen in het toezicht een voorwaarde voor het goed functioneren van het toezicht en draagt het op die manier bij aan de naleving van de Wft. Het is gebleken dat het vertrouwen in het toezicht kwetsbaar is en onder druk staat. Daaraan kan ook verkeerde beeldvorming over overtredingen door onvolledige of onjuiste mededelingen van de instelling bijdragen. Alleen als het voor de bescherming van het vertrouwen in het toezicht noodzakelijk is, kan dan ook gebruik worden gemaakt van de mogelijkheid om versneld openbaar te maken. Hierbij is het belang van het publiek doorslaggevend; als namelijk het vertrouwen in het toezicht serieus in het geding is, dan is dat een belang dat het belang van de individuele toezichthouder in kwestie overstijgt hetgeen een versnelde openbaarmaking kan rechtvaardigen.

Artikel 1:89 Wft staat niet in de weg staan aan het rechtzetten van concrete uitlatingen, zonder dat daarbij vertrouwelijke gegevens worden gedeeld. De toezichthouder kan dus laten weten dat de informatie die de marktpartij heeft gegeven onjuist is of onvolledig, bijvoorbeeld omdat de informatie te eenzijdig is. Hij kan geïnteresseerden daarnaast bijvoorbeeld verwijzen naar de partij zelf. Dit wetsvoorstel bevat in aanvulling daarop een regeling die buiten twijfel stelt dat de toezichthouder de hele waarschuwing of het hele besluit tot het opleggen van een bestuurlijke sanctie openbaar kan maken in reactie op uitlatingen van de overtreder daarover als dat noodzakelijk is om in het belang



van het publiek het vertrouwen in het toezicht te beschermen. Dit gebeurt door de beschreven situatie te benoemen als een spoedsituatie waarin de toezichthouders waarschuwingen of besluiten tot het opleggen van een bestuurlijke sanctie met een kortere wachtermijn of zonder wachtermijn openbaar kunnen maken. Op dit moment kan dit al op grond van artikel 1:99, derde lid, Wft (oud) als de belangen die de Wft beoogt te beschermen geen uitstel toelaten. De beschreven situatie is daarvan een voorbeeld, dat voor de inzichtelijkheid in het voorgestelde artikel 1:100, vierde lid, Wft uitdrukkelijk wordt benoemd. Het betreft naar zijn aard een bijzondere situatie waarbij onverwijlde of versnelde openbaarmaking met het oog op het belang van het publiek noodzakelijk is, omdat het vertrouwen in het toezicht serieus wordt bedreigd.

4.5 Publiceren van kerngegevens van banken

De Parlementaire enquête commissie financieel stelsel heeft naar aanleiding van de financiële crisis aanbevolen dat DNB solvabiliteitscijfers van banken openbaar maakt.³⁶ DNB onderschrijft deze aanbeveling en heeft daarom inmiddels met banken afgesproken dat zij bepaalde gegevens periodiek openbaar maakt.³⁷ DNB heeft daarnaast verzocht om deze praktijk wettelijk te verankeren.

Het wetsvoorstel bevat daartoe een wijziging van artikel 3:72, negende lid, Wft die het mogelijk maakt om bij algemene maatregel van bestuur te bepalen dat de toezichthouder periodiek kerngegevens over banken openbaar maakt. Bij algemene maatregel van bestuur zullen de gegevens die openbaar worden gemaakt, waaronder de hefboomratio (leverage ratio), worden aangewezen. De wettelijke regeling van die praktijk is vergelijkbaar met de regeling van de openbaarmaking van kerngegevens over pensioenfondsen op grond van artikel 204 van de Pw en artikel 198 van de Wet Vbp.

Deze bevoegdheid van DNB om periodiek kerngegevens openbaar te maken sluit aan bij verplichtingen die banken op grond van de richtlijn en verordening kapitaalvereisten³⁸ al hebben om bepaalde cijfers openbaar te maken. Achtergrond van die verplichting is dat banken daarmee verantwoording kunnen afleggen ten opzichte van spaarders, beleggers en het publiek in het algemeen. Uitgangspunt is dat juiste en volledige informatie over het risicoprofiel van banken beschikbaar moet zijn. Het publiceren van deze cijfers kan daarnaast bijdragen aan het vertrouwen van het publiek in banken. Dit rechtvaardigt dat DNB deze cijfers periodiek in overzichtelijke vorm openbaar maakt.

DNB zal een totaaloverzicht publiceren dat zowel gegevens bevat die banken publiceren op grond van de verordening kapitaalvereisten, als gegevens die banken op grond van het jaarrekeningenrecht moeten publiceren. Hiermee kunnen betrokkenen deze gegevens van verschillende banken in een oogopslag inzien en vergelijken.

5. Rechtsbescherming en belangenafweging bij openbaarmaking op grond van artikel 1.5.2

Als de toezichthouders informatie over individuele instellingen openbaar maken kan dat gevolgen hebben voor de reputatie van die instellingen en daarmee voor hun bedrijfsvoering. Om die reden voorziet het wetsvoorstel in verschillende procedurele waarborgen bij de toepassing van de voorgestelde vormen van openbaarmaking. Deze waarborgen gelden grotendeels al voor de bestaande bevoegdheden om waarschuwingen en verklaringen te publiceren en besluiten tot het opleggen van bestuurlijke sancties openbaar te maken. Op punten wordt de positie van de belanghebbende echter verbeterd.

5.1 Het besluit tot openbaarmaking

Het wetsvoorstel neemt tot uitgangspunt dat de toezichthouder voorafgaand aan het openbaar maken van informatie op grond van afdeling 1.5.2 een besluit neemt, waarin staat opgenomen wat openbaar wordt gemaakt en wanneer dat gebeurt. Daarmee staat vast dat belanghebbenden bestuursrechtelijke rechtsbescherming hebben. Ook biedt het meer bescherming in de fase van de voorbereiding. Zo zullen belanghebbenden op grond van artikel 4:8 Awb in beginsel gehoord moeten worden. De geboden bestuursrechtelijke rechtsbescherming is doeltreffender dan civiele rechtsbescherming, mede vanwege de expertise van de Rechtbank Rotterdam en het College van beroep voor het bedrijfsleven met betrekking tot de wetgeving op het gebied van financiële markten. Ook los van deze expertise is het beter om rechtspraak over de toepassing van de Wft zoveel mogelijk te concentreren in het bestuursrecht. Dit bevordert eenduidige rechtsvorming. De regeling sluit bovendien aan bij de

³⁶ Zie Eindrapport van de Parlementaire enquête financieel stelsel (Kamerstukken II 2011/12, 31 980, nr. 61), en het rapport van de Tijdelijke commissie onderzoek financieel stelsel, *Verloren krediet*, Kamerstukken II, 2010–2011, 31 980, nr 16

³⁷ <http://www.dnb.nl/statistiek/statistieken-dnb/financiële-instellingen/banken/gegevens-individuele-banken/>

³⁸ Artikel 89 en 90 van de richtlijn kapitaalvereisten (CRD IV) (richtlijn 2013/36, PbEU 2013, L176) en deel 8, titel II van de verordening kapitaalvereisten (CRR) (verordening 575/2013, PbEU 2013, L176)



bestaande systematiek van de Wft en de rechtspraak over openbaarmakingen op grond van artikel 1:97 Wft.³⁹

5.2 Wachttermijn

Artikel 1:100 Wft schrijft een wachttermijn voor tussen het bekendmaken van het besluit tot openbaarmaking aan de belanghebbende en het daadwerkelijke openbaar maken. De wachttermijn bij de publicatie van waarschuwingen en besluiten tot het opleggen van bestuurlijke sancties bedraagt vijf werkdagen, zoals ook naar huidig recht het geval is.⁴⁰ Deze termijn is passend omdat de openbaarmaking ofwel een onherroepelijk besluit betreft ofwel omdat het belang van publicatie is gelegen in het zo spoedig mogelijk informeren en waarschuwen van het publiek (of beide). Daarbij is ook van belang dat belanghebbenden in grote lijnen al eerder op de hoogte zijn van de inhoud van het besluit tot het opleggen van een bestuurlijke sanctie, aangezien zij over het daaraan ten grondslag liggende onderzoeksrapport een zienswijze kunnen geven.

Voor de publicatie van namen bij de bevindingen en conclusies van onderzoek geldt een wachttermijn van zes weken. Hoewel deze publicaties wel tot op zekere hoogte actueel moeten zijn – zodat onherroepelijkheid van het besluit tot openbaarmaking niet kan worden afgewacht – zijn zij minder spoedeisend dan het openbaar maken van overtredingen op grond van artikel 1:94 Wft (nieuw) of artikel 1:97 Wft. Er is daarom gekozen om aan te sluiten bij de termijn voor het instellen van bezwaar, zoals vastgelegd in artikel 6:7 Awb. Belanghebbenden kunnen daarmee de gehele bezwaartermijn gebruiken om te beoordelen of zij bezwaar of een voorlopige voorziening willen instellen.

Een verklaring op grond van artikel 1:94a Wft kan pas worden gepubliceerd als het besluit tot openbaarmaking onherroepelijk is.

In spoedgevallen heeft de toezichthouder de mogelijkheid om een kortere wachttermijn te geven of, indien nodig, onverwijld over te gaan tot publicatie.

5.3 Schorsende werking voorlopige voorziening

Belanghebbenden kunnen proberen openbaarmaking te voorkomen door het instellen van een voorlopige voorziening. Dit heeft schorsende werking. De toezichthouder kan niet overgaan tot openbaarmaking totdat de voorzieningenrechter uitspraak heeft gedaan.

5.4 Gesloten deuren bij horen in het kader van bezwaar en zittingen in beroep en hoger beroep

Artikel 1:100 Wft is aangepast. Daarmee is vastgelegd dat het horen in het kader van bezwaar tegen besluiten tot openbaarmaking op grond van afdeling 1.5.2 of tegen besluiten die openbaar gemaakt worden (op grond van artikel 1:97 Wft) en de zittingen in beroep en hoger beroep plaatsvinden achter gesloten deuren. Dit geldt zolang de informatie waarop deze procedures betrekking hebben niet openbaar is gemaakt.

5.5 Rectificatie

Als een besluit tot openbaarmaking in bezwaar wordt ingetrokken of herroepen of in beroep of hoger beroep is vernietigd en deze beslissing onherroepelijk is, biedt de toezichthouder de belanghebbende aan om dit openbaar te maken. Er is voor gekozen om aan de belanghebbende over te laten of hij wil dat de toezichthouder de vernietiging openbaar maakt. Het is immers ook goed voor te stellen dat de belanghebbende liever voorkomt dat de toezichthouders nogmaals de aandacht vestigt op de eerdere publicatie.

6. Overige wijzigingen

Artikel 1:98 Wft bevat een aantal uitzonderingen op de verplichting van artikel 1:97 Wft om besluiten tot het opleggen van bestuurlijke sancties openbaar te maken. Voorgesteld wordt om aan artikel 1:98, tweede lid, Wft een uitzondering toe te voegen om te verduidelijken dat de toezichthouders geen besluiten tot het opleggen van bestuurlijke sancties openbaar hoeven te maken als dit het primaire doel van de bestuurlijke sanctie ondermijnt.

³⁹ Voorzieningenrechter Rb. Rotterdam 21 juli 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BD8270, later herhaald, ook in hoger beroep zie onder meer CBb 24 april 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW3574, rov. 6.8

⁴⁰ Voor wat betreft de publicatie van waarschuwingen of verklaringen en besluiten tot het opleggen van een bestuurlijke sanctie op grond van artikel 1:97, derde of vierde lid, is dit naar huidig recht geregeld in artikel 1:99, eerste lid.



7. Verhouding met andere wetgeving

7.1 Voorschriften beroepsgeheim Europese richtlijnen en verordeningen

In paragraaf 2.4 kwam aan de orde dat in verschillende Europese richtlijnen en verordeningen randvoorwaarden worden gesteld aan het beroepsgeheim dat voor DNB en de AFM moet gelden. Het gaat er dan met name om dat vertrouwelijke gegevens die de toezichthouders in het kader van het toezicht van instellingen krijgen niet zonder meer openbaar gemaakt mogen worden. De voorgestelde bevoegdheden vallen binnen deze randvoorwaarden. In de eerste plaats omdat Europese regelgeving het mogelijk maakt om informatie over overtredingen openbaar te maken. Hierdoor kan de waarschuwingsbevoegdheid worden uitgebreid. Ook het openbaar maken van bevindingen en conclusies van onderzoek naar de naleving zal deels informatie over overtredingen betreffen, namelijk als de conclusie is dat niet is nageleefd. Voor het openbaar maken van andere bevindingen en conclusies – zoals de conclusie dat wel is nageleefd – hoeft Europese regelgeving over het beroepsgeheim eveneens geen belemmering te zijn, zolang daarbij geen vertrouwelijke informatie naar buiten wordt gebracht die van instellingen is verkregen. Zolang de toezichthouders dergelijke informatie niet openbaar maken, belemmert de openbaarmaking de vrije informatie uitwisseling immers niet.

7.2 De verhouding tot het Single Supervisory Mechanism (SSM) en de positie van de Europese Centrale Bank (ECB)

De verordening banktoezicht⁴¹ draagt aan de ECB de verantwoordelijkheid op voor het prudentieel toezicht op banken in landen die deelnemen aan het SSM, waaronder Nederland. Dat betekent dat de ECB exclusief bevoegd is voor wat betreft de taken die staan opgesomd in artikel 4 van deze verordening. Voorbeelden van taken die daar zijn genoemd zijn het toezien op de naleving van prudentiële eisen voor banken en op regelingen over de bedrijfsvoering, waaronder betrouwbaarheids- en geschiktheidseisen, risicobeheersprocessen en het beloningsbeleid. Ook het uitvoeren van toetsingen en stresstests en het vervullen van toezichttaken met betrekking tot herstelplannen behoren tot deze prudentiële toezichttaken.

Om invulling te geven aan deze verantwoordelijkheid houdt de ECB direct toezicht op significante (grote) banken en indirect toezicht op niet-significante (kleinere) banken. DNB voert het directe toezicht op de niet-significante banken uit.

De verordening banktoezicht kent de ECB bevoegdheden toe voor de uitvoering van het toezicht en de kaderverordening banktoezicht van de ECB werkt deze bevoegdheden verder uit. Beide verordeningen bieden niet expliciet de grondslag om waarschuwingen of verklaringen te publiceren of resultaten van onderzoeken die de ECB doet in het kader van haar toezicht openbaar te maken. Ook bestaat geen bevoegdheid die vergelijkbaar is met de bevoegdheid om kerncijfers openbaar te maken. De verordening banktoezicht bepaalt wel dat de ECB alle bevoegdheden heeft die de nationale toezichthouder heeft op grond van het Unierecht, en dat de ECB de nationale toezichthouder een instructie kan geven om een bepaalde bevoegdheid in te zetten, als de ECB die bevoegdheid zelf niet heeft. Dit kan op grond van artikel 9, eerste lid, van de verordening banktoezicht. De ECB zal dan ook een dergelijke instructie moeten geven als zij in het kader van het directe toezicht op de significante banken van de bevoegdheden van artikelen 1:94, 1:94a en 1:95 Wft (nieuw) gebruik zou willen maken. De voorschriften voor het beroepsgeheim van de richtlijn kapitaalvereisten staan daaraan voor de ECB, evenmin als voor DNB, in de weg. Aangezien DNB het directe toezicht uitoefent op de niet-significante banken kan zij de bevoegdheden in dat kader zelf inzetten.

7.3 Eerlijk proces

Aangezien het openbaar maken van informatie die tot specifieke instellingen herleidbaar is ingrijpende gevolgen kan hebben voor die instellingen, is ervoor gekozen om te voorzien in bestuursrechtelijke rechtsbescherming. Daarnaast is voorzien in aanvullende waarborgen zoals beschreven in hoofdstuk 5.

In de literatuur bestaat discussie over de vraag of het openbaar maken van overtredingen een maatregel als gevolg van een strafvervolgning (criminal charge) is, zodat de daarbij behorende waarborgen van toepassing zijn.⁴² Voor zover de bevoegdheden van dit wetsvoorstel een reactie zijn

⁴¹ Verordening (EU) nr. 1024/2013 van de Raad van 15 oktober 2013 waarbij aan de Europese Centrale Bank specifieke taken worden opgedragen betreffende het beleid inzake het prudentieel toezicht op kredietinstellingen (PbEU 2013, L287)

⁴² Deze waarborgen zijn beschreven in artikel 6 EVRM zelf (onschuldpresumptie en berechting binnen een redelijke termijn), maar ook in artikel 7 EVRM (legaliteitsbeginsel). Artikel 4 van het Zevende Protocol (dat van toepassing is op 'criminal proceedings') bevat verder het 'ne bis in idem'-beginsel. Dit protocol is door Nederland echter niet geratificeerd.



op overtredingen is deze discussie relevant. Aangezien openbaarmakingen op grond van artikel 1:95 Wft (nieuw) geen reactie op een overtreding zijn, is moeilijk voor te stellen dat zij kwalificeren als 'criminal charge' in de zin van 6 EVRM. In het kader van de introductie van artikel 1:94 Wft (oud) heeft de wetgever verder toegelicht dat bij publicatie op grond van dat artikel niet van straffen kan worden gesproken, aangezien de belangrijkste doelstelling van de openbaarmaking is om het publiek te waarschuwen en te informeren. Deze conclusie werd onderschreven door de Raad van State in haar advies over dit artikel.⁴³ In de wetsgeschiedenis is ook opgemerkt dat een publicatie onder omstandigheden mogelijk door het EHRM als 'criminal charge' wordt aangemerkt. Als voorbeeld is aangehaald de situatie dat een publicatie leidt tot grote schade terwijl er nauwelijks waarschuwend werkend vanuit gaat.⁴⁴ Er zijn geen nieuwe ontwikkelingen die aanleiding zijn om dit oordeel te herzien.

Voor zover openbaarmakingen aangemerkt zouden kunnen worden als criminal charge is van belang dat in de rechtspraak over de openbaarmaking van besluiten tot het opleggen van bestuurlijke sancties is aangenomen, dat het systeem van rechtsbescherming waarbij publicatie mogelijk is voordat het besluit tot openbaarmaking onherroepelijk is, voldoet aan de vereisten van artikel 6 EVRM.⁴⁵ Dat geldt nog sterker voor de rechtsbescherming die bestaat bij openbaarmaking op grond van artikel 1:94a Wft. Op grond van artikel 1:94a Wft kan immers pas openbaar gemaakt worden als het besluit tot openbaarmaking onherroepelijk is.

7.4 Bescherming persoonlijke levenssfeer en persoonsgegevens

Het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer geldt op grond van artikel 8 van het Europees verdrag voor de rechten van de mens (EVRM) en artikel 10 GW en heeft onder meer tot doel te beschermen tegen onnodige aantasting van de vrijheid en individualiteit van personen door toezicht en controle door de overheid. Het geldt niet alleen voor natuurlijke personen, maar ook voor rechtspersonen en brengt onder meer mee dat de overheid alleen met een goede reden informatie verschaft, ook over rechtspersonen. Op grond van artikel 8, tweede lid, van het EVRM moet daarvoor een wettelijke basis bestaan en moet de openbaarmaking noodzakelijk zijn. Onderdeel van het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer is het recht op bescherming van persoonsgegevens. Hiervoor gelden aanvullende regels. Voor zover relevant zal daarop in het navolgende worden ingegaan.

Welke gegevens?

De voorgestelde wijzigingen kunnen ertoe leiden dat (vaker) gegevens over instellingen openbaar worden gemaakt die vallen onder het recht op de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, zoals bedrijfsgegevens. De informatie die de toezichthouders openbaar maken zal over het algemeen geen persoonsgegevens in de zin van de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) bevatten. Voor zover de gegevens die de toezichthouder openbaar maakt herleidbaar zijn tot personen, zullen dit in het algemeen rechtspersonen zijn. Het kan echter voorkomen dat de toezichthouders met gebruikmaking van de in dit wetsvoorstel geregelde bevoegdheden persoonsgegevens openbaar maken, bijvoorbeeld als de overtreder een natuurlijke persoon is, als namen van natuurlijke personen onderdeel uitmaken van de naam van de rechtspersoon, of als het voor het doel van de openbaarmaking noodzakelijk is om ook namen van bestuurders of feitelijk leidinggevendenden van overtredingen openbaar te maken. Het zal gaan om enkele gevallen per jaar, naar verwachting minder dan vijftig. De toezichthouders kunnen bij de inzet van de in dit wetsvoorstel geregelde bevoegdheden geen persoonsgegevens van andere personen openbaar maken.

De voorgestelde wijzigingen bieden de AFM en DNB alleen de mogelijkheid om bijzondere persoonsgegevens openbaar te maken, indien de naam van de normadressant een bijzonder persoonsgegeven bevat. Mocht daarvan sprake zijn, dan zal het gaan om bijzondere persoonsgegevens die door de betrokken persoon zelf al openbaar zijn gemaakt, zodat de uitzondering op het verwerkingsverbod van artikel 23, onderdeel b, van de Wbp van toepassing is. Informatie die op grond van artikel 1:94 Wft (nieuw) of 1:94a Wft openbaar wordt gemaakt, gaat wel over overtredingen, maar is geen bijzonder persoonsgegeven, aangezien het daarbij niet zal gaan om strafrechtelijke informatie of informatie over onrechtmatig of hinderlijk gedrag in verband met een opgelegd verbod naar aanleiding van dat gedrag in de zin van artikel 16 van de Wbp.

Doel

De inmenging in de persoonlijke levenssfeer en de gegevensverwerking als gevolg van de voorge-

⁴³ Kamerstukken II 2005/06, 29 708, nr. 20, blz. 28 of advies W 06.04.0559/IV.

⁴⁴ Kamerstukken II 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 417

⁴⁵ Vزر. Rb. Rotterdam 3 september 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BF1175, Cbb 11 februari 2013, ECLI:NL:CBB:2013:BZ1864



stelde wijzigingen vinden plaats in het kader van het toezicht op de financiële markten. Zij dienen daarmee dezelfde doelen als dit toezicht in het algemeen, zoals het bevorderen van het goed functioneren van financiële markten. Voor zover de openbaarmaking persoonsgegevens betreft is van belang dat de gegevens ook met dit doel worden verzameld.

In hoofdstuk 4 is per bevoegdheid meer specifiek besproken wat daarvan het doel is. Elk van de bevoegdheden draagt daarmee op zijn eigen wijze bij aan goed functionerende (en daarmee stabiele) financiële markten. Het bestaan daarvan is van essentieel belang voor het economisch welzijn. Zowel overtreding van regels door financiële instellingen als het bestaan van een te grote informatieachterstand van het publiek, kunnen een bedreiging vormen voor de bezittingen van burgers in de vorm van tegoeden, aandelen of andere financiële producten. De openbaarmaking dient daarom tevens ter bescherming van onder meer het eigendomsrecht van betrokkenen bij de financiële sector.

Noodzaak en proportionaliteit

Het effect dat openbaarmaking op grond van de voorgestelde artikelen kan hebben voor wat betreft de bescherming van het publiek en het verbeteren van de naleving kan niet op een andere manier worden bereikt, zodat de inmenging die het gevolg is van de openbaarmaking noodzakelijk is.

Ook bekendmaking van persoonsgegevens is noodzakelijk, indien persoonsgegevens deel uitmaken van de naam van de overtreder of de normadressant. Zo kan zonder het noemen van de naam het waarschuwingsdoel van artikel 1:94 Wft (nieuw) of het informatieve doel van artikel 1:94a Wft niet worden bereikt. Zonder te weten waar voor wordt gewaarschuwd of wie een overtreding heeft begaan, heeft de publicatie immers geen effect. In het kader van artikel 1:95 Wft (nieuw) kan het nodig zijn om persoonsgegevens openbaar te maken die onderdeel zijn van de naam van de normadressant met het oog op het verbeteren van de naleving door marktpartijen en het in staat stellen van het publiek om weloverwogen keuzes te maken. Een en ander maakt de openbaarmaking van persoonsgegevens noodzakelijk voor een goede vervulling van de publiekrechtelijke taak van de toezichthouders (in de zin van artikel 8, onderdeel e, van de Wbp).

Het belang hiervan weegt op tegen het belang van de betrokken instellingen of personen bij bescherming van hun persoonlijke levenssfeer (waaronder persoonsgegevens), zeker nu de inmenging in de levenssfeer door de voorwaarden die aan openbaarmaking worden gesteld niet verder gaat dan nodig om het doel te bereiken. Omdat die belangenafweging in een concreet geval wel anders kan uitvallen, is in artikel 1:96, aanhef en onderdeel a en b, Wft opgenomen dat geen persoonsgegevens openbaar worden gemaakt indien dit onevenredig zou zijn met het oog op het doel van de openbaarmaking (a) en openbaarmaking in het algemeen achterwege blijft als dat tot onevenredige schade voor betrokkenen zou leiden. Er zal dan wel sprake moeten zijn van bijzondere omstandigheden die leiden tot de conclusie dat openbaarmaking van gegevens in dat geval niet proportioneel is.

Voor de beoordeling van de proportionaliteit is verder van belang dat verschillende procedurele waarborgen bescherming bieden tegen onjuiste publicaties en misbruik. Een belangrijke waarborg is dat de toezichthouder van geval tot geval kan afwegen of er redenen zijn om van publicatie af te zien. Deze afweging kan – buiten urgente gevallen geregeld in artikel 1:100, vierde lid, Wft – door de rechter worden getoetst.

De toezichthouders zullen bij het openbaar maken van persoonsgegevens moeten handelen conform de Wbp en de Algemene verordening gegevensbescherming (AVG).

8. Administratieve lasten en nalevingskosten

Het wetsvoorstel levert geen aanvullende verplichtingen op voor burgers of bedrijven en brengt dan ook geen administratieve lasten en nalevingskosten met zich.

9. Overgangsrecht

Met betrekking tot de verschillende bevoegdheden is voorzien in overgangsrecht dat erin voorziet dat:

- de voorgestelde artikelen 1:94 en 1:94a Wft gelden niet voor overtredingen die voor inwerkingtreding van deze wet zijn begaan;
- de wijzigingen in de procedurele regels en de wijziging van artikel 1:98 Wft niet gelden voor besluiten tot openbaarmaking die voor inwerkingtreding van deze wet zijn genomen;



10. Consultatie

10.1 Openbare consultatie algemeen

Van 22 juni tot 12 augustus 2016 is dit wetsvoorstel formeel ter consultatie voorgelegd via www.internetconsultatie.nl. Reacties zijn ontvangen van Adfiz, Allen & Overy LLP (A&O), Dutch Fund and Asset Management Association (DUFAS), Eumedion, Euronext, Koninklijke Nederlandse Beroepsorganisatie van Accountants (NBA), Nederlandse Vereniging van Banken (NVB), Nederlandse vereniging van financieringsadviseurs en -bemiddelaars (NVF), Organisatie van Financiële Dienstverleners (OFD), Pellicaan Advocaten, Pensioen Federatie (PF), Stichting Waakzaamheid financieel toezicht (SWft), Verbond van Verzekeraars (VvV), Verenigde Betaalinstellingen Nederland (VBiN), Vereniging van Effectenbezitters (VEB), Vereniging van financieringsondernemingen in Nederland (Vfn), Vereniging van Vermogensbeheerders & Adviseurs (VV&A) en VNO-NCW.

De reacties bevatten verschillende – al dan niet kritische – suggesties die in het wetsvoorstel en de toelichting zijn overgenomen. Zo hebben verschillende partijen⁴⁶ verzocht om in de wet of de toelichting nader in te gaan op het doel van de verschillende publicatiemogelijkheden en vroeg een aantal partijen⁴⁷ daarnaast ook in te gaan op de mogelijke negatieve effecten van publicatie en de gemaakte belangenafweging. Hieraan is gehoor gegeven. Verder is aandacht gevraagd voor de rechtsbescherming bij openbaarmaking op grond van afdeling 1.5.2.⁴⁸ Dit heeft geleid tot een aantal aanvullende waarborgen, met als belangrijkste het verduidelijken dat de toezichthouders voorafgaand aan de openbaarmaking een besluit tot openbaarmaking nemen.

Een aantal partijen heeft geuit dat zij liever zouden zien dat de bevoegdheden om waarschuwingen en verklaringen uit te vaardigen en om bevindingen en conclusies van onderzoeken te publiceren in de wet verder geconcretiseerd zouden worden. Suggesties waren bijvoorbeeld om in de wet specifieke artikelen te (blijven) noemen waarvoor gewaarschuwd kan worden (VvV, DUFAS) en om alleen waarschuwingen toe te staan bij recidive of als ook bestuurlijke sancties worden opgelegd (DUFAS), om de bevoegdheid te beperken tot gevallen dat schade voor het publiek dreigt (NVB, SWft, VvV, DUFAS) of bij structurele overtredingen (NVB), om objectieve criteria vast te stellen op grond waarvan de toezichthouders beslissen om al dan niet te publiceren (DUFAS, Vfn), om de bevoegdheid om namen te verbinden aan de conclusies van onderzoek in het algemeen meer te concretiseren in de wet en/of bepaalde inrichting van het onderzoek of de publicatie voor te schrijven (NVB, Euronext, SWft, VvV, OFD, DUFAS, Eumedion).

Deze reacties hebben ertoe geleid dat in wettekst en toelichting is verduidelijkt in welke gevallen de AFM en DNB de bevoegdheden kunnen inzetten. De huidige formulering beoogt tegemoet te komen aan de wens om nadere normering van de mogelijkheden om informatie over het toezicht openbaar te maken, zonder dat dit de flexibiliteit van de inzet van de bevoegdheden tot openbaarmaking teveel inperkt.

Hieronder zal worden ingegaan op de reacties die niet tot wijziging van de wetstekst of de memorie van toelichting hebben geleid, voor zover de reacties relevant waren voor dit wetsvoorstel.

10.2 Algemene reacties

De NVB, het VvV, VV&A en VBiN wijzen erop dat de relatie tussen transparantie en vertrouwen in het toezicht niet eenduidig is. Zij bevelen aan hier eerst meer onderzoek naar te doen, voordat de toezichthouders nieuwe bevoegdheden krijgen om gegevens over instellingen openbaar te maken. De regering onderschrijft het belang van aanvullend onderzoek, maar meent dat dit niet afgewacht hoeft te worden. Het bevorderen van vertrouwen in de toezichthouders en de financiële sector is immers maar één van de redenen om te streven naar meer transparantie. Zoals in hoofdstuk 4 is beschreven heeft elk van de bevoegdheden daarnaast ook nog andere functies, die op zichzelf al redenen zijn de bevoegdheden toe te kennen. Daar komt bij dat de regering meent dat transparantie, als het goed wordt ingezet, wel degelijk kan bijdragen aan het vertrouwen.

10.3 Uitbreiding openbare waarschuwing

De Veb verzoekt om de mogelijkheden om te waarschuwen nog verder uit te breiden, naar situaties dat de toezichthouders nog geen overtreding hebben geconstateerd, maar wel een overtreding dreigt. Tot op heden hebben zich in de praktijk nog geen voorbeelden voorgedaan waarin de behoefte bestond om te waarschuwen, al voordat een overtreding was vastgesteld. Er is dan ook geen directe

⁴⁶ Adfiz, A&O, DUFAS, Eumedion, NVB, OFD, SWft, VBiN, VNO-NCW, VvV

⁴⁷ Adfiz, DUFAS, Eumedion, NVB, VBiN

⁴⁸ A&O, DUFAS, Euronext, NVB, NvF, OFD, Pellicaan Advocaten, SWft, VBN, VvV.



aanleiding om een dergelijke verstrekende bevoegdheid toe te kennen.

10.4 Openbaar maken van namen bij de publicatie van onderzoeksrapporten

A&O, Euronext, NVB, VBiN en VvV vragen in hun reactie aandacht voor de mogelijke gevolgen van het wetsvoorstel voor het level playing field. Zij wijzen erop dat Nederlandse instellingen ten opzichte van andere instellingen in het nadeel kunnen komen, omdat de AFM en DNB alleen vergelijkend onderzoek kunnen doen naar instellingen met een Nederlandse vergunning. Als deze partijen vervolgens vaker in de media komen kan dat nadelig zijn. Ook het level playing field tussen significante en niet-significante banken zou op een vergelijkbare manier verstoord kunnen worden, aangezien het onderzoek van DNB alleen gericht zal zijn op niet-significante banken. VNO-NCW wijst erop dat deze bevoegdheid instellingen kan weerhouden om zich in Nederland te vestigen.

Om te voorkomen dat Nederlandse instellingen of niet-significante banken ten opzichte van andere partijen worden benadeeld, zullen de toezichthouders bij het openbaar maken van onderzoeksgegevens altijd voldoende informatie moeten geven over de context en achtergrond van die cijfers. Ook de achtergrond van de keuze om een bepaalde groep instellingen bij het onderzoek te betrekken zal daarbij aan de orde komen, zodat duidelijk wordt waarom bepaalde instellingen wel en andere niet zijn onderzocht.

10.5 De mogelijkheid om te reageren op uitlatingen over het toezicht

Het VvV is van mening dat de toezichthouders zich niet in de publieke discussie zouden moeten mengen en vraagt waarom er niet voor is gekozen om de toezichthouders de bevoegdheid te geven om een aanwijzing te geven als een instelling informatie verspreidt waardoor een verkeerd beeld kan ontstaan.

De aanleiding voor het geven van de bevoegdheid om te reageren op uitlatingen van instellingen over overtredingen is, dat door die uitlatingen een onjuist beeld kan ontstaan bij het publiek. Het kan in dergelijke situaties nodig zijn om snel te reageren, ook omdat de toezichthouder veelal zal worden gevraagd om een reactie. Het is dan ook het meest effectief als de toezichthouder zelf kan reageren.

Het VvV vraagt verder hoe deze bevoegdheid van de toezichthouders zich verhoudt met de regels omtrent het (al dan niet) openbaar maken van koersgevoelige informatie door instellingen zelf. De toezichthouder heeft alleen de mogelijkheid om te reageren indien er informatie naar buiten is gebracht. Als het gaat om koersgevoelige informatie zal deze informatie correct en volledig moeten zijn. Als instellingen zich aan deze verplichting houden, zal dan ook geen onjuist beeld ontstaan. Houdt een instelling zich hier niet aan, dan bepaalt artikel 23, tweede lid, onderdeel m, van de verordening marktmisbruik⁴⁹, dat de toezichthouder de mogelijkheid moet hebben om het publiek juist en volledig te informeren.

10.6 Rechtsbescherming

De SWft verzoekt in haar reactie om de toezichthouders voor te schrijven dat zij gebruik maken van een (deels) onafhankelijke bezwaarcommissie. Ook wordt voorgesteld om hoger beroep mogelijk te maken bij een voorlopige voorziening tegen openbaarmaking. Specifiek dit laatste zou volgens SWft een noodzakelijke aanvulling zijn, aangezien de reguliere bestuursrechtelijke procedure voor belanghebbende beperkte bescherming biedt als de informatie waar het om gaat al openbaar is. De beperking zit daarin dat eventuele schade van de belanghebbenden dan niet meer is te voorkomen en eventuele vernietiging van het besluit tot openbaarmaking niet tot schadeplichtigheid van de AFM of DNB zal leiden, vanwege de aansprakelijkheidsbeperking van artikel 1:25d Wft. Ook DUFAS en OFD wijzen op de gevolgen van de aansprakelijkheidsbeperking en opperen om te regelen dat de beperking niet geldt voor schade als gevolg van openbaarmakingen op grond van afdeling 1.5.2.

De suggesties zijn niet overgenomen omdat de rechtsbescherming zoals die in het wetsvoorstel wordt geboden, instellingen voldoende mogelijkheden biedt om openbaarmaking aan te vechten en daarover een onafhankelijk oordeel te krijgen. De rechtsbescherming is vergelijkbaar met de rechtsbescherming die wordt geboden bij openbaarmaking van toezichtinformatie door andere toezichthouders of inspecties. In vergelijking met de rechtsbescherming die wordt geboden bij openbaarmaking op grond van artikel 8 van de Wob, worden aanvullende waarborgen geboden in de vorm van een wachtermijn en de mogelijkheid van rectificatie. Met betrekking tot de aansprakelijkheidsbeperking geldt, dat die juist in het leven is geroepen om de toezichthouders te beschermen tegen hoge claims, zodat zij zich minder beperkt voelen bij het nemen van maatregelen en daarmee niet te lang wachten. Dit is ook bij het openbaar maken van toezichtinformatie van belang. Hoewel een dergelijke aansprakelijkheidsbeperking voor andere toezichthouders dan de AFM en DNB niet geldt, moet de mogelijkheid om in die gevallen schadevergoeding te vorderen niet worden overschat. Ook voor andere

⁴⁹ Verordening marktmisbruik (verordening 596/2014, PbEU 2014, L 173)



toezichthouders geldt immers dat zij veel vrijheid hebben bij de toepassing van discretionaire bevoegdheden en dat zij daarvoor niet snel aansprakelijk zijn.

10.7 Overige advisering

Het wetsvoorstel is verder voor advies aangeboden aan de Autoriteit Persoonsgegevens en de Europese Centrale Bank.

De Europese Centrale Bank heeft geen advies uitgebracht. Zij beschouwt het wetsvoorstel, voor zover het van toepassing is op banken, grotendeels als een her-implementatie van de richtlijn kapitaalvereisten. De adviesfunctie van de ECB geldt niet voor implementatiewetgeving.

Artikelsgewijs

Artikel I

A

Het huidige artikel 1:94 Wft regelt de openbare waarschuwing en de verklaring. In plaats van dit artikel worden in onderdeel B de nieuwe artikelen 1:94 Wft en 1:94a Wft voorgesteld, zodat het huidige artikel 1:94 Wft kan vervallen. Artikel 1:95 Wft bevat naar huidig recht een aantal waarborgen bij openbaarmaking van een waarschuwing of verklaring op grond van artikel 1:94 Wft (oud). Deze waarborgen worden met dit wetsvoorstel ondergebracht in artikel 1:99 e.v. Wft, zodat het huidige artikel 1:95 Wft kan komen te vervallen.

B

Onderdeel B stelt de nieuwe artikelen 1:94, 1:94a, 1:95 en 1:96 Wft vast.

Wijziging artikel 1:94 Wft, uitbreiding waarschuwingsbevoegdheid

De bevoegdheid van artikel 1:94 Wft (nieuw) om een waarschuwing te publiceren bestaat naar huidig recht (artikel 1:94 Wft) al voor verbodsbepalingen (partijen die handelen zonder de vereiste vergunning, ontheffing of vrijstelling), een aantal verboden van de toezichthouders⁵⁰ en een aantal overtredingen waarvoor op grond van een Europese richtlijn of verordening⁵¹ is voorgeschreven dat overtredingen openbaar gemaakt worden. Zoals in het algemeen deel al aan de orde is gekomen, wordt de reikwijdte van deze bepaling uitgebreid tot alle overtredingen van regels of verboden gesteld bij of krachtens de Wft. Vanwege de schakelbepaling van artikel 1:3a Wft vallen hieronder ook alle overtredingen bij of krachtens verordeningen waarvoor de AFM, DNB of de ACM op grond van artikel 1:24, 1:25 of 1:25a Wft als toezichthouder zijn aangewezen. Ook verboden op grond van artikel 1:58, tweede en derde lid, 1:58a, tweede lid, 1:58b, tweede lid, 1:58c, derde lid, 1:59, tweede lid, 1:67, eerste lid, 1:77, eerste lid, derde volzin, 4:4, eerste lid of 4:4a Wft, zijn overtredingen van verboden gesteld krachtens deze wet, zodat ook overtredingen van deze verboden onder de reikwijdte van artikel 1:94 Wft (nieuw) vallen.

Voorwaarde voor het publiceren van een waarschuwing is dat de toezichthouder een overtreding heeft vastgesteld. De vastgestelde overtreding zal in elk geval omschreven moeten worden in het besluit tot openbaarmaking, dat de toezichthouder op grond van artikel 1:99, eerste lid, Wft (nieuw) neemt voordat hij de waarschuwing publiceert. In het algemeen zal ook de tekst van de waarschuwing zelf een beschrijving van de overtreding bevatten, maar dat zal niet altijd nodig zijn.

De toezichthouder kan een waarschuwing publiceren als daarmee het publiek snel en effectief geïnformeerd kan worden en schade kan worden voorkomen of beperkt. In de algemene toelichting kwam al aan de orde dat het begrip schade een ruime betekenis heeft.

Ten opzichte van het huidige artikel 1:94 Wft is de formulering van het voorgestelde artikel 1:94 Wft iets aangepast. Daarmee is geen inhoudelijke wijziging beoogd. De toezichthouders kunnen zowel bij het publiceren van een waarschuwing op grond van het oude artikel, als op grond van het nieuwe artikel de naam publiceren van de instelling die een overtreding heeft begaan. Ook kunnen zij beschrijven wat die overtreding is en waarom het nodig is om een waarschuwing uit te vaardigen. In het huidige artikel 1:94 Wft wordt dit alles gevat onder de omschrijving 'overwegingen'. In het voorgestelde 1:94

⁵⁰ Op grond van artikel 1:58, tweede en derde lid, 1:58a, tweede lid, 1:58b, tweede lid, 1:58c, derde lid, 1:59, tweede lid, 1:67, eerste lid, 1:77, eerste lid, derde volzin, 4:4, eerste lid, of 4:4a

⁵¹ zie de opsomming bij de toelichting op artikel 1:94a

Wft is verduidelijkt dat in elk geval de overtreder en de overtreding genoemd kunnen worden. Verder bepaalt het huidige artikel 1:94 dat overwegingen alleen vermeld worden 'indien nodig'. In het voorgestelde artikel 1:94 Wft volgt dat uit het feit dat de toezichthouder de waarschuwing zelf vorm kan geven, waarbij hij rekening moet houden met artikel 1:96 Wft.

Artikel 1:94a Wft, het bekendmaken van overtredingen

De toezichthouder kan op grond van het huidige artikel 1:94 Wft, naast een waarschuwing ook een neutrale verklaring publiceren om een overtreding bekend te maken. Die bevoegdheid bestaat al en dient ter implementatie van de volgende Europese richtlijnen en verordeningen:

- artikel 21, derde lid, richtlijn prospectus⁵²;
- artikel 66, tweede lid en artikel 67, tweede lid, richtlijn kapitaalvereisten⁵³;
- artikel 24, vierde lid, onderdeel g en artikel 28b, onderdeel a, richtlijn transparantie⁵⁴;
- artikel 111, tweede lid, onderdeel a, richtlijn herstel en afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen⁵⁵;
- artikel 99, zesde lid, onderdeel a, richtlijn instellingen voor collectieve belegging in effecten⁵⁶;
- artikel 63, tweede lid, onderdeel a, verordening centrale effectenbewaarinstellingen⁵⁷.

Zij schrijven voor dat de toezichthouder bepaalde overtredingen openbaar kan maken.

Zoals in het algemeen deel al aan de orde is gekomen, heeft de verklaring een andere karakter en deels ook een ander doel, zodat het voor de inzichtelijkheid beter is een aparte regeling te treffen. Op die manier is het ook beter mogelijk om passende rechtsbescherming te bieden.

In artikel 1:94a Wft staat aangegeven welke overtredingen van de Wft de toezichthouder op grond van dit artikel openbaar kan maken. Het gaat om overtredingen van richtlijnen die in de Wft zijn geïmplementeerd. In aanvulling op deze bepalingen kunnen bij algemene maatregel van bestuur andere voorschriften worden aangewezen waarbij de toezichthouder een verklaring kan publiceren als zij worden overtreden. Dit kan alleen als dat nodig is op grond van bindende Europese wetgeving. Het zal daarbij in de eerste plaats gaan om voorschriften uit verordeningen die een dergelijke bevoegdheid voorschrijven en waarvoor de AFM of DNB als toezichthouder zijn aangewezen.⁵⁸ Daarnaast kan het zijn dat op het niveau van algemene maatregel van bestuur ook bepalingen uit de Wft worden aangewezen die dienen ter implementatie van richtlijnen. Dat zal vooral aan de orde zijn als voor de betreffende richtlijn geen (andere) implementatie op het niveau van de wet nodig is.

Wijziging artikel 1:95 Wft, openbaar maken namen in onderzoeksrapporten

Het nieuwe artikel 1:95 Wft regelt de in de algemene toelichting besproken bevoegdheid van de toezichthouders om bij het publiceren van de voornaamste bevindingen en conclusies van onderzoek ook de namen van onder toezicht staande instellingen te koppelen aan de resultaten van onderzoek. De belangrijkste voorwaarden hiervoor zijn in het algemeen deel van de toelichting reeds besproken.

Voorafgaand aan de publicatie van een onderzoeksrapport waarin de toezichthouder namen van individuele instellingen noemt, neemt de toezichthouder op grond van artikel 1:99, eerste lid, Wft (nieuw) een daartoe strekkend besluit. Dit besluit wordt aan de belanghebbenden – in dit geval de instellingen waarvan de naam in het rapport wordt genoemd – op de gebruikelijke wijze bekendgemaakt.

In de zes weken tussen de bekendmaking van het besluit tot openbaarmaking aan de belanghebbende en de openbaarmaking van de bevindingen en conclusies, kunnen instellingen waarvan de namen openbaar worden gemaakt een schriftelijke reactie bij de toezichthouder indienen. De reactie moet

⁵² richtlijn prospectus (richtlijn nr. 2003/71/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 4 november 2003 betreffende het prospectus dat gepubliceerd moet worden wanneer effecten aan het publiek worden aangeboden of tot de handel worden toegelaten en tot wijziging van richtlijn nr. 2001/34/EG (PbEG L 345)

⁵³ richtlijn kapitaalvereisten (CRD IV) (richtlijn 2013/36/EU, PbEU 2013, L 176)

⁵⁴ richtlijn transparantie (richtlijn 2004/109, PbEU 2004, L 390, laatst gewijzigd bij richtlijn 2013/50, PbEU 2013, L 294)

⁵⁵ richtlijn herstel en afwikkeling banken en beleggingsondernemingen (BRRD) (richtlijn 2014/59/EU van het Europees parlement en de Raad van 15 mei 2014 betreffende de totstandbrenging van een kader voor het herstel en de afwikkeling van kredietinstellingen en beleggingsondernemingen en tot wijziging van Richtlijn 82/891/EEG van de Raad en de Richtlijnen 2001/24/EG, 2002/47/EG, 2004/25/EG, 2005/56/EG, 2007/36/EG, 2011/35/EU, 2012/30/EU en 2013/36/EU en Verordeningen (EU) nr. 1093/2010 en (EU) nr. 648/2012, van het Europees parlement en de Raad, PbEU 2014, L 173)

⁵⁶ richtlijn icbe's (richtlijn nr. 2009/65/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 13 juli 2009 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende bepaalde instellingen voor collectieve belegging in effecten (icbe's), PbEU 2009, L 302, laatst gewijzigd bij richtlijn 2014/91, PbEU 2014, L 257)

⁵⁷ verordening centrale effectenbewaarinstellingen (verordening (EU) nr. 909/2014 van het Europees parlement en de Raad van 23 juli 2014 betreffende de verbetering van de effectenafwikkeling in de Europese Unie, betreffende centrale effectenbewaarinstellingen en tot wijziging van Richtlijnen 98/26/EG en 2014/65/EU en Verordening (EU) nr. 236/2012, PbEU 2014, L 257)

⁵⁸ Zoals de hiervoor genoemde verordening centrale effectenbewaarinstellingen



betrekking hebben op de bevindingen en conclusies van de toezichthouder met betrekking tot de desbetreffende instelling. Deze reactie moet worden onderscheiden van de zienswijze van de instelling (op grond van artikel 4:8 Awb), die bedoeld is om de inhoud van het besluit tot openbaarmaking te beïnvloeden. De reactie is gericht aan het publiek en reageert op de uiteindelijke inhoud van de openbaarmaking. De toezichthouder maakt de reactie openbaar. Dit zal moeten gebeuren op een goed vindbare plaats bij de bevindingen en conclusies waarop de reactie betrekking heeft. Daarbij zal duidelijk moeten zijn dat de reactie van de instelling afkomstig is en geen oordeel van de toezichthouder inhoudt. Het is niet nodig dat de toezichthouder de inhoud van de reactie betreft bij media uitlatingen over de bevindingen en conclusies die worden gepubliceerd. Zolang de reacties maar goed vindbaar zijn. Artikel 1:95, derde lid, Wft (nieuw) laat de mogelijkheid open dat de toezichthouder een zakelijke weergave van de reactie openbaar maakt. Van deze mogelijkheid kan de toezichthouder gebruik maken als de reactie erg lang is of als er andere redenen zijn die integrale publicatie bezwaarlijk maken. Te denken valt aan grof taalgebruik of veel herhaling. Ook onderdelen van de reactie die geen betrekking hebben op de bevindingen en conclusies over de reagerende instelling die de toezichthouder openbaar wil maken, hoeft de toezichthouder niet openbaar te maken.

Artikel 1:96 Wft, belangenafweging

Indien aan de voorwaarden van artikel 1:94, 1:94a of 1:95 Wft (nieuw) is voldaan, kunnen de toezichthouders in beginsel de daar genoemde gegevens openbaar maken. Het voorgestelde artikel 1:96 Wft benoemt een aantal omstandigheden die in een concreet geval nog aan openbaarmaking in de weg kunnen staan. Gekozen is om aansluiting te zoeken bij de omstandigheden, genoemd in artikel 1:98 Wft. Dat artikel bevat sinds 11 augustus 2016 de uitzonderingen op de verplichte openbaarmaking van besluiten tot het opleggen van bestuurlijke sancties. Deze omstandigheden zijn ontleend aan diverse richtlijnen en verordeningen die deze uitzonderingen limitatief vaststellen.⁵⁹

De toezichthouders wegen op grond van artikel 1:96 Wft af, of in een concreet geval de omstandigheden, genoemd in artikel 1:96 Wft, zwaarder wegen dan het belang van openbaarmaking van bepaalde gegevens. Onderdelen a en b zien daarbij op belangen van de individuele belanghebbende. Deze mag door de openbaarmaking niet onevenredig in zijn belang worden getroffen. Het enkele feit dat een instelling door een openbaarmaking reputatieschade en daardoor vermogensschade lijdt is in beginsel onvoldoende om te kunnen spreken van onevenredige benadeling, aangezien dit inherent is aan de openbaarmaking van overtredingen en daarom geen bijzondere omstandigheid. De onderdelen c, d en e zien op het algemene belang bij een ongestoord onderzoek (onderdeel c), bij financiële stabiliteit (onderdeel d) en bij het toezicht op de financiële markten in het algemeen (onderdeel e).

Tot slot worden geen gegevens van derden openbaar gemaakt, op grond van artikel 1:96, tweede lid, Wft (nieuw).

C

In het kader van de implementatie van de verordening marktmisbruik zijn de artikelen over de openbaarmaking van besluiten tot het opleggen van bestuurlijke sancties herzien. Daarbij is in artikel 1:98 Wft een aantal uitzonderingen opgenomen op de verplichting om besluiten tot het opleggen van bestuurlijke sancties openbaar te maken. Artikel 1:98, eerste lid, Wft benoemt een aantal omstandigheden dat ertoe kan leiden dat besluiten tot het opleggen van bestuurlijke sancties geanonimiseerd worden gepubliceerd. In situaties omschreven in artikel 1:98, tweede lid, Wft, kan de toezichthouder afzien van openbaarmaking. Voorgesteld wordt om aan het tweede lid de situatie toe te voegen dat openbaarmaking niet in overeenstemming is met het doel van de bestuurlijke sanctie. Hiermee wordt verduidelijkt dat de toezichthouders niet over hoeven te gaan tot openbaarmaking van sancties indien dit het primaire doel van de sanctie in een concreet geval zou tegenwerken. Beoogd is vooral om te voorkomen dat DNB zich gedwongen ziet om prudentiële maatregelen openbaar te maken, die naar hun aard gericht zijn op het versterken van de soliditeit van de overtreder, terwijl openbaarmaking die soliditeit juist in gevaar zou brengen. Het doel van de sanctie in de zin van deze bepaling is het primaire en directe doel dat de toezichthouder bij de inzet van een bestuurlijke sanctie voor ogen heeft en niet het achtergelegen, meer abstracte doel van het toezicht in het algemeen.

De bepalingen uit de verschillende richtlijnen en verordeningen die ten grondslag liggen aan artikel 1:98 Wft verzetten zich niet tegen een dergelijke aanvullende uitzondering, zolang die niet van toepassing kan zijn op besluiten tot het opleggen van een bestuurlijke boete. Deze besluiten, waarvan openbaarmaking overigens ook niet snel in strijd zal komen met het doel van de sanctie, zijn om die reden voor de duidelijkheid uitgezonderd.

⁵⁹ Zie hierover de memorie van toelichting bij de Wet implementatie verordening en richtlijn marktmisbruik (Kamerstukken II 2015/16, 34 455, nr. 3, p. 11–13 en p. 32–35)

D

In de algemene toelichting is reeds aan de orde gekomen dat het huidige wetsvoorstel een aantal aanvullingen bevat op de bestaande rechtsbescherming bij openbaarmaking van informatie op grond van afdeling 1.5.2. Een en ander is geregeld in artikel 1:99, 1:100 en 1:101 Wft. Een eerste verduidelijking is te vinden in artikel 1:99 Wft (nieuw) dat vastlegt dat aan een openbaarmaking op grond van afdeling 1.5.2 altijd een besluit vooraf gaat. Dat geldt derhalve niet alleen voor het publiceren van een waarschuwing op grond van artikel 1:94 Wft (nieuw), een verklaring op grond van artikel 1:94a Wft of het openbaar maken van namen bij de publicatie van de resultaten van onderzoek op grond van artikel 1:95 Wft (nieuw), maar ook bij het openbaar maken van besluiten tot het opleggen van een bestuurlijke sanctie op grond van artikel 1:97 Wft. Naar huidig recht is dit niet expliciet vastgelegd in de wet. In de rechtspraak⁶⁰ wordt echter aangenomen dat het besluit tot openbaarmaking onderdeel uitmaakt van het besluit tot het opleggen van de bestuurlijke sanctie zelf, zodat (ook) tegen dat besluit tot openbaarmaking bestuursrechtelijke rechtsbescherming openstaat.

Artikel 1:99, eerste lid, Wft heeft betrekking op *openbaarmaking* op grond van afdeling 1.5.2. Het moet daarbij gaan om publieke kennisgeving van gegevens die nog niet openbaar zijn. Over het herhalen of reproduceren van gegevens die al openbaar zijn, hoeft de toezichthouder dan ook geen besluit te nemen. Ook het beëindigen van het beschikbaar houden van informatie is op zichzelf geen nieuwe openbaarmaking. Als de toezichthouder dus bijvoorbeeld de mededeling dat tegen een bepaald besluit nog bezwaar of beroep openstaat verwijderd na het verstrijken van de daarvoor geldende termijn, dan hoeft daarvoor geen nieuw besluit genomen te worden.

Het besluit tot openbaarmaking moet voldoende informatie bevatten voor de belanghebbende om te kunnen beslissen of hij een rechtsmiddel wil inzetten. Daarvoor is in de eerste plaats relevant wat de toezichthouder openbaar zal gaan maken. Als het gaat om een publicatie die herleidbaar is tot meerdere afzonderlijke instellingen, zal het besluit per belanghebbende in elk geval de openbaar te maken informatie moeten bevatten die tot hem herleidbaar is. Het zal meestal gaan om tekst, die dan in het besluit wordt vermeld, maar het kan bijvoorbeeld ook gaan om visualisaties. Voor de afweging van de belanghebbende is verder relevant waar de informatie openbaar gemaakt zal worden. In de meeste gevallen zal de toezichthouder invulling geven aan de plicht tot openbaarmaking uit hoofde van afdeling 1.5.2 door plaatsing van het relevante besluit of de relevante besluiten op de website van de toezichthouder. Daarnaast en tegelijkertijd kan de toezichthouder ook op andere wijzen over gaan tot openbaarmaking. Dit kan bijvoorbeeld door middel van een persbericht, een nieuwsbericht op de website of een bericht op sociale media. Wel zal de toezichthouder daarbij altijd een zo evenwichtig mogelijke weergave van de inhoud moeten geven en zal hij niet meer informatie openbaar kunnen maken dan de informatie die valt onder het besluit als bedoeld in artikel 1:99, eerste lid (nieuw). Tot slot vermeldt het besluit ook de termijn waarop de gegevens openbaar worden gemaakt. Dit zal in de meeste gevallen de in artikel 1:100 Wft vastgestelde termijn zijn. De termijnen van artikel 1:100 Wft, zijn echter minimumtermijnen, zodat de toezichthouder er in het besluit ook voor kan kiezen om een langere termijn te nemen.

Artikel 1:99, tweede lid, Wft (nieuw) regelt dat de toezichthouders de overtreder in het geval van een waarschuwing niet hoeven te horen, als zij zijn adresgegevens niet kunnen achterhalen. Dit geldt naar huidig recht op grond van artikel 1:95, derde lid, Wft.

E

Artikel 1:100 Wft bevat verschillende procedurele voorschriften voor openbaarmaking op grond van afdeling 1.5.2. Het artikel regelt allereerst de wachtermijn die geldt voor openbaarmakingen op grond van afdeling 1.5.2. Voor waarschuwingen, verklaringen of het openbaar maken van besluiten tot het opleggen van bestuurlijke sancties naar huidig recht is dit geregeld in artikel 1:99, eerste lid, Wft. Het voorgestelde artikel 1:100, eerste lid, Wft bepaalt de wachtermijn bij openbaarmaking op grond van artikel 1:94 Wft (nieuw) (vijf werkdagen), 1:95 Wft (nieuw) (zes weken) en 1:97 Wft (vijf werkdagen). Deze wachtermijn vangt aan op het moment dat het besluit tot openbaarmaking – dat de toezichthouder neemt op grond van artikel 1:99, eerste lid, Wft (nieuw) – aan de belanghebbende is bekendgemaakt. Bij het openbaar maken van besluiten tot het opleggen van een bestuurlijke sanctie kan dit moment verschillen van het moment dat het besluit tot het opleggen van de sanctie wordt genomen. Twee voorbeelden.

- Als de AFM of DNB een aanwijzing geven, maken zij dit op grond van artikel 1:97, eerste lid, Wft openbaar op het moment dat het aanwijzingsbesluit onherroepelijk is. Op dat moment (dus na het verstrijken van de bezwaartermijn of na de uitspraak van de rechter) nemen zij een besluit tot

⁶⁰ Voorzieningenrechter Rb. Rotterdam 21 juli 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BD8270, later herhaald, ook in hoger beroep zie onder meer CBb 24 april 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW3574, rov. 6.8



openbaarmaking op grond van artikel 1:99, eerste lid, Wft (nieuw). De publicatie zelf vindt vervolgens op zijn vroegst vijf werkdagen later plaats.

- Als de AFM of DNB een boete van de derde categorie opleggen, maken zij dit op grond van artikel 1:97, derde lid, Wft direct openbaar. Dit betekent dat zij tegelijkertijd met het besluit tot het opleggen van een boete een besluit tot openbaarmaking nemen. De publicatie zelf vindt vervolgens op zijn vroegst vijf werkdagen later plaats.

Artikel 1:100, tweede lid, Wft bepaalt dat een verklaring op grond van artikel 1:94a Wft pas wordt gepubliceerd als het besluit tot openbaarmaking van die verklaring onherroepelijk is.

Tijdens de wachtermijn kan de belanghebbende een voorlopige voorziening instellen. In dat geval kan de toezichthouder pas overgaan tot openbaarmaking als die procedure door een uitspraak of het intrekken van het verzoek is geëindigd (artikel 1:100, derde lid, Wft).

Artikel 1:100, vierde en vijfde lid, regelen de mogelijkheden voor spoedpublicatie. Naar huidig recht bestaat deze mogelijkheid reeds op grond van artikel 1:99, derde lid, Wft. In de algemene toelichting is al aan de orde gekomen dat de toezichthouder in bepaalde, in artikel 1:100, vierde lid, Wft genoemde spoedgevallen de wachtermijn kan verkorten of zelfs onverwijld kan overgaan tot openbaarmaking. Het gaat om situaties waarin met het oog op de belangen die de Wft beoogt te beschermen geen verder uitstel van de publicatie mogelijk is. De mogelijkheid om op deze grond direct tot openbaarmaking over te gaan bestaat al en is naar huidig recht geregeld in artikel 1:99, derde lid, Wft. Een spoedsituatie die specifiek is benoemd, is de situatie dat snellere publicatie van een waarschuwing of een besluit tot het opleggen van een bestuurlijke sanctie nodig is om in het belang van het publiek het vertrouwen in het toezicht te beschermen. Voorwaarden voor een beroep op deze uitzondering zijn derhalve:

- (1) de toezichthouder heeft een overtreding vastgesteld;
- (2) op grond van artikel 1:94 of 1:97 Wft is hij bevoegd daarover een waarschuwing te geven of het besluit tot het opleggen van een bestuurlijke sanctie dat hij naar aanleiding van die overtreding heeft genomen openbaar te maken;
- (3) de overtreder brengt informatie naar buiten over de overtreding of het besluit tot het opleggen van een bestuurlijke sanctie naar buiten;
- (4) in het belang van het publiek is het noodzakelijk om het vertrouwen in het toezicht te beschermen door de hele waarschuwing of het hele besluit tot het opleggen van een bestuurlijke sanctie openbaar te maken, zonder dat de wachtermijn of de uitkomst van de voorlopige voorziening kan worden afgewacht.

Ad 1 en 2

Voorwaarden 1 en 2 volgen uit het feit dat de mogelijkheid van versnelde openbaarmaking alleen een uitzondering is op de termijn waarop de waarschuwing of het besluit tot het opleggen van een bestuurlijke sanctie openbaar wordt gemaakt. Alle overige voorwaarden voor openbaarmaking op grond van artikel 1:94 of 1:97 Wft blijven in stand. Er zijn verschillende situaties denkbaar.

Allereerst kan op het moment van het nemen van het besluit tot openbaarmaking al duidelijk zijn dat sprake is van een spoedeisende situatie. De verkorte termijn (die ook onverwijld publicatie kan inhouden) kan dan in het besluit tot openbaarmaking worden opgenomen. In dit besluit kan de toezichthouder, op grond van artikel 1:100, vijfde lid, Wft tevens bepalen dat een voorlopige voorziening tegen het besluit tot openbaarmaking geen schorsende werking heeft. Gezien de aard van de omstandigheden zal dit meestal nodig zijn. Als immers de wachtermijn niet kan worden afgewacht, zal datzelfde opgaan voor de het oordeel in het kader van de voorlopige voorziening.

Een andere mogelijkheid is dat de spoedeisendheid ontstaat nadat het besluit tot openbaarmaking is genomen. Dat kan zijn tijdens de wachtermijn of in de termijn dat de uitkomst van een ingestelde voorlopige voorziening wordt afgewacht. In dat geval bieden artikel 1:100, vierde en vijfde lid, Wft een wettelijke mogelijkheid tot wijziging van dat besluit. Het gevolg is dat het besluit gelijk blijft, maar de termijn wordt gewijzigd en eventueel wordt toegevoegd dat een voorlopige voorziening geen schorsende werking heeft. Als nog geen bezwaar of voorlopige voorziening is ingesteld kan dat tegen het gehele gewijzigde besluit. Als al wel bezwaar of een voorlopige voorziening is ingesteld, worden deze op grond van artikel 6:19, eerste lid, en artikel 8:81, vierde lid, Awb geacht ook te zijn gericht tegen het gewijzigde besluit. Als in een spoedeisende situatie al openbaarmaking heeft plaatsgevonden, voordat de rechter heeft geoordeeld over het verzoek tot voorlopige voorziening, zal de voorzieningenrechter daar bij zijn oordeel rekening mee moeten houden. Dit kan ertoe leiden dat geen procesbelang meer bestaat. De belanghebbende heeft in dat geval nog wel de mogelijkheid om in bezwaar en beroep te gaan tegen het besluit tot openbaarmaking. Mocht het besluit in dat kader worden vernietigd, dan kan eventueel op grond van artikel 1:100, zevende en achtste lid, Wft rectificatie plaatsvinden. Ook kan eventueel schadevergoeding worden gevorderd. Daarbij moet wel rekening worden gehouden met de aansprakelijkheidsbeperking van artikel 1:25d Wft.

Ad 3

Een voorwaarde voor een beroep op de uitzondering is, dat de overtreder zelf informatie openbaar heeft gemaakt over de overtreding of het besluit tot het opleggen van een bestuurlijke sanctie. Aangezien overtreders over het algemeen rechtspersonen zijn, zullen zij daarbij worden vertegenwoordigd door natuurlijke personen. In het kader van dit artikel gelden daarbij de normale regels voor toerekening van gedragingen aan de rechtspersoon. De personen die de rechtspersoon vertegenwoordigen zullen de informatie daarbij niet altijd letterlijk zelf openbaar maken. Ook als zij uitdrukkelijk toestemming geven aan een persvoorlichter of een woordvoerder (ook als die extern is) om verklaringen af te geven of om een persbericht uit te vaardigen is dat openbaar maken in de zin van dit artikel.

Ad 4

De toezichthouder kan een beroep doen op de uitzondering als dat noodzakelijk is om in het belang van het publiek het vertrouwen in het toezicht te beschermen.

Op grond van artikel 1:100, vierde of vijfde lid, Wft kan de toezichthouder ook overgaan tot het direct of versneld publiceren van besluiten tot het opleggen van een bestuurlijke sanctie op grond van artikel 1:97 Wft. Als de toezichthouder op die grond een besluit tot het opleggen van een bestuurlijke sanctie openbaar maakt dat nog niet onherroepelijk is, zal de toezichthouder daarbij openbaar moeten maken als bezwaar of beroep is ingesteld en wat daarvan de uitkomst is. Artikel 1:97, vijfde lid, Wft bevat een dergelijke regeling voor besluiten tot het opleggen van een bestuurlijke boete en besluiten tot het opleggen van een dwangsom die verbeurt, aangezien die standaard openbaar worden gemaakt voordat ze onherroepelijk zijn. Artikel 1:100, zesde lid, Wft verklaart artikel 1:97, vijfde lid, Wft van overeenkomstige toepassing.

Het kan voorkomen dat gegevens openbaar zijn gemaakt en deze openbaarmaking achteraf ten onrechte heeft plaatsgevonden. Het gaat dan om situaties dat het besluit tot openbaarmaking is ingetrokken of vernietigd door de rechter. Artikel 1:100, zevende en achtste lid, Wft regelt voor die gevallen allereerst dat de toezichthouder de gegevens niet langer 'beschikbaar houdt'. Dit zal over het algemeen inhouden dat de toezichthouder de gegevens van zijn website verwijdert. Daarnaast biedt de toezichthouder de belanghebbende aan om een rectificatie te plaatsen (artikel 1:100, achtste lid, Wft). Het artikel stelt daarmee buiten twijfel dat de toezichthouder over kan gaan tot rectificatie indien de belanghebbende dat wenst. In de rechtspraak wordt namelijk verschillend geoordeeld over de vraag of de Awb daartoe ruimte biedt.⁶¹ Het is overigens goed voor te stellen dat de belanghebbende van rectificatie af ziet, omdat daarmee opnieuw de aandacht op de inhoud van de eerdere publicatie wordt gevestigd. De vorm van de rectificatie zal in overleg met de belanghebbende vastgesteld moeten worden. Daarbij dient als uitgangspunt dat de toezichthouder niet verplicht is daaraan méér ruchtbaarheid te geven dan aan de oorspronkelijke publicatie.

Het zevende en achtste lid gaan over de situatie dat het besluit tot openbaarmaking wordt ingetrokken of vernietigd. Als het gaat om het openbaar maken van besluiten tot het opleggen van bestuurlijke sancties op grond van artikel 1:97 Wft moet dit worden onderscheiden van de situatie dat het besluit tot het opleggen van de sanctie zelf wordt ingetrokken of vernietigd. Voor die gevallen geldt op grond van artikel 1:97, vijfde lid, Wft dat bezwaar, beroep, hoger beroep en de uitkomst daarvan openbaar wordt gemaakt (en openbaar blijft). Dit is verplicht op grond van Europese richtlijnen en verordeningen. De belanghebbende kan er dan ook niet vanaf zien.

Artikel 1:100, zevende en achtste lid, Wft gelden niet voor openbaarmakingen op grond van artikel 1:94a Wft. Deze openbaarmakingen vinden op grond van artikel 1:100, tweede lid, Wft pas plaats nadat het besluit tot openbaarmaking onherroepelijk is geworden, zodat van intrekking en vernietiging, nadat informatie is gepubliceerd geen sprake kan zijn.

F

Het doel van artikel 1:101 Wft is om te voorkomen dat het voeren van procedures over het openbaar maken van informatie op zichzelf leidt tot het bekend worden van die informatie doordat de hoorzitting in bezwaar en de zittingen bij de rechtbank in beroep en hoger beroep openbaar zijn. Het artikel bepaalt om die reden dat deze zittingen plaatsvinden achter gesloten deuren. De voorgestelde wijziging regelt dat ook procedures over openbaarmaking op grond van het nieuwe artikel 1:95 Wft achter gesloten deuren plaatsvinden. Ook is aangevuld dat dit ook geldt in het geval dat openbaarma-

⁶¹ Met betrekking tot openbaarmaking op grond van de Wet handhaving consumentenbescherming heeft de Rechtbank Rotterdam de door de Autoriteit Consument en Markt op grond van artikel 8:72 Awb opgedragen te rectificeren (zie Rechtbank Rotterdam, 4 mei 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BQ3528 (later op een ander punt in hoger beroep vernietigd, zie Cbb 15 augustus 2015 (ECLI:NL:CBB:2015:278) en Rechtbank Rotterdam 13 december 2012 (ECLI:NL:RBROT:2012:BY6184)). Het Cbb heeft echter in een uitspraak van 1 mei 2015 (ECLI:NL:CBB:2015:150) geoordeeld dat de Wft noch de Awb een grondslag voor rectificatie biedt, zodat daarvan geen sprake kan zijn.



king van een besluit tot het opleggen van een bestuurlijke sanctie op grond van artikel 1:98, eerste lid, Wft geanonimiseerd heeft plaatsgevonden.

G

Onderdeel G van het voorstel regelt de mogelijkheid dat DNB periodiek kerngegevens over banken openbaar maakt. De inrichting van de bevoegdheid is vergelijkbaar met de openbaarmaking van kerngegevens over pensioenfondsen op grond van artikel 204 van de Pensioenwet en artikel 198 van de Wet verplichte beroepspensioenregeling. Evenals bij de pensioenfondsen zal hieraan bij algemene maatregel van bestuur uitvoering worden gegeven. Die zal voortbouwen op de lopende openbaarmaking die DNB in overeenstemming met de banken reeds verzorgt. De kerngegevens waarop de publicatie betrekking zal hebben zullen ook de hefboomratio (leverage ratio) bevatten.

Er wordt gebruik gemaakt van de grondslag van artikel 3:72 Wft om nauw aan te sluiten bij de systematiek van informatieverstrekking en openbaarmaking van informatie door de banken met een zetel in Nederland. Deze systematiek is gebaseerd op het single rulebook van de Europese verordening en richtlijn kapitaalvereisten.⁶² Op grond van artikel 3:72, negende lid, Wft, publiceert DNB reeds de voornaamste gegevens die door de banken aan haar zijn verstrekt in geaggregeerde vorm. Ingevolge het vijfde lid van artikel 3:72 Wft kan bovendien worden bepaald welke staten openbaar worden gemaakt en op welke manier en hoe vaak dit gebeurt. Dit biedt te mogelijkheid om aan te wijzen welke gegevens (ook) in niet-geaggregeerde vorm, dus per bank, openbaar gemaakt worden.

Artikel II

Artikel II bevat het overgangsrecht met betrekking tot de nieuwe bevoegdheden en procedurele regels.

De nieuwe artikelen 1:94 Wft en 1:94a Wft gelden voor overtredingen die zijn begaan na inwerkingtreding van de bepalingen. Op overtredingen die voor die datum zijn begaan blijft het huidige artikel 1:94 Wft van toepassing. Wel gelden de nieuwe procedurele regels (artikel 1:99 e.v.) voor alle besluiten tot het publiceren van een waarschuwing of een verklaring die worden genomen na inwerkingtreding van deze wet. Dat betekent dat er drie mogelijke situaties bestaan:

1. De overtreding vindt plaats voor inwerkingtreding en de toezichthouder heeft eveneens voor inwerkingtreding een besluit genomen tot het publiceren van een waarschuwing of verklaring. Voor deze gevallen blijft het recht gelden zoals dat voorafgaand aan inwerkingtreding van deze wet geldt.
2. De overtreding vindt plaats voor inwerkingtreding en de toezichthouder neemt na inwerkingtreding een besluit tot het publiceren van een waarschuwing of verklaring. Voor deze gevallen geldt artikel 1:94 Wft, zoals het geldt voor inwerkingtreding van deze wet. Voor wat betreft de procedure gelden echter artikel 1:99 e.v. Wft (nieuw). Artikel 1:95, 1:99 en 1:101 Wft (oud) zoals die gelden voor inwerkingtreding van deze wet zijn op deze openbaarmakingen dus niet van toepassing.
3. De overtreding vindt plaats na inwerkingtreding en de toezichthouder neemt na inwerkingtreding van deze wet een besluit tot het publiceren van een waarschuwing of een verklaring. Voor deze gevallen gelden de artikelen 1:94, 1:94a en 1:99 e.v. Wft (nieuw).

De bevoegdheid om op grond van artikel 1:95 Wft (nieuw) de belangrijkste bevindingen en conclusies van onderzoek te publiceren en daarbij namen te noemen bestaat vanaf het moment van inwerkingtreding van het artikel. Op deze openbaarmakingen zijn de artikelen 1:99 e.v. Wft (nieuw) van toepassing. Hiervoor is geen overgangsrecht nodig.

De wijziging van artikel 1:98 Wft en de artikelen 1:99, 1:100 en 1:101 Wft (nieuw), zijn van toepassing op openbaarmakingen op grond van artikel 1:97 Wft van besluiten tot het opleggen van een bestuurlijke sanctie, als het besluit tot het opleggen van een bestuurlijke sanctie is genomen na inwerkingtreding van deze wet. Op besluiten tot het opleggen van bestuurlijke sancties die zijn genomen voor inwerkingtreding van deze wet blijft het recht gelden zoals dat voor inwerkingtreding geldt. Voor de toepasselijkheid van deze wet doet dus niet ter zake op welk moment een besluit tot openbaarmaking zou zijn genomen als op deze besluiten artikel 1:99 e.v. Wft (nieuw) van toepassing waren geweest. Daarbij is van belang dat voor besluiten tot het opleggen van een bestuurlijke sanctie die zijn genomen voorafgaand aan 11 augustus 2016, op grond van de Wet implementatie richtlijn en

⁶² richtlijn kapitaalvereisten (CRD IV) (richtlijn 2013/36, PbEU 2013, L 176) en verordening kapitaalvereisten (CRR) (verordening 575/2013, PbEU 2013, L 176)



verordening marktmisbruik, op grond van die wet nog overgangsrecht geldt.⁶³ Ter illustratie twee voorbeelden die uitgaan van 1 januari 2018 als datum van inwerkingtreding.

1. De toezichthouder neemt op 15 december 2017 een aanwijzingsbesluit, waarvan het besluit tot openbaarmaking op grond van artikel 1:97, eerste lid, Wft deel uitmaakt. De instelling heeft hiertegen bezwaar en beroep ingesteld. Op 1 januari 2018 loopt het beroep nog. Uiteindelijk wordt het beroep afgewezen en wordt het besluit op 1 juni 2019 onherroepelijk. Voor dit besluit gelden de procedurele regels van artikel 1:99 e.v. Wft zoals voorafgaand aan de inwerkingtreding. Dat betekent dat op het moment van onherroepelijk worden geen besluit tot openbaarmaking wordt genomen.
2. De toezichthouder heeft op 1 januari 2016 een aanwijzingsbesluit genomen. De instelling heeft hiertegen bezwaar, beroep en vervolgens hoger beroep ingesteld. Op 1 januari 2018 loopt het hoger beroep nog. Uiteindelijk wordt het hoger beroep afgewezen en wordt het besluit op 1 juni 2018 onherroepelijk. Aangezien artikel 1:97, eerste lid, Wft voor dit besluit nog niet geldt en er voor inwerkingtreding van dat artikel geen verplichting gold om aanwijzingsbesluiten openbaar te maken, zal het besluit niet openbaar gemaakt worden.

De Minister van Financiën,

⁶³ Artikel VI van die wet luidt, voor zover relevant:
(...)

2. Op besluiten tot het opleggen van een bestuurlijke sanctie wegens overtreding van bij of krachtens de Wet op het financieel toezicht gestelde regels, die zijn genomen voor het tijdstip van inwerkingtreding van artikel I, onderdeel J, blijven de artikelen 1:97 tot en met 1:101 van de Wet op het financieel toezicht zoals die artikelen voor dat tijdstip luiden van toepassing.