

Ministerie van Financiën
T.a.v. Directie Financiële Markten
Postbus 20201
2500 EE Den Haag

Den Haag, 12 augustus 2016

Ref: B16.15
Betreft: Consultatie Wet transparant toezicht financiële markten

Geachte heer/mevrouw,

Graag maakt Eumedion gebruik van de mogelijkheid om te reageren op het consultatiedocument d.d. 20 juni 2016 betreffende het voorontwerp voor de Wet transparant toezicht financiële markten (hierna: voorontwerp).

1. Algemeen

Het voorontwerp voorziet onder meer in de bevoegdheid voor de toezichthouders om namen van afzonderlijke financiële ondernemingen te noemen wanneer zij resultaten van themaonderzoeken bekend maken. Volgens de wetgever kan hierdoor de naleving op verschillende manieren worden bevorderd en kan het bijdragen aan effectief toezicht. Hoewel Eumedion enig begrip heeft voor de achterliggende doelstelling van de introductie van deze bevoegdheid, hebben wij ernstige twijfels bij de huidige vormgeving van deze bevoegdheid.

Het noemen van de *best practices* met naam en toenaam in themaonderzoeken kan volgens Eumedion ondernemingen ertoe aanzetten om zich te houden aan de norm of zelfs boven de norm te presteren om zo als beste uit de bus te komen. Op deze wijze kan de bewustwording om zich aan de spelregels te houden worden vergroot en de correcte naleving van die regels worden bevorderd. Echter de huidige vormgeving van het voorgestelde art. 1:96 van de Wet op het financieel toezicht (Wft) lijkt erop gericht te zijn om juist *bad practices* bij naam en toenaam te noemen. De toezichthouders kunnen hierdoor de in hun ogen slecht presterende ondernemingen in de schijnwerpers zetten (*shaming*). Volgens de wetgever draagt het noemen van namen eraan bij dat

overtredingen die zijn geconstateerd sneller worden beëindigd. Eumedion mist in het consultatiedocument echter een inhoudelijke en overtuigende motivering waarom het reguliere handhavingsinstrumentarium – met het daarbij behorende publicatieregime – uit de Wft bij geconstateerde overtredingen niet voldoende zou zijn.

2. Ongewenste effecten van *namings* and *shaming* en verenigbaarheid Europees recht

Zoals terecht in de concept memorie van toelichting (p. 4) wordt opgemerkt, kan de publicatie van namen ingrijpend zijn voor de betrokken onderneming. Gelet op de ‘sanctionerende’ werking van het noemen van namen, wordt door de wetgever voorgesteld om dezelfde procedurele voorschriften toe te passen als bij openbaarmaking van waarschuwingen en van besluiten tot het opleggen van een bestuurlijke sanctie. Echter, het starten van een procedure tegen de toezichthouder is een grote stap en wordt vaak omwille van het behoud van een goede relatie tussen de toezichthouder en de onder toezicht gestelde vermeden.

Het ligt meer voor de hand dat financiële ondernemingen in het vervolg uit angst voor reputatieschade terughoudender zullen worden in het vrijwillig delen van informatie en zich formeler zullen opstellen jegens de toezichthouders. In de concept memorie van toelichting (p. 2/3) valt te lezen dat de wettelijke geheimhoudingsplicht bijdraagt aan de bereidheid van partijen om concurrentiegevoelige informatie te delen met de toezichthouders. Op deze geheimhoudingsplicht wordt in het voorontwerp nu juist een uitzondering gemaakt. Als ondernemingen minder bereid zijn om informatie te delen met de toezichthouders kan dit afbreuk doen aan de effectiviteit van hun toezicht, hetgeen haaks staat op de doelstelling van het voorontwerp. De Europese richtlijnen op het gebied van de financiële markten bevatten niet alleen bepalingen over het beroepsgeheim (zie p. 2 concept memorie van toelichting) maar bepalen ook voor welke doeleinden vertrouwelijke informatie mag worden gebruikt. Eumedion betwijfelt ten eerste of al deze richtlijnen – zoals bijvoorbeeld art. 54 van de kapitaalvereistenrichtlijn¹ en art. 102 van de icbe-richtlijn² – toestaan dat toezichtvertrouwelijke informatie in het kader van themaonderzoeken tegen ondernemingen wordt gebruikt door hen met naam en toenaam te noemen.

¹ 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. Artikel 54 luidt als volgt: “De bevoegde autoriteiten die uit hoofde van artikel 53 vertrouwelijke informatie ontvangen, mogen deze alleen gebruiken voor de uitoefening van hun taken en alleen voor een van de volgende doeleinden: a) om na te gaan of is voldaan aan de voorwaarden voor de toegang tot de werkzaamheden van kredietinstellingen en om het monitoren, op niet-geconsolideerde of op geconsolideerde basis, van die werkzaamheden te vergemakkelijken, in het bijzonder ten aanzien van de bewaking van de liquiditeit, de solvabiliteit, de grote risicoblootstellingen, de administratieve en boekhoudkundige procedures en de internecontrolemechanismen; b) om sancties op te leggen; c) in het kader van een beroep tegen een besluit van de bevoegde autoriteit, met inbegrip van rechtszaken die overeenkomstig artikel 72 aanhangig zijn gemaakt; d) bij rechtszaken die overeenkomstig bijzondere bepalingen van het Unierecht betreffende kredietinstellingen aanhangig zijn gemaakt.”

² 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). Artikel 102 lid 4 bepaalt: “De bevoegde autoriteiten die uit hoofde van de leden 1 of 2 vertrouwelijke gegevens ontvangen, mogen deze uitsluitend in de uitoefening van hun taken gebruiken voor de volgende doeleinden: a) om te onderzoeken of wordt voldaan aan de voorwaarden voor de toegang tot de werkzaamheden van icbe's of van ondernemingen die bij hun bedrijf betrokken zijn en ter vergemakkelijking van het toezicht op de voorwaarden waaronder de werkzaamheden worden uitgeoefend, de administratieve en boekhoudkundige organisatie en de interne controle; b) voor het opleggen van sancties; c) voor het instellen van administratief beroep tegen een besluit van de bevoegde autoriteiten, en d) het voeren van rechtszaken die aanhangig zijn gemaakt overeenkomstig artikel 107, lid 2.”

3. Toezichthouder zouden alleen *faming*-bevoegdheid moeten krijgen

Uit de concept memorie van toelichting (p. 4) volgt dat er bij themaonderzoeken gebruik kan worden gemaakt van steekproeven. Een niet-representatieve steekproef kan leiden tot een onterecht negatief beeld over een bepaalde sector. Daar komt nog bij dat de toezichthouders zich in themaonderzoeken baseren op toezichtvertrouwelijke informatie en deze 'onderliggende' informatie veelal niet integraal in het onderzoeksrapport is opgenomen waardoor het voor het publiek niet mogelijk is om na te gaan wat de kwaliteit en volledigheid van het onderzoek is geweest en hoe de toezichthouder tot zijn conclusie is gekomen. Ontwerpart. 1:96 Wft schrijft immers niet voor waar de te publiceren 'vergelijkbare informatie' over 'prestaties' van financiële ondernemingen aan zou moeten voldoen. Eumedion meent dat het met naam en toenaam noemen van de *bad practices* niet bijdraagt aan het vertrouwen in de financiële sector en daar zelfs afbreuk aan zou kunnen doen. Dit geldt echter niet voor het met naam en toenaam openbaar maken van de *best practices* (*faming*). Eumedion ziet daarom meer in het toekennen van een *faming*-bevoegdheid aan de toezichthouders. Door niet de *bad practices* maar juist de *best practices* te noemen, is er geen sprake van een 'sanctionerende' aanpak terwijl de toezichthouder wel de mogelijkheid krijgt om de naleving van de wet- en regelgeving te bevorderen en bij te dragen aan effectief toezicht.

4. Objectieve maatstaven

Mocht toch worden vastgehouden aan de introductie van een bevoegdheid voor de toezichthouder tot *naming and shaming*, dan verdient het aanbeveling om de beperkingen die worden gesteld aan het gebruik daarvan op wetsniveau te regelen. Nu blijkt deze inkadering – oordeel toezichthouder moet gebaseerd zijn op objectieve gegevens en indicatoren, instelling mag in vergelijking met andere instellingen niet onevenredig hard worden getroffen, vergelijking moet worden gemaakt naar objectieve en niet-discriminerende maatstaven – enkel uit de concept memorie van toelichting (p. 6).

Eumedion zou het zeer op prijs stellen als bovenstaande punten worden betrokken in de voorbereiding van het definitieve wetsvoorstel. Wij zijn uiteraard graag bereid ons commentaar mondeling nader toe te lichten. Onze contactpersoon is Diana van Kleef (diana.vankleef@eumedion.nl, tel. 070 2040 302).

Met vriendelijke groet,

Drs. Rients Abma
Directeur Eumedion