

Vergaderjaar 2016–2017

34 769

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 (Wet transparant toezicht financiële markten)

Nr. 3

MEMORIE VAN TOELICHTING

ALGEMEEN DEEL

1. Inleiding

Dit wetsvoorstel geeft de Autoriteit Financiële Markten (AFM) en de Nederlandsche Bank (DNB) meer mogelijkheden om informatie te delen over het toezicht op afzonderlijke 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 AFM en DNB zijn geuit.

2. Aanleiding en krachtenveld

2.1 Algemeen

Hoe de verhouding tussen openheid en vertrouwelijkheid in het financieel toezicht zou moeten zijn is de uitkomst van een belangenafweging en 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. Op dit moment hebben ontwikkelingen in de opvattingen over transparantie en vertrouwelijkheid in het financieel toezicht geleid tot een gedeelde behoefte van

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

het publiek, de politiek en de toezichthouders aan meer openheid over het toezicht van de AFM en DNB op afzonderlijke instellingen. Deze openheid neemt de afgelopen jaren stap voor stap toe. Dit wetsvoorstel is onderdeel van die trend.

In dit hoofdstuk wordt besproken dat verschillende ontwikkelingen aanleiding zijn om de mogelijkheden van de toezichthouders om informatie over het toezicht te delen uit te breiden. Ook wordt ingegaan op de beperkingen die bestaan. 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 en welke beperkingen dit oplevert. 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 zijn 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

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

² «*Toezen op Publieke Belangen. Naar een verruimd perspectief op rijksbezoek.*» 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.

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.»

investerings 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.

Anders geformuleerd, is openheid over de prestaties van instellingen op de financiële markten van belang 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 Wet op het financieel toezicht (Wft). Zo is de verwachting dat het publiek zijn gedrag op openbare informatie zal afstemmen en dat dit disciplinerend werkt richting instellingen onder toezicht. Los van het daadwerkelijke gedrag van het publiek kan van openbaarmaking een disciplinerende werking uitgaan, omdat instellingen 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 bovenstaande 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 2014¹² 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

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 en 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 gereguleerde 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, L 173)

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 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 het beroepsgeheim dat is opgenomen in artikel 1:89 Wft. Ook voor de inwerkingtreding van de Wft bestond een soortgelijk beroepsgeheim 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 erop kunnen vertrouwen dat die informatie geheim blijft.

Omdat dit belang ook speelt bij de uitwisseling van informatie in Europees verband, zijn eind jaren «70, mede in navolging van de Nederlandse bepalingen over het beroepsgeheim, in verschillende Europese richtlijnen en verordeningen voorschriften over het beroeps-

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)

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.

geheim 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. Deze achtergrond volgt ook uit de considerans op verschillende richtlijnen en verordeningen.²³ Het gedeelde beroepsgeheim zou ervoor moeten zorgen dat de verdergaande samenwerking in Europees verband geen belemmering zou worden voor het verzamelen van relevante informatie op nationaal niveau.²⁴

Vanwege deze achtergrond moet een nationaal beroepsgeheim, om te voldoen aan de Europese randvoorwaarden, er in elk geval toe leiden dat terughoudend wordt omgegaan met het openbaar maken van 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. In paragraaf 7.1 wordt nader ingegaan op de precieze uitwerking van het beroepsgeheim en de bestaande uitzonderingsmogelijkheden in de verschillende richtlijnen en verordeningen.

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 afzonderlijke financiële ondernemingen risico kan lopen als teveel informatie over hun financiële situatie bekend wordt. Ook kan de

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, L 322-30).

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 mogen deze gegevens vervolgens niet zomaar in de openbaarheid komen.

2.6 Belangenafweging

Bij de keuze om de toezichthouders nieuwe bevoegdheden te geven om informatie openbaar te maken en daarmee de vertrouwelijkheid te beperken, moeten de hiervoor genoemde belangen bij en doelstellingen van vertrouwelijkheid worden afgewogen tegen de belangen die met de nieuwe vorm van openheid over financieel toezicht zijn gediend. In hoofdstuk 4 wordt voor de voorgestelde uitbreidingen van de mogelijkheden om informatie openbaar te maken inzicht gegeven in deze belangenafweging op het niveau van de wet en wordt besproken dat de inzet van een bepaalde bevoegdheid onder de gestelde voorwaarden evenredig is. Het is aan de toezichthouder om in een concreet geval de afweging te maken of aan de gestelde voorwaarden is voldaan. Een aantal omstandigheden vraagt daarbij specifiek aandacht. Deze zijn opgenomen in het voorgestelde artikel 1:95 Wft, het bestaande artikel 1:98 Wft, het voorgestelde artikel 48d Wta en het bestaande artikel 67, vierde lid, Wta (dat wordt vernummerd tot artikel 67, vijfde lid, Wta). Zij vergen een afweging van de toezichthouder in een concreet geval of er uitzonderlijke omstandigheden zijn die maken dat bescherming van de belangen van betrokkenen moet prevaleren boven bescherming van de markt en of er andere specifieke redenen zijn om van publicatie af te zien. Het enkele feit dat een natuurlijke persoon of 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.²⁶ Als aan de voorwaarden is voldaan is het bij de publicatie van overtredingen op grond van artikel 94 Wft of artikel 64 Wta en van onderzoeksrapporten op grond van artikel 48a Wta aan de toezichthouder om te beoordelen of de inzet van de bevoegdheid – alle betrokken belangen in acht genomen – ook wenselijk is. 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.

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

²⁶ Zie in deze zin ook met betrekking tot artikel 1:97, vierde lid, Wft (oud), Cbb, 2 december 2014, ECLI:NL:CBB:2014:456 en met betrekking tot 1:98 Wft Rechtbank Rotterdam 31 maart 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:3007.

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 toezicht op de naleving door afzonderlijke 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 vorm wordt gepresenteerd, zodat die niet herleidbaar is tot afzonderlijke instellingen.

Ook als het gaat om informatie die wel tot afzonderlijke 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 het huidige artikel 1:94 Wft 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 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 afzonderlijke 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 Wet toezicht accountantsorganisaties (Wta) heeft de AFM de bevoegdheid om bij het openbaar maken van onderzoeksrapporten ook namen van accountantsorganisaties te noemen.²⁷
- 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

²⁷ 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.»

publiceren om inzicht te geven in de financiële situatie van die pensioenfondsen.²⁸

- Op grond van de Wet handhaving consumentenbescherming (Whc) kan de AFM een waarschuwing uitvaardigen voordat een overtreding is vastgesteld.²⁹

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.³⁰ Ook hebben de toezichthouders in hun wetgevingsbrieven 2015³¹ aangegeven dat zij in bepaalde gevallen graag transparanter zouden zijn en over meer bevoegdheden zouden willen beschikken om informatie over het toezicht openbaar te maken.³² 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.³³

3.3 Voorgestelde wijzigingen

Bij de beoordeling van deze wensen is rekening gehouden met de beschreven trend dat meer waarde wordt toegekend aan transparantie en de achtergronden daarvan en is tegelijkertijd 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 in spoedgevallen over kunnen gaan tot onverwijld publicatie van een waarschuwing of een besluit tot het opleggen van een bestuurlijke sanctie in reactie op uitlatingen van een overtreder;

²⁸ 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.»

²⁹ 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.»

³⁰ 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, 2010–2011, 31 980, nr. 16

³¹ Kamerstukken II, 2014–2015, 32 545, nr. 32.

³² 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.»

³³ Motie de Vries, Kamerstukken II, 2015/16, 31 311 nr. 167

3. 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 van de Wft te uniformeren en op punten verder te verduidelijken. Daarnaast worden wijzigingen voorgesteld om de rechtsbescherming bij openbaarmaking van de AFM op grond van de Wta gelijk te trekken met de voorgestelde rechtsbescherming in de Wft.

In het kader van dit wetsvoorstel is ook de mogelijkheid onderzocht om de AFM en DNB de bevoegdheid te geven om bepaalde resultaten van onderzoek naar de naleving van de Wft openbaar te maken. Deze bevoegdheid maakte ook deel uit van het wetsvoorstel dat openbaar is geconsulteerd en van het wetsvoorstel dat ter advisering aan de Afdeling advisering van de Raad van State is voorgelegd. In haar advies concludeert de Afdeling dat de algemeen geformuleerde bevoegdheid op gespannen voet staat met het beroepsgeheim in verschillende Europese richtlijnen die in de Wft zijn geïmplementeerd. Na overleg met de toezichthouders is de voorgestelde bevoegdheid voor de Wft om de publicatie van onderzoeksrapporten herleidbaar te maken tot individuele instellingen geschrapt. Denkbaar was om afgestemd op de verschillende Europese regelingen aan de bevoegdheid inhoudelijke voorwaarden te verbinden. Dit zou echter voor een ingewikkelde bevoegdheid en vanuit de inhoud bezien onverklaarbare verschillen zorgen. De bevoegdheid zou daarmee niet of nauwelijks toegepast worden. Gekozen is daarom om op dit moment hierover niets te regelen en Europese ontwikkelingen af te wachten.

4. Hoofdpijnen voorgestelde bevoegdheden tot openbaarmaking

4.1 Uitbreiden mogelijkheden om bij overtredingen een waarschuwing te publiceren

Op dit moment biedt artikel 1:94 Wft de toezichthouders verschillende mogelijkheden om overtredingen die zij hebben geconstateerd openbaar te maken. Zij kunnen dit doen in de vorm van een neutrale «verklaring» of zij kunnen de overtreding openbaar maken en daarbij een waarschuwing geven. De bevoegdheid van het huidige artikel 1:94 Wft is beperkt tot overtredingen van verbodsbepalingen (partijen die handelen zonder de vereiste vergunning, ontheffing of vrijstelling), een aantal verboden van de toezichthouders³⁴ en een aantal overtredingen waarvoor dit op grond van een Europese richtlijn of verordening³⁵ is vereist.

In het voorgestelde nieuwe artikel 1:94 Wft blijft de mogelijkheid om een neutrale, informatieve, verklaring te publiceren behouden voor de artikelen waarvoor dit op grond van EU-recht is voorgeschreven. Dit is opgenomen in het eerste lid van artikel 1:94.

De uitbreiding ziet op de mogelijkheid om te waarschuwen naar aanleiding van een overtreding. In de praktijk is gebleken dat er in algemene zin bij overtredingen op grond van de Wft behoefte kan bestaan

³⁴ 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

³⁵ Zie de opsomming bij de toelichting op artikel 1:94, eerste lid

om snel en effectief het publiek te informeren en te waarschuwen. 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 de overtreding graag naar buiten willen brengen op het moment dat zij die had vastgesteld en het publiek daarbij willen waarschuwen, maar kon dat op grond van het huidige artikel 1:94 Wft niet doen, omdat het niet ging om een van de in dat artikel opgenomen overtredingen.

Daarom wordt voorgesteld om de toezichthouders in situaties waarin schade kan worden voorkomen de bevoegdheid te geven om alle overtredingen van voorschriften die gelden op grond van de Wft of daarop gebaseerde regelgeving en besluiten die zij hebben vastgesteld openbaar te maken. Ten opzichte van de neutrale openbaarmaking kent de waarschuwende openbaarmaking wel een inhoudelijke voorwaarde. Het moet gaan om situaties waarin openbaarmaking nodig is om het publiek snel en effectief te informeren om schade te voorkomen of beperken. In de praktijk zullen dit echter de situaties zijn waarin openbaarmaking juist het meest gewenst is. Deze bevoegdheid zal in de praktijk waarschijnlijk vaker aan de orde zijn.

De AFM en DNB kunnen het publiek en de markt zo beter informeren over geconstateerde overtredingen. Partijen kunnen hun handelen op deze informatie afstemmen. Daarmee kan schade worden voorkomen of beperkt. Het financieel toezicht en het functioneren van de financiële markten is hierbij gebaat. Schade die kan worden voorkomen is bijvoorbeeld dreigende vermogensschade van consumenten of beleggers, of schade van andere crediteuren van de betreffende instelling, maar ook 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 het bekend maken van een overtreding met 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.

Het openbaar maken van de overtredingen en het waarschuwen van het publiek is er niet alleen op gericht om 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. De openbaarmaking geeft verder inzicht in het handhavingbeleid van de toezichthouder en dient ter verantwoording van zijn handelen. 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.

Tegenover deze belangen die zijn gediend met openbaarmaking van de overtreding staan de belangen die gediend zijn met vertrouwelijkheid. Een van die belangen is het belang van de betrokkene dat informatie die op hem betrekking heeft vertrouwelijk blijft en dat er geen onjuiste informatie naar buiten komt. Aan dit belang wordt tegemoet gekomen door de rechtsbescherming die de Algemene wet bestuursrecht (Awb) en de Wft bieden. Een toelichting op de rechtsbescherming wordt gegeven in hoofdstuk 5. Ook de afweging of in het concrete geval geen sprake is van onevenredige benadeling (op grond van het voorgestelde artikel 1:95 Wft) draagt hieraan bij. Mede gezien deze waarborgen, is het openbaar maken van de overtreding onder de gestelde voorwaarden proportioneel.

Om te voorkomen dat de belangen van het toezicht die zijn gediend met vertrouwelijkheid door openbaarmaking van overtredingen worden geschaad, wordt de toezichthouders een discretionaire bevoegdheid gegeven. Zij kunnen zo zelf de afweging maken of openbaarmaking gerechtvaardigd is. Opnieuw spelen specifieke omstandigheden, opgenomen in artikel 1:95 Wft (nieuw) een rol. In dit geval gaat het dan om de omstandigheden opgenomen in de onderdelen c tot en met e:

- 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; of
- e. openbaarmaking in strijd is of zou kunnen komen met de belangen die deze wet beoogt te beschermen.

4.2 Versneld publiceren in reactie op informatie die de overtreder over overtredingen naar buiten brengt

Onderdeel van de rechtsbescherming van de Wft bij het openbaar maken van overtredingen en besluiten tot het opleggen van bestuurlijke sancties 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 gaven. Ook de AFM heeft aangegeven dat zij zich zo nu en dan geconfronteerd ziet met de situatie dat 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 de toezichthouder het publiek direct volledig informeert over de overtreding 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 namelijk ook gevolgen voor het vertrouwen in de instellingen onder toezicht en – daarmee – in de 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. Daar kan ook verkeerde beeldvorming over overtredingen door onvolledige of onjuiste mededelingen van de instelling aan bijdragen.

Artikel 1:89 Wft staat niet in de weg 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 wachttermijn of zonder wachttermijn openbaar kunnen maken. Op dit moment kan dit al op grond van artikel 1:99, derde lid, Wft 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 1:100a 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. Het belang van vertrouwen in het toezicht overstijgt in dat geval het belang van de individuele toezichthouder. De maatregel is proportioneel omdat de toezichthouder reageert op informatie die door de betrokken instelling zelf naar buiten is gebracht. De instelling kiest er daarmee zelf voor om nog voor een rechterlijke uitspraak of het verstrijken van de termijnen voor openbaarmaking door de toezichthouder naar buiten te treden. De enige manier om de verkeerde beeldvorming door onvolledige of onjuiste informatie te corrigeren is om zelf het publiek te informeren.

Bij een spoedpublicatie kan achteraf pas vastgesteld worden of het besluit waar de publicatie op ziet op juiste gronden is genomen. Als een rechter oordeelt dat dit niet het geval is, dan zou de publicatie voor schade gezorgd kunnen hebben. Zoals hierboven aangegeven, is de toegevoegde grondslag voor publicatie een reactie op het naar buiten treden door de betrokken instelling en kiest deze er zelf voor om dit te doen voordat een rechter een uitspraak heeft gedaan. Desalniettemin is het van belang dat onnodige schade wordt voorkomen. Daarom is bij de spoedpublicatie de verplichting opgenomen dat de toezichthouder de betrokken instelling in kennis stelt voorafgaand aan de spoedpublicatie. Het gaat hierbij om een inspanningsverplichting. De toezichthouder moet een redelijke inspanning hiertoe verrichten. Zo zal het bij partijen die zonder vergunning bepaalde activiteiten verrichten niet altijd mogelijk zijn om in contact te komen met de overtreder. De verplichting ziet puur op het informeren van de betrokkene. Na de inspanning hiertoe verricht te hebben, kan de toezichthouder overgaan tot publicatie. Het informeren heeft meerdere functies. De betrokkene is op de hoogte van de publicatie en kan direct diens eigen informatieverstrekking corrigeren. Daarnaast zou de betrokkene de toezichthouder per ommegaande op een kennelijke onjuistheid in de publicatie kunnen wijzen. Voor zover deze informatie onmiddellijk wordt doorgegeven aan de toezichthouder, kan de toezichthouder hier rekening mee houden. Dit beperkt het ontstaan van eventuele schade door het publiceren.

De regeling voor spoedpublicatie van waarschuwingsbesluiten en besluiten tot het opleggen van een boete of een last onder dwangsom is gelijkgetrokken met de voorgestelde regeling in de Wft.

4.3 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 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 bij openbaarmaking op grond van afdeling 1.5.2 Wft en op grond van de Wta

Als de toezichthouders informatie over afzonderlijke 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

³⁶ Zie 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, 2010–2011, 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, L 176) en deel 8, titel II van de verordening kapitaalvereisten (CRR) (verordening 575/2013, PbEU 2013, L 176)

bestuurlijke sancties openbaar te maken. Op punten wordt de positie van de belanghebbende verbeterd.

De AFM heeft ook in het kader van het toezicht op de naleving van de Wet toezicht accountantsorganisaties mogelijkheden om informatie over het toezicht openbaar te maken. Inhoudelijk komen deze mogelijkheden grotendeels overeen met de mogelijkheden die bestaan op grond van de Wft. Het gaat om openbare waarschuwingen op grond van artikel 64 Wta en besluiten tot het opleggen van een boete of een last onder dwangsom op grond van artikel 67, 68 of 69 Wta. Daarnaast kan de AFM op grond van artikel 48a Wta ook conclusies en bevindingen van beoordelingen openbaar maken en daarbij namen van individuele accountantsorganisaties noemen. Voor openbaarmaking op grond van de Wta gelden vergelijkbare procedurele voorschriften en waarborgen als voor openbaarmakingen op grond van de Wft. Om ongewenste verschillen in procedures en rechtsbescherming te voorkomen, worden de procedurele voorschriften gelijk getrokken. Voor zover dit wijzigingen tot gevolg heeft wordt dat hieronder toegelicht.

5.1 Het besluit tot openbaarmaking

Het wetsvoorstel neemt tot uitgangspunt dat de toezichthouder voorafgaand aan het openbaar maken van overtredingen of besluiten tot het opleggen van een bestuurlijke sanctie 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 duidelijkheid over rechten 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 bestaande systematiek van de Wft en de rechtspraak over openbaarmakingen op grond van artikel 1:97 Wft.³⁹

Ook voor openbaarmakingen op grond van de Wta wordt vastgelegd dat de AFM voordat zij overgaat tot openbaarmaking op grond van de artikelen 48a, 64, 67, 68 of 69 Wta, een besluit neemt tot openbaarmaking, waartegen rechtsmiddelen openstaan.

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 toezichthouder maakt een overtreding pas met een neutrale verklaring openbaar (op grond van artikel 1:94, eerste lid, Wft) als het besluit tot openbaarmaking onherroepelijk is (artikel 1:100, tweede lid, Wft (nieuw)). Naar huidig recht kan dit al eerder, namelijk vijf werkdagen nadat het besluit aan de betrokkene is bekendgemaakt. De rechtsbescherming bij de openbaarmaking van overtredingen in de vorm van een neutrale verklaring is dan ook verbeterd. Als de toezichthouder een overtreding

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

openbaar maakt met een waarschuwing, en dus om schade te voorkomen, geldt nog wel de termijn van vijf werkdagen na bekendmaking aan de betrokkene (artikel 1:100, eerste lid, Wft (nieuw)). Het verhoudt zich niet met de spoedeisende aard van de maatregel dat wordt gewacht tot het besluit tot openbaarmaking onherroepelijk is.

De wachtermijn bij de publicatie van besluiten tot het opleggen van een bestuurlijke sanctie 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 weegt mee dat belanghebbenden in grote lijnen al weten wat er gepubliceerd gaat worden, voordat zij het besluit krijgen, aangezien zij over het de motivering die aan het besluit ten grondslag ligt een zienswijze kunnen geven.

Bovenstaande wachtermijnen gelden niet in de spoedgevallen beschreven in paragraaf 4.2. In die gevallen heeft de toezichthouder de mogelijkheid om een kortere wachtermijn te geven of, indien nodig, onverwijld over te gaan tot publicatie.

Wachtermijn Wta

Bij het uitvaardigen van een waarschuwing en het openbaar maken van boetes en lasten onder dwangsom op grond van de Wta geldt naar huidig recht al een wachtermijn van vijf dagen tussen bekendmaking van het besluit aan de betrokkene en openbaarmaking. Deze wachtermijn blijft ongewijzigd. Voor het openbaar maken van bevindingen en conclusies van beoordelingen (artikel 48a Wta) wordt een wachtermijn van tien werkdagen voorgesteld. Om het beoogde effect van het publiceren van bevindingen te kunnen behalen is het van belang dat de beschikbare gegevens zo snel mogelijk openbaar worden. Zijn de gegevens verouderd dan vermindert dat de effectiviteit in de eerste plaats doordat het publiek bij het maken van keuzes minder op de gepubliceerde informatie kan afgaan. Ook zullen de publicaties de naleving minder effectief bevorderen, als instellingen waarop de bevindingen betrekking hebben zich erop kunnen beroepen dat de gegevens verouderd zijn. Deze nadelen spelen minder bij een wachtermijn van tien werkdagen, terwijl daarmee wel vergelijkbare rechtsbescherming kan worden geboden. Tien werkdagen is voor betrokkenen lang genoeg om te beoordelen of zij het besluit tot openbaarmaking willen aanvechten en openbaarmaking willen voorkomen. Daarbij weegt mee dat ook in dit geval de inhoud van het besluit tot openbaarmaking voor betrokkenen niet volledig nieuw is. Ook in de fase van het horen hebben de instellingen al inzage gehad in de openbaar te maken conclusies en bevindingen van beoordelingen. Tien werkdagen (of twee weken) is verder ook een gebruikelijke wachtermijn bij openbaar maken van onderzoeksrapporten. Zo heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS)⁴¹ in een procedure over openbaarmaking op grond van artikel 8 van de Wet openbaarheid van bestuur (Wob) onder meer geoordeeld dat een wachtermijn van tien werkdagen strookt met de verplichting tot zorgvuldige voorbereiding van een besluit (artikel 3:2 Algemene wet bestuursrecht). Ook geldt bijvoorbeeld op grond van de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt⁴² een termijn van twee weken voor openbaarmaking van toezichtinformatie

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.

⁴¹ ABRvS 15 december 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO7333, r.o. 2.5.2

⁴² Artikel 12u en 12v

door de Autoriteit Consument en Markt en zijn wetsvoorstellen aangenomen die een regeling voor openbaarmaking in de Gezondheidswet⁴³, de Jeugdwet⁴⁴, de Arbeidsomstandighedenwet⁴⁵ en de Wet arbeid vreemdelingen⁴⁶ introduceren, waarbij een termijn van tien werkdagen of twee weken wordt aangehouden.

5.3 Schorsende werking voorlopige voorziening

Belanghebbenden kunnen openbaarmaking aanvechten door een voorlopige voorziening te vragen. Dit heeft schorsende werking. De toezichthouder kan niet overgaan tot openbaarmaking totdat de voorzieningenrechter uitspraak heeft gedaan of het verzoek is ingetrokken.

Schorsende werking voorlopige voorziening Wta

Voor openbare waarschuwingen en het openbaar maken van boetes en lasten onder dwangsom is naar huidig recht al geregeld dat het vragen van een voorlopige voorziening om openbaarmaking te voorkomen schorsende werking heeft. Voorgesteld wordt dat dit ook gaat gelden voor openbaarmaking van bevindingen en conclusies van beoordelingen op grond van artikel 48a Wta.

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

In onderhavig wetsvoorstel is vastgelegd dat het horen in het kader van bezwaar tegen besluiten tot openbaarmaking en de procedure van beroep en hoger beroep hiertegen, plaatsvinden achter gesloten deuren. Dat zelfde geldt als het bezwaar, beroep of hoger beroep zich richt tegen een besluit tot het opleggen van een bestuurlijke sanctie dat openbaar wordt gemaakt. Dit geldt zolang de informatie waarop deze procedures betrekking hebben niet openbaar is gemaakt.

Gesloten deuren Wta

De regeling van gesloten deuren in het kader van een procedure van voorlopige voorziening, bezwaar, beroep of hoger beroep tegen het besluit tot openbaarmaking of – indien daarvan sprake is – het besluit tot het opleggen van een boete of een last onder dwangsom, wordt met het voorgestelde artikel 48e Wta ook van toepassing op besluiten tot het openbaar maken van conclusies en bevindingen van beoordelingen op grond van artikel 48a Wta.

⁴³ Artikel 44a. Dit artikel is op het moment van opstellen van deze memorie van toelichting nog niet in werking getreden. Het maakt onderdeel uit van de Wet van 14 november 2016 tot wijziging van de Gezondheidswet en de Jeugdwet teneinde een mogelijkheid op te nemen tot openbaarmaking van informatie over de naleving en uitvoering van regelgeving, besluiten tot het opleggen van sancties daarbij inbegrepen (Stb. 2016, 448)

⁴⁴ Artikel 9.8. Dit artikel is op het moment van opstellen van deze memorie van toelichting nog niet in werking getreden. Het maakt onderdeel uit van de Wet van 14 november 2016 tot wijziging van de Gezondheidswet en de Jeugdwet teneinde een mogelijkheid op te nemen tot openbaarmaking van informatie over de naleving en uitvoering van regelgeving, besluiten tot het opleggen van sancties daarbij inbegrepen (Stb. 2016, 448)

⁴⁵ Artikel 29b. Dit artikel is op het moment van het opstellen van deze memorie van toelichting nog niet in werking getreden. Het maakt onderdeel uit van de Wet aanpak schijnconstructies (Stb. 2015, 233)

⁴⁶ Artikel 19g. Dit artikel is op het moment van het opstellen van deze memorie van toelichting nog niet in werking getreden. Het maakt onderdeel uit van de Wet aanpak schijnconstructies (Stb. 2015, 233)

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. Als er gedeeltelijk wordt ingetrokken, herroepen of vernietigd, geldt deze verplichting voor dat gedeelte. 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.

Rectificatie Wta

Overeenkomstig de voorgestelde regeling in de Wft wordt ook voor openbaarmaking op grond van de Wta een regeling getroffen voor gevallen dat een besluit tot openbaarmaking wordt ingetrokken of vernietigd nadat openbaarmaking heeft plaatsgevonden.

5.6 Schriftelijke reactie bevindingen en conclusies Wta

In artikel 48c Wta is opgenomen dat accountantsorganisaties waarvan de namen openbaar gemaakt worden bij conclusies en bevindingen (artikel 48a Wta) een schriftelijke reactie kunnen indienen. De AFM publiceert deze reactie bij de bevindingen en conclusies van de beoordeling. Hiermee wordt de huidige praktijk in de wet vastgelegd.

6. Overige wijzigingen

Artikel 1:98 Wft

Artikel 1:98 Wft bevat een aantal uitzonderingen op de verplichting om besluiten tot het opleggen van bestuurlijke sancties openbaar te maken. Voorgesteld wordt om daaraan 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 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.

7. Verhouding met andere wetgeving

7.1 Voorschriften beroepsgeheim Europese richtlijnen en verordeningen

In artikel 1:94 Wft wordt een uitbreiding geregeld van de bevoegdheid van de AFM en DNB om overtredingen te publiceren. De AFM en DNB kunnen deze bevoegdheid inzetten bij overtredingen van voorschriften gesteld ingevolge de Wft en – via de schakelbepaling van artikel 1:3a Wft – bij overtredingen van voorschriften gesteld bij of krachtens verordeningen waarvoor zij als toezichthouder zijn aangewezen. Ook voorschriften uit de Wft zelf zijn vaak een implementatie van voorschriften uit verschillende Europese richtlijnen. Dat geldt overigens niet voor alle voorschriften uit de Wft. De Wft bevat gedeeltelijk nationaal recht, waarop Europese voorschriften over het beroepsgeheim dan ook niet van invloed zijn. In paragraaf 2.4 kwam al aan de orde dat in verschillende Europese richtlijnen en verordeningen een beroepsgeheim voor DNB en de AFM wordt voorgeschreven. Omdat de bevoegdheid van artikel 1:94 Wft van toepassing is bij het toezicht op alle (implementatie van) EU-recht

waarvoor de AFM en DNB als toezichthouder zijn aangewezen, komt de vraag op hoe deze voorschriften zich verhouden tot het wetsvoorstel. In deze paragraaf wordt daarop ingegaan en wordt toegelicht dat Europese richtlijnen en verordeningen er niet aan in de weg staan dat de AFM en DNB overtredingen openbaar maken op grond van bevoegdheden die zij met dit wetsvoorstel krijgen.

Voor het overzicht zijn de relevante richtlijnen en verordeningen – voor dit wetsvoorstel zijn er 31 geanalyseerd – in vier categorieën onderverdeeld. De eerste categorie betreft Europese regelgeving die geen voorschriften over het beroepsgeheim bevat. De tweede categorie bevat wel voorschriften over het beroepsgeheim, maar daarnaast ook een clausule die in het algemeen uitzondering daarop in nationale regelgeving toestaat. De derde categorie bevat ook het beroepsgeheim, maar tegelijkertijd een expliciet voorschrift dat toezichthouders overtredingen openbaar moeten kunnen maken. Tot slot is er een vierde categorie waarbij het beroepsgeheim is geregeld en uit het systeem een grondslag volgt om overtredingen openbaar te maken. Hieronder wordt nader ingegaan op deze categorieën en het openbaar maken van overtredingen. Voorafgaand wordt voor de context een aantal algemene opmerkingen gemaakt over de Europese regimes met betrekking tot het beroepsgeheim.

Algemene opmerkingen

Over de openbaarmaking van gegevens door de AFM en DNB in relatie tot Europees recht is een aantal opmerkingen en nuanceringen te maken.

Allereerst verschilt de formulering van de voorschriften over het beroepsgeheim in de verschillende Europese wetgeving. Vaak wordt in elk geval voorgeschreven dat werknemers van toezichthouders vertrouwelijke gegevens die zij in het kader van het toezicht op de richtlijn of verordening verkrijgen niet aan andere personen of autoriteiten bekend mogen maken. De richtlijnen en verordeningen verschillen vervolgens sterk van elkaar voor wat betreft het detailniveau waarop de mogelijke uitzonderingen op dit beroepsgeheim zijn geregeld, de ruimte om op nationaal niveau nog aanvullende uitzonderingen te maken en de voorschriften om bepaalde informatie juist wel openbaar te maken. De bestaande verschillen zijn deels te verklaren door het moment van totstandkoming van de regelgeving. Er is in de eerste plaats een trend waarneembaar dat steeds specifiekere en uitputtender wordt geregeld wat toezichthouders met toezichtinformatie mogen doen. Dit beperkt de mogelijkheden om in aanvulling daarop in nationaal recht regels over het gebruik van informatie – zoals het openbaar maken van overtredingen – vast te stellen. Tegelijkertijd komen er steeds meer voorschriften over de handhaving van EU richtlijnen en verordeningen, waaronder ook voorschriften over het openbaar maken van overtredingen en voorschriften over het publiceren van besluiten tot het opleggen van sancties. Hierdoor worden de mogelijkheden om overtredingen openbaar te maken dus weer vergroot. De datum van een richtlijn of verordening kan echter niet altijd dienen als verklaring voor bestaande verschillen. Dit maakt dat de daadwerkelijke mogelijkheden om uitzonderingen op het beroepsgeheim te maken aan interpretatie onderhevig zijn.

Verder is van belang dat geen duidelijkheid bestaat over de reikwijdte van het beroepsgeheim in Europese richtlijnen en verordeningen. Zo geldt het beroepsgeheim voor «vertrouwelijke gegevens», maar wordt niet expliciet bepaald of toegelicht welke gegevens dit betreft. Het is goed mogelijk dat bijvoorbeeld informatie over overtredingen geen «vertrouwelijke

gegevens» zijn in de zin van de voorschriften over het beroepsgeheim.⁴⁷ In het licht van de achtergrond van het beroepsgeheim – de samenwerking tussen toezichthouders, zoals toegelicht in paragraaf 2.4 – is het immers goed mogelijk dat het beroepsgeheim dat wordt voorgeschreven alleen betrekking heeft op informatie die (direct) van instellingen onder toezicht is verkregen en niet op oordelen van de toezichthouder, zoals het oordeel dat een overtreding is begaan en door wie. Een aanknopingspunt voor deze lezing is dat de richtlijnen en verordeningen niet expliciet regelen hoe het beroepsgeheim zich verhoudt tot de mogelijkheden en verplichtingen om informatie over overtredingen openbaar te maken. Ook hier past wel de nuance dat aan kleine verschillen in bewoordingen of het ontbreken van verwijzingen niet teveel waarde moet worden gehecht. Er blijven altijd verschillen over die niet goed verklaarbaar zijn. Ook is goed mogelijk dat het antwoord op de vraag wat «vertrouwelijk» is afhangt van een belangenafweging in het concrete geval. Aanknopingspunten voor deze lezing zijn te vinden in rechtspraak over het beroepsgeheim van de Europese Commissie in het kader van haar taken als toezichthouder op het gebied van mededingingsrecht.⁴⁸ In algemene zin betekent dit alles dat niet per definitie voor alle informatie die een toezichthouder openbaar wil maken een grondslag in Europees recht vereist is.

Voor de uitleg van de Europese regelgeving is tot slot relevant dat ook op Europees niveau een trend waarneembaar is richting meer openheid over het toezicht op de financiële markten.

In het licht van het voorgaande wordt hieronder per categorie besproken dat het openbaar maken van overtredingen mogelijk is.

Categorie 1: geen voorschriften over het beroepsgeheim

Een aantal richtlijnen en verordeningen bevat geen voorschriften over een beroepsgeheim. Voorbeelden zijn:

- richtlijn verkoop op afstand van financiële diensten⁴⁹;
- richtlijn consumentenkrediet⁵⁰;
- richtlijn depositogarantiestelsels⁵¹;
- verordening centrale effectenbewaarinstanties⁵²;
- verordening betaaldiensten⁵³;

⁴⁷ Vergelijk P.W.G.F. ten Westeneind, «Geheimhouding en publicatie in de Wet op het financieel toezicht: een nieuwe balans?», *Tijdschrift voor financieel recht*, 2006-9

⁴⁸ Vergelijk ook de uitspraak Evonik Degussa GmbH tegen Europese Commissie, Gerecht 28 januari 2015, T-341/12 (ECLI:EU:T:2015:51), die op dit punt in hoger beroep bevestigd is (HvJEU 14 maart 2017, C-162/15 P, ECLI:EU:C:2017:205)

⁴⁹ richtlijn 2002/65/EG van het Europees parlement en de Raad van 23 september 2002 betreffende de verkoop op afstand van financiële diensten aan consumenten en tot wijziging van de Richtlijnen 90/619/EEG, 97/7/EG en 98/27/EG van de Raad (Publicatieblad Nr. L 271 van 09/10/2002 blz. 0016–0024);

⁵⁰ richtlijn 2008/48/EG van het Europees parlement en de Raad van 23 april 2008 inzake kredietovereenkomsten voor consumenten en tot intrekking van Richtlijn 87/102/EEG van de Raad (PbEU 2008, L 133)

⁵¹ richtlijn nr. 2014/49/EU van het Europees parlement en de Raad van 16 april 2014 inzake de depositogarantiestelsels (herschikking) (PbEU L 2014, L 173)

⁵² 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 effectenbewaarinstanties en tot wijziging van Richtlijnen 98/26/EG en 2014/65/EU en Verordening (EU) nr. 236/2012 (PbEU 2014, L 257);

⁵³ verordening (EU) nr. 260/2012 van het Europees parlement en de Raad van 14 maart 2012 tot vaststelling van technische en bedrijfsmatige vereisten voor overmakingen en automatische afschrijvingen in euro en tot wijziging van Verordening (EG) nr. 924/2009 (PbEU 2012, L 94);

- verordening essentiële-informatiedocumenten voor verpakte retailbeleggingsproducten en verzekeringsgebaseerde beleggingsproducten⁵⁴;
- verordening afwikkelingsvergoedingen voor op kaarten gebaseerde betalingstransacties⁵⁵;
- verordening Europese langetermijnbeleggingsinstellingen⁵⁶.

Omdat deze regelgeving geen beroepsgeheim bevat, is het mogelijk om op nationaal niveau te regelen dat de toezichthouder openbaar mag maken dat hij een overtreding van een voorschrift uit een van deze richtlijnen of verordeningen heeft geconstateerd.

Categorie 2: wel voorschriften beroepsgeheim en een algemene uitzonderingsclausule

Van de richtlijnen en verordeningen die wel een beroepsgeheim voorschrijven, bevat een aantal een clausule die het in het algemeen mogelijk maakt nationaal uitzonderingen op dat beroepsgeheim te regelen. Het gaat dan om de clausule dat gegevens geheim moeten blijven «tenzij op grond van wettelijke bepalingen (van een lidstaat)». Ook wordt wel bepaald dat het beroepsgeheim «de bevoegde autoriteiten niet belet vertrouwelijke gegevens uit te wisselen of door te geven in overeenstemming met het nationaal recht».⁵⁷ Deze clausule maakt het mogelijk om de toezichthouder in nationaal recht de bevoegdheid te geven om bepaalde vertrouwelijke informatie te delen.

De volgende richtlijnen en verordeningen bevatten een dergelijke bepaling:

- richtlijn prospectus⁵⁸ (artikel 22, eerste lid);
- richtlijn transparantie⁵⁹ (artikel 25, eerste lid);
- richtlijn hypothecair krediet⁶⁰ (artikel 5, tweede lid);
- richtlijn markten in financiële instrumenten II⁶¹ (artikel 76, vijfde lid);

⁵⁴ verordening (EU) nr. 1286/2014 van het Europees parlement en de Raad van 26 november 2014 over essentiële-informatiedocumenten voor verpakte retailbeleggingsproducten en verzekeringsgebaseerde beleggingsproducten (PRIIP's) (PbEU 2014, L 352)

⁵⁵ verordening (EU) nr. 2015/751 van het Europees parlement en de Raad van 29 april 2015 betreffende afwikkelingsvergoedingen voor op kaarten gebaseerde betalingstransacties (PbEU 2015, L 123)

⁵⁶ verordening (EU) 2015/760 van het Europees parlement van het Europees parlement en de Raad van 29 april 2015 betreffende Europese langetermijnbeleggingsinstellingen (PbEU 2015, L 123)

⁵⁷ In plaats van de woorden uitwisselen (exchange) en doorgeven (transmit) wordt in een vergelijkbare context ook de woorden «verspreiden» (divulge) en «verstrekken» (disclose) gebruikt. Aan het precieze woordgebruik kan ons inziens dan ook niet teveel waarde worden gehecht. Daarbij weegt ook de twijfel over de reikwijdte mee: het feit dat er geen expliciete uitzonderingsmogelijkheid is voor het openbaar maken van overtredingen, terwijl dit in veel richtlijnen of verordeningen wel expliciet wordt toegestaan is te zien als een argument dat het beroepsgeheim niet ziet op die informatie.

⁵⁸ richtlijn (EG) nr. 2003/71 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 2003, L 345)

⁵⁹ 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).

⁶⁰ richtlijn 2014/17/EU van het Europees parlement en de Raad van 4 februari 2014 inzake kredietovereenkomsten voor consumenten met betrekking tot voor bewoning bestemde onroerende goederen en tot wijziging van de Richtlijnen 2008/48/EG en 2013/36/EU en Verordening (EU) nr. 1093/2010 (PbEU 2014, L 60).

⁶¹ 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).

- richtlijn betaalrekeningen⁶² (artikel 21, tweede lid);
- richtlijn openbaar bod⁶³ (artikel 4, derde lid);
- verordening groothandelsmarkt voor energie⁶⁴ (artikel 17, derde lid);
- verordening EMIR⁶⁵ (artikel 83, vijfde lid);
- verordening marktmisbruik⁶⁶ (artikel 27, derde lid);
- verordening SFTR⁶⁷ (artikel 18, vijfde lid);
- verordening benchmarks⁶⁸ (artikel 48, derde lid).

Deze richtlijnen en verordeningen geven een algemene mogelijkheid voor uitzonderingen in nationaal recht en staan er dan ook niet aan in de weg dat overtredingen openbaar worden gemaakt.

Categorie 3: wel voorschriften beroepsgeheim en daarnaast een expliciete grondslag om overtredingen openbaar te maken

Van de richtlijnen en verordeningen die wel voorschriften over het beroepsgeheim bevatten, maar geen clause die in het algemeen een nationale regeling mogelijk maakt, bevat een aantal een specifieke regeling over het openbaar maken van overtredingen. Zo bevatten de richtlijnen kapitaalvereisten (CRD IV)⁶⁹ (in artikel 66, tweede lid, onderdeel a en artikel 67, tweede lid, onderdeel a), herstel en afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen (BRRD)⁷⁰ (in artikel 111, tweede lid, onderdeel a), instellingen voor collectieve belegging in effecten (icbe's)⁷¹ (in artikel 99, zesde lid, onderdeel a) en verzekeringsdistributie (IDD)⁷² (in

⁶² richtlijn 2014/92/EU van het Europees parlement en de Raad van 23 juli 2014 betreffende de vergelijkbaarheid van de in verband met betaalrekeningen aangerekende vergoedingen, het overstappen naar een andere betaalrekening en de toegang tot betaalrekeningen met basisfuncties (PbEU 2014, L 257).

⁶³ 2004/25/EG van het Europees parlement en de Raad van 21 april 2004 betreffende het openbaar overnamebod (PbEU 2004, L 142)

⁶⁴ verordening (EU) nr. 1227/2011 van het Europees parlement en de Raad van 25 oktober 2011 betreffende de integriteit en transparantie van de groothandelsmarkt voor energie (PbEU 2011, L 326), alsmede de door de Europese Commissie vastgestelde gedelegeerde en uitvoeringshandelingen op grond van verordening 1227/2011 (PbEU 2011, L 326)

⁶⁵ verordening (EU) nr. 648/2012 van het Europees parlement en de Raad van 4 juli 2012 betreffende otc-derivaten, centrale tegenpartijen en transactieregisters Voor de EER relevante tekst (PbEU 2012, L 201)

⁶⁶ 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).

⁶⁷ verordening (EU) 2015/2365 van het Europees parlement en de Raad van 25 november 2015 betreffende de transparantie van effectenfinancieringstransacties en van hergebruik en tot wijziging van Verordening (EU) nr. 648/2012 (PbEU 2015, L 337).

⁶⁸ verordening benchmarks (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).

⁶⁹ 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, L 176).

⁷⁰ richtlijn nr. 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).

⁷¹ richtlijn 2009/65/EG van het Europees parlement en de Raad van 13 juli 2009 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende bepaalde instellingen voor collectieve belegging in effecten (PbEU 2009, L 302)

⁷² richtlijn (EU) 2016/97 van het Europees parlement en de Raad van 20 januari 2016 betreffende verzekeringsdistributie (PbEU 2016, L26).

artikel 33, tweede lid, onderdeel a), een bepaling die voorschrijft dat de toezichthouder de bevoegdheid heeft om overtredingen openbaar te maken. In sommige gevallen worden daarbij specifieke overtredingen genoemd waarvoor de toezichthouders over deze bevoegdheid *moeten* beschikken.

De genoemde bepalingen zijn onderdeel van artikelen uit de richtlijnen die gaan over bevoegdheden van toezichthouders in het kader van het toezicht in het algemeen (toezichtbevoegdheden) of bij overtredingen (bevoegdheden tot het opleggen van administratieve sancties of andere administratieve maatregelen). Deze bepalingen hebben het karakter van minimumharmonisatie. Zij dienen om te verzekeren dat toezichthouders in de verschillende lidstaten in elk geval in daar genoemde gevallen over bepaalde bevoegdheden beschikken. Het karakter van minimumharmonisatie uit zich op twee manieren (1) bij welke overtredingen de toezichthouder de voorgeschreven bevoegdheden *ten minste* moet kunnen inzetten en (2) welke bevoegdheden de aangewezen toezichthouder in die gevallen *ten minste* moet hebben. Bij de genoemde overtredingen moet de toezichthouder dan ook in elk geval de genoemde bevoegdheden – zoals het openbaar maken van die overtreding – kunnen inzetten. In die gevallen kunnen aan de toepassing van die bevoegdheden ook geen andere voorwaarden worden gesteld dan de richtlijn of verordening toelaat. Met betrekking tot de genoemde overtredingen is dit dan ook zo in de Wft geïmplementeerd in artikel 1:94, eerste lid (nieuw).

Het staat de lidstaten vrij om hun toezichthouders aanvullende bevoegdheden (bijvoorbeeld andere bevoegdheden, hogere boetes) toe te kennen of de genoemde bevoegdheden toe te kennen voor meer overtredingen. Omdat lidstaten niet verplicht zijn die bevoegdheden toe te kennen kunnen zij – als zij dat doen – daaraan ook zelf voorwaarden verbinden.

Door mogelijk te maken dat de AFM en DNB alle overtredingen van voorschriften ingevolge de Wft openbaar maken in spoedeisende gevallen, wordt gebruik gemaakt van de ruimte die hier wordt geboden. Het toepassen van de bevoegdheid wordt mogelijk gemaakt voor meer soorten overtredingen, maar daaraan wordt dan wel de voorwaarde gesteld dat het informeren van het publiek dient om schade te voorkomen.

Categorie 4: wel voorschriften beroepsgeheim en een grondslag om overtredingen openbaar te maken die uit het systeem volgt

In een aantal van de richtlijnen en verordeningen waarin het beroepsgeheim is geregeld, bestaat geen algemene of expliciete grondslag om overtredingen openbaar te kunnen maken. In die richtlijnen en verordeningen zijn echter wel algemene bepalingen over toezichtbevoegdheden

opgenomen.⁷³ Die bepalingen schrijven voor dat lidstaten moeten zorgen dat toezichthouders voldoende bevoegdheden moeten hebben en sancties moeten kunnen opleggen. Anders dan in de hiervoor beschreven richtlijnen, wordt daarbij niet gespecificeerd welke sancties dat moeten zijn. Dit kan deels worden verklaard doordat het wat oudere richtlijnen betreft. Het specificeren van de bevoegdheden in Europese wetgeving op het gebied van financiële markten komt op vanaf 2014 (in de richtlijn kapitaalvereisten) en is daarna in veel richtlijnen en verordeningen overgenomen.⁷⁴ De bevoegdheid om overtredingen openbaar te maken is daarbij standaard onderdeel van het voorgeschreven «pakket». Uit het feit dat zelfs in richtlijnen en verordeningen waarin een strikt beroepsgeheim is voorgeschreven in recente jaren mogelijkheden zijn opgenomen om overtredingen openbaar te maken, kan redelijkerwijs worden afgeleid dat deze bevoegdheid breed geaccepteerd is en past binnen het gesloten stelsel van het beroepsgeheim. Dit betekent dat een algemene grondslag om toezichthouders toezichtbevoegdheden toe te kennen lidstaten de vrijheid geeft om de bevoegdheid tot het openbaar maken van overtredingen toe te kennen. Deze uitleg past ook in het licht van de toenemende roep om transparantie en de trend richting transparanter financieel toezicht in Europees verband.

Publicatie kerncijfers

Ook de publicatie van kerncijfers van banken door DNB is niet in strijd met voorschriften voor het beroepsgeheim, aangezien DNB daarbij alleen gegevens publiceert die al eerder door de banken zelf openbaar zijn gemaakt.

⁷³ Het gaat om:

- artikel 34 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, L 335)
- artikel 8 richtlijn verzekeringsbemiddeling (richtlijn (EG) nr. 2002/92 van het Europees parlement en de Raad van de Europese Unie van 9 december 2002 betreffende verzekeringsbemiddeling, PbEG 2003, L 9)
- artikel 103 richtlijn betaaldiensten (richtlijn (EU) 2015/2366 van het Europees parlement en de Raad van 25 november 2015 betreffende betalingsdiensten in de interne markt, houdende wijziging van de Richtlijnen 2002/65/EG, 2009/110/EG en 2013/36/EU en Verordening (EU) nr. 1093/2010 en houdende intrekking van Richtlijn 2007/64/EG, PbEU 2015, L 337),
- artikel 48 richtlijn beheerders van alternatieve beleggingsinstellingen (richtlijn (EU) 2011/61 van het Europees parlement en de Raad van de Europese Unie van 8 juni 2011 inzake beheerders van alternatieve beleggingsinstellingen en tot wijziging van de Richtlijnen 2003/41/EG en 2009/65/EG en van de Verordeningen (EG) Nr. 1060/2009 en (EU) Nr. 1095/2010, PbEU 2011, L 174);
- artikel 41 verordening short selling (verordening (EU) nr. 236/2012 van het Europees parlement en de Raad van 14 maart 2012 betreffende short selling en bepaalde aspecten van kredietverzuimswaps, PbEU 2012, L 86).;
- artikel 19–21 verordening sociaalondernemerschapsfondsen (verordening (EU) nr. 346/2013 van het Europees parlement en de Raad van 17 april 2013 inzake Europese sociaalondernemerschapsfondsen, PbEU 2013, L 115);
- artikel 20–22 verordening durfkapitaalfondsen (verordening (EU) nr. 345/2013 van het Europees parlement en de Raad van 17 april 2013 betreffende Europese durfkapitaalfondsen, PbEU 2013, L 115);
- artikel 36 verordening ratingbureaus (verordening (EG) nr. 1060/2009 van het Europees parlement en de Raad van 16 september 2009 inzake ratingbureaus, PbEU 2009, L 302).

⁷⁴ Zie hierover ook het rapport van de Europese Commissie «Reinforcing sanctioning regimes in the financial services sector», COMM(2010) 716.

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

De verordening banktoezicht⁷⁵ 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 toezichtstaken.

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 in het voorgestelde artikel 1:94 Wft 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

⁷⁵ 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, L 287)

toepassing zijn.⁷⁶ Voor zover de bevoegdheden van dit wetsvoorstel een reactie zijn op overtredingen is deze discussie relevant. In het kader van de introductie van het huidige artikel 1:94 Wft heeft de wetgever 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 Afdeling advisering van de Raad van State in haar advies over dit artikel.⁷⁷ In de wetsgeschiedenis is 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 voor betrokkenen terwijl er nauwelijks waarschuwendende werking vanuit gaat⁷⁸. 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.⁷⁹ Dat geldt nog sterker voor de rechtsbescherming wordt geregeld bij openbaarmaking van verklaringen over overtredingen. In dat geval 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 EVRM en artikel 10 van de Grondwet (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, 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

⁷⁶ 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.

⁷⁷ Kamerstukken II 2005/06, 29 708, nr. 20, blz. 28 of advies W 06.04.0559/IV.

⁷⁸ Kamerstukken II 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 417

⁷⁹ V.zr. Rb. Rotterdam 3 september 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BF1175, Cbb 11 februari 2013, ECLI:NL:CBB:2013:BZ1864

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 de bedrijfsnaam van de overtreder 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 het voorgestelde artikel 1:94 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 voorgestelde 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 het specifieke doel besproken en hoe die bevoegdheid bijdraagt 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 doel van de waarschuwing of het informatieve doel van de verklaring niet worden bereikt. Zonder te weten waar voor wordt gewaarschuwd of wie een overtreding heeft begaan, heeft de publicatie immers geen effect. Een en ander maakt de openbaarmaking van persoonsgegevens noodzakelijk voor een goede vervulling van de publiekrechtelijke taak van de toezicht-

houders (in de zin van artikel 8, onderdeel e, van de Wbp en artikel 6, eerste lid, onderdeel e, Algemene Verordening Gegevensbescherming⁸⁰).

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 1:95, 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 de urgente gevallen van de spoedpublicatie – vooraf 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

Het overgangsrecht voorziet erin dat de wijzigingen niet gelden voor besluiten die voor inwerkingtreding van deze wet zijn genomen. Ook in het kader van bezwaar, beroep en hoger beroep tegen deze besluiten en in het geval van herroeping in dat kader, blijft voor wat betreft de publicatie het recht gelden zoals dat gold op het moment dat het besluit werd genomen. De wijzigingen van artikel 48a en de nieuwe artikelen 48b tot en met 48e gelden niet voor publicatie van conclusies en bevindingen waarvan al voor het inwerkingtreden van deze wet een afschrift aan de accountantsorganisatie is verstrekt.

10. Consultatie

10.1 Openbare consultatie algemeen

Van 22 juni tot 12 augustus 2016 is dit wetsvoorstel ter consultatie voorgelegd via www.internetconsultatie.nl. Reacties zijn ontvangen van de Association of Proprietary Traders (APT), Adfiz, Allen & Overy LLP (A&O), Dutch Fund and Asset Management Association (DUFAS), Eumedion, Euronext, Koninklijke Nederlandse Beroepsorganisatie van

⁸⁰ verordening (EU) 2016/679 van het Europees parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (PbEU 2016, L 119)

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 meerdere partijen⁸¹ verzocht om in de wet of de toelichting nader in te gaan op het doel van de verschillende publicatiemogelijkheden en vroeg een aantal partijen⁸² 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 1.5.2.⁸³ 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.

Hieronder zal worden ingegaan op de reacties die niet tot wijziging van de wettekst of de memorie van toelichting hebben geleid, voor zover de reacties relevant waren voor dit wetsvoorstel. Verschillende partijen hebben opmerkingen gemaakt over het voorstel om de toezichthouders de bevoegdheid te geven «vergelijkbare resultaten» te publiceren. Aangezien deze bevoegdheid geen onderdeel meer uitmaakt van dit wetsvoorstel, zijn deze opmerkingen voor deze toelichting niet langer relevant.

11.2 Algemene reacties

De APT, 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 reden 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

Een aantal partijen heeft geuit dat zij liever zouden zien dat de bevoegdheden om waarschuwingen en verklaringen uit te vaardigen 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

⁸¹ Adfiz, A&O, DUFAS, Eumedion, NVB, OFD, SWft, VBiN, VNO-NCW, VvV

⁸² Adfiz, DUFAS, Eumedion, NVB, VBiN

⁸³ A&O, DUFAS, Euronext, NVB, NvF, OFD, Pellicaan Advocaten, SWft, VBiN, VvV.

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).

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.

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 aanleiding om een dergelijke verstrekkende bevoegdheid toe te kennen.

10.4 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 marktmisbruik⁸⁴, dat de toezichthouder de mogelijkheid moet hebben om het publiek juist en volledig te informeren.

10.5 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

⁸⁴ Verordening marktmisbruik (verordening 596/2014, PbEU 2014, L 173)

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

10.6 Overige advisering

Het wetsvoorstel is verder voor advies aangeboden aan de Autoriteit Persoonsgegevens (AP) 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.

Het advies van de AP heeft betrekking op de toelichting bij de wijzigingen van de Wta, de Pensioenwet en de Wet verplichte beroepspensioenregeling⁸⁵. De wijzigingen van de Pensioenwet en de Wet verplichte beroepspensioenregeling maken geen onderdeel meer uit van het wetsvoorstel.

Voor wat betreft de Wta adviseert de AP om de zitting achter gesloten deuren en de rectificatie op dezelfde wijze te regelen als in de Wft. Aan dat advies is gehoor gegeven. De rechtsbescherming bij openbaarmakingen op grond van de Wta is in zijn geheel gelijk getrokken met de rechtsbescherming die bestaat bij openbaarmakingen op grond van de Wft.

⁸⁵ Ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer

ARTIKELSGEWIJS

Artikel I

A

De artikelen 1:94 Wft en 1:95 Wft worden met dit wetsvoorstel opnieuw vastgesteld. Het huidige artikel 1:94 Wft bevat een regeling voor het openbaar maken van overtredingen in de vorm van een openbare waarschuwing of in de vorm van een neutrale verklaring. Het voorgestelde artikel 1:94 Wft vervangt deze regeling.

De waarborgen bij openbaarmaking in het huidige artikel 1:95 Wft worden met dit wetsvoorstel ondergebracht in artikel 1:99 e.v. Wft.

Wijziging artikel 1:94 Wft, uitbreiding waarschuwingsbevoegdheid

Het huidige artikel 1:94 Wft bevat een regeling voor het openbaar maken van een beperkte groep overtredingen. De toezichthouders kunnen deze overtredingen openbaar maken in de vorm van een neutrale verklaring of in de vorm van een openbare waarschuwing. De regeling noemt deze twee vormen van openbaarmaking, maar maakt verder geen onderscheid; zij kunnen in dezelfde gevallen en onder dezelfde voorwaarden worden ingezet.

Het voorgestelde artikel 1:94 Wft maakt dit onderscheid wel. Het benoemt een beperkte groep overtredingen die de toezichthouders op grond van het eerste lid openbaar kunnen maken zonder nadere inhoudelijke voorwaarden en regelt daarnaast dat alle overtredingen (ook) openbaar gemaakt kunnen worden als dat nodig is om het publiek snel en effectief te informeren en daarmee schade te voorkomen.

Artikel 1:94, eerste lid, Wft

Net als op grond van het huidige artikel 1:94 Wft is in het eerste lid van artikel 1:94 geregeld dat de toezichthouder bepaalde overtredingen in beginsel altijd openbaar kan maken. Over deze bevoegdheid dient de toezichthouder te beschikken op grond van de volgende artikelen uit Europese richtlijnen en verordeningen:

- artikel 66, tweede lid en artikel 67, tweede lid, richtlijn kapitaalvereisten⁸⁶ (onderdeel a);
- artikel 111, tweede lid, onderdeel a, richtlijn herstel en afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen⁸⁷ (onderdeel b);
- artikel 99, zesde lid, onderdeel a, richtlijn instellingen voor collectieve belegging in effecten⁸⁸ (onderdeel c);

⁸⁶ richtlijn kapitaalvereisten (CRD IV) (richtlijn 2013/36/EU, PbEU 2013, L 176)

⁸⁷ 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)

⁸⁸ 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)

- artikel 69, tweede lid, onderdeel q, en artikel 70, zesde lid, onderdeel a, van de richtlijn markten voor financiële instrumenten 2014⁸⁹ (onderdeel d);
- artikel 32, tweede lid, onderdeel a, richtlijn verzekeringsdistributie⁹⁰ (onderdeel e);
- artikel 21, derde lid, richtlijn prospectus⁹¹ (onderdeel f);
- artikel 24, vierde lid, onderdeel g en artikel 28b, onderdeel a, richtlijn transparantie⁹² (onderdeel g);
- artikel 63, tweede lid, onderdeel a, verordening centrale effectenbewaarinstanties⁹³;
- artikel 30, tweede lid, onderdeel c, verordening marktmisbruik⁹⁴.

In de onderdelen a tot en met h van het eerste lid zijn de voorschriften genoemd die volgen uit richtlijnen die in de Wft zijn geïmplementeerd. Overtredingen van de voorschriften genoemd in de onderdelen a, b, f en g kunnen ook op grond van artikel 1:94 Wft (oud) al bekend gemaakt worden. Voor overtredingen van voorschriften genoemd in de onderdelen c, d en e kan dit deels ook op grond van artikel 1:94, eerste lid, Wft (oud). Voor volledige implementatie van de richtlijn instellingen voor collectieve belegging in effecten, de richtlijn markten voor financiële instrumenten 2014 en de richtlijn verzekeringsdistributie is de opsomming van voorschriften met dit wetsvoorstel aangevuld.

Naast de genoemde voorschriften uit de Wft, kunnen op grond van onderdeel h 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 waarvoor de AFM of DNB als toezichthouder is aangewezen.⁹⁵ In elk geval zullen op grond van dit onderdeel voorschriften uit de verordening centrale effectenbewaarinstanties en voorschriften uit de verordening marktmisbruik worden aangewezen in het Besluit uitvoering EU-verordeningen. Overtredingen van deze voorschriften kunnen nu openbaar gemaakt worden op grond van artikel 1:94, tweede lid, onderdeel b, Wft (oud) respectievelijk artikel 7 Besluit uitvoering EU-verordeningen.

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.

⁸⁹ 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)

⁹⁰ richtlijn (EU) 2016/97 van het Europees parlement en de Raad van 20 januari 2016 betreffende verzekeringsdistributie (PbEU 2016, L 26)

⁹¹ 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)

⁹² richtlijn 2004/109, PbEU 2004, L 390, laatst gewijzigd bij richtlijn 2013/50, PbEU 2013, L 294

⁹³ 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 effectenbewaarinstanties en tot wijziging van Richtlijnen 98/26/EG en 2014/65/EU en Verordening (EU) nr. 236/2012, PbEU 2014, L 257)

⁹⁴ 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)

⁹⁵ Zoals de hiervoor genoemde verordening centrale effectenbewaarinstanties

In het tweede lid is de bevoegdheid geregeld om een overtreding openbaar te maken met als doel het publiek te waarschuwen. Deze bevoegdheid bestaat al voor verbodsbepalingen (partijen die handelen zonder de vereiste vergunning, ontheffing of vrijstelling), een aantal verboden van de toezichthouders⁹⁶ en een aantal overtredingen waarvoor op grond van een Europese richtlijn of verordening⁹⁷ 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 ingevolge 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 is 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 ingevolge deze wet, zodat ook overtredingen van deze verboden onder de reikwijdte van het tweede lid vallen.

Als voorwaarde voor de openbaarmaking op grond van het tweede lid geldt dat dit naar het oordeel van de toezichthouder nodig moet zijn om het publiek snel en effectief te informeren en dat daarmee schade kan worden voorkomen of beperkt. In de algemene toelichting kwam al aan de orde dat het begrip schade ruim opgevat moet worden.

Ten opzichte van het huidige artikel 1:94 Wft is de redactie aangepast. Daarmee is geen inhoudelijke wijziging beoogd. De toezichthouders kunnen zowel bij het publiceren van een waarschuwing op grond van het huidige 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, tweede lid, Wft is verduidelijkt dat in elk geval de overtreder en de overtreding genoemd kunnen worden. Verder bepaalt het huidige artikel 1:94 Wft dat overwegingen alleen vermeld worden «indien nodig». In het voorgestelde tweede lid volgt dit uit het feit dat de toezichthouder de waarschuwing zelf vorm kan geven, waarbij hij rekening moet houden met artikel 1:95 Wft.

Het voorgestelde artikel 1:95 Wft benoemt een aantal omstandigheden die de toezichthouder dient af te wegen voordat hij in een concreet geval overgaat tot het openbaar maken van een overtreding. 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.⁹⁸

De toezichthouders wegen op grond van artikel 1:95 Wft af, of de genoemde omstandigheden in een concreet geval zwaarder wegen dan het belang van openbaarmaking van de overtreding. Onderdelen a en b zien daarbij op belangen van de individuele belanghebbende. De

⁹⁶ 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

⁹⁷ zie de opsomming bij de toelichting op artikel 1:94a

⁹⁸ 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)

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).

B

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 en 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. De achtergrond van deze wijziging is in hoofdstuk 6 van de algemene toelichting beschreven.

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.

«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.

C en D

In de artikelen 1:99, 1:100 en 1:101 Wft is de rechtsbescherming bij openbaarmaking verduidelijkt zoals in hoofdstuk 5 van het algemeen deel beschreven.

Artikel 1:99

In artikel 1:99 Wft wordt vastgelegd dat aan een openbaarmaking op grond van artikel 1:94 of 1:97 Wft altijd een besluit vooraf gaat. Voor wat betreft openbaarmaking van het besluit tot het opleggen van een bestuurlijke sanctie is dat naar huidig recht niet expliciet vastgelegd in de wet. In de rechtspraak⁹⁹ is echter wel aangenomen dat de openbaarmaking van het besluit tot een bestuurlijke sanctie een besluit tot openbaarmaking vergt, zodat (ook) tegen dat besluit bestuursrechtelijke rechtsbescherming openstaat.

Het eerste lid heeft betrekking op *openbaarmaking* op grond van artikel 1:94 of 1:97 Wft. 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

⁹⁹ 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

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.

Het tweede lid regelt dat de toezichthouders de niet hoeven te horen, als zij zijn adresgegevens niet kunnen achterhalen. Dit is nu geregeld in artikel 1:95, derde lid, Wft.

Artikel 1:100

Artikel 1:100 Wft bevat verschillende procedurele voorschriften voor openbaarmaking op grond van afdeling 1.5.2. Het artikel regelt allereerst de wachttermijn die geldt voor openbaarmaking op grond van artikel 1:94 of 1:97 Wft. Dit is naar huidig recht geregeld in artikel 1:99, eerste lid, Wft. Het voorgestelde artikel 1:100, eerste lid, Wft bepaalt dat de wachttermijn bij openbaarmaking op grond van artikel 1:94, tweede lid, Wft (nieuw) en 1:97 Wft vijf werkdagen is. Deze wachttermijn 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 het moment dat de wachttermijn begint een ander moment zijn dan het moment dat het besluit tot het opleggen van de sanctie wordt genomen. Twee voorbeelden.

- Als de AFM of DNB een aanwijzing geeft, 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 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 oplegt, 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 overtreding pas op grond van artikel 1:94, eerste lid, Wft openbaar wordt gemaakt als het besluit tot openbaarmaking onherroepelijk is.

Tijdens de wachttermijn kan de belanghebbende een voorlopige voorziening instellen. In dat geval kan de toezichthouder pas overgaan tot openbaarmaking als de voorzieningenrechter uitspraak heeft gedaan (artikel 1:100, derde lid, Wft). Deze bepaling is naar huidig recht opgenomen in artikel 1:99, tweede lid, Wft. De redactie is iets aangepast en in lijn gebracht met de formulering die wordt gebruikt in de Wta. Daarbij is de zinsnede «of dat verzoek is ingetrokken» vervallen, omdat in dat geval al niet wordt voldaan aan de voorwaarde dat een verzoek tot een voorlopige voorziening is ingesteld, zodat de bepaling hoe dan ook niet van toepassing is en het de toezichthouder vrijstaat over te gaan tot publicatie.

Het kan voorkomen gegevens openbaar zijn gemaakt en dat 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, vierde, vijfde en zesde lid, Wft regelen 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 verwijdt. Daarnaast biedt de toezichthouder de belanghebbende aan om een rectificatie te plaatsen (artikel 1:100, vijfde 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.¹⁰⁰ De vorm van de rectificatie zal in overleg met de belanghebbende vastgesteld moeten worden. Daarbij is uitgangspunt dat de toezichthouder niet verplicht is daaraan méér ruchtbaarheid te geven dan aan de oorspronkelijke publicatie.

Artikel 1:100, vierde en vijfde lid, Wft gelden niet voor openbaarmakingen op grond van artikel 1:94, eerste lid, 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 van het openbaarmakingsbesluit, nadat informatie is gepubliceerd geen sprake kan zijn.

Het zesde lid bevat een aparte regeling voor rectificatie in het geval van openbaarmaking op grond van artikel 1:97, derde of vierde lid, Wft. Het gaat dan om het openbaar maken van besluiten tot het opleggen van een bestuurlijke boete of een last onder dwangsom voordat die besluiten onherroepelijk zijn. Tegen het besluit tot het opleggen van de sanctie is dan op het moment van openbaarmaking nog bezwaar en beroep mogelijk. Artikel 1:97, vijfde lid, Wft regelt dat dit bezwaar, beroep, en 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. In het geval dat het bezwaar, beroep of hoger beroep gegrond is, zal dat in de regel betekenen dat ook het besluit tot openbaarmaking van het besluit tot

¹⁰⁰ 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.

het opleggen van de sanctie sneuvelt. Dat heeft dan echter niet tot gevolg dat de informatie over de (aanvankelijk) opgelegde sanctie en de daartegen ingestelde rechtsmiddelen verwijderd moet worden of dat een rectificatie moet worden geplaatst, omdat dat in strijd zou zijn met Europese verplichtingen.

Het is echter ook denkbaar dat een besluit tot openbaarmaking op grond van artikel 1:97, derde of vierde lid, Wft, wordt ingetrokken of vernietigd om redenen die losstaan van de rechtmatigheid van het besluit tot het opleggen van de bestuurlijke sanctie zelf. Het gaat dan om de situatie dat wel terecht een bestuurlijke sanctie is opgelegd, maar dat de toezichthouder dat besluit op grond van artikel 1:98 Wft niet (ongeanonimiseerd) openbaar had mogen maken. In die gevallen is het verwijderen van de informatie en eventueel rectificatie wel op zijn plaats. Artikel 1:100, zesde lid, Wft regelt dat artikel 1:100, vierde en vijfde lid, Wft in dat geval wel van toepassing zijn.

Artikel 1:100a

Artikel 1:100a Wft regelt de mogelijkheden voor speedpublicatie. 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 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. 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 die overtreding zelf 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;
- (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 overtreding 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 1:100a, tweede lid, Wft ook 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 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 tijdens de wachttermijn zijn of in de termijn dat de uitkomst van een ingestelde voorlopige voorziening wordt afgewacht. In dat geval biedt artikel 1:100a Wft een wettelijke mogelijkheid om het besluit te wijzigen. 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 voorafgaand aan de wijziging nog geen bezwaar of voorlopige voorziening is ingesteld kan dat tegen het hele gewijzigde besluit. Als al wel bezwaar of een voorlopige voorziening is ingesteld, wordt dit 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, vierde, vijfde en zesde 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 van 1:100a Wft 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 van artikel 1:100a Wft als dat noodzakelijk is om in het belang van het publiek het vertrouwen in het toezicht te beschermen.

Het voorgestelde artikel 1:100a, derde lid, Wft bevat de verplichting van de toezichthouder om zich in te spannen om de overtreder voorafgaand aan de openbaarmaking op de hoogte te brengen. In de algemene toelichting is ingegaan op het doel en de achtergrond van deze verplichting.

Als de toezichthouder op de grond van artikel 1:100a Wft een besluit tot het opleggen van een bestuurlijke sanctie openbaar maakt dat nog niet onherroepelijk is, zal de toezichthouder daarbij openbaar moeten maken dat 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 1:100a, derde lid, Wft verklaart artikel 1:97, vijfde lid, Wft van overeenkomstige toepassing.

E

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 dit ook geldt in het geval dat openbaarmaking van een besluit tot het opleggen van een bestuurlijke sanctie op grond van artikel 1:98, eerste lid, Wft geanonimiseerd heeft plaatsgevonden.

F

In artikel 3:72 wordt de mogelijkheid geregeld 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 al 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.¹⁰¹ 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

A

Dit onderdeel bevat een wijziging van artikel 48a, zevende lid, Wta, zoals dat wordt voorgesteld in het wetsvoorstel aanvullende maatregelen accountantsorganisaties dat aanhangig is bij de Tweede Kamer.¹⁰² Die bepaling bevat de verplichting van de accountantsorganisatie om OOB controlecliënten op de hoogte te brengen van de bevindingen en conclusies van de AFM die betrekking hebben op dossiers van de betreffende controlecliënten. In het wetsvoorstel aanvullende maatregelen accountantsorganisaties is bepaald dat de accountantsorganisatie deze mededeling doet, binnen zes weken nadat zij het verslag van de bevindingen en conclusies van de AFM heeft ontvangen. Door de wijzigingen in het kader van het onderhavige wetsvoorstel kan het voorkomen dat op dat moment de conclusies en bevindingen die op die beoordeling zijn gebaseerd nog niet openbaar zijn gemaakt, bijvoorbeeld omdat openbaarmaking is opgeschort naar aanleiding van een voorlopige voorziening. Het is niet de bedoeling dat de bevindingen in die gevallen via deze weg toch

¹⁰¹ Richtlijn kapitaalvereisten (CRD IV) (richtlijn 2013/36, PbEU 2013, L 176) en verordening kapitaalvereisten (CRR) (verordening 575/2013, PbEU 2013, L 176)

¹⁰² Kamerstukken II 2016/17, 34 677, nr. 2

naar buiten moeten worden gebracht. Daarom bepaalt het nieuwe artikel 48a, zevende lid, dat de accountantsorganisatie tot tien werkdagen nadat de AFM de bevindingen en conclusies openbaar maakt de tijd heeft om de mededeling te doen. De termijn van zes weken na ontvangst van het afschrift van het verslag van de beoordeling komt daarmee te vervallen. De termijn van zes weken was bedoeld om de accountantsorganisatie voldoende tijd te geven om de voornaamste bevindingen en conclusies van de AFM te bestuderen en haar reactie te formuleren. Omdat de accountantsorganisatie het afschrift van het verslag van de beoordeling al ruim voorafgaand aan de publicatie van het kantoor specifieke rapport ontvangt, is de termijn van tien werkdagen na publicatie daarvoor ook voldoende. Met deze termijn wordt tegelijkertijd voorkomen dat cliënten van accountantsorganisaties te lang in onzekerheid blijven over de beoordeling van hun dossier nadat de belangrijkste conclusies en bevindingen zijn gepubliceerd. In de eerste zin van artikel 48a, zevende lid, is verder verduidelijkt dat de verplichting om het auditcomité te informeren samenhangt met de openbaarmaking van de belangrijkste bevindingen en conclusies door de AFM.

B

Na artikel 48a worden vier artikelen toegevoegd over de procedure en de rechtsbescherming bij het openbaar maken van bevindingen en conclusies op grond van artikel 48a, zesde lid, Wta.

Artikel 48b

Artikel 48b Wta legt vast dat de AFM een besluit tot openbaarmaking neemt voordat zij overgaat tot het openbaar maken van bevindingen en conclusies op grond van artikel 48a, zesde lid, Wta.

Het eerste lid van dit artikel schrijft voor dat dit besluit de openbaar te maken gegevens dient te bevatten. In de praktijk zal de AFM voor elk van de onderzochte accountantsorganisaties een separaat besluit tot openbaarmaking nemen. Dit besluit zal in elk geval die bevindingen en conclusies van het onderzoek bevatten die betrekking hebben op de betreffende accountantsorganisatie en die tot haar te herleiden zijn. Het besluit bevat geen gegevens die herleidbaar zijn tot anderen dan de individuele accountantsorganisatie, omdat dit vertrouwelijke gegevens zijn die de AFM op grond van artikel 63a Wta niet verder mag verstrekken. Het besluit kan dan ook geen overkoepelende conclusies bevatten. Als de AFM in haar uiteindelijke publicatie ook overkoepelende bevindingen en conclusies openbaar maakt kan zij daarbij alleen die vertrouwelijke gegevens openbaar maken die op grond van de besluiten met betrekking tot de individuele accountantsorganisaties openbaar gemaakt worden. Zij kan die gegevens vervolgens vergelijken of daaraan een oordeel verbinden. Het voorgestelde artikel 48b, eerste lid, Wta bepaalt verder dat het besluit informatie bevat over de wijze en de termijn waarop de openbaarmaking zal plaatsvinden.

Het moment waarop openbaarmaking plaatsvindt kan niet eerder zijn dan tien werkdagen na de dag waarop het besluit tot openbaarmaking aan de accountantsorganisatie is bekendgemaakt. De termijn van tien werkdagen is neergelegd in artikel 48b, tweede lid. In het algemeen deel is reeds toegelicht hoe tot deze termijn is gekomen.

Het vierde en vijfde lid zien op gevallen dat het besluit tot openbaarmaking wordt ingetrokken of vernietigd. In die gevallen zal de AFM informatie moeten verwijderen en – indien gewenst – de intrekking of het vernietigen bekend moeten maken.

Artikel 48c

In de tien werkdagen tussen de bekendmaking van het besluit tot openbaarmaking aan de belanghebbende en de openbaarmaking van de bevindingen en conclusies, kunnen accountantsorganisaties waarvan de namen openbaar worden gemaakt een schriftelijke reactie bij de toezichthouder indienen. De reactie moet betrekking hebben op de bevindingen en conclusies van de toezichthouder met betrekking tot de desbetreffende instelling.

Artikel 48d

De AFM is op grond van artikel 48a Wta bevoegd om de voornaamste bevindingen en conclusies van onderzoeksrapporten openbaar te maken, mits deze bevindingen en conclusies niet herleidbaar zijn tot anderen dan de onderzochte instellingen. Bepaalde omstandigheden kunnen in een concreet geval nog aan openbaarmaking in de weg staan. Deze omstandigheden zijn opgenomen in artikel 48d Wft.

Artikel 48e

Artikel 48e Wta regelt dat de behandeling van een voorlopige voorziening, bezwaar, beroep en hoger beroep tegen een besluit tot openbaarmaking van conclusies en bevindingen met gesloten deuren plaatsvindt. Het is de equivalent van artikel 1:101 Wft voor wat betreft het openbaar maken van conclusies en bevindingen op grond van artikel 48a Wta.

C

In het voorgestelde artikel 65a Wta worden omstandigheden benoemd die in een concreet geval in de weg kunnen staan aan het openbaar maken van bepaalde gegevens in het kader van een openbare waarschuwing. De regeling komt overeen met de regeling van artikel 1:95 Wft, met betrekking tot het openbaar maken van overtredingen (al dan niet met een waarschuwing) op grond van artikel 1:94 Wft.

D, E en I

Dit wetsvoorstel wijzigt de artikelen 66 en 70 van de Wta en voegt een nieuw artikel 66a in. Artikel II, onderdelen D en I, omvatten twee wijzigingen.

Artikel 66a en artikel 70, eerste tot en met vierde lid

Artikel 66a en artikel 70, eerste tot en met vierde lid, Wta regelen de mogelijkheden tot spoedpublicatie. Deze regeling bestaat al in de Wta (artikel 66, derde lid, en artikel 70 Wta) en wordt aangevuld overeenkomstig de wijzigingen van de regeling van de spoedpublicatie in de Wft. Voor een toelichting wordt verwezen naar het algemeen deel en de artikelsgewijze toelichting bij artikel 1:100a Wft.

Artikel 66, derde en vierde lid en artikel 70, vijfde, zesde en zevende lid

Artikel 66, vijfde en zesde lid, en artikel 70, vijfde zesde en zevende lid, zien op die gevallen dat het besluit tot openbaarmaking wordt ingetrokken of vernietigd. De voorgestelde bepalingen zijn gelijk aan het voorgestelde artikel 48b, vierde en vijfde lid, Wta en het voorgestelde artikel 1:100, vierde, vijfde en zesde lid, Wft.

Artikel 67 wordt gewijzigd zodat in overeenstemming met de Wft expliciet wordt bepaald dat alvorens wordt overgegaan tot publicatie van een boete, de AFM eerst een besluit daartoe dient te nemen. Evenals voor de Wft wordt ook naar huidig recht aangenomen dat openbaarmaking een besluit vergt en dat dit besluit onderdeel uitmaakt van het besluit tot het opleggen van de bestuurlijke sanctie zelf. Ook op dit moment bestaat om die reden bestuursrechtelijke rechtsbescherming bij dit besluit. Met de voorgestelde wijzigingen wordt een en ander in de wet vastgelegd.

Artikel 67, eerste lid, verplicht de AFM om in de gevallen die daar staan omschreven een opgelegde boete openbaar te maken. Op grond van artikel 68 en 69 is de AFM ook verplicht tot het openbaar maken van onherroepelijk geworden boetes (artikel 68) en lasten onder dwangsom die zijn verbeurd (artikel 69). De wijzigingen in onderdeel G en H verklaren artikel 67, tweede en derde lid (nieuw) van toepassing op onherroepelijk geworden boetes respectievelijk verbeurde dwangsommen, zodat ook voor deze publicaties geldt dat eerst een besluit moet worden genomen.

J

Artikel 71 Wta is naar gelijkenis van artikel 1:101 van de Wft gewijzigd. Concreet is aangevuld:

- dat ook in het geval dat openbaarmaking van een besluit tot het opleggen van een bestuurlijke sanctie op grond van artikel 69, eerste lid, Wft geanonimiseerd heeft plaatsgevonden, de behandeling van de voorlopige voorziening, het bezwaar en het beroep of hoger beroep achter gesloten deuren plaatsvindt;
- dat ook de behandeling van het hoger beroep dat is ingesteld om openbaarmaking te voorkomen achter gesloten deuren plaatsvindt.

Artikel III

Artikel III bevat overgangsrecht. Het regelt dat de wijzigingen van artikel 1:98 Wft en de artikelen 1:99, 1:100 en 1:101 Wft (nieuw) alleen gelden voor alle besluiten tot openbaarmaking die worden genomen na inwerkingtreding van deze wet.

Op besluiten tot het opleggen van bestuurlijke sancties die zijn genomen voor inwerkingtreding van deze wet – en waarvan het besluit tot openbaarmaking onderdeel uitmaakt – blijft het recht gelden zoals dat voor inwerkingtreding geldt, ook als volgens het nieuwe recht het besluit tot openbaarmaking daarvan pas na inwerkingtreding zou worden genomen. Daarbij is van belang dat voor besluiten tot het opleggen van een bestuurlijke sanctie vanwege een voorschrift gesteld ingevolge de Wft, die zijn genomen voorafgaand aan 11 augustus 2016, op grond van de Wet implementatie richtlijn en verordening marktmisbruik nog overgangsrecht geldt.¹⁰³ Ter illustratie twee voorbeelden die uitgaan van 1 juli 2018 als datum van inwerkingtreding.

1. De toezichthouder neemt op 15 januari 2018 een aanwijzingsbesluit, waarvan het besluit tot openbaarmaking op grond van artikel 1:97,

¹⁰³ 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.

eerste lid, Wft deel uitmaakt. De instelling heeft hiertegen bezwaar en beroep ingesteld. Op 1 juli 2018 loopt het beroep nog. Uiteindelijk wordt het beroep afgewezen en wordt het besluit op 1 november 2018 onherroepelijk. Voor dit besluit gelden de procedurele regels van artikel 1:99 e.v. Wft zoals die golden op 15 januari 2018 (de datum van het aanwijzingsbesluit). 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 juli 2018 loopt het hoger beroep nog. Uiteindelijk wordt het hoger beroep afgewezen en wordt het besluit op 1 november 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.

Ook voor de wijzigingen van de Wta regelt artikel III dat zij niet gelden voor besluiten tot het uitvaardigen van een openbare waarschuwing of tot het opleggen van een bestuurlijke boete of last onder dwangsom die zijn genomen voor inwerkingtreding.

Tot slot bepaalt artikel III dat de wijzigingen van artikel 48a en de regels van artikel 48b tot en met 48e over het openbaar maken van bevindingen en conclusies op grond van artikel 48a, zesde lid, Wta niet gelden voor het openbaar maken van bevindingen en conclusies waarvan accountantsorganisaties al voorafgaand aan de inwerkingtreding een verslag hebben ontvangen.

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