

Hart Advocaten: de datahonger van de AFM

Door Christian Wulf - 19 mei 2021



De AFM wil een wettelijke grondslag om data gedreven toezicht te houden en wil preventief kunnen monitoren. Bijvoorbeeld om te zien of een effectenportefeuille wel aansluit op het risicoprofiel. Dit staat in de wetgevingsbrief aan het ministerie van Financiën.

Wat betekent data gedreven toezicht voor beleggingsondernemingen? Christian Wulf advocaat fiscaal recht van Hart Advocaten dat een kennispartner van Fondsnieuws is, legt dat in deze bijdrage nader uit.

1. Datagedreven toezicht

Bij datagedreven toezicht gebruikt de AFM data om toezichtproblemen vooraf te signaleren en te voorkomen. Volgens de AFM is dit een andere manier van toezichthouden, omdat het veel proactiever is. Daarnaast bevordert datagedreven toezicht de effectiviteit van het toezicht aangezien dit risico's in kaart brengt waarnaar onderzoek gedaan kan worden, aldus de AFM. Met andere woorden: middels datagedreven toezicht kan de AFM problemen signaleren in een eerder stadium. Het is te vergelijken met preventief fouilleren. Momenteel voorziet de wetgeving niet in de wens van de AFM om doorlopend data van de sector te verkrijgen. Daarom wil de AFM dat de wetgever het mogelijk maakt dat zij doorlopend over actuele data van onder

andere beleggingsondernemingen beschikt.

Doordat de financiële sector digitaliseert en beschikt over een grote hoeveelheid data stelt de AFM dat een datagedreven werkwijze van de toezichthouder een belangrijke voorwaarde is om het toezicht goed te kunnen uitvoeren. Door middel van datagedreven toezicht wil de AFM doorlopend over actuele informatie beschikken om aan de hand van data-analyse risico's voor consumenten in kaart te brengen en waar nodig preventief op te treden. De informatieverzoeken die AFM op dit moment richt tot beleggingsondernemingen is bedoeld om onderzoek te doen en ziet niet op het preventief signaleren.

Een concreet voorbeeld: De AFM wil het datagedreven toezicht toepassen op portefeuilledata van beleggingsondernemingen. Op basis van deze data kan de AFM een indicatie krijgen of de beleggingsportefeuille aansluit bij het risicoprofiel van de klant en of er producten of diensten worden aangeboden waarvan de kenmerken niet bij retailbeleggers passen. De AFM wil met behulp van deze data voorkomen dat consumenten in problemen komen of tegen teleurstellingen aanlopen.

2. Aandachtspunten voor beleggingsondernemingen

Het is bekend dat beschikbare data kan worden geanalyseerd door middel van kunstmatige intelligentie, dat machine learning bovendien grote hoeveelheden informatie kan verwerken en kan helpen bij het identificeren van risico's. Dit betekent dat de AFM al op voorhand bekend kan zijn met potentiële problemen en daardoor in staat is om preventief op te treden.

Met het identificeren van risico's voor consumenten is weinig mis, wie kan er tegen het beginsel van

consumentenbescherming zijn? Maar laat ik eens wat kritischer ingaan op de mogelijke keerzijde.

2.1 Proportionaliteit en kosten

Voor de hand ligt dat de sector zal moeten investeren in automatisering, systemen en/of processen om deze af te stemmen op de data uitvragen van de AFM. Iedere instelling moet in staat zijn om de AFM doorlopend van data te voorzien. Dit vergt inspanning (én dus kosten). Daar komen dan nog de gerichte informatieverzoeken en onderzoeken bij die het gevolg zijn van datagedreven toezicht. De kosten voor de sector zullen hierdoor toenemen.

Deze zorg wordt gedeeld door de Minister van Financiën. Hij geeft in een reactie aan dat data-analyses behulpzaam kunnen zijn voor de uitoefening van de toezichttaak, maar wil wel nagaan of de door de AFM gewenste structurele data-uitvraag proportioneel is mede gelet op de nalevingskosten voor de sector.

2.2 Niet wettelijke normen

Toezichthouders zijn belast om toezicht te houden op naleving van de Wft en om zo nodig handhavend op te treden. De voorbeelden met betrekking tot beleggen die de AFM in haar wetgevingsbrief noemt hebben geen betrekking op wettelijke normen. Dat is opmerkelijk. Datagedreven toezicht mag namelijk niet als gevolg hebben dat de AFM door haar gewenste gedrag (in plaats van wettelijke normen) gaat afdwingen middels informele handhaving (denk aan normoverdragende brieven of waarschuwingen). Hoewel informele handhaving effectief kan zijn, gaat het ten koste van de rechtsbescherming.

Informele handhaving kan niet door een rechter worden getoetst en het risico bestaat dus dat de AFM 'gewenst gedrag' afdwingt.

3.3 Privacy

Een andere zorg is de bescherming van de persoonsgegevens van klanten. Datagedreven toezicht mag niet conflicteren met privacyregelgeving. Dit kan gebeuren als de AFM op klantniveau wenst te kunnen beoordelen of een portefeuille aansluit op het profiel van een klant.

3.4 Kwaliteit van de data(-analyse)

Een ander aandachtspunt is de kwaliteit van de data en de data-analyse. In beginsel zijn data goede en objectieve bronnen van informatie. Algoritmen vinden patronen die mensen over het hoofd kunnen zien. De AFM heeft middels een proef bij niet-oob-accountantsorganisaties de risico's in kaart gebracht. Volgens de AFM waren de verkregen data betrouwbaar. De uiteindelijke data-analyse kwam de AFM op veel kritiek te staan. Volgens een door SRA ingeschakelde expert was sprake van 'statistische en methodologische tekortkomingen bij de uitvoering van de data-analyse' in het uitgebrachte AFM rapport.

3. Tot slot

Datagedreven toezicht zal de machtspositie van de AFM versterken, dat zonder meer. Daarin zit meteen ook de keerzijde: wie controleert de AFM? Indien de AFM informeel gaat handhaven in een preventieve fase dan kan het feitelijk op de stoel van de wetgever gaan zitten. Dat is een belangrijk argument tegen datagedreven toezicht.

Met de voorgenomen wijze van toezicht (naar doorlopend datagedreven én preventief toezicht) zou de AFM aandacht moeten besteden aan de proportionaliteit.

Dat vereist afstemming tussen toezichthouder en de sector. Hoewel het afwachten is of de privacy van klanten gewaarborgd blijft en of de kosten voor de sector opwegen tegen de mogelijke besparingen op lange termijn valt te bezien.

En of het hogere doel, namelijk consumentenbescherming, hierdoor uiteindelijk effectiever kan worden gewaarborgd is eveneens lastig in te schatten.

Christian Wulf is verantwoordelijk voor het opleidingsinstituut Hart Academy en verricht (wetenschappelijk) onderzoek naar (Europese) regelgeving en ontwikkelingen en fungeert als vraagbaak en sparringpartner voor medewerkers bij Hart Advocaten in Amsterdam, dat zich richt zich op de financiële markt.

Hart Advocaten is één van de kennispartners van Fondsnieuws en schrijft maandelijks een bijdrage over uiteenlopende thema's.

Dit artikel is afkomstig van de redactie van Fondsnieuws, een journalistiek platform voor professionals werkzaam in de beleggingsindustrie.

www.fondsnieuws.nl