

# FINNIUS

## De AFM, een geschikte toezichthouder of een niet-schikkende toezichthouder?

---

23 september 2021

 4 MINUTEN

De trend is duidelijk: meer informele – en minder formele maatregelen. Uit het jaarverslag van de AFM blijkt dat ze in 2020 862 informele maatregelen oplegde tegenover slechts 44 formele maatregelen, zoals boetes en lasten onder dwangsom. Over 2019 waren die cijfers 616, respectievelijk 68. De voordelen van informele maatregelen voor de toezichthouder zijn aanzienlijk en evident. Zo vergt een informele maatregel, zoals bijvoorbeeld een normoverdragend gesprek, (veel) minder handhaving capaciteit en wordt het risico dat de maatregel in beroep onderuitgaat vermeden. Aldus beschouwd zou men wellicht verwachten dat de AFM ook geneigd is om zaken te schikken waar dat kan. Dat is niet zo. Dat is zelfs helemaal niet zo.

De AFM schikt namelijk vrijwel nooit. Voor een uitzondering, in een a-typische zaak, wijs ik op een eerder nieuwsbericht op de site van Finnius: <https://finnius.com/schikking-met-de-afm/>. Ook opvallend: anders dan in civiele procedures wordt door bestuursrechters, die zich buigen over door de AFM genomen besluiten, vrijwel nooit aangestuurd op een schikking. Zelf had ik het, in meer dan 20 jaar procederen, nog nooit meegemaakt

Tot vrij recent, toen door een voorzieningenrechter van het College van Beroep voor het bedrijfsleven ter zitting aan partijen, waaronder dus de AFM, de vraag werd voorgelegd of zij bereid waren om te bezien of het geschil op alternatieve wijze kon worden afgedaan. Het ging in die zaak om twee besluiten: een last onder dwangsom en een publicatiebesluit. Het eerste besluit was door de rechtbank in stand gelaten, het tweede was vernietigd. Zowel onze cliënt als de AFM bleken bereid om een schikking te beproeven, althans zo lieten zij de voorzieningenrechter weten. Ik dacht nog: de wonderen zijn de wereld nog niet uit.

Dat waren ze toch wel. Vlak nadat de AFM vorenbedoelde bereidheid aan de rechter kenbaar had gemaakt liet zij onze cliënt per brief weten wel een aantal “randvoorwaarden” te stellen aan het voeren van schikkingsbesprekingen. Die randvoorwaarden hielden kort gezegd in dat het lastbesluit (i) volledig intact zou blijven en (ii) integraal zou worden gepubliceerd. Tja, dan kan lastig nog van een schikking worden gesproken, nietwaar? Want wat zou van een dergelijke schikking nog de *downside* kunnen zijn voor de AFM? En, andersom, welk *upside* zou die de partij waarmee de AFM schikt kunnen bieden? U begrijpt, tot schikkingsbesprekingen is het nooit gekomen. Overigens wel tot opschorting van de last en de publicatie omdat de voorzieningenrechter en vervolgens ook de AFM zelf niet inzagen waarom de bodemuitspraak niet kon worden afgewacht. Onze cliënt hoorde je dan ook niet klagen over het achterwege zijn gebleven van een schikking. Toch roept deze gang van zaken vragen op.

Bestuurders en commissarissen van onder toezicht staande instellingen worden, logischerwijs, geacht betrouwbaar en geschikt te zijn. Ik zou echter willen aannemen dat ook van AFM-functionarissen mag worden verwacht dat ze betrouwbaar en geschikt zijn. Maar hoe betrouwbaar is het om eerst, grootmoedig, aan de rechter te doen voorkomen dat je bereid bent om een schikking te beproeven om vervolgens de deur in het gezicht van de desbetreffende marktpartij dicht te gooien met ‘randvoorwaarden’, die iedere schikking tot een spel zonder neten voor de

AFM zou maken.

En is het wel geschikt om alleen maar te willen schikken indien je daarbij op voorhand alles binnenhaalt wat je anders alleen bij de meest gunstige uitspraak van de rechter kunt binnen halen? Mag van de AFM niet worden verwacht dat zij iets meer realiteitszin toont? Ik denk het wel. Misschien kan de AFM daarbij inspiratie ontleen aan wat zij in het kader van de geschiktheidstoetsing verwacht van bestuurders van onder toezicht staande instellingen. Daarbij wijs ik meer in het bijzonder op de als bijlage bij de Beleidsregel Geschiktheid (<https://wetten.overheid.nl/BWBR0031740/2020-01-15>) gevoegde lijst met competenties. Dat betreft een fascinerende opsomming van vage en abstracte begrippen, maar misschien kan de AFM hier toch zijn voordeel doen met de competentie “Authenticiteit”, door haar zelf als volgt toegelicht:

*“is consistent in woord en daad, waarbij gedachten en gevoelens ook in lijn zijn met wat hij of zij zegt en doet. Dit betekent tevens het open communiceren van intenties, ideeën en gevoelens, het uitnodigen tot openheid en eerlijkheid en de toezichthouder juist informeren over de werkelijke situatie en erkennen van risico’s en problemen naar de toezichthouder.”*

Ik zou het in ieder geval wel “authentiek” vinden als de AFM in lijn met wat zij de rechter heeft voorgehouden handelt waar het (het opstarten van) schikkingsbesprekingen betreft.

Of anders zou de competentie “Onderhandelingsvaardigheden” nog soelaas kunnen bieden. Daaronder verstaat de AFM zelf:

*”ontdekt en benoemt gemeenschappelijke belangen op een wijze die tot overeenstemming leidt.”*

Het is verleidelijk om hier ook de toelichting op mijn favoriete competentie, “Omgevings sensitiviteit” – wie verzint dat? – te citeren, maar ik laat het hier maar bij. U heeft al begrepen: een niet schikkende toezichthouder is nog geen geschikte toezichthouder.

## Specialisten



### **Guido Roth**

T +31 (0)20 767 01 80

M +31 (0)6 20 13 85 50

[guido.roth@finnius.com](mailto:guido.roth@finnius.com)