

# FINNIUS

## Eén jaar procederen tegen toezichthouders als DNB en de AFM, wat levert dat eigenlijk op?

---

20 december 2023

🕒 17 MINUTEN

# *Jaaroverzicht 2023: een selectie van door team Litigation Finnius behaalde resultaten*

## **Inleiding**

Toezichthouders als de Autoriteit Financiële Markten (**AFM**) en De Nederlandsche Bank (**DNB**) treden steeds vaker (hard) op. Soms door middel van formele sancties, zoals steeds hoger wordende boetes. Dan weer door allerhande informele maatregelen, die niettemin nare antecedenten opleveren voor bestuurders en commissarissen. Dat, terwijl de AFM en DNB ook steeds vaker tot *naming and shaming* en andere vormen van publicatie overgaan.

Geen wonder dat bij instellingen, bestuurders of commissarissen geregeld de vraag op komt hoe kansrijk het is om stelling te nemen tegen (voorgenomen) nadelige besluiten en andere handelingen van de toezichthouder. Het antwoord op die vraag hangt uiteraard af van de voorliggende situatie, maar vaak zijn heel mooie resultaten te boeken. In ieder geval is dat onze ervaring.

Het leek ons daarom aardig om aan de hand van een aantal voorbeelden inzichtelijk te maken wat één kalenderjaar procederen tegen toezichthouders heeft opgeleverd. Daarmee proberen we een inkijkje te geven in de resultaten die in 2023 werden behaald door partijen die besloten op te komen tegen een besluit of feitelijke handeling van de toezichthouder.

Voor alle duidelijkheid: in deze 'mini-kroniek' willen wij uiteraard niet de indruk wekken dat alle zaken tegen de toezichthouder succes opleveren. Verder wijzen we er nog op dat we in het jaaroverzicht hebben geabstraheerd van kwesties waarin toezichthouders aansprakelijk zijn gesteld, en dat niet alle uitspraken in zaken tegen de AFM en DNB worden gepubliceerd.

## **Bestuursrecht versus civiel recht**

Voor een goed begrip moet eerst kort iets worden gezegd over het belangrijke onderscheid tussen enerzijds bestuursrechtelijke en anderzijds civielrechtelijke procedures tegen de toezichthouder. Instellingen (en soms ook hun functionarissen) genieten volledige bestuursrechtelijke rechtsbescherming indien sprake is van een formeel besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (**Awb**). Denk daarbij aan een boete, aanwijzing of last onder dwangsom, maar bijvoorbeeld ook aan een publicatiebesluit of een besluit dat een ter toetsing aangemelde functionaris niet wordt goedgekeurd. In al deze gevallen staat beroep en hoger beroep open bij de bestuursrechter, vaak nadat eerst bezwaar moet worden gemaakt bij de AFM of DNB zelf.

Veel handelingen van DNB of de AFM kwalificeren echter niet als een formeel besluit. Dit geldt bijvoorbeeld voor waarschuwing sbrieven, aangiftes bij het OM, de inzet van onderzoeksbevoegdheden of zuiver feitelijke publicaties op de website van DNB of de AFM. Belangrijk: ook bij dit soort feitelijke handelingen dienen DNB en de AFM zich, in beginsel, ‘gewoon’ te houden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Wel is het zo dat partijen die dit soort handelingen door de rechter willen laten toetsen niet terecht kunnen bij de bestuursrechter; zij dienen zich te vervoegen bij de civiele rechter.

## **Sneakpreview: onze conclusies voor 2023**

De hiernavolgende selectie van behaalde resultaten ziet op zowel een aantal bestuursrechtelijke als civielrechtelijke procedures die wij in de afgelopen periode tegen de AFM en DNB hebben gevoerd. Een belangrijke daaruit te trekken conclusie geven wij alvast, namelijk dat resultaat zowel kan worden geboekt door het oordeel van de toezichthouder inhoudelijk te betwisten, als door het voeren van zuiver formele verweren. Onze ervaring is verder dat resultaten ook al, en in toenemende mate, kunnen worden geboekt in de zienswijze- en bezwaarfase, dus nog voordat er een rechter aan te pas is gekomen.

## **Boeteprocedures**

In 2023 hebben wij verschillende cliënten bijgestaan in boeteprocedures. Vaak betrof dat onder toezicht staande instellingen. Daarnaast stonden wij diverse (voormalig) bestuurders en commissarissen bij die door de toezichthouder werden aangemerkt als “*feitelijk leidinggevenden*”.

Bij een voorgenomen boetebesluit werkt het zo dat de aangesproken partij eerst een schriftelijke en/of mondelinge zienswijze mag geven voordat de toezichthouder definitief besluit of een boete wordt opgelegd. Opmerkelijk is dat DNB en de AFM in vrijwel alle zaken waarin het ging om (vermeend) feitelijk leidinggevenden het boetevoornemen, na ontvangst van de zienswijze, weer heeft ingetrokken. Het is in deze zaken dus überhaupt nooit tot boeteoplegging gekomen. Overigens hebben de toezichthouders ook in zaken waarbij het onder toezicht staande instellingen betrof, in de verslagperiode afgezien van boeteoplegging.

Als er wél een boete wordt opgelegd, dan kan de beboete partij daartegen bezwaar maken bij de toezichthouder. Dat het instellen van bezwaar effectief kan zijn, blijkt wel uit de procedure waarbij de toezichthouder het bij nader inzien met de instelling eens was dat een verkeerde boetecategorie was toegepast, waardoor de boete in de beslissing op bezwaar zeer substantieel naar beneden is bijgesteld. Ook in andere gevallen is de toezichthouder er zelf, na heroverweging, toe overgegaan om boetes in substantiële zin neerwaarts bij te stellen.

Als de bezwaarfase geen succes oplevert, kan er beroep worden ingesteld bij de Rechtbank Rotterdam. In een Wwft-procedure had de betrokken bank bij de Rechtbank Rotterdam zowel materiële als formele bezwaren aangevoerd tegen de opgelegde boetes. De Rechtbank Rotterdam

heeft in die zaak onder meer geoordeeld dat (i) niet alle overtredingen door DNB zijn bewezen, (ii) sprake is van de bijzondere omstandigheid dat DNB tijdens de beroepsprocedure zelf meerdere overtredingen heeft ingeslikt, (iii) er rekening had moeten worden gehouden met een eerdere ontbreken in een aanwijzing opgenomen validatieverplichting en (iv) de redelijke termijn was overschreden. De rechtbank heeft in deze zaak de door het College van Beroep voor het bedrijfsleven (**CBb**) ingezette lijn gevolgd dat wanneer ná boeteoplegging het aantal overtredingen lager blijkt te zijn, het in de rede ligt dat dan ook de boete pro rata parte lager uitvalt. Concreet heeft dit alles voor de betreffende bank erin geresulteerd dat de Wwft-boetes met ruim 85% zijn verlaagd.<sup>[1]</sup>

Verder noemen wij de Wwft-procedure waarin DNB een boete had opgelegd aan een trustkantoor. In die zaak heeft de Rechtbank Rotterdam aanleiding gezien om de opgelegde boete met 25% te matigen omdat, onder andere, het trustkantoor aantoonbaar meerdere inspanningen had verricht om de overtreding te voorkomen en hij zijn poortwachtersrol serieus neemt. Vervolgens heeft de rechtbank de boete nog eens met 10% verlaagd vanwege overschrijding van de redelijke termijn.

<sup>[2]</sup>

Bij de hoogste boetes (zogenoemde categorie 3-boetes) gaat de toezichthouder meestal ook zo snel mogelijk nadat de boete is opgelegd over tot publicatie van de boete. Dat betekent dat het integrale en ongeanonimiseerde boetebesluit samen met een persbericht op de website van de toezichthouder wordt geplaatst. Indien de beboete partij dat wil voorkomen, kan zij de voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam verzoeken om het publicatiebesluit te schorsen totdat is beslist in bezwaar of beroep. De voorzieningenrechter zal het verzoek (onder meer) toewijzen als aan de rechtmatigheid van het te publiceren boetebesluit moet worden getwijfeld. Dat kan ook om formele redenen het geval zijn. Zo ook in een recente procedure waarin de voorzieningenrechter oordeelde dat aan de rechtmatigheid van de in die zaak door DNB opgelegde boete moet worden getwijfeld omdat de boete is gebaseerd op onderzoek door de toezichthouder waaraan incidentmeldingen van de instelling zelf ten grondslag liggen. Onder verwijzing naar het nemo-tenetur beginsel uit artikel 6 EVRM (kort gezegd: het recht om uzelf niet te incrimineren) heeft de voorzieningenrechter om die reden tot nader order het publicatiebesluit geschorst.<sup>[3]</sup>

Ook in Caribisch Nederland procederen wij namens financiële instellingen over boetes. Zo was er de zaak waarin het Gemeenschappelijk Hof van Justitie – het hoogste rechtscollege aldaar – zich moest buigen over boetes die de Centrale Bank van Aruba (**CBA**) aan een trustkantoor had opgelegd. Het Gemeenschappelijk Hof heeft geoordeeld dat de CBA de hoogte van de boetes onjuist heeft vastgesteld. Bij de vaststelling van de subjectieve draagkracht van het trustkantoor had de CBA namelijk alleen de eigenvermogenspositie van het trustkantoor betrokken, zonder die eigenvermogenspositie af te zetten tegen de behaalde winst en/of de jaaromzet. De CBA handelde daarmee in strijd met haar eigen boetebeleid. Het Gemeenschappelijk Hof heeft de boetes vervolgens (bijna) gehalveerd.<sup>[4]</sup>

## Aanwijzingen

Ook in 2023 heeft Finnius weer meermaals opgetreden voor onder AFM-toezicht staande instellingen die werden geconfronteerd met een voornemen tot oplegging van een aanwijzing. Dit betroffen zowel Wft als Wwft kwesties. In verschillende gevallen heeft de AFM ervan afgezien om de aanwijzing te geven, bijvoorbeeld omdat de AFM dat na kennisneming van de zienswijze niet (meer) opportuun achtte.

## Negatief betrouwbaarheidsoordeel vanwege toezichtantecedenten

Tot eind 2022 speelde een betrouwbaarheidszaak van twee oud-bestuurders van een financiële instelling. Gelet op het belang van de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam in deze procedure en omdat deze uitspraak pas in 2023 op [rechtspraak.nl](https://rechtspraak.nl) is gepubliceerd,<sup>[5]</sup> nemen we ook deze mee in de terugblik.

In deze zaak had DNB op basis van een aantal toezichtantecedenten – voornamelijk bestaande uit formele en informele maatregelen van de AFM aan de financiële instelling – geoordeeld dat de betrouwbaarheid van beide oud-bestuurders niet langer buiten twijfel stond. Beide bestuurders vochten dit oordeel op zowel inhoudelijke als formele gronden aan.

De rechtbank heeft in de uitspraak vooropgesteld dat aan de vaststelling en weging van antecedenten door de toezichthouder hoge eisen moeten worden gesteld. De gevolgen van een negatief betrouwbaarheidsoordeel raakten in deze zaak niet alleen rechtstreeks aan het recht van de beide oud-bestuurders op eigendom, maar ook aan hun fundamentele recht op arbeid. Mede gelet op de wettelijke aansprakelijkheidsbeperking die DNB geniet, dient de hertoetsing van betrouwbaarheid met de nodige waarborgen gepaard gaan, aldus de rechtbank. Vervolgens is de rechtbank de antecedenten één voor één afgegaan en is ze tot het oordeel gekomen dat DNB meerdere antecedenten in het merendeel ten onrechte of te zwaar had betrokken bij de hertoetsing. DNB moest van de rechtbank de overgebleven antecedenten opnieuw beoordelen, en kreeg daarbij de opdracht mee om:

- ook rekening te houden met het tijdsverloop: naarmate een gedraging/antecedent langer in het verleden ligt, is het eerder onevenredig om die gedraging aan de betrokken personen te blijven tegenwerpen;
- meer rekening te houden met de ernst van de overtredingen van de instelling waar de betrokken personen werkzaam waren: rechtvaardigt die ernst wel een negatief betrouwbaarheidsoordeel?;
- daarbij te betrekken in hoeverre de overtredingen van de instelling hebben geleid tot wezenlijke risico's voor klanten van de instelling;
- na te gaan in hoeverre de oud-bestuurders ten opzichte van de AFM transparant zijn geweest over de werkwijzen van de instelling en in hoeverre de AFM met die werkwijzen reeds bekend was.

Uiteindelijk heeft DNB na een (nieuwe) heroverweging de eerdere negatieve betrouwbaarheidsoordelen ingetrokken. Wij verwachten dat deze uitspraak van de rechtbank ook relevant zal zijn voor toekomstige beoordelingen van betrouwbaarheid door de toezichthouder.

### **Informele maatregelen / toezichtantecedenten**

In 2022 heeft de AFM aan instellingen in totaal 193 informele maatregelen opgelegd, meestal bestaande uit waarschuwings- en normoverdragende brieven. In 2021 waren dat er maar liefst 360.<sup>[6]</sup> Met name instellingen die (ook) onder AFM-toezicht staan, lopen dus een zeker risico om met een informele maatregel te worden geconfronteerd. Naast het feit dat een informele maatregel de opmaat kan zijn tot formele maatregelen, levert een informele maatregel een toezichtantecedent op voor onder andere de bestuurders en commissarissen van de betreffende instelling.

Wij zien in de praktijk dat instellingen die van mening zijn dat de opgelegde informele maatregel onterecht is, mede gelet op de negatieve consequenties van een informele maatregel vaker tegengas geven richting de toezichthouder. Alhoewel een informele maatregel een feitelijke handeling is en daartegen dus geen bezwaar en beroep openstaat, staat het de instelling vrij om de toezichthouder, bijvoorbeeld, voor te houden dat de informele maatregel onevenredig is of geen grondslag heeft omdat er überhaupt geen wetsovertreding heeft plaatsgevonden. Dit kan ertoe leiden dat de toezichthouder de informele maatregel – en dus ook het toezichtantecedent – weer intrekt, hetgeen de AFM in 2023 in een concrete zaak ook daadwerkelijk heeft gedaan.

### **Informatievorderingen van de toezichthouder**

Veel instellingen worden geconfronteerd met vorderingen van de toezichthouder om bepaalde informatie te verstrekken. In beginsel moet een instelling aan dergelijke vorderingen meewerken (artikel 5:20 Awb). Dit ligt echter anders indien, bijvoorbeeld, de omvang/reikwijdte van de vordering onevenredig is (artikel 5:13 Awb).

In één zaak wenste een instelling de rechtmatigheid van een in haar ogen onevenredige informatievordering ter toetsing voor te leggen aan de bestuursrechter. Echter, een vordering is een feitelijke handeling (inzet van onderzoeksbevoegdheden) en geen Awb-besluit. Zoals wij hiervoor benoemden, is een instelling dan in beginsel aangewezen op de civiele rechter. Om toch bij de gespecialiseerde bestuursrechter van de Rechtbank Rotterdam uit te kunnen komen, hebben wij namens heeft de betreffende instelling de toezichthouder verzocht om de informatievordering om te vormen tot een last onder dwangsom. Dit verzoek heeft de toezichthouder ingewilligd, waarna de instelling het lastbesluit aan de bestuursrechter (voorlopige voorzieningenrechter) heeft voorgelegd.

De bestuursrechter heeft vervolgens onder verwijzing naar artikel 5:13 Awb een groot deel van het lastbesluit geschorst omdat de toezichthouder niet duidelijk heeft kunnen maken waarom het verstrekken van die informatie door de instelling nodig was. In de beslissing op bezwaar heeft de

toezichthouder vervolgens het volledige lastbesluit ingetrokken en de informatie die zij inmiddels wel van de instelling had verkregen, vernietigd.

## **Verzet tegen andere feitelijke handelingen van de toezichthouder, zoals plaatsing van nieuwsberichten**

Het kan voorkomen dat de toezichthouder een feitelijke handeling verricht waardoor de betrokken instelling zich genoodzaakt ziet om de gang naar de civiele kortgedingrechter te maken. In 2023 hebben wij verschillende van deze procedures namens cliënten gevoerd, zowel in eerste aanleg als in hoger beroep bij het Gerechtshof. Anders dan in het bestuursrecht kan in het civiele recht namelijk wel hoger beroep (appel) worden ingesteld tegen een kort geding uitspraak.

Noemenswaardig is ten eerste de appelprocedure bij het Gerechtshof Amsterdam over het zonder vooraankondiging plaatsen van een negatief nieuwsbericht door de AFM over een specifieke instelling. Het Gerechtshof stelt in zijn arrest voorop dat hoewel de plaatsing van het nieuwsbericht een feitelijke handeling is, dit onverlet laat dat de AFM op zorgvuldige wijze met de belangen van de instelling moet omgaan. Daarbij wijst het Gerechtshof op artikel 3:1 lid 2 Awb. Daarin staat kort gezegd dat een aantal in de Awb opgenomen algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zoals zorgvuldigheid en evenredigheid, in beginsel ook van toepassing zijn op feitelijke handelingen van de toezichthouder. Het Gerechtshof komt tot het voorlopig oordeel dat de handelwijze van de AFM jegens de instelling onrechtmatig is. Het Hof wijst erop dat de tekst van het nieuwsbericht niet voldoende neutraal is en de AFM kennelijk vooral aandacht wilde vestigen op haar succesvol handhavend optreden jegens de instelling. Voorts speelt volgens het Hof een rol dat de AFM pas na acht maanden tot publicatie van het nieuwsbericht is overgegaan, zonder de instelling vooraf over de voorgenomen publicatie in te lichten.<sup>[7]</sup>

Een tweede noemenswaardige kortgedingprocedure gaat ook over de plaatsing van een negatief persbericht over een instelling op de website van de AFM. In dit geval lag aan de plaatsing van het bericht een openbaarmakingsbesluit ten grondslag dat in stand was gelaten door het CBb. Partijen hadden in een eerdere voorlopige voorzieningenprocedure bij het CBb afgesproken dat de “*AFM [in]stemt met opschorting van de (...) begunstigingstermijn tot twee weken na de uitspraak van [CBb] en [] AFM in die periode niet zal overgaan tot publicatie.*” De AFM was echter al 1 dag na de CBb-uitspraak tot publicatie overgegaan. Het Gerechtshof Amsterdam volgt de instelling dat de AFM het persbericht niet eerder dan twee weken na de CBb-uitspraak had mogen publiceren. De door de instelling gevorderde rectificatie wordt door het Gerechtshof toegewezen.<sup>[8]</sup>

## **Wob/Woo -verzoeken**

In de verslagperiode zijn door ons meerdere Wob- en Woo-procedures gevoerd.

Vermeldenswaardig is de kwestie waarin wij een onder toezicht staande instelling (als derde-belanghebbende) bijstonden ter zake van een door journalisten bij de toezichthouder ingediend Woo-verzoek betreffende informatie over bedoelde onder toezicht staande instelling. DNB had

reeds op basis van de door ons ingediende schriftelijke zienswijze geoordeeld dat het grootste deel van de gevraagde informatie niet mocht verstrekt. Naar aanleiding van het vervolgens ingediende bezwaarschrift is door DNB nog meer informatie aangemerkt als toezichtvertrouwelijk, er uiteindelijk in resulterend dat door DNB in deze kwestie maar zeer beperkt informatie openbaar zal worden gemaakt.

## **Valt er te schikken met de toezichthouder?**

Instellingen die (dreigen te) worden geconfronteerd met handhaving door de toezichthouder stellen ons vaak – en logischerwijs – de vraag of met de toezichthouder valt te schikken. In onze ervaring is dat in maar een heel beperkt aantal gevallen aan de orde.<sup>[9]</sup> Tegelijkertijd merken wij dat bestuursrechters vaker dan voorheen tijdens de zitting in beroep en hoger beroep beproeven of de toezichthouder en de instelling tot een regeling kunnen komen. Dit ondervonden wij ook het afgelopen jaar tijdens een zitting bij het CBb. Het interessante aan die procedure was dat de toezichthouder (in dit geval betrof het de Autoriteit Consument & Markt) voor een regeling open stond. Partijen zijn vervolgens nog tijdens de zitting tot overeenstemming gekomen over zowel de intrekking van het besluit dat aan de orde was, als de tekst van het persbericht dat de toezichthouder zou gaan publiceren.

## **Tot slot**

Nederland heeft met, onder andere, de AFM en DNB zeer actieve toezichthouders. Vanuit een beschermingsgedachte kan men daar bezwaarlijk op tegen zijn. Tegelijkertijd moet het voor instellingen en diens bestuurders en commissarissen wel mogelijk zijn en blijven om met de toezichthouder debat te voeren en, indien dat niet tot een wenselijke uitkomst leidt, aan de rechter een onafhankelijk oordeel te vragen. Het is onze ervaring dat de rechtsbescherming, getuige ook het bovenstaande overzicht, over het algemeen heel behoorlijk werkt, mits partijen er uiteraard een beroep op doen.

Tegelijkertijd is bij partijen precies daar soms terughoudendheid te bespeuren, in die zin zij de toezichthouder liever niet tegen zich in het harnas jagen en het handelen van de toezichthouder ‘dus maar ondergaan’. Wij willen afsluiten met de positieve conclusie dat de AFM en DNB professionele toezichthouders zijn die over separate juridische afdelingen beschikken voor het afhandelen van procedures. In beroep en hoger beroep wordt de procedure bovendien feitelijk gevoerd tussen de advocaten van de instelling en de advocaten van de toezichthouder. Ook dat gebeurt allemaal in een professionele setting.

Van een wraakzuchtige toezichthouder is geen sprake in onze ervaring. Dat zou naar onze mening ook niet in het belang van de toezichthouder zelf zijn. Om af te sluiten met de woorden van de divisiedirecteur Toezicht van DNB de heer Gelderman: “*Verliezen is nooit leuk, maar bij een rechtszaak is er ook voor de verliezer een winstpunt: vaak wordt een stuk duidelijker wat toezichthouder en instellingen wel en niet mogen en wel en niet moeten doen. Daar profiteren we*

allemaal van.”<sup>[10]</sup>

[1] <https://uitspraken.rechtspraak.nl/#!/details?id=ECLI:NL:RBROT:2023:7380>.

[2] <https://uitspraken.rechtspraak.nl/#!/details?id=ECLI:NL:RBROT:2023:8237>.

[3] <https://uitspraken.rechtspraak.nl/#!/details?id=ECLI:NL:RBROT:2023:11786&showbutton=true>.

[4] <https://uitspraken.rechtspraak.nl/#!/details?id=ECLI:NL:OGHACMB:2023:203&showbutton=true&idx=7>.

[5] <https://uitspraken.rechtspraak.nl/#!/details?id=ECLI:NL:RBROT:2022:11948>.

[6] Jaarverslag AFM 2022.

[7] <https://uitspraken.rechtspraak.nl/#!/details?id=ECLI:NL:GHAMS:2023:438&showbutton=true&keyword=EC>.

[8] <https://uitspraken.rechtspraak.nl/#!/details?id=ECLI:NL:GHAMS:2023:1633&showbutton=true&keyword=ro>.

[9] Behoudens in sommige gevallen de mogelijkheid van vereenvoudigde boeteafdoening door de AFM, zie [https://www.afm.nl/nl-nl/sector/actueel/2022/januari/vereenvoudigde-afhandeling-boete#:~:text=De%20Autoriteit%20Financi%C3%ABle%20Markten%20\(AF,volstaan%20met%20een%2](https://www.afm.nl/nl-nl/sector/actueel/2022/januari/vereenvoudigde-afhandeling-boete#:~:text=De%20Autoriteit%20Financi%C3%ABle%20Markten%20(AF,volstaan%20met%20een%2)

[10] <https://www.dnb.nl/algemeen-nieuws/blog-2022/blog-maarten-gelderman-we-hebben-verloren/>

## 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)



**Laurens Hillen**

T +31 (0)20 767 01 80

T +31 (0)20 767 01 84 (direct)

M +31 (0)6 21 66 37 76

[laurens.hillen@finnius.com](mailto:laurens.hillen@finnius.com)