

Naming and shaming door de AFM; nu ook zónder wettelijke grondslag

Column

mr. G.P. Roth¹

Naming and shaming door toezichthouders is wijdverbreid. Ook AFM en, zelfs, DNB doen er inmiddels driftig aan mee. Belangrijke toezichtswetten zoals de Wft² en de Wwft³ kennen zelfs het uitgangspunt dat alle bestuurlijke sancties integraal en ongeanonimiseerd (uiteindelijk) openbaar worden gemaakt. Dat geldt dus ook voor boetebesluiten. Die moeten zelfs vaak vroegtijdig worden gepubliceerd, dus nog voordat een rechter heeft geoordeeld over de rechtmatigheid ervan. De kritiek dat dit in strijd is met de onschuldpresumptie, is al lang verstomd. De publicerende toezichthouder is een gegeven en gaat ook niet meer weg. Op de websites van zowel de AFM als DNB prijken inmiddels vele sanctiebesluiten.

Toezichthouders mogen niet altijd tot publicatie mogen overgaan. In de desbetreffende wetten zijn diverse uitzonderingen opgenomen die de toezichthouder steeds dwingen tot (ten minste enige) afweging van belangen, waaronder die van de gesanctioneerde partij. Bedoelde wetten voorzien bovendien in procedurevoorschriften en bestuursrechtelijke rechtsbescherming. Juist om te voorkomen dat gesanctioneerde partijen helemaal worden overgeleverd aan de publicatiegrillen van toezichthouders, dient aan de publicatie van sancties een besluit in de zin van artikel 1:3 Awb ten grondslag te liggen. Dit biedt de gesanctioneerde partij rechtsbescherming. Zo wordt bijvoorbeeld voorkomen dat toezichthouders rauwelijkse publiceren. Het zorgvuldigheidsvereiste vergt immers vrijwel altijd dat de gesanctioneerde partij *vooraf* om een zienswijze wordt gevraagd. Bovendien zijn in genoemde toezichtwetten wachtermijnen opgenomen die de gesanctioneerde partij de mogelijkheid biedt om een voorlopige voorziening te vragen ertoe strekkende dat publicatie (voorlopig) wordt verboden. Daar wordt in de praktijk ook veel gebruik van gemaakt. Aldus is het – gelukkig – nog altijd de rechter die beoordeelt of een bepaald sanctiebesluit openbaar mag worden gemaakt. Hetzelfde geldt voor het door toezichthouders opgestelde persbericht dat het sanctiebesluit "vergezeld".

Als "dit" het zou zijn, zou ik deze column niet hebben geschreven. Maar "dit" is het dus niet.

Ook waar het de publicatie van sancties betreft is de AFM namelijk het buitenwettelijke pad ingeslagen. Of ook dit weer valt terug te voeren op de door de AFM zo ongeveer aanbeden Sparrow⁴ weet ik niet. Wat ik wel weet is dat de AFM er tegenwoordig haar hand niet voor omdraait om, zonder enige wettelijke grondslag, door middel van "nieuwsberichten" aandacht te vragen voor door haar opgelegde sancties. Dat doet ze met naam en toenaam. Ik geef u een voorbeeld, waarbij ik omwille van de transparantie meld dat het ontleend is aan mijn eigen praktijk.

In de zomer publiceerde de AFM zonder enige voor-aankondiging een nieuwsbericht op haar website onder de kop "AFM mocht last onder dwangsom opleggen aan X⁵". Dat overigens, terwijl de desbetreffende last in werkelijkheid was opgelegd aan een vermeend feitelijk leidinggever van X. In het nieuwsbericht zelf was voorts een link opgenomen naar een door het College van beroep voor het bedrijfsleven ("CBB") 8 maanden eerder gedane uitspraak. In die uitspraak⁶ vernietigde het CBB, na 3,5 jaar procederen, nota bene op niet onbelangrijke onderdelen de door de AFM op grond van de Whc opgelegde last onder dwangsom. Ook relevant: de door de AFM op grond van de Whc genomen besluiten tot publicatie van de last waren eerder al door de rechtbank vernietigd.

1. Guido Roth is als advocaat werkzaam bij Finnius.
2. Wet op het financieel toezicht.
3. Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme.

4. De Harvard-hoogleraar die veel Nederlandse toezichthouders heeft beïnvloed met zijn mantra "Pick important problems, fix them and then tell everybody."
5. De naam van de desbetreffende instelling heb ik om voor de hand liggende redenen geanonimiseerd, op de website van de AFM was van anonimisering geen sprake.
6. ECLI:NL:CBB:2021:969.

Ik zal nu verder niet te zeer op deze specifieke zaak ingaan maar meld nog wel dat de AFM – ook volgens de civiele rechter in een niet gepubliceerde uitspraak – niet goed heeft kunnen uitleggen waarom ze eerst 8 maanden na de uitspraak van het CBB opeens een nieuwsbericht uitgaf waarin aandacht werd gevraagd voor hiervoor bedoelde last. Wel werd toen duidelijk wat de AFM met het nieuwsbericht wilde bereiken. Ter zitting werd schoorvoetend toegegeven dat het bestuur van de AFM op enig moment teurgesteld was geraakt in de Google-zoekresultaten indien werd gezocht op de naam van X; het door het CBB indertijd uitgegeven persbericht waaruit bleek van het handhavend optreden door de AFM tegen de feitelijk leidinggever van X was naar de smaak van de AFM inmiddels te ver weggezakt. Ik overdrijf niet, precies zo is het gegaan.

Ik ben mijn loopbaan gestart bij de AFM (op dat moment nog STE geheten) toen die er een beperkte taakopvatting op na hield: het uitvoeren van wetten. Ook ik kan echter begrijpen dat de AFM dat wel erg smalle pad inmiddels heeft verlaten – de "maatschappij" vraagt ook om "mondiger" toezichthouders. Er wordt echter een fundamentele grens gepasseerd indien toezichthouders door buitenwettelijk optreden doelbewust voorbij gaan aan de waarborgen en rechtsbescherming die de wetgever justitiabelen nadrukkelijk wel heeft willen bieden. En dat is precies wat er gebeurt indien de AFM nieuwsberichten, waarin marktpartijen met naam en toenaam worden genoemd, zonder uitleg en zonder vooraankondiging op haar website "knalt". Bedenk daarbij dat de AFM dat gebrek aan zorgvuldigheid nota bene "verantwoordt" door erop te wijzen dat het hier *geen* wettelijk toezicht betreft en dat het plaatsnemen van een nieuwsbericht dus *niet* kwalificeert als een besluit in de zin van de Awb waarvoor de hoorplicht ex artikel 4:8 Awb geldt. Aan partijen die worden geconfronteerd met bedoelde nieuwsberichten wordt aldus ook (bewust) de mogelijkheid onthouden om de rechter te vragen de publicatie te verbieden. Bedoelde partijen kunnen zich uiteraard nog wel tot wel tot de civiele kort geding rechter wenden met het verzoek de publicatie te laten verwijderen. Maar dan is het kwaad dus al geschied.

Over dat "kwaad" – lees: de schade – gesproken. Het buitenwettelijk *namen and shamen* is ook voor de AFM zelf niet zonder risico's is. De aansprakelijkheidsbeperking die zij op grond van artikel 1:25d lid 2 Wft geniet geldt alleen voor "*schade veroorzaakt door een handelen of nalaten in de uitoefening van een op grond van een wettelijk voorschrift opgedragen taak of verleende bevoegdheid.*" Voor nieuwsberichten die geen wettelijke basis kennen gelden derhalve de normale aansprakelijkheidsregels. Ook goed om te weten: de uitzonderingspositie die de AFM, nog even, heeft onder de Wet Open Overheid ("Woo"), de opvolger van de Wet openbaarheid van bestuur ("Wob"), geldt ook alleen voor zover de informatie waarom is gevraagd betrekking heeft op werkzaamheden die voortvloeien uit dan wel verband houden met – kort gezegd – haar toezichttaak.

Er is nog veel meer te zeggen over buitenwettelijk *namen en shamen*, vast ook over de voordelen daarvan.

Ik sluit af met misschien wel de meest wezenlijke vraag in dezen: is het wel aan een overheidstoezichthouder om zich te bemoeien met de Google-zoekresultaten betreffende individuele marktpartijen en mag zij daar überhaupt in (willen) morrelen? Mijn antwoord: ja, maar alleen indien de wetgever dat toestaat en die taak aan de AFM opdraagt.