

Alles went behalve een antecedent

Over rechtsbescherming tegen informele toezichtmaatregelen van de AFM

Ondernemingsrecht 2024/10

Column

Ooit trad ik als personeelslid nummer 7 in dienst van de Stichting Toezicht Effectenverkeer, de naamvoorganger – niet rechtsvoorganger – van de Stichting Autoriteit Financiële Markten. Inmiddels staat de teller daar op (ruim) meer dan 500 fte. Aan die stijging is wel gerefereerd als zelfrijzend bakmeel. Het zou mij niet verbazen indien het aantal door AFM opgelegde *informele* toezichtmaatregelen net zo sterk is gestegen. Ook die maatregelen rijzen inmiddels de pan uit. In 2022 legde de AFM 193 informele toezichtmaatregelen op tegen 48 formele maatregelen zoals boetes, lasten onder dwangsom en aanwijzingen.² Overigens kennen informele toezichtmaatregelen diverse verschijningsvormen. De bekendste zijn de waarschuwingsbrief en de – wie bedenkt dit? – normoverdragende brief. Niet te verwarren met de norminformerende brief, want dat is überhaupt geen toezichtmaatregel aangezien daarin geen overtreding wordt vastgesteld. Ik heb dat onderscheid wel eens geprobeerd uit te leggen aan buitenlanders. Dat is niet gelukt.

Aan informele maatregelen zijn evidente voordelen verbonden. Vooral voor de AFM. De bestuursvoorzitter van de AFM heeft dat zelf treffend onder woorden gebracht in *Het Financieele Dagblad* van 9 juni 2023. In haar column legt ze uit waarom de AFM, ook in vergelijking met buitenlandse toezichthouders, vaak voor de informele variant kiest. Daarbij laat ze over de formele maatregelen het volgende optekenen:

“Het is een arbeidsintensieve (en dure!) manier om organisaties tot naleving te bewegen. Je moet grondig onderzoek doen. Onder invloed van het toeslagendebacle hebben rechters de lat voor bewijs bovendien hoger gelegd. De signaalwerking richting de sector als geheel verloopt ook traag. Instellingen mogen natuurlijk bezwaar maken, in beroep bij de rechter en vervolgens in hoger beroep. Hoewel de AFM verplicht is boetes te publiceren, kunnen partijen keer op keer de rechter vragen die publicatie aan te houden.”

En inderdaad, waar formele maatregelen doorgaans zorgvuldig worden voorbereid en niet zelden tientallen pagina's motivering kennen, komen informele maatregelen vaak uit de lucht vallen en wordt in hooguit drie A4'tjes ongemotiveerd gesteld dat de wet is overtreden. Tel daarbij op dat informele maatregelen niet kwalificeren als besluit ex artikel 1:3 Awb zodat bestuursrechters er ook geen streep door kunnen zetten, en men begrijpt waarom de informele maatregel zo in zwang is geraakt bij de AFM.

Deze voordelen voor de AFM weerspiegelen echter de nadelen voor de getroffen instelling en haar bestuurders. In de praktijk zit daarbij ook de volgende passage dwars, zoals die steevast is opgenomen in waarschuwings- en normoverdragende brieven:

“Deze brief is verstuurd naar aanleiding van een vastgestelde overtreding en kwalificeert om die reden als toezichtsantecedent voor alle personen die ten tijde van de overtreding het beleid (mede) bepalen en de personen die zijn belast met het toezicht op dit beleid. In de toekomst kan de AFM deze brief meewegen in haar besluitvorming over de eventuele toetsing van de betrouwbaarheid en/of geschiktheid van deze personen.”

¹ Mr. G.P. (Guido) Roth is advocaat te Amsterdam en als auteur verbonden aan dit tijdschrift. Omwille van de transparantie zij vermeld dat hij als advocaat en gemachtigde is opgetreden in de in voetnoot 3 en 4 bedoelde procedures.

² Jaarverslag AFM 2022.

Dit soort toezichtantecedenten zijn sluipmoordenaars. De bestuurder of commissaris merkt er niet direct wat van, maar als het aantal 'kruisjes' naar de smaak van de toezichthouder te veel is geworden kan, jaren later, tot hertoetsing en zelfs heenzending worden overgegaan. Dan kunnen ook de oude informele maatregelen door de desbetreffende bestuurder weliswaar alsnog ter toetsing worden voorgelegd aan de bestuursrechter,³ maar uit oogpunt van rechtsbescherming is dat een troostprijs.

Toch is dit niet het hele verhaal. Daarbij speelt de vaak, ook door toezichthouders, over het hoofd geziene schakelbepaling van artikel 3:1 lid 2 Awb een belangrijke rol. Deze bepaling maakt, kort gezegd, dat bestuursorganen zich ook dienen te houden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur bij "andere handelingen dan besluiten". Het Gerechtshof Amsterdam heeft dat onlangs nog eens expliciet overwogen in een zaak waar het ging om een publicatie op de website van de AFM:⁴

"Het hof wijst in dit verband op artikel 3:1 lid 2 Algemene wet bestuursrecht waarbij de afdelingen 3.2 tot en met 3.4 in beginsel van overeenkomstige toepassing zijn verklaard op andere handelingen van bestuursorganen dan besluiten en met name op het daarin bepaalde omtrent zorgvuldigheid en belangenafweging."

Niet valt in te zien waarom voor informele toezichtmaatregelen – ook dat zijn "andere handelingen dan besluiten" – niet hetzelfde geldt. De AFM kan het niet efficiënt vinden om betrokkenen vooraf een zienswijze te vragen of om waarschuwings- en normoverdragende brieven van een deugdelijke motivering te voorzien, maar de wet dwingt haar daartoe wel. Dat wordt niet anders doordat betrokkenen die het er niet mee eens zijn, zich (uiteindelijk) niet bij de bestuursrechter, maar bij de civiele (rest)rechter dienen te vervoegen.

Misschien is het wel een teken aan de wand dat de pensioensector – doorgaans geen rebelen – de kat hier de bel heeft aangebonden. Zowel de Pensioenfederatie⁵ als individuele pensioenfondsen hebben publiekelijk de staf gebroken over de praktijk van antecedentvorming door normoverdragende brieven. Dat deden ze ook in concreet voorliggende zaken. De AFM is daarvoor niet doof gebleven. In *Pensioen Pro* van 8 november 2023 laat een woordvoerder van de AFM het volgende optekenen:

"Wij hebben de afgelopen periode overleg gehad met de pensioensector. Ook hebben we intern overleg gehad over de normoverdrachten en met name de toezichtantecedenten. We begrijpen dat een toezichtantecedent als bestraffend kan worden ervaren. We hebben daarom besloten de sector terugkoppelingsbrieven te sturen, die de eerder verzonden normoverdragende brieven vervangen', aldus de woordvoerder. De nieuwe brief is geen informele maatregel en zodoende is er ook geen sprake van een toezichtantecedent."

Daarmee heeft de AFM het pad geëffend voor wat je een informele bezwaarprocedure zou kunnen noemen. Dat is een begin. Beter nog zou zijn indien de AFM betrokkenen – waaronder de desbetreffende bestuurders – vooraf om een zienswijze zou vragen. Dat zou pas echt efficiënt zijn én in overeenstemming met de wet, meer in het bijzonder met het vereiste van een zorgvuldige voorbereiding ex artikel 3:2 Awb. Die norm draag ik daarom hierbij graag over aan de AFM.

3 Zie Rb. Rotterdam 16 september 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:11948.

4 Hof Amsterdam 21 februari 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:438.

5 Zie ook het artikel 'Pensioenfederatie: normoverdragende brieven AFM onduidelijk', *Pensioen Pro* 12 april 2023.