

Slagvaardig toezicht: over knelpunten en wetgevingswensen

VAST 2023 / P-032

28 juli 2023

De Autoriteit Financiële Markten (AFM) en De Nederlandsche Bank (DNB) houden toezicht op financiële ondernemingen in Nederland. Zij zijn bevoegd handhavingsmaatregelen op te leggen. Dat kunnen informele maatregelen zijn, zoals het voeren van een normoverdragend gesprek of sturen van een waarschuwingsbrief. Maar ook formele maatregelen, zoals het opleggen van een last onder dwangsom of bestuurlijke boete. In dit artikel ga ik eerst in op de begrippen 'toezicht' en 'handhaving'. Vervolgens bespreek ik de knelpunten die de AFM en DNB daarbij ervaren en hun wetgevingswensen aan het adres van de minister van Financiën. Ter afsluiting volgen enkele aanbevelingen voor de praktijk.

Toezicht en handhaving: spelregels, aanpak en samenwerking

Spelregels bij besluitvorming

Inleiding

Op gezette tijden halen ze de krant. De handhavingsbesluiten van toezichthouders AFM en DNB. Zo verscheen op 28 april dit jaar het artikel 'Miljoenenboete voor moederbedrijf Promovendum om reeks overtredingen' in *Het Financieele Dagblad*.¹ En op 18 oktober vorig jaar in dezelfde krant het artikel 'Historisch hard oordeel over witwasaanpak DNB in Bunq-zaak'.² Uit die artikelen blijkt dat onder toezicht staande financiële ondernemingen in Nederland zich aan een groot aantal 'spelregels' moeten houden. Deze vloeien onder andere voort uit de Wet op het financieel toezicht (Wft), de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft) en de Wet handhaving consumentenbescherming (Whc). Wanneer de toezichthouder vaststelt dat een of meerdere van die spelregels is overtreden, dan is hij wettelijk gezien bevoegd een handhavingsmaatregel op te leggen. In de hiervoor genoemde voorbeelden ging het om (i) het opleggen van een bestuurlijke boete van € 2,5 miljoen door de AFM wegens het verstrekken van onjuiste, onduidelijke en misleidende informatie aan klanten en (ii) het geven van een aanwijzing door DNB wegens het overtreden van de Wwft. Maar ook de toezichthouders zelf moeten zich daarbij aan 'spelregels' houden. Deze zijn onder andere terug te vinden in de Algemene wet bestuursrecht (Awb).

Algemene beginselen van behoorlijk bestuur

De AFM en DNB zijn bestuursorganen zoals gedefinieerd in artikel 1:1 Awb. Aan (de voorbereiding van) hun handhavingsbesluiten, ook wel 'beschikkingen' genoemd, worden door de wetgever hoge eisen gesteld. Deze 'algemene beginselen van behoorlijk bestuur' zijn deels opgenomen in de Awb, deels in de Grondwet (het gelijkheidsbeginsel) en deels niet vastgelegd in wetgeving, maar benoemd in rechterlijke uitspraken (bijvoorbeeld het *fair play*-beginsel).

Algemene beginselen van behoorlijk bestuur in de Awb

In artikel 3.2 Awb is vastgelegd dat bestuursorganen bij de voorbereiding van een besluit de nodige kennis moeten vergaren over de relevante feiten en de af te wegen belangen (zorgvuldigheidsbeginsel). Bij het opleggen van een handhavingsmaatregel rust op het bestuursorgaan de plicht voldoende overtuigend bewijs te leveren dat er sprake is van een overtreding. Artikel 5:1 Awb definieert het begrip 'overtreding' als een gedraging die in strijd is met het bepaalde bij of krachtens enig wettelijk voorschrift. Een 'overtreder' is degene die de overtreding pleegt of medepleegt. Dit kan zowel een natuurlijke persoon als een rechtspersoon zijn.

Artikel 3:3 Awb bepaalt dat het bestuursorgaan de bevoegdheid tot het nemen van een besluit niet mag gebruiken voor een ander doel dan waarvoor die bevoegdheid is verleend (verbod op misbruik van bevoegdheid, ook wel *détournement de pouvoir* genoemd). Op grond van artikel 3:4 Awb weegt het bestuursorgaan de rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen af (evenwichtige belangenafweging). De voor een of meerdere belanghebbenden nadelige gevolgen daarvan mogen niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen (evenredigheidsbeginsel). Of het bestuursorgaan in een concreet geval aan deze beginselen heeft voldaan, is ter beoordeling van de bestuursrechter. In geval van beschikkingen van de AFM en DNB is dat in eerste instantie de rechtbank in Rotterdam en in (hoger) beroep het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) in Den Haag. Deze rechters beoordelen onderbouwd of een beschikking van de toezichthouder wel of niet in stand blijft.

Toezichtaanpak AFM

De AFM is de gedragstoezichthouder op de financiële markten. Op 3 mei 2017 heeft zij haar toezichtaanpak gepubliceerd.³ Hoewel de AFM daarin aangeeft dat dit een momentopname is 'omdat het toezicht van de AFM continu in ontwikkeling is' is die aanpak daarna niet herzien. De AFM heeft als missie zich sterk maken voor eerlijke en transparante financiële markten. 'We zijn zorgvuldig en doortastend', aldus de AFM. Zij geeft aan dat de maatschappelijke verwachtingen van toezicht hoog zijn: 'Een toezichthouder moet daarom goed kunnen uitleggen waarom ze wel of niet iets gedaan heeft.' Wanneer sprake is van een overtreding maakt de AFM de afweging welke maatregel zij neemt. Hierbij baseert zij zich op haar handhavingsbeleid dat algemene uitgangspunten geeft voor de inzet van handhavingsinstrumenten. Het betreft hier het beleid dat in samenspraak met collega-toezichthouder DNB is opgesteld. De AFM benadrukt dat zij, voordat wordt overgegaan tot het opleggen van een maatregel, altijd grondig onderzoek doet. Daarna wordt bepaald welke maatregel daar het beste bij past. Zonder hier met zoveel woorden aan te refereren kan dit worden gezien als een verwijzing naar de door de AFM in acht te nemen zorgvuldigheids- en evenredigheidsbeginselen, artikelen 3:2 en 3.4 Awb. De AFM vermeldt verder onder andere dat zij een datagedreven toezichthouder wil zijn. Zij investeert in een technologie- en datagedreven organisatie en trekt hierin waar mogelijk samen op met DNB.

Toezichtaanpak DNB

DNB is de prudentiële toezichthouder op de financiële markten. Met haar toezicht draagt DNB bij aan het publieke belang van een stabiel en betrouwbaar financieel stelsel, waarin solide financiële instellingen hun diensten op een integere wijze verlenen. DNB werkt met ingang van 2021 met een vernieuwde toezichtaanpak, 'Actualisatie Toezichtmethodologie' (ATM) genaamd.⁴ In de brochure hierover bespreekt DNB de uitgangspunten van haar toezicht en de kernelementen van haar toezichtaanpak. Annex 1 benoemt de diverse handhavingsinstrumenten die in het zogenaamde

'risicogebaseerde programma' kunnen worden ingezet. Daaronder begrepen zijn formele handhavingsmaatregelen, zoals het geven van een aanwijzing om een specifieke gedragslijn te volgen en het opleggen van een boete. Anders dan de AFM refereert DNB in dit document niet aan de daarbij in acht te nemen zorgvuldigheid. Wel benadrukt DNB evenals de AFM dat haar vernieuwde toezichtaanpak datagedreven is.

Handhavingsbeleid AFM en DNB

Op 2 november 2020 is het geactualiseerde gezamenlijke handhavingsbeleid van de AFM en DNB gepubliceerd in de *Staatscourant*.⁵ De dag na publicatie trad dit beleid in werking. In paragraaf 3 onder f daarvan is opgenomen dat handhavend optreden in overeenstemming is met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en, waar van toepassing, beginselen van Europees recht en internationaal publiekrecht. Daarbij wordt expliciet verwezen naar het hiervoor genoemde evenredigheidsbeginsel, het beginsel van evenwichtige belangenafweging en het gelijkheidsbeginsel. Verder geven de toezichthouders in paragraaf 6 aan dat zij, binnen hun wettelijke mogelijkheden, zo veel mogelijk transparant zijn over de inzet van handhavingsinstrumenten, onder meer in hun jaarverslagen. Interessant is verder dat de toezichthouders in paragraaf 3 onder d aangeven dat de handhaving van open normen altijd een (uitgebreidere) motivering vraagt waarmee wordt aangetoond dat de open norm is overtreden. In een voetnoot wordt daarbij nog vermeld dat bij overtreding van wettelijke normen die meer ruimte bieden voor eigen interpretatie een enkele verwijzing naar de handeling en de norm '*in de regel*' niet volstaat '*en een nadere motivering vereist is om de overtreding te kwalificeren*'.

Samenwerkingsconvenant AFM en DNB

Op 3 juli 2023 hebben de AFM en DNB een nieuw samenwerkingsconvenant ondertekend. Dit convenant is op 13 juli daarna in de *Staatscourant* gepubliceerd.⁶ Daarin hebben de toezichthouders afspraken vastgelegd over hoe zij samenwerken, onder andere in het kader van het treffen van handhavingsmaatregelen. Op grond van het bepaalde in artikel 1.4.1 van het convenant vraagt de ene toezichthouder de zienswijze van de andere toezichthouder als hij voornemens is een handhavingsmaatregel te treffen als bedoeld in artikel 1:47 Wft (waaronder de benoeming van een curator of de intrekking van een vergunning). Daarnaast regelt artikel 1.4.2 van het convenant dat zij het treffen van overige handhavingsmaatregelen op grond van de toezichtwetgeving en de publicatie daarvan met elkaar afstemmen, voor zover deze betrekking hebben op financiële ondernemingen die onder zowel prudentieel als gedragstoezicht staan, tenzij dit evident onnodig is.

Toezicht en handhaving: slagvaardigheid, knelpunten en wetgevingswensen

Wetgevingsbrief AFM

Op 4 mei 2023 heeft de AFM haar jaarlijkse 'wetgevingsbrief' gestuurd aan de ministers Kaag van Financiën en Schouten van Armoedebeleid, Participatie en Pensioenen.⁷ Daarin geeft zij aan een inventarisatie te hebben uitgevoerd naar de slagvaardigheid van haar formele handhavingsinstrumenten. Uit deze inventarisatie is onder andere naar voren gekomen dat het handhavingsinstrument van de toezegging kan bijdragen aan een slagvaardiger toezicht. Een toezegging houdt in dat een ondernemer toezegt dat een inbreuk op de toepasselijke wet- en

regelgeving zal worden gestaakt. Volgens de AFM heeft zij momenteel die bevoegdheid alleen op grond van de Whc. Zij wil het instrument van de toezegging graag uitbreiden naar andere toezichtdomeinen. De AFM doelt daarbij op het bepaalde in artikel 3.4a van deze wet. Op grond daarvan kan de AFM een toezegging door de overtreder dat een inbreuk in Nederland of binnen de Europese Unie zal worden gestaakt openbaar maken. Volgens de Memorie van Toelichting kunnen de bevoegde autoriteiten het verhoudingsgewijs lichtere instrument van het openbaar maken van een toezegging toepassen indien zij dat in de gegeven omstandigheden doelmatiger achten.⁸ Naast de Autoriteit Consument en Markt (ACM) zijn dit de AFM, de Inspectie gezondheidszorg en jeugd, het Commissariaat voor de Media, de Inspectie Leefomgeving en Transport en de Nederlandse Voedsel- en Warenautoriteit. Voor die andere bevoegde autoriteiten is artikel 3.4a van overeenkomstige toepassing verklaard. De wettelijke grondslag voor de inzet van dit instrument is niet gelegen in de Whc zelf, maar in de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt, artikel 12h. Een dergelijke wettelijke grondslag voor de AFM ontbreekt.

Volgens AFM is de toezegging '*(...) in tegenstelling tot de waarschuwingsbrief, een bevoegdheid die wettelijk is vastgelegd en kan worden gepubliceerd*'. Dat is geen juiste voorstelling van zaken. Immers, de bevoegdheid met betrekking tot de toezegging is alleen wettelijk vastgelegd voor de ACM, niet (tevens) voor de AFM. In artikel 3.4 lid 2 van de Whc is bepaald dat de AFM, indien zij van oordeel is dat een inbreuk heeft plaatsgevonden, een zelfstandige last, een bestuurlijke boete of een last onder dwangsom kan opleggen. Over de toezegging rept dit artikel niet. Het is merkwaardig dat de toezegging zelf niet wettelijk geregeld is, maar de publicatie van die toezegging wel.

Via haar website geeft de AFM aan dat de toezegging een van de handhavingsmaatregelen is die zij kan gebruiken op grond van de Whc. '*Een toezegging is een eenzijdige en openbare verklaring van een bedrijf waarin het bedrijf toezegt in het vervolg af te zien van een bepaalde gedraging, of om een bepaalde gedraging in het vervolg op een specifieke manier vorm te geven zodat deze niet in strijd is met de wettelijke bepalingen*', aldus de toezichhouder. Volgens haar is de toezegging geen besluit in de zin van de Awb. Bezwaar en beroep zijn daarom niet mogelijk. De AFM zal een toezegging in beginsel altijd openbaar maken via een persbericht en plaatsen op haar website. Voor zover mij bekend heeft de AFM tot dusverre geen gebruikgemaakt van die mogelijkheid.

Het lijkt erop dat de AFM zich bij haar voorstel met betrekking tot de toezegging heeft laten inspireren door haar eigen procedure met betrekking tot de vereenvoudigde afdoening van boetezaken.⁹ Deze is met ingang van 1 februari 2022 van kracht en gericht op een snelle en definitieve afronding van boetezaken. Daardoor zijn langdurige en kostbare juridische procedures niet nodig.

Wetgevingsbrief DNB

Naast de AFM heeft ook DNB een wetgevingsbrief gestuurd, op 11 mei 2023 en alleen aan minister Kaag.¹⁰ Daarin doet DNB geen soortgelijk verzoek als de AFM, strekkende tot uitbreiding van haar handhavingsinstrumentarium. Zij bepleit wel aanpassingen op het gebied van de mogelijkheid tot beboeting van crypto-aanbieders.

Reactie minister

Bij brief van 7 juni 2023, gericht aan de voorzitter van de Tweede Kamer, heeft minister Kaag kritisch en terughoudend gereageerd op het verzoek om *'samen met de AFM te verkennen hoe we de toezegging kunnen uitbreiden naar andere domeinen'*.¹¹ Zie in dit verband ook [VAST 2023 / B-035](#).

Volgens de minister vereist deze wens een grondige onderbouwing, *'waarin naast de slagvaardigheid van de toezichthouder, ook aspecten zoals de rechtsbescherming en de noodzaak van deze maatregel voor het functioneren van de markten zorgvuldig worden afgewogen'*. De minister geeft aan de AFM te hebben gevraagd om met een breder beargumenteerde toelichting te komen waarin de hiervoor genoemde aspecten voldoende aandacht krijgen. Zij kondigt aan de Kamer volgend jaar rond de zomer via de jaarlijkse moties- en toezeggingenbrief te informeren over de voortgang daarvan. Inmiddels weten wij dat een andere minister hier dan voor zal zorgdragen.

Aandacht voor rechtsbescherming is een belangrijk aandachtspunt, waar eerder in de literatuur aandacht voor is gevraagd. In 2018 hebben Nuijten en Stijnen in een preadvies bepleit dat goed toezicht gebaat is bij een rechterlijke toets van de praktijk.¹² *'Rechterlijke interpretaties dragen bij aan de rechtsontwikkeling en de rechtszekerheid voor ondertoezichtstaanden, en juist bij een groot aantal principle based voorschriften, zoals in het financieel recht is dat van belang'*, aldus Nuijten en Stijnen.

In dit licht bezien kunnen de verdere ontwikkelingen op dit terrein met belangstelling worden gevolgd.

Aanbevelingen voor de praktijk

Voor de financiële ondernemingen die onder prudentieel en/of gedragstoezicht staan geldt als aanbeveling dat zij de toezichthouder kritisch moeten bejegenen zodra deze het voornemen kenbaar heeft gemaakt een handhavingsmaatregel op te leggen. Is er wel sprake van de gestelde overtreding? Is het voorgenomen besluit op dit punt voldoende onderbouwd? Is de tekst van de voorgenomen handhavingsmaatregel duidelijk en concreet? Artikel 3:15 Awb biedt hen de mogelijkheid hun zienswijze over het conceptbesluit naar voren te brengen, schriftelijk of mondeling. Doe bij voorkeur dat eerste en draag zodoende bij aan zorgvuldige besluitvorming door de toezichthouder, met inachtneming van de daarbij geldende beginselen van behoorlijk bestuur.

En, *last but not least*: leef de van toepassing zijnde wet- en regelgeving steeds aantoonbaar na. Want ook hier geldt het adagium dat voorkomen uiteraard veel beter is dan genezen.

Noten

¹ Bron: <https://fd.nl/bedrijfsleven/1474761/moeder-van-verzekeraar-promovendum-krijgt-afm-boete-van-2-5-mln-voor-reeks-overtredingen-pef3caWYNKln>. Zie ook VAST 2023 / B-025.

² Bron: <https://fd.nl/financiële-markten/1455086/vernietigend-oordeel-rechter-over-witwasaanpak-dnb-in-bunq-zaak-pef3caWYNKln>.

³ Bron: <https://www.afm.nl/nl-nl/over-de-afm/wat-doen-wij/toezichtaanpak>.

⁴ Bron: <https://www.dnb.nl/nieuws-voor-de-sector/toezicht-2022/vernieuwde-toezichtmethodologie/>.

⁵ Bron: <https://www.afm.nl/nl-nl/sector/actueel/2020/november/actualiseren-handhavingsbeleid>.

⁶ Bron: <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stcrt-2023-19513.pdf>.

⁷ Bron: <https://www.afm.nl/nl-nl/sector/actueel/2023/juni/wetgevingsbrief-afm>.

⁸ Bron: https://www.parlementairemonitor.nl/9353000/1/j4nvg5kjg27kof_j9vvij5epmj1ey0/vl00ne2xr8ww/f=/kst352513.pdf, p. 12 onder 2.4.

⁹ Bron: <https://www.afm.nl/nl-nl/sector/actueel/2022/januari/vereenvoudigde-afhandeling-boete>.

¹⁰ Bron: <https://open.overheid.nl/documenten/a6f3f2b2-cd5e-4a0c-9519-919794e888bc/file>.

¹¹ Bron: <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2023/06/07/kamerbrief-wetgevingsbrieven-afm-en-dnb-2023>.

¹² Bron: S.M.C. Nuijten & R. Stijnen, *Rechterlijke toetsing van besluiten en handelingen van de AFM en DNB: trends en analyses (Preadvies voor de Vereniging voor Financieel Recht 2018) (Serie Van der Heijden Instituut nr. 155)*, Deventer, Wolters Kluwer 2018, p. 27.

Keywords

Bestuursrecht
Financieel recht
Handhaving
Toetsing
Toezicht

Auteur(s)

Gerard Jong

Consultant bij Charco & Dique (onderdeel van Projective Group) in Amsterdam, en gespecialiseerd in financieel recht met een focus op auditing, duurzaamheidsrapportering en geschillenbeslechting

[LinkedIn](#)