

983. Toezichthouders aan de poort

MR. I.R. VIERTELHAUZEN EN MR. M.J. BEDNARSKI

De inlichtingenbevoegdheid is een belangrijk toezichtinstrument in het arsenaal van de AFM en DNB. Voor de praktijk is het van belang dat een financiële onderneming weet hoe zij met een informatieverzoek van de toezichthouder om moet gaan. In dit artikel bespreken wij de reikwijdte van de inlichtingenbevoegdheid en plaatsen hier enkele kanttekeningen bij.

1. Inleiding

Het kan iedere financiële onderneming overkomen: in de bus vindt men een verzoek om informatie te verstrekken aan een van de financiële toezichthouders, De Nederlandsche Bank (DNB) of de Autoriteit Financiële Markten (AFM). Een dergelijk verzoek leidt al snel tot onrust binnen de onderneming. De vrees voor mogelijk handhavend optreden van de toezichthouder is een reëel fenomeen bij bestuurders, die doorgaans boetes en reputatieschade zullen willen vermijden. Het kan om een informeel informatieverzoek gaan, maar evengoed kan het een inlichtingenvordering op grond van art. 1:74 Wet op het financieel toezicht (Wft) of op grond van art. 5:16 Algemene wet bestuursrecht (Awb) zijn. Wij zullen ons in dit artikel richten op de formele inlichtingenvordering.

De inlichtingenbevoegdheid is een van de belangrijkste toezichtinstrumenten in het arsenaal van de toezichthouder. Met deze inlichtingenbevoegdheid kunnen de AFM en DNB informatie verzamelen en beoordelen. Wanneer het tot handhaving komt, zijn specifieke en nauwkeurige informatie over de onderneming ook noodzakelijk om te kunnen voldoen aan onder meer het zorgvuldigheidsbeginsel¹ en het motiveringsbeginsel² bij het opstellen van een mogelijk sanctiebesluit. Voor de praktijk is het van belang dat een financiële onderneming weet hoe zij met een dergelijk informatieverzoek om moet gaan. In dit artikel zullen wij daarom de reikwijdte van de inlichtingenbevoegdheid van de AFM en DNB bespreken. Hierbij zullen we onder andere ingaan op de mogelijkheden voor de toezichthouder om inlichtingen te verkrijgen, het door de toezichthouder in acht te nemen evenredigheidsbeginsel en het gebruik van de ingewonnen informatie. Ook bezien we de balans tussen de bevoegdheden van de toezichthouders en de waarbor-

gen die de wet een onderneming biedt. Wij lichten voorts toe waarom wij vinden dat het huidige systeem van rechtsbescherming tegen inlichtingenvorderingen niet toereikend is. Wij ronden af met enige aanbevelingen voor de praktijk.

2. De inlichtingenbevoegdheid in het algemeen

2.1 De twee inlichtingenbevoegdheden van de AFM en DNB

De algemene inlichtingenbevoegdheid voor Nederlandse toezichthouders volgt uit art. 5:16 Awb. Deze bevoegdheid geldt voor alle personen die bij of krachtens wettelijk voorschrift belast zijn met het houden van toezicht op de naleving van het bepaalde bij of krachtens enig wettelijk voorschrift.³ Art. 5:16 Awb bepaalt dat een toezichthouder bevoegd is inlichtingen te vorderen. Daarnaast hebben DNB en AFM op grond van art. 1:74 Wft een aanvullende bevoegdheid om inlichtingen van eenieder te vragen, indien dat redelijkerwijs noodzakelijk is voor het toezicht op de naleving van de Wft of daarop gebaseerde lagere regelgeving.

De wetgever achtte het noodzakelijk om voor de AFM en DNB in een bijzondere regeling te voorzien en hen een 'eigen' inlichtingenbevoegdheid toe te bedelen.⁴ De bepalingen lijken erg op elkaar, maar een toezichthouder in de zin van de Awb duidt op een natuurlijk persoon werkzaam bij de toezichthouder,⁵ terwijl met toezichthouder in de zin van de Wft 'de Nederlandsche Bank of de Autoriteit Financiële Markten, ieder voor zover belast met de uitoefening van taken ingevolge deze wet' wordt bedoeld.⁶ De wetgever achtte het wenselijk dat het vorderen van inlichtingen door de toezichthouder als zelfstandig bestuursorgaan ook zonder betrokkenheid van een aangewezen medewerker

1 Art. 3:2 Awb.

2 Art. 3:46 Awb.

3 Art. 5:11 Awb.

4 Kamerstukken II 2003/04, 29708, nr. 3, p. 45.

5 Kamerstukken II 2003/04, 29708, nr. 3, p. 40.

6 Zie art. 1:1 Wft.

mogelijk zou zijn.⁷⁸ In de praktijk zullen de AFM en DNB zich vaak zowel op art. 5:16 Awb, als op art. 1:74 Wft beroepen.⁹

Voor de praktijk is van belang dat een financiële onderneming weet hoe zij met een dergelijk informatieverzoek om moet gaan

Op grond van art. 5:20 Awb, dat in art. 1:74 lid 2 Wft van overeenkomstige toepassing is verklaard, hebben ondernemingen een medewerkingsplicht ten aanzien van een inlichtingenvordering van de toezichthouder. Dit artikel geeft de inlichtingenvordering tanden. De onderneming dient binnen de door de toezichthouder gestelde termijn alle medewerking te verlenen die de AFM en DNB in redelijkheid kunnen vorderen. Doet de onderneming dit niet, dan kunnen DNB en de AFM een last onder dwangsom (art. 1:79 Wft) of boete (art. 1:80 Wft) opleggen. Het niet voldoen aan een inlichtingenvordering levert voorts een strafbaar feit op (art. 184 Sr).

2.2 Reikwijdte bevoegdheid

De bevoegdheid van de toezichthouders om inlichtingen te vorderen is niet onbeperkt. De toezichthouder dient hierbij het in art. 5:13 Awb neergelegde evenredigheidsbeginsel in acht te nemen. Dit artikel, dat via art. 1:74 Wft van overeenkomstige toepassing is verklaard op de inlichtingenvordering, bepaalt dat een toezichthouder uitsluitend van zijn bevoegdheden gebruik mag maken voor zover dat redelijkerwijs voor de vervulling van zijn taak nodig is. Dit betekent dat de toezichthouder moet onderbouwen waarom de inlichtingenbevoegdheid in het concrete geval nodig is en deze onderbouwing ook moet delen met de betrokkene. Voorts moeten de AFM en DNB kunnen aantonen dat de gekozen wijze van toezichthouden de minst belastende voor de betrokkene is.¹⁰ De toezichthouder zal hierbij dus aan de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit moeten voldoen.

Uit art. 5:13 Awb vloeit verder voort dat een toezichtbevoegdheid slechts mag worden uitgeoefend ten aanzien van personen die bij activiteiten betrokken zijn waarop moet worden toegezien door de desbetreffende toezichthouder. In de wetsgeschiedenis wordt hierbij als voorbeeld aangehaald het vorderen van inlichtingen ten behoeve van het toezicht op de naleving van bepalingen omtrent de melding

van zeggenschap en kapitaalbelang in beursgenoteerde vennootschappen. Blijkens de memorie van toelichting mag een inlichtingenvordering zich in een dergelijk geval alleen richten tot de volgende actoren:

- de meldingsplichtige;
- beleggingsondernemingen;¹¹
- effectenbewaarbedrijven;
- houders van een erkende markt in financiële instrumenten;
- vennootschappen die aandelen hebben uitgegeven en waarop het kapitaalbelang of de stemmen van de meldingsplichtige betrekking hebben, dan wel houders van een substantiële deelneming.¹²

Art. 1:74 Wft biedt weinig houvast wat betreft de vorm van de te vorderen inlichtingen. Gaat het hier om verklaringen, of kan de toezichthouder ook kopieën van stukken en bescheiden vorderen? DNB lijkt van het laatste uit te gaan. Op de website van de toezichthouder valt te lezen dat alle inlichtingen kunnen worden gevorderd, waaronder ook valt de inzage in zakelijke gegevens en bescheiden en het onderzoek ter plaatste. Wij hebben hier onze twijfels bij. In de Awb is de bevoegdheid om inzage te vorderen van zakelijke gegevens en bescheiden in een apart artikel neergelegd (art. 5:17 Awb). Dit geldt overigens ook voor de bevoegdheid om zaken te onderzoeken (art. 5:18 Awb). Het zou vreemd zijn als deze bevoegdheden in de Wft allemaal onder de inlichtingenbevoegdheid kunnen worden geschaard. Bovendien kan de vraag worden gesteld of de toezichthouder zijn inlichtingen schriftelijk of ook mondeling kan vorderen. Doorenbos meent dat de inlichtingenbevoegdheid niet zo ver reikt dat de toezichthouder mag verhoren.¹³

Art. 1:74 lid 3 en 4 Wft bepalen dat de AFM en DNB uitsluitend inlichtingen mogen vorderen ten aanzien van het werkterrein van de andere toezichthouder, indien de andere toezichthouder deze gegevens niet kan verstrekken. DNB is in beginsel verantwoordelijk voor de vergaring van gegevens over aspecten van de bedrijfsvoering van afwikkelondernemingen, betaalinstanties, clearinginstellingen, elektronischgeldinstellingen, entiteiten voor risico-acceptatie, banken, kredietunies, premiepensioeninstellingen, verzekeraars en wisselinstellingen.¹⁴ De AFM is op haar beurt verantwoordelijk voor de vergaring van de gegevens omtrent de bedrijfsvoering van beheerders van beleggingsinstellingen, beheerders van icbe's, beleggingsinstellingen, icbe's, beleggingsondernemingen, bewaarders, datarapporteringsdienstverleners en pensioenbewaarders.¹⁵

Zoals hiervoor aan de orde kwam, zijn er grenzen aan de inlichtingenbevoegdheid van de AFM en DNB. Het verdient dan ook aanbeveling om de toezichthouder naar een onder-

7 *Kamerstukken II 2003/04, 29708, nr. 3, p. 45.*

8 Deze toezichthouders zijn voor DNB de daartoe aangewezen personen in het Besluit aanwijzing toezichthouders DNB. Het aanwijzingsbesluit van de AFM is vervat in het Mandaat Autoriteit Financiële Markten per 1 juli 2018.

9 Zie bijv. CbB 21 september 2015, ECLI:NL:CBB:2015:288, «JOR» 2015/302, CbB 21 september 2015, ECLI:NL:CBB:2015:287, «JOR» 2015/301 en Rb. Rotterdam 1 juni 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:4116, «JOR» 2017/233.

10 *Kamerstukken II 1993/94, 23700, nr. 3, p. 141 en Kamerstukken II 2003/04, 29708, nr. 3, p. 45.*

11 In de memorie van toelichting werden beleggingsondernemingen nog aangeduid als effecteninstellingen.

12 *Kamerstukken II 2003/04, 29708, nr. 3, p. 45.*

13 D.R. Doorenbos, 'Kan een toezichthouder u verplichten een verhoor te ondergaan', in: *Christel's Koers*, Deventer: Kluwer 2013, p. 237-238.

14 Art. 1:74 lid 3 jo. art. 3:17 Wft.

15 Art. 1:74 lid 4 jo. art. 4:14 Wft.

bouwing te vragen, al zal het in de praktijk niet eenvoudig zijn om vast te stellen of sprake is van een overschrijding van de inlichtingenbevoegdheden. De AFM of DNB zullen kunnen aanvoeren dat zij de informatie nodig hebben om de naleving van de Wft of andere wet waarop zij toezien te waarborgen. Deze wetten zien op een zeer breed scala aan gedragingen, waardoor de toezichthouders vrij gemakkelijk zullen kunnen beargumenteren dat de inlichtingenvordering gerechtvaardigd is. Wat een onderneming tegen een vermeend onrechtvaardige inlichtingenvordering kan doen, zullen we hierna in paragraaf 6 toelichten.

3. Geheimhoudingsplicht toezichthouder

3.1 Geheimhoudingsplicht en uitzonderingen

De AFM en DNB moeten vertrouwelijke gegevens en verkregen inlichtingen geheimhouden. Zij mogen deze informatie niet verder of anders gebruiken, of daaraan verder of anders bekendheid geven dan voor de uitvoering van hun taak of door de Wft wordt geëist. Dit betekent dat de AFM en DNB de informatie mogen gebruiken in het kader van toezicht en handhaving, maar daaraan geen externe bekendheid mogen geven. Deze geheimhoudingsplicht is opgenomen in art. 1:89 Wft.

In de parlementaire geschiedenis is het belang van de geheimhoudingsplicht toegelicht. Vanwege het ingrijpende karakter van de inlichtingverplichting en om vrije informatieverstrekking door ondertoezichtstaanden en derden te bevorderen, moet worden gewaarborgd dat vertrouwelijke informatie vertrouwelijk blijft.¹⁶

Wel mag de toezichthouder in samengevatte of geaggregeerde vorm mededelingen doen, indien deze niet kunnen worden herleid tot afzonderlijke personen. Dit staat in art. 1:89 lid 2 Wft. Zo signaleert de AFM jaarlijks de belangrijkste trends en bijbehorende risico's die de financiële markten gaan beïnvloeden. Ook DNB publiceert jaarlijks een vooruitblik waarin trends en ontwikkelingen in economie en de financiële sector worden beschreven. Een ander voorbeeld is de generieke terugkoppeling naar aanleiding van themaonderzoeken uitgevoerd door de AFM of DNB.

Op de geheimhoudingsplicht van art. 1:89 Wft bestaat een aantal uitzonderingen. De AFM en DNB mogen vertrouwelijke gegevens en verkregen inlichtingen delen:

- met de Minister van Financiën (art. 1:42 Wft);
- onderling (art. 1:90 Wft);
- met een toezichthoudende of bij de afwikkeling betrokken instantie in een andere lidstaat (art. 1:90 Wft);
- met het Depositogarantiefonds en het Afwikkelingsfonds (art. 1:90 Wft);
- in het kader van burgerlijke rechtsvordering (art. 1:91 Wft) en strafvordering (art. 1:92 Wft);
- met andere personen of instanties genoemd in art. 1:93 Wft;
- in het kader van MiFID II en MiFIR (art. 1:93b Wft);
- met de Algemene Rekenkamer (art. 1:93e Wft);

- in het kader van een parlementaire enquête (art. 1:93f Wft).

De informatie-uitwisseling is wel aan voorwaarden verbonden. Deze voorwaarden staan beschreven in de relevante wetsartikelen. Ook kan een uitzondering op de geheimhoudingsplicht worden gemaakt voor publicatie van bepaalde overtredingen en sanctiebesluiten.¹⁷

3.2 Vertrouwelijke gegevens

De geheimhoudingsplicht ziet op vertrouwelijke gegevens en inlichtingen die ingevolge de Wft of titel 5.2 van de Awb zijn verstrekt of verkregen. Maar wat zijn vertrouwelijke gegevens? Blijkens de parlementaire geschiedenis gaat het om gegevens die van invloed kunnen zijn op de concurrentiepositie van financiële ondernemingen of die een disproportionele inbreuk kunnen maken op de persoonlijke levenssfeer van betrokkene.¹⁸ Openbare informatie is niet langer vertrouwelijk.

Het is niet relevant hoe de toezichthouder de informatie heeft verkregen. Of deze informatie is verkregen met gebruikmaking van een inlichtingenbevoegdheid, vrijwillig is gedeeld, of is ontvangen van een andere toezichthouder, in alle gevallen is de toezichthouder gehouden tot geheimhouding van de in zijn bezit gekomen vertrouwelijke informatie.¹⁹

De toezichthouder moet onderbouwen waarom de inlichtingenbevoegdheid in het concrete geval nodig is en deze onderbouwing ook delen met de betrokkene

Eerder oordeelden het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb) en de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS) dat de toezichthouder eenmaal verkregen gegevens in beginsel altijd vertrouwelijk moet behandelen en geheim moet houden, tenzij deze gegevens reeds openbaar zijn gemaakt.²⁰ Dit is genuanceerd met het op 19 juni 2018 gewezen *Baumeister*-arrest van het Hof van Justitie EU. Het Hof oordeelde dat de informatie die zich in het toezichtsdossier van een beleggingsonderneming bevond, niet onvoorwaardelijk vertrouwelijk van aard is en onder de geheimhoudingsplicht valt. Gegevens die mogelijk commerciële geheimen zijn geweest, worden in beginsel geacht niet meer actueel en dus niet langer geheim te zijn, wanneer die gegevens ten minste vijf jaar oud zijn. Dit is anders als de betrokken partij kan aantonen dat de gegevens nog steeds geheim zijn omdat zij – ondanks de ouderdom – een wezenlijk onderdeel van haar commer-

¹⁷ Zie art. 1:94 e.v. Wft.

¹⁸ *Kamerstukken II* 2003/04, 29708, nr. 3, p. 47.

¹⁹ *Kamerstukken II* 2003/04, 29708, nr. 3, p. 48.

²⁰ CBB 4 september 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BJ8735, «JOR» 2009/299 en ABRvS 11 oktober 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2731.

¹⁶ *Kamerstukken II* 2003/04, 29708, nr. 3, p. 46.

ciële positie zijn. Het Hof merkt daarbij wel op dat deze overwegingen niet gelden voor gegevens die berusten bij de bevoegde autoriteiten en waarvan geheimhouding gerechtvaardigd zou kunnen zijn om andere redenen dan hun belang voor de commerciële positie van de betrokken ondernemingen, zoals met name gegevens die betrekking hebben op de door de bevoegde autoriteiten gehanteerde methoden en toezichtstrategieën.

Het *Baumeister*-arrest zag op het beroepsgeheim van art. 54 MiFID I.²¹ Het lijkt echter aannemelijk dat deze uitspraak ook gevolgen heeft voor het beroepsgeheim tegenover andere financiële ondernemingen. In diverse andere richtlijnen zien we vergelijkbare bepalingen.²² Dit is mogelijk anders indien voor een bepaalde ondernemingen zou gelden dat de informatie ook na vijf jaar nog actueel is, en dus geheim zou moeten blijven.

4. Gebruik maken van verkregen informatie

De toezichthouder kan de vertrouwelijke gegevens en verkregen inlichtingen gebruiken voor de uitvoering van zijn taak.²³ De AFM en DNB mogen de informatie dus gebruiken in het kader van het toezicht op de naleving van de Wft en Europese verordeningen. Maar wat gebeurt er als de AFM of DNB op basis van verkregen informatie op een overtreding stuiten? Kunnen zij dan handhavend optreden? Mag deze informatie ten grondslag worden gelegd aan een bestuurlijke sanctie?

Hier is veel over te zeggen, en in dit artikel kunnen wij slechts enkele aandachtspunten aanstippen. Zoals hiervoor al aan de orde kwam, geldt in het bestuursrecht een medewerkingsplicht. In beginsel is eenieder van wie inlichtingen worden verlangd, verplicht deze te verstrekken. Daartegenover staat het uit art. 6 EVRM voortvloeiende nemo tenetur-beginsel, inhoudende dat men het recht heeft om te zwijgen en zichzelf niet te belasten. In art. 5:10a Awb is het nemo tenetur-beginsel neergelegd. Dit artikel bepaalt dat degene die wordt verhoord met het oog op het aan hem opleggen van een bestraffende sanctie, niet verplicht is ten behoeve daarvan verklaringen omtrent de overtreding af te leggen. Voor het verhoor wordt de betrokkene medegedeeld dat hij niet is verplicht tot antwoorden (de cautie).

Dit geldt allemaal in het kader van een verhoor. Wat zijn de regels als de AFM en DNB schriftelijk om inlichtingen verzoeken? Op haar website schrijft DNB dat bij een schriftelijke ondervraging in de regel geen sprake is van een verhoor, zodat de cautie niet hoeft te worden gegeven.²⁴

Dit zou slechts anders zijn, indien sprake is van bijzondere omstandigheden waarbij van een schriftelijke vraag een zodanige druk om te antwoorden uitgaat dat materieel sprake is van een verhoor.²⁵ Als de cautie niet wordt gegeven, is het van belang zelf na te gaan of uit handelingen van de toezichthouder redelijkerwijs kan worden afgeleid dat een boete zal worden opgelegd. In dat geval is de betrokkene niet verplicht om een verklaring af te leggen. Hier moet nog wel een onderscheid worden gemaakt tussen wilsafhankelijk en wilsonafhankelijk materiaal. Wilsafhankelijk materiaal bestaat afhankelijk van de wil van de verstrekker, bijvoorbeeld eigen verklaringen, terwijl wilsonafhankelijk materiaal onafhankelijk van de wil van de verstrekker bestaat. Het CBB overwoog – in navolging van de Hoge Raad – dat de verkrijging van wilsonafhankelijk materiaal via de weg van een ingevolge art. 5:16 Awb of art. 1:74 Wft gedane inlichtingenvordering geen schending van art. 6 EVRM oplevert. Wilsafhankelijk materiaal mag worden afgedwongen voor toezichtdoeleinden, maar niet in het kader van de handhaving.²⁶

**Gegevens worden in beginsel
geacht niet meer actueel en dus
niet langer geheim te zijn, wanneer
die gegevens vijf jaar oud zijn**

Denkbaar is ook dat inlichtingen in het kader van toezicht worden verkregen, en dat in een later stadium pas duidelijk wordt dat een overtreding is gepleegd waarna de toezichthouder voornemens is om handhavend op te treden. In dat geval geldt dat onder dwang verkregen wilsafhankelijke informatie niet als bewijs kan worden gebruikt voor feiten die aan een sanctie ten grondslag worden gelegd. Dit heeft te gelden als de reflexwerking van het zwijgrecht. De ABRvS heeft bevestigd dat bijvoorbeeld sprake is van dwang als de betrokkene op grond van art. 5:20 Awb gehouden was een verklaring af te leggen.²⁷ Ontvangt men dus een informatieverzoek van de toezichthouder, dan is het aan te raden om van tevoren schriftelijk af te stemmen dat de toezichthouder gebruikmaakt van zijn wettelijke inlichtingenbevoegdheid. Mocht dat later nodig zijn, dan kan worden aangetoond dat de betrokkene gehouden was de betreffende informatie te verstrekken.

5. Territoriale reikwijdte inlichtingenbevoegdheid

5.1 Inlichtingenvordering van de AFM en DNB ten opzichte van handelingen die in het buitenland plaatsvinden

Een interessante vraag voor de praktijk heeft betrekking op de bevoegdheid van DNB en de AFM ten aanzien van een onderneming die niet in Nederland gevestigd is. Finan-

21 Richtlijn (EG) nr. 2004/39, *PbEU* 2004, L145. Met de inwerkingtreding van MiFID II (Richtlijn (EU) nr. 2014/65, *PbEU* 2014, L173/349) staat het beroepsgeheim in art. 76.

22 Zie bijv. art. 53 van de Richtlijn betreffende toegang tot het bedrijf van kredietinstellingen en het prudentieel toezicht op kredietinstellingen en beleggingsondernemingen (Richtlijn (EU) nr. 2013/36, *PbEU* 2013, L176/338) en art. 64 van de Richtlijn betreffende de toegang tot en uitoefening van het verzekerings- en het herverzekeringsbedrijf (Richtlijn (EU) nr. 2009/138, *PbEU* 2009, L335/1).

23 Art. 1:89 Wft.

24 *Handboek Handhaving – Cautie*, DNB 18 april 2018.

25 ABRvS 27 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2115, *RF* 2019/4.

26 CBB 10 januari 2018, ECLI:NL:CBB:2018:3.

27 ABRvS 27 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2115, *RF* 2019/4.

ciële ondernemingen opereren immers vaak over de landsgrenzen heen. Over deze vraag heeft het CbB zich al enkele malen moeten buigen. Het oordeelde dat ten aanzien van de inlichtingenvordering tegen een in Suriname gevestigde onderneming geen sprake was van het buiten Nederland uitoefenen van onderzoeksbevoegdheden. De reden hierachter was dat het onderzoek zag op een overtreding van de Wft in Nederland.²⁸ De Nederlandse toezichthouder mag dus inlichtingen vorderen van een buitenlandse onderneming, voor zoverre het een schending van de Wft in Nederland betreft, ook al vonden de activiteiten die de overtreding vormden plaats in het buitenland.

Het CbB stapt aldus vrij gemakkelijk over een extraterritorialiteitsverweer heen. Indien een schending van de Wft in Nederland plaatsvindt, maakt het niet uit waar de onderneming is gevestigd. In een dergelijk geval acht het CbB dat de toezichthouder zijn bevoegdheid in Nederland uitoefent. Dit lijkt ietwat gekunsteld. Indien de onderneming zich niet in Nederland bevindt, de activiteiten buiten Nederland worden verricht en ook de gevraagde informatie buiten Nederland wordt opgevraagd, lijkt toch wel sprake te zijn van het uitoefenen van toezichtbevoegdheden buiten de Nederlandse grenzen. Voor de toezichtspraktijk maakt deze jurisprudentielijn het handhaven natuurlijk eenvoudiger.

5.2 Samenwerking met buitenlandse toezichthouders

Het omgekeerde kan zich natuurlijk ook voordoen, namelijk een Nederlandse onderneming die het onderwerp van onderzoek van een buitenlandse toezichthouder wordt. In een dergelijk geval zal de inlichtingenvordering doorgaans afkomstig zijn van de AFM of DNB. De Nederlandse toezichthouders zijn immers op grond van art. 1:51 Wft bevoegd van een ieder inlichtingen te vorderen, indien dat voor de vervulling van de taak van een toezichthoudende instantie in een andere lidstaat nodig is. DNB of de AFM zal deze informatie vervolgens doorsturen aan de relevante instantie in een lidstaat.

Het kan ook voorkomen dat een Nederlandse bank informatie moet verstrekken aan de Europese Centrale Bank (ECB). De ECB heeft op grond van art. 10 van de SSM-verordening de bevoegdheid om inlichtingen te vragen van Europese kredietinstellingen en financiële holdings. Voor zover de ECB deze informatie rechtstreeks van voornoemde entiteiten ontvangt, stelt zij deze informatie ter beschikking van de betrokken nationale toezichthouder.

Wat betreft de samenwerking met toezichthouders uit niet-lidstaten, bepaalt art. 1:65 Wft dat de AFM en DNB een discretionaire bevoegdheid hebben om die informatie te verstrekken voor zover die toezichthouder de informatie nodig heeft voor de taakuitoefening. Dit kan uitsluitend indien in het land van herkomst van de desbetreffende toezichthouder waarborgen ten aanzien van de geheimhouding gelden.

6. Rechtsbescherming

Als een inlichtingenvordering op grond van art. 1:74 Wft als een besluit van een bestuursorgaan in de zin van art. 1:3 Awb zou kwalificeren, zou het voor een onderneming mogelijk zijn om tegen dit besluit bezwaar te maken. Het CbB lijkt deze route echter in 1998 gesloten te hebben. Zij oordeelde dat een verzoek om inlichtingen op grond van art. 36 Wet toezicht effectenverkeer (Wte) (dit artikel voorzorg in een inlichtingenvordering in het kader van internationale samenwerking) niet gezien kan worden als een besluit, maar een feitelijke handeling is waartegen rechtsbescherming bij de burgerlijke rechter openstaat.²⁹ Dit was een opmerkelijke uitspraak, omdat een half jaar eerder de president van het CbB bij voorlopige voorziening oordeelde dat een verzoek om inlichtingen op grond van art. 29 Wte (voorloper van art. 1:74 Wft) wel als een besluit moet worden aangemerkt.³⁰ Hierbij haalde hij de wetsgeschiedenis van art. 5:16 Awb aan. Sinds de latere uitspraak van het CbB wordt aangenomen dat de inlichtingenvordering niet als besluit kwalificeert.³¹

De Raad van State uitte zich bij de totstandkoming van de Wft kritisch over het gebrek aan mogelijkheden voor een financiële onderneming om op te komen tegen een inlichtingenvordering.³² Hoewel hij zich niet wilde uitspreken over de mogelijkheid om een inlichtingenvordering als een besluit aan te merken, was de Raad van State van mening dat het wenselijk zou zijn indien een onderneming tegen een dergelijke vordering op zou kunnen komen bij de bestuursrechter. De Minister van Financiën heeft dit voorstel destijds niet overgenomen.³³ Uitgangspunt was dat de Wft zou aansluiten bij de Awb. Bovendien zou de introductie van het besluitbegrip ook op praktische bezwaren stuiten, omdat een besluit altijd op papier moet zijn gesteld. Later heeft de Minister van Financiën hier nog over gezegd dat indien de toezichthouder (handhavend) optreedt naar aanleiding van de opgevraagde informatie of de weigering die te verstrekken, tegen deze handeling wel bezwaar en beroep openstaat. Hier voegde de Minister van Financiën aan toe dat de toezichthouder slechts gebruikmaakt van zijn bevoegdheden voor zover dat redelijkerwijs nodig is voor de vervulling van zijn taak. De toezichthouder oefent zijn bevoegdheid uit op een wijze die voor de burger of onderneming in kwestie het minst belastend is. Het zou daarom in de rede liggen dat de toezichthouder in beginsel alleen onderzoek doet en waarschuwingen geeft op het gebied van de financiële markten.³⁴

In de praktijk bieden deze opties weinig soelaas. De gang naar de civiele rechter komt uit bij de Rechtbank Amsterdam, in plaats van de Rechtbank Rotterdam welke gespecialiseerd is in het financieel toezichtsrecht. Hoewel de

29 CbB 2 maart 1999, «JOR» 1999/64.

30 CbB 28 oktober 1998, «JOR» 1999/63.

31 C.M. Grundmann-van de Krol & I. van der Klooster, *Koersen door de Wet op het financieel toezicht, Deel 1*, Den Haag: Boom, 2018, p. 313.

32 *Kamerstukken II* 2003/04, 29708, nr. 4, p. 18.

33 *Kamerstukken II* 2003/04, 29708, nr. 4, p. 19.

34 *Kamerstukken II* 2004/05, 29708, nr. 7, p. 14.

28 CbB 10 januari 2018, ECLI:NL:CBB:2018:2, «JOR» 2018/97.

Rechtbank Amsterdam veel ervaring heeft met geschillen binnen het financieel recht, heeft zij minder ervaring met de bestuursrechtelijke aspecten daarvan. De civiele rechter zal de toezichtshandeling bovendien terughoudend toetsen.³⁵ Van een onderneming kan evenmin worden verwacht dat zij een bestuurlijke sanctie of strafvervolgning riskeert, enkel en alleen om een appellabel besluit uit te lokken. Bovendien is, zoals hierboven al beschreven, het niet voldoen aan een vordering van een toezichthouder in art. 184 Sr strafbaar gesteld. Zeker in de financiële sector, waar streng wordt gekeken naar antecedenten, heeft handhaving verstrekende gevolgen.

Van een onderneming kan niet worden verwacht dat zij een bestuurlijke sanctie of strafvervolgning riskeert, enkel en alleen om een besluit uit te lokken

In de literatuur is kritiek geuit op het niet aanmerken van een op art. 1:74 Wft gebaseerde inlichtingenvordering als een besluit.³⁶ Wij delen deze kritiek. Wij zien bovendien de toegevoegde waarde van het op papier stellen van een inlichtingenvordering. Een schriftelijke beslissing zal doorgaans beter worden gemotiveerd. De evenredigheid zou hierdoor beter worden gewaarborgd. Hoewel art. 5:13 Awb ook van toepassing is op feitelijke handelingen, waarborgt de huidige regeling niet in voldoende mate het evenredigheidsbeginsel. Hierdoor liggen *fishing expeditions* van de toezichthouder op de loer. Wij zouden graag zien dat de wetgever aan deze bezwaren tegemoetkomt en de status van de inlichtingenvordering als besluit herziet, zodat een inlichtingenvordering een appellabel besluit wordt.

7. Aanbevelingen voor de praktijk

Een inlichtingenvordering op grond van art. 1:74 Wft of art. 5:16 Awb van DNB en de AFM dient serieus genomen te worden. De aldus verkregen informatie wordt gebruikt ten behoeve van het toezicht en kan mogelijk tot handhaving leiden. Bij het opleggen van een inlichtingenvordering is de toezichthouder gebonden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. In dat kader dienen de AFM en DNB een inlichtingenvordering te motiveren. Indien een deugdelijke motivering ontbreekt, is het zeer lastig voor een onderneming om zich tegen de inlichtingenvordering te verweren. Daarom raden wij ondernemingen die geconfronteerd worden met een inlichtingenvordering aan, om bij het ontbreken van een deugdelijke motivering, de toezichthouder daarom alsnog te verzoeken.

Wij pleiten voor nadere mogelijkheden om via het bestuursrecht tegen een inlichtingenvordering op te kunnen komen. De rechtsbescherming tegen de toezichthouders is daarmee gediend. Het aanmerken van de inlichtingenvordering als appellabel besluit zal ook de toezichthouder dwingen om zorgvuldiger te werk te gaan en *fishing expeditions* beperken. Vooralsnog wordt van de financiële onderneming verlangd de poort voor de toezichthouders wagenwijd open te zetten.

Over de auteurs

Mr. I.R. (Ingrid) Viertelhauzen

Advocaat bij Stibbe te Amsterdam.

Mr. M.J. (Maciek) Bednarski

Advocaat bij Stibbe te Amsterdam.

³⁵ G.P. Roth 'Toezicht en handhaving door de AFM', in: *Handboek Marktmissbruik*, Deventer: Wolters Kluwer, 2018, p. 434.

³⁶ Zie G.P. Roth, 'Toezicht en handhaving door de AFM', in: *Handboek Marktmissbruik*, Deventer: Wolters Kluwer, 2018, p. 435 en C.M. Grundmann-van de Krol & I. van der Klooster, *Koersen door de Wet op het financieel toezicht, Deel 1*, Den Haag: Boom, 2018, p. 315.