

Hart Advocaten: een brief van de toezichthouder

Hanine Al-Nassar – 14 mei 2025



Informele handhaving wordt in de praktijk vaak onderschat. Dit wordt veelal gezien als een lichte of voorlopige interventie – een stap vóór formele handhaving. Toch kan juist deze vorm van optreden door de toezichthouder verstrekkingen gevolgen hebben.

Aan de hand van een recente uitspraak bespreek ik wat informele maatregelen inhouden en wat de implicaties daarvan zijn. Tot slot een praktische aanbeveling voor beleggingsondernemingen hoe te handelen bij informele handhaving.

Wat is informele handhaving?

Informele handhaving houdt in dat een toezichthouder optreedt zonder gebruik te maken van formele, wettelijk vastgelegde bevoegdheden, zoals het opleggen van een boete of een last onder dwangsom.

Het optreden is namelijk vaak gericht op gedragsbeïnvloeding en dat doel kan ook bereikt worden met een brief of een gesprek. Dus zonder een formele maatregel aan de instelling op te leggen. Dat een dergelijke brief of gesprek geen formeel karakter heeft, wil echter niet zeggen dat het zonder verdere juridische consequenties is. Die zijn er wel.

Een belangrijk voorbeeld: een informele maatregel kan leiden tot een zogenoemd toezichtantecedent voor degenen die op het moment van de vermeende overtreding als (mede)beleidsbepaler optraden of feitelijk zeggenschap uitoefenden binnen de onderneming. Een dergelijk antecedent kan dus een negatieve rol spelen bij de (her)beoordeling van de betrouwbaarheid en geschiktheid van beleidsbepalers.

Aangezien een informele maatregel geen besluit is in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (Awb), staat daartegen geen bezwaar of beroep bij de rechter open. Hierdoor ontbreekt effectieve rechtsbescherming, wat juist de impact van dergelijke maatregelen vergroot.

Wat is er gebeurd?

In een recente zaak stelde de AFM in een normoverdragende brief dat een financiële instelling een overtreding had begaan, met daarbij de oproep aan de instelling om deze overtreding te beëindigen. De gedraging kwalificeerde de toezichthouder als een toezichtantecedent. De instelling paste haar werkwijze aan. Van de normoverdragende brief werd melding gemaakt in het jaarverslag van de instelling.

Na sectoroverleg trok de AFM de normoverdragende brief in en verving deze door een

terugkoppelingsbrief. Daarin bleef de overtreding als zodanig benoemd, maar de kwalificatie als toezichtantecedent verviel. De instelling diende vervolgens een handhavingsverzoek in om een formeel besluit te verkrijgen dat toetsbaar zou zijn voor de rechter, hetgeen de AFM weigerde. Hierop volgde een procedure bij de rechtbank Rotterdam.

Uitspraak rechtbank

De rechtbank oordeelde dat het beroep ongegrond was wegens het ontbreken van procesbelang. Volgens de rechtbank had de AFM immers de normoverdragende brief ingetrokken en daarmee de conclusie dat sprake was van een overtreding, laten vervallen. Dat de instelling reputatieschade stelde te hebben geleden leverde geen zelfstandig procesbelang op, mede omdat de AFM de brief niet openbaar had gemaakt en de vermelding in het jaarverslag op eigen initiatief van de instelling had plaatsgevonden.

De rechtbank oordeelde voorts dat de normoverdragende brief noch de terugkoppelingsbrief kwalificeren als besluiten in de zin van de Awb, en zij dus niet vatbaar zijn voor bezwaar en beroep.

Kritiek op de AFM

Hoewel de rechter geen inhoudelijk oordeel kon geven over de handelwijze van de AFM, was de kritiek op de werkwijze wel scherp. De rechtbank stelde dat de communicatie van de AFM 'geen schoonheidsprijs verdient' en 'beter had gemoeten'. Desondanks zal de uitspraak naar verwachting door de AFM worden opgevat als bevestiging van de rechtmatigheid van haar eigen werkwijze.

Gevolgen voor beleggingsondernemingen

Beleggingsondernemingen hebben regelmatig te maken met informele handhavingsmaatregelen. Christian Wulf schreef hierover eerder in *Investment Officer* (19 januari 2022). Hij concludeerde dat de AFM steeds vaker voor deze route kiest. Een belangrijk nadeel is dat informele maatregelen niet kunnen worden voorgelegd aan de rechter. Een recent voorbeeld is de toezichtbrief inzake de naleving van de SFDR (zie ook zijn artikel voor *Investment Officer* van 18 september 2024).

Hoewel informele handhaving formeel niet-bindend is, beïnvloedt zij wel degelijk het commerciële beleid, interne complianceprocessen en de verslaglegging. In een toezichtbrief kan sprake zijn van een opvatting van de toezichthouder over wenselijk gedrag, zonder dat daaraan een wettelijke verplichting ten grondslag ligt. Instellingen voelen zich dan genoodzaakt te handelen op aanwijzingen van een toezichthouder, zonder dat zij daartoe juridisch gehouden hoeven te zijn.

Hoe te handelen?

Indien de AFM (of DNB) een informele maatregel oplegt – denk aan een toezichtbrief – dan moeten instellingen voor zichzelf twee vragen beantwoorden. De eerste vraag is of de AFM terecht van oordeel is dat sprake is van een overtreding. Want zonder een

Investment Officer is een initiatief van de FD Mediagroep. Investment Officer is het grootste kennis- en netwerkplatform voor beleggingsprofessionals in Nederland, België en Luxemburg en richt zich zowel op de whole sale als de institutionele markt. Deze publicatie is niet bestemd voor particulieren. De informatie in dit artikel is niet bedoeld als professioneel beleggingsadvies, of als aanbeveling tot het doen van bepaalde beleggingen. ©2024 Investment Officer, alle rechten voorbehouden.

overtreding is geen handhaving mogelijk ook niet informeel. Het is daarbij van belang om na te gaan welke wettelijke norm geschonden zou zijn en of dat daadwerkelijk het geval is. Stelt de AFM zich terecht op het standpunt dat sprake is van een overtreding, dan doet de instelling er verstandig aan die overtreding te beëindigen, indien dat nog niet het geval is.

De tweede vraag is of en hoe gereageerd moet worden op een informele maatregel. Dat is nagenoeg altijd verstandig om te doen. Is sprake van een overtreding, dan kan in een reactie worden aangegeven welke (verzachtende of relevante) omstandigheden van belang zijn, indien die omstandigheden niet in de toezichtbrief genoemd staan. Denk bijvoorbeeld aan het feit dat niemand door de overtreding schade heeft geleden of dat de overtreding van korte duur was.

Is geen sprake van een overtreding, dan is het verstandig om in een reactie inhoudelijk uiteen te zetten waarom de vermeende overtreding wordt betwist. Indien dit niet inhoudelijk wordt betwist dan is het risico groot dat een rechter later – bij de toetsing van een formele maatregel – als uitgangspunt neemt dat al eerder sprake was van een overtreding. Betwisting is dan niet alleen in het belang van de instelling zelf maar ook van de personen die ge(her-)toetst (kunnen) worden.

Hanine Al-Nassar is advocaat bij Hart Advocaten, onderdeel van het expertpanel dat maandelijks een bijdrage voor Investment Officer schrijft.

Dit artikel is afkomstig van Investment Officer, een journalistiek platform voor professionals werkzaam in de beleggingsindustrie.

www.investmentofficer.com