



EXPERTPANEL

Hart Advocaten: toezicht zonder onderzoek

CHRISTIAN WULF · 18 SEPTEMBER 2024



10

De AFM heeft op basis van door beleggingsondernemingen ingevulde *self-assessments* de informele toezichtmaatregel opgelegd in de vorm van een zogenoemde toezichtbrief. Dat is bijzonder omdat de AFM zonder zelfstandig (eigen) onderzoek vaststelt dat de betreffende beleggingsonderneming in overtreding was. Beleggingsondernemingen doen er goed aan om op toezichtbrieven te reageren.

Aanleiding voor de toezichtbrieven

De AFM heeft beleggingsondernemingen vorig jaar verzocht om *self-assessments* in te vullen. Dit *self-assessment* bestond uit een gestandaardiseerde invuloefening met betrekking tot de naleving van de Sustainable Finance Disclosure Regulation (Sfdr) en de integratie van duurzaamheidsbepalingen in hun *product oversight & governance* (POG) en geschiktheidstoetsen.

Deze *self-assessments* bestonden uit een binair antwoordmodel, waarbij de vragen uitsluitend met 'ja' of 'nee' beantwoord konden worden. Of deze ja/nee-methode geschikt is om de naleving van nieuwe wet- en regelgeving te toetsen, is twijfelachtig. Bovendien blijkt dat de toelichtingen die beleggingsondernemingen bij hun antwoorden konden geven, niet door de AFM zijn meegenomen bij de vaststelling of sprake is geweest van de overtreding. Het ja/nee-antwoord bleek doorslaggevend te zijn.

In haar aankondiging heeft de AFM aangegeven dat het doel van de *self-assessments* is om de markt een spiegel voor te houden, ten einde de naleving van de regelgeving naar een hoger niveau te tillen. Deze aankondiging wekt de indruk dat de toezichthouder de onder toezicht staande ondernemingen wil ondersteunen, zonder dat de uitkomsten direct worden 'bestraft'. De praktijk bleek anders te zijn.

Een deel van de uitkomsten van de *self-assessments* is verwerkt in het AFM rapport van 14 mei 2024 'Duidelijke Sfdr-templates nodig voor duurzaam beleggen'. Uit dit rapport blijkt dat de AFM door middel van een *self-assessment* onder 115 fondsbeheerders en 97 vermogensbeheerders heeft onderzocht in hoeverre de Sfdr en de bijbehorende lagere regelgeving worden nageleefd. De meeste ondernemingen gaven aan dat zij voldoen aan de basisvereisten, hoewel een deel van de ondernemingen nog achterloopt.

Op basis van de *self-assessments* concludeert de AFM dat de naleving van de level 1-vereisten over het algemeen op orde is. Er zijn echter nog steeds enkele ondernemingen die niet aan alle level 1-vereisten voldoen.

Overtredingen en toezichtbrief

Beleggingsondernemingen die ten tijde van het invullen van de *self-assessment* niet voldeden aan alle level 1-vereisten, hebben van de AFM een toezichtbrief ontvangen. Het is van belang te benadrukken dat de bevindingen van de AFM uitsluitend zijn gebaseerd op de door de beleggingsonderneming zelf verstrekte antwoorden. De AFM heeft de juistheid van deze antwoorden namelijk niet gecontroleerd.

In de toezichtbrief maakt de AFM duidelijk dat zij geen reactie van de geadresseerde beleggingsonderneming verwacht en dat zij hiermee het onderzoek als afgerond beschouwt. Formeel kwalificeert de brief niet als een besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht, waardoor tegen deze brief geen bezwaar of beroep kan worden ingesteld. Bijzonder is dat de AFM in haar toezichtbrief aangeeft dat een reactie alleen gegeven kan worden in het geval van feitelijke onjuistheden. Uiteraard hoeft dat een beleggingsonderneming niet ervan te weerhouden om ook inhoudelijk te reageren.

Gebaseerd op informatie van de onderneming

De vermeende overtreding die de AFM constateert, is uitsluitend gebaseerd op de informatie die door de beleggingsonderneming in kwestie zelf is verstrekt via het *self-assessment*. De AFM heeft dus geen zelfstandig onderzoek verricht om de juistheid van deze informatie te verifiëren en dus kan van eigen oordeelsvorming geen sprake zijn.

De *self-assessment* wordt ook wel gezien als een vorm van uitbesteding van toezicht aan de onder toezicht staande instellingen zelf. Dit roept de vraag op of het juridisch wel toegestaan is dat de AFM op basis van dergelijke, niet-gecontroleerde informatie tot de conclusie komt dat er sprake is van een overtreding en als gevolg daarvan een toezichtbrief verstuurt.

De AFM schrijft op haar eigen website het volgende: ‘Voordat de AFM overgaat tot het opleggen van een maatregel, doen wij echter altijd een grondig onderzoek’. Een *self-assessment* kan niet als een grondig onderzoek worden gezien. Het is niets meer en niets minder dan vertrouwen op het woord van de ‘verdachte’ en zelfs in het strafrecht geldt dat geen veroordeling gebaseerd kan worden op enkel een bekentenis van de verdachte. Het opleggen van een toezichtbrief op basis van niet-geverifieerde informatie en zonder eigen oordeelsvorming staat op gespannen voet met de beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het zorgvuldigheidsbeginsel.

Antecedent

Hoewel de AFM aangeeft dat de overtreding vermeld in de toezichtbrief strikt genomen niet wordt aangemerkt als een antecedent, wordt de informatie uit de brief wél meegenomen als overige toezichtinformatie in het kader van een personentoetsing. Dit betekent dat de gegevens die in de toezichtbrief worden genoemd, van invloed kunnen zijn op toekomstige beoordelingen van betrokken personen binnen de organisatie.

Dit kan tot gevolg hebben dat de betrouwbaarheid van een (mede)beleidsbepaler niet (langer) buiten twijfel staat na het toesturen van de toezichtbrief. Gelet op de wijze van toetsing, zal het echter niet snel voorkomen dat al bij een enkel antecedent, zoals de toezichtbrief, de betrouwbaarheid van de betrokkene niet langer buiten twijfel staat.

Juridisch (on)gewenst

Naar mijn mening had de AFM niet mogen overgaan tot de versturing van toezichtbrieven zonder zelfstandig onderzoek en zonder eigen oordeelsvorming. Nu een dergelijke brief geen besluit is dat aan de rechter kan worden voorgelegd maar wel onderdeel uitmaakt van de toezichtshistorie van de onderneming, rest enkel en alleen de mogelijkheid om inhoudelijk te reageren.

Christian Wulf is know how manager bij Hart Advocaten, onderdeel van het expertpanel dat maandelijks een bijdrage voor Investment Officer schrijft.
