

MR. G.P. ROTH

De relevantie van de Algemene wet bestuursrecht voor het effectenrecht

De relevantie van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) voor het effectenrecht. Een boeiend, zeer divers en steeds belangrijker wordend onderwerp. Een onderwerp ook dat zowel in de literatuur als in de praktijk vaak onderbelicht is gebleven. Ten geleide eerst het volgende. Het (regulatoire) effectenrecht behoort tot het bijzonder deel van het bestuursrecht. De Awb vormt de codificatie en uniformering van het algemene bestuursrecht. De Awb ontleent zijn bestaansrecht aan de bijzondere delen van het bestuursrecht, zoals het regulatoire effectenrecht. Het omgekeerde is ook waar. Het regulatoire effectenrecht kan niet zonder de algemene regels die de Awb geeft. In de praktijk zal men zich derhalve steeds rekenschap dienen te geven van zowel de bepalingen van regulair effectenrecht als die van de Awb.

Voor zowel het regulair effectenrecht als de Awb geldt dat het steeds verder uitdijt. Een tendens die nog niet ten einde lijkt. Wat voor beide rechtsgebieden afzonderlijk geldt, geldt ook voor het mij toebedeelde onderwerp (de relevantie van de Awb voor het effectenrecht): het leent zich voor uitvoerige beschouwingen. Deze bijdrage kan dan ook niet

meer zijn dan een zeer globale verkenning van slechts een aantal aspecten van algemeen bestuursrecht die een belangrijke rol spelen in de effectenrechtelijke praktijk. Aan de orde komen de in de Awb opgenomen kernbegrippen:

- I bestuursorgaan;
- II besluit; en
- III belanghebbende.

Daarnaast zal aandacht worden besteed aan de voorbereiding van beschikkingen, de aanvraag van beschikkingen en de beslistermijnen bij beschikkingen. Daarbij zal steeds als leidraad dienen de Wet toezicht effectenverkeer 1995 (Wte 1995) als centrale effectenrechtelijke toezichtwet met de Autoriteit Financiële Markten (Autoriteit-FM) als centrale uitvoerende instantie.¹ Dit is slechts anders waar het betreft het hierna als eerste te bespreken onderwerp aangaande bestuursorganen.

Bestuursorganen

Behoudens een enkele uitzondering² zijn de in de Awb opgenomen bepalingen alleen van toepassing indien sprake is van een bestuursorgaan zoals gede-

1 Het regulair effectenrecht kent een veelheid van toezichtwetten, zoals onder meer de Wet toezicht kredietwezen en de Wet toezicht beleggingsinstellingen. Zoals in dit themanummer ongetwijfeld aan de orde zal komen wordt het toezicht op dit moment ingrijpend gereorganiseerd. De wijzigingen hebben in eerste instantie overigens vooral betrekking op een herschikking van de taakverdeling tussen de diverse toezichthouders. De centrale positie van de Wte 1995 lijkt daarbij niet in het geding te zijn.

2 Zie voor een belangrijke uitzondering afdeling 5.2 (toezicht op de naleving) welke alleen van toepassing is op 'toezichthouders'. De in afdeling 5.2 opgenomen controlebevoegdheden komen de Autoriteit-FM overigens niet rechtstreeks toe op grond van de Awb (de Autoriteit-FM is immers een rechtspersoon en derhalve geen toezichthouder in de zin van de Awb) maar via de schakelbepaling van artikel 29 lid 2 Wte 1995.

De relevantie van de Algemene wet bestuursrecht voor het effectenrecht

finieerd in artikel 1:1 Awb. Ten aanzien van de toezichthouders op het effectenverkeer doen zich daar over het algemeen niet al te veel interpretatieproblemen voor. Voor de Autoriteit-FM geldt, zowel als uitvoerster van de Wte 1995 als van de Wet melding zeggenschap in ter beurze genoteerde vennootschappen, dat zij het overgrote deel van de aan de minister van Financiën geattribueerde taken gedelegeerd heeft gekregen. Daarmee is de Autoriteit-FM, als privaatrechtelijke rechtspersoon, met openbaar gezag bekleed en kwalificeert zij als bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1 onder b Awb. Ook De Nederlandsche Bank N.V. (DNB), als uitvoerster van onder meer de Wet toezicht kredietwezen en de Wet toezicht beleggingsinstellingen, kwalificeert als bestuursorgaan in de zin van genoemd artikelonderdeel. De minister van Financiën is vanzelfsprekend ook een bestuursorgaan, maar dan in de zin van artikel 1:1 onder a Awb.³

Lastiger is de positie van beurshouder Euronext Amsterdam N.V. gebleken. Deze vennootschap is zonder twijfel belast met een publieke taak, aangezien zij is aangewezen als bevoegde autoriteit in de zin van een aantal Europese richtlijnen die betrekking hebben op de primaire markt voor genoteerde effecten.⁴ Het College van Beroep voor het Bedrijfsleven heeft dit in de CSM-zaak ook erkend,⁵ doch heeft niettemin geoordeeld dat de Vereniging voor de Effectenhandel (de voorgangster van Euronext Amsterdam N.V.) niet als bestuursorgaan kan worden aangemerkt aangezien aan dit orgaan

'geen publiekrechtelijke bevoegdheden zijn toegekend voor de vervulling van de in die hoedanigheid op haar rustende taak'.

Hiermee wordt bedoeld op het gegeven dat de verhouding tussen Euronext Amsterdam N.V. enerzijds en de lichamen wier effecten zijn genoteerd op de door Euronext Amsterdam N.V. gehouden beurzen anderzijds een zuiver privaatrechtelijk karakter kent. Over deze complexe wisselwerking tussen

publiekrechtelijke en privaatrechtelijke aspecten zij hier alleen nog opgemerkt dat de uitkomst van genoemde procedure eens te meer aanleiding geeft het wettelijk regime aan te passen, zodanig dat ook het toezicht op het beursgenoteerde deel van de primaire markt wordt ondergebracht in de Wte 1995. Dan zullen justitiabelen ook bij het toch niet onbelangrijke beursgenoteerde deel van de primaire markt de waarborgen genieten die de Awb biedt, waar dat voor vrijwel het gehele overige deel van het regulatoire effectenrecht al wel reeds het geval is.

Besluiten

De toepasselijkheid van vele, maar zeker niet alle,⁶ in de Awb opgenomen bepalingen is afhankelijk van het antwoord op de vraag of sprake is van een besluit. In dit kader kan gewezen worden op het belangrijke hoofdstuk 3 van de Awb waarin onder meer een aantal algemene beginselen van behoorlijk bestuur is gecodificeerd (afdeling 3.2)⁷ en regels zijn opgenomen omtrent de bekendmaking van besluiten (afdeling 3.6). Voor de procespraktijk is uiteraard zeer relevant dat, een enkele minder relevante uitzondering daargelaten, alleen tegen besluiten beroep kan worden ingesteld. Onder een besluit wordt ingevolge artikel 1:3 lid 1 Awb verstaan:

*'een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling'.*⁸

Belangrijk is dat ingevolge artikel 6:2 onder b Awb geldt dat, maar dan alleen voorzover het gaat om de bepalingen inzake bezwaar en beroep, met een besluit gelijk wordt gesteld 'het niet of niet tijdig nemen van een besluit' (de fictieve weigering).

Het is vanzelfsprekend niet mogelijk een uitputtende opsomming te geven van besluiten die onder de Wte 1995 door de Autoriteit-FM, dan wel door de minister van Financiën kunnen worden genomen. Hierna zal aan de hand van enkele voorbeelden worden ingegaan op deze kwestie.

3 Zie voor het niet geheel te veronachtzamen verschil tussen toepasselijkheid van de onderdelen a en b van artikel 1:1 Awb: Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, elfde druk, Den Haag 1999, p. 103.

4 Het betreft de volgende richtlijnen: 79/279/EEG (inzake toelating van effecten tot de notering aan een effectenbeurs), 80/390/EEG (inzake het toelatingsprospectus) en 82/121/EEG (inzake periodieke informatieverstrekking). Euronext Amsterdam N.V. zal haar positie als bevoegd autoriteit overigens verliezen als de thans in concept gereed zijnde Richtlijn ter vervanging van de prospectusrichtlijnen 80/390/EEG en 89/298/EEG wordt geïmplementeerd. Zie hierover ook Grundmann-Van de Krol, in: *TvE* 2001, afl. 6/7, p. 125 e.v.

5 Zie de uitspraak van 21 januari 1997, *AB* 1997/171, m.nt. Van der Veen.

6 Zie bijvoorbeeld de in hoofdstuk 2 Awb opgenomen algemene bepalingen over het verkeer tussen burgers en bestuursorganen.

7 Belangrijk is evenwel dat ingevolge de schakelbepaling van artikel 3:1 lid 2 Awb afdeling 3.2 in beginsel ook van toepassing is op andere gedragingen van bestuursorganen, zoals bijvoorbeeld feitelijke handelingen.

8 Zie over de in deze definitie te onderscheiden elementen bijvoorbeeld Van Buuren, 2001 (T&C Awb), aant. 2 bij artikel 1:3.

De relevantie van de Algemene wet bestuursrecht voor het effectenrecht

In veel gevallen zal aanstonds duidelijk zijn dat sprake is van een besluit. Dit is bijvoorbeeld het geval bij de verlening, respectievelijk weigering van:

- I ontheffingen van de prospectusplicht ex artikel 4 Wte 1995;
- II ontheffingen van de verplichting een biedingsbericht verkrijgbaar te stellen ex artikel 6c Wte 1995; of
- III van vergunningen om als effecteninstellingen te mogen opereren ex artikel 7 Wte 1995.

Ook bij gebruikmaking door de Autoriteit-FM van het haar ten dienste staande sanctie-instrumentarium zal in veel gevallen geen twijfel bestaan. Het intrekken van vergunningen, opleggen van boetes of dwangsommen en aanzeggen van stille curatele zijn zonder twijfel besluiten. Hetzelfde kan gezegd worden van de door de Autoriteit-FM jaarlijks aan bijvoorbeeld effecteninstellingen op te leggen heffingen.⁹

In andere gevallen zal direct duidelijk zijn dat van een besluit geen sprake is. Zo zijn beslissingen van de Autoriteit-FM die niet schriftelijk kenbaar worden gemaakt vanzelfsprekend geen besluiten. Hierbij kan in de eerste plaats worden gedacht aan feitelijke gedragingen van de Autoriteit-FM die zij verricht in het kader van haar controletaak, zoals bijvoorbeeld de telefonische vordering informatie te verstrekken ex artikel 29 Wte 1995 (zie ook hierna voor de schriftelijke variant). Een ander voorbeeld is het, eventueel met behulp van de sterke arm, feitelijk door medewerkers van de Autoriteit-FM betreden van kantoorpanden teneinde een controle te verrichten.¹⁰ Intussen dient men voor ogen te houden dat het andersom uiteraard niet zo is dat ieder schriftelijk bericht dat de Autoriteit-FM verstuurt in haar hoedanigheid van uitvoerster van de Wte 1995 a priori kwalificeert als besluit. In dit verband is het volgende relevant.

Indien de Autoriteit-FM met betrekking tot een concrete (al dan niet aan haar voorgelegde casus) de betrokkene schriftelijk aangeeft dat een in de Wte 1995 opgenomen verbodsbepaling daarop van toepassing is en derhalve bijvoorbeeld een vergunning ex artikel 7 Wte 1995 is vereist, is van een besluit geen sprake. Een dergelijke mededeling ontbeert rechtsgevolg omdat in de Wte 1995 de mogelijkheid van een vaststellingsbevoegdheid ontbreekt.¹¹ De praktijk zou overigens zonder meer gediend zijn bij het alsnog opnemen van een dergelijke bevoegdheid in de Wte 1995 en andere financiële toezichtwetgeving. Aldus zou worden voorkomen dat justitiabelen geforceerd worden vergunningen en ontheffingen aan te vragen terwijl gereede twijfel bestaat of men hiertoe rechtens gehouden is.¹²

Voor de praktijk ook relevant is de, niet zonder reden veel gekritiseerde,¹³ uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven¹⁴ waarin het heeft geoordeeld dat een schriftelijk verzoek van de Autoriteit-FM tot informatieverstrekking eveneens rechtsgevolg ontbeert en om die reden niet kwalificeert als besluit. Vooralsnog moet worden aangenomen dat hetzelfde geldt voor de somtijds door de Autoriteit-FM verstuurd schriftelijke berichten waarbij zij aankondigt gebruik te zullen maken van andere haar ten dienste staande controlebevoegdheden.

Er zijn ook situaties waarin sprake is van een besluit van de Autoriteit-FM waartegen beroep kan worden ingesteld zonder dat belanghebbenden dat onderkennen of zelfs hebben kunnen onderkennen. Gedoeld wordt op situaties waarin sprake is van een fictieve weigering. Dit is onder meer aan de orde waar het betreft het aan de Autoriteit-FM ten dienste staande sanctie-instrumentarium, zoals bijvoorbeeld het aanwijzingsrecht op grond waarvan de Autoriteit-FM-instellingen ertoe kan verplichten om een bepaalde gedragslijn te volgen. De Autoriteit-FM heeft een dergelijk aanwijzingsrecht¹⁵ onder meer

9 Bij incidentele heffingen, bijvoorbeeld in verband met de aanvraag van ontheffingen van de verplichting een prospectus verkrijgbaar te stellen, kan dat anders liggen omdat die heffingen niet schriftelijk worden opgelegd. In dergelijke gevallen dient vaak vooraf te worden betaald, zonder dat men daar schriftelijk bericht over krijgt van de Autoriteit-FM. Wordt wel pas achteraf een factuur gestuurd, zoals bijvoorbeeld gebeurt bij ontheffingsverzoeken ter zake van de openbare biedingsregels, dan zal deze factuur wel als besluit zijn aan te merken.

10 Zie artikel 29 lid 2 Wte 1995 juncto artikel 5:15 Awb.

11 Zie ook de uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven van 29 augustus 1995, AB 1995/525 m.nt. Van der Veen. Overigens wordt de schriftelijke mededeling van een bestuursorgaan dat geen vergunning zou zijn vereist vaak wel als besluit aangemerkt, hetgeen met name van waarde is voor eventuele derdebelanghebbenden.

12 Het is op zichzelf genomen overigens wel mogelijk dat degene aan wie de vergunning is verleend (die dan voorzover vereist zal zijn aangevraagd) beroep instelt tegen de vergunningverleningen met als grond dat het gaat om niet vergunningplichtige activiteiten. Een dergelijke *tour de force* wordt om begrijpelijke redenen niet vaak gemaakt.

13 Zie daarvoor de noot bij bedoelde uitspraak van Grundmann-Van de Krol; zie ook mijn bijdrage in *V&O* 2000, afl. 7/8, p. 112 e.v.

14 Uitspraak van maart 1999, *JOR* 1999/64, m.nt. Grundmann-Van de Krol.

15 Zie artikel 28 leden 1 en 2 Wte 1995.

De relevantie van de Algemene wet bestuursrecht voor het effectenrecht

jegens: effecteninstellingen, effectenuitgevende instellingen en bij openbare biedingen betrokken personen. Belanghebbenden kunnen de Autoriteit-FM in concrete gevallen verzoeken van dit middel gebruik te maken. Doet de Autoriteit-FM dit niet, of niet tijdig, dan levert dit een besluit op, waartegen belanghebbenden beroep kunnen instellen. Benaadrukt zij dat, ook indien de Autoriteit-FM achterwege laat ambtshalve dergelijke maatregelen te nemen, sprake is van een besluit waartegen beroep kan worden ingesteld. Het spreekt voor zich dat een complicerende factor hier is dat belanghebbenden van dit achterwege laten doorgaans geen weet hebben.¹⁶

Bijzondere aandacht vraagt het aanwijzingsrecht ex artikel 24 lid 2 sub b Wte 1995 op basis waarvan de Autoriteit-FM een aanwijzing kan geven aan Euronext Amsterdam N.V. Een dergelijke aanwijzing kan er bijvoorbeeld toe strekken dat een genoteerde onderneming zich in een concreet geval zal houden aan de beursregels, zoals bijvoorbeeld de in artikel 28H Fondsenreglement neergelegde verplichting koersgevoelige informatie te verstrekken. De aanwijzing kan ook inhouden dat Euronext Amsterdam N.V. maatregelen dient te nemen jegens de overtreder van de beursregels. Aangenomen moet worden dat ook bij het achterwege laten van een dergelijke aanwijzing in voorkomend geval belanghebbenden, zoals bijvoorbeeld aandeelhouders, de mogelijkheid hebben beroep in te stellen.¹⁷

Ten slotte moet niet uit het oog worden verloren dat besluiten niet per se een individueel karakter hebben, zoals bij het species beschikkingen wel het geval is.¹⁸ Besluiten kunnen ook een algemene strekking hebben, zoals onder meer het geval is bij beleidsregels en algemeen verbindende voorschriften. Het door de Autoriteit-FM gepubliceerde beleid terzake bijvoorbeeld het besloten-kringcriterium of analistenrapporten zijn beleidsregels en dus besluiten.

Dat is van belang, bijvoorbeeld omdat op beleidsregels de belangrijke algemene bepalingen van hoofdstuk 3 Awb, waaronder die over bekendmaking, zorgvuldigheid, belangenafweging en motivering, onverkort van toepassing zijn.¹⁹ Als voorbeeld van een door de Autoriteit-FM uitgevaardigd algemeen verbindend voorschrift kan de Nadere regeling toezicht effectenverkeer 1999 worden genoemd.²⁰ Voor de goede orde: tegen besluiten inhoudende een algemeen verbindend voorschrift of beleidsregel kan (vooralsnog) geen beroep worden ingesteld.²¹

Belanghebbenden

Alleen belanghebbenden hebben de mogelijkheid om bezwaar en beroep in te stellen tegen besluiten.²² Voorts geldt dat belanghebbenden vaak bij de voorbereiding van besluiten in de gelegenheid moeten worden gesteld om hun zienswijze naar voren te brengen²³ (zie daarover ook hierna onder 'De voorbereiding van beschikkingen'). Ingevolge artikel 1:2 Awb is een belanghebbende: 'degene wiens belang rechtstreeks bij een besluit is betrokken'. Deze definitie is even kort als haar interpretatie in de praktijk lastig blijkt te zijn.

In dit bestek zal slechts worden ingegaan op twee categorieën personen, ten aanzien waarvan zich in de effectenrechtelijke praktijk de vraag aandient of zij kwalificeren als belanghebbenden bij door de Autoriteit-FM te nemen besluiten:

- I de bestuurder; en
- II de aandeelhouder.

Het gaat dan om in de praktijk veelvuldig voorkomende situaties waarin het besluit van de Autoriteit-FM niet direct is gericht tot deze bestuurder of aandeelhouder, maar is geadresseerd aan de effecteninstelling of uitgevende instelling. De vraag is dan steeds of het belang van de bestuurder, respectievelijk aandeelhouder van een dergelijke instelling zodanig

16 Ik verwijs naar mijn bijdrage in *Ondernemingsrecht* 2001, p. 121 e.v., waarin op deze kwestie is ingegaan met betrekking tot de in de Wte 1995 opgenomen regels ter zake van openbare biedingen.

17 Zie in dit verband ook de uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven van 11 januari 2000, *JOR* 200/104 waarin wordt bevestigd dat een aanwijzing aan de beurshouder moet worden aangemerkt als een besluit.

18 Zie artikel 1:3 leden 1 en 2 Awb.

19 Daarnaast zijn uiteraard ook de specifieke bepalingen in titel 4.3 Awb op beleidsregels van toepassing.

20 Bedacht moet worden dat op algemeen verbindende voorschriften niet alle bepalingen van hoofdstuk 3 zonder meer van toepassing zijn (zie artikel 3:1 Awb).

21 Zie artikel 8:2 onder a Awb.

22 Zie artikel 8:1 Awb.

23 Het is overigens wel zo dat de kring van belanghebbenden die bezwaar en beroep kunnen instellen ruimer is dan de kring van belanghebbenden die vooraf gehoord dienen te worden; zie Van Buuren (T&C Awb), aant. 3 bij artikel 4:8.

De relevantie van de Algemene wet bestuursrecht voor het effectenrecht

rechtstreeks is betrokken bij dit besluit dat zij als belanghebbende kunnen worden aangemerkt.

Indien de Autoriteit-FM een maatregel neemt jegens een effecteninsetting of diens vergunningaanvraag afwijst zal (ook) de bestuurder van deze effecteninsetting daartegen vaak willen appelleren. Dit is met name het geval indien die maatregel of afwijzing van de vergunningaanvraag, zoals vaak het geval is, is gegrond op het negatieve oordeel van de Autoriteit-FM over de betrouwbaarheid of deskundigheid van de betreffende bestuurder. De jurisprudentie geeft niet een eenduidig beeld als het gaat om de vraag of een bestuurder in vorenbedoelde gevallen als belanghebbende moet worden beschouwd. De President van het College van Beroep voor het bedrijfsleven heeft in 1996²⁴ met betrekking tot een geval waarin de vergunningaanvraag van de effecteninsetting werd afgewezen, geoordeeld dat de bestuurder (tevens aandeelhouder) niet ontvankelijk was in de door hem gevraagde voorlopige voorziening omdat hij naar het voorlopig oordeel van de president niet rechtstreeks in zijn belang werd getroffen door het besluit. De President van de Rechtbank Rotterdam heeft in een vrij recente uitspraak de bestuurders van een effecteninsetting echter wel ontvankelijk geacht in het door hen gedane verzoek tot schorsing van een aantal door de Autoriteit-FM jegens de betreffende instelling genomen maatregelen.²⁵ Ook in een geval waarin de Autoriteit-FM maatregelen had genomen jegens een effectenuitgevende instelling, heeft de President van de Rechtbank Rotterdam onlangs de bestuurders van deze instelling ontvangen in hun verzoek bedoelde maatregelen te schorsen.²⁶ Het zal duidelijk zijn dat niet-ontvankelijkheid van de bestuurder zich vooral doet gevoelen indien uitsluitend de bestuurder, en dus niet tevens de betreffende effecteninsetting, heeft geappelleerd.

Dan de aandeelhouders, waaronder in dit verband tevens zijn begrepen de certificaathouders. Daarbij

kan niet alleen worden gedacht aan aandeelhouders van een effecteninsetting, maar ook aan aandeelhouders van bijvoorbeeld een vennootschap op wier aandelen een openbaar bod wordt uitgebracht of aandeelhouders van (al dan niet genoteerde) uitgevende instellingen. Zelfs kan worden gedacht aan aandeelhouders van vennootschappen die door de Autoriteit-FM een boete wordt opgelegd, bijvoorbeeld wegens overtreding van het verbod op gebruik van voorwetenschap. Of de betreffende aandeelhouders in voorkomend geval belanghebbenden zijn zal steeds sterk afhangen van de omstandigheden van het geval. Vaak zullen aandeelhouders wel als belanghebbenden zijn aan te merken.²⁷ Ook op dit punt is jurisprudentie evenwel schaars en niet eensluidend.²⁸ Nogmaals: indien aandeelhouders wel moeten worden aangemerkt als belanghebbenden dan heeft dat ook tevens als belangrijk gevolg dat (ook) zij vaak in de voorbereidende fase door de Autoriteit-FM zullen moeten worden gehoord (zie daarover ook hierna). De indruk bestaat dat dit niet altijd gebeurt.

De voorbereiding van beschikkingen

Een kwestie die in de praktijk aandacht vergt betreft de voorbereiding van besluiten. Dat dit zorgvuldig dient te gebeuren spreekt voor zich. Kernbepaling is artikel 3:2 Awb dat, terzake alle besluiten, een spontane onderzoeksplicht legt op bestuursorganen. Zij dienen bij de voorbereiding van besluiten eigener beweging de nodige kennis over de relevante feiten en af te wegen belangen te vergaren. De problemen die zich in de effectenrechtelijke praktijk op dit punt voordoen concentreren zich rondom de beschikkingen, dat wil zeggen rondom besluiten die een individueel karakter dragen.²⁹ In dit verband zijn de bepalingen van artikel 4:7 en 4:8 Awb van groot belang.³⁰

Ingevolge artikel 4:7 Awb is de Autoriteit-FM verplicht om in bepaalde gevallen³¹ de aanvrager van een beschikking te horen voordat zij tot afwijzing

24 Uitspraak van 13 augustus 1996, JOR 1996/135.

25 Uitspraak van 29 maart 2001, JOR 2001/160.

26 Uitspraak van 28 november 2001, JOR 2002/32.

27 Zie daarover mijn bijdrage in *Ondernemingsrecht* 2001, p. 121 e.v.

28 Zie bijvoorbeeld de hiervoor ook al genoemde uitspraken van de President van het College van Beroep voor het bedrijfsleven van 13 augustus 1996, JOR 1996/135 en de President van de Rechtbank Rotterdam van 29 maart 2001, JOR 2001/160. Zie ook de uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven van 21 januari 1997 (CSM-zaak), AB 1997/171 m.nt. Van de Veen, waarin de positie van de aandeelhouders zijdelings aan de orde komt.

29 Zie voor de definitie artikel 1:3 lid 2 Awb.

30 Zie ook de in artikelen 4:11 en 4:12 Awb opgenomen uitzonderingen.

31 Zie de onderdelen a en b van het eerste lid.

De relevantie van de Algemene wet bestuursrecht voor het effectenrecht

van diens aanvraag overgaat. Deze hoorplicht kan bijvoorbeeld aan de orde zijn bij de voorgenomen afwijzing van vergunnings- en ontheffingsaanvragen, maar bijvoorbeeld ook bij de weigering van de Autoriteit-FM om gehoor te geven aan het verzoek om in een concreet geval het haar ten dienste staande toezichtinstrumentarium te hanteren (zie ook hiervoor).

Artikel 4:8 Awb verplicht de Autoriteit-FM in bepaalde gevallen³² belanghebbenden te horen voordat zij een negatieve (niet aangevraagde) beschikking geeft. Typerende voorbeelden zijn de door de Autoriteit-FM ambtshalve op te leggen sancties, zoals de intrekking van een vergunning, het geven van een aanwijzing, het aanzeggen van stille curatele of het opleggen van boetes.³³ Indien aan de voorwaarden voor toepasselijkheid van artikel 4:8 Awb wordt voldaan zal de geadresseerde van de in overweging genomen negatieve beschikking gehoord dienen te worden. Artikel 4:8 Awb heeft echter ook betrekking op situaties waarin een weliswaar voor de geadresseerde gunstige beschikking wordt verleend, doch waartegen een derdebelanghebbende naar verwachting bedenkingen zal hebben. Hoewel dit geval zich in de effectenrechtelijke praktijk wellicht minder frequent voordoet dan in andere bestuursrechtelijke praktijken, kan het wel van belang zijn, met name bij openbare biedingen. Gedacht kan worden aan de situatie dat de Autoriteit-FM de bieder op grond van artikel 6c Wte 1995 ontheffing verleent om een biedingsbericht verkrijgbaar te stellen of ontheft van de verplichting bepaalde gegevens in dat bericht op te nemen. Men kan zich voorstellen dat de aandeelhouders van de doelvennootschap daartegen bedenkingen zullen hebben en dus vooraf gehoord dienen te worden.

Voor ogen moet worden gehouden dat ook indien de artikelen 4:7 en 4:8 Awb niet van toepassing zijn omdat niet aan de voorwaarden als genoemd in de onderdelen a en b, eerste lid van deze artikelen is voldaan, veelal toch een hoorplicht op de Autoriteit-FM zal rusten maar dan op grond van artikel 3:2 Awb. Ten slotte moet worden bedacht dat overtreding van de in de artikelen 4:7 en 4:8 Awb neergelegde vormvoorschriften op grond van artikel 6:22 Awb in de bezwaren- of beroepsfase gepasseerd kunnen wor-

den indien belanghebbenden hierdoor niet worden benadeeld. Bestuursorganen kunnen zich echter niet steeds met recht op artikel 6:22 Awb beroepen,³⁴ met name niet indien de hoorplicht door het bestuursorgaan bewust is genegeerd of zonder schending van de hoorplicht een andere besluit mogelijk was geweest.

De aanvraag van beschikkingen

Hiervoor is het begrip 'aanvraag' al zijdelings aan de orde gekomen. Artikel 1:3 lid 3 Awb verstaat onder een aanvraag: 'een verzoek van een belanghebbende een besluit te nemen'. Dit doet zich in de effectenrechtelijke praktijk veelvuldig voor. Met name beschikkingen zoals ontheffingen, vergunningen, maar ook uitbreiding van de reikwijdte van de vergunning of wijziging van aan de vergunning verbonden voorwaarden, worden veel aangevraagd. De op de aanvraag betrekking hebbende bepalingen van titel 4.1.1. Awb zijn voor de praktijk dan ook bijzonder belangrijk. Zo biedt artikel 4:5 Awb de Autoriteit-FM de mogelijkheid een aanvraag vereenvoudigd, dat wil onder meer zeggen zonder inhoudelijke motivering en belangenafweging, af te doen indien de aanvrager heeft verzuimd aan enig wettelijk voorschrift te voldoen of indien de aanvrager bij de aanvraag onvoldoende gegevens heeft verstrekt aan de Autoriteit-FM. Een in de ontheffings- en vergunningenpraktijk belangrijk wettelijk voorschrift betreft de voldoening van de aanvraagkosten. Worden deze kosten niet voldaan dan kan de Autoriteit-FM besluiten de aanvraag niet te behandelen, hetgeen zij in de praktijk ook pleegt te doen. Waar het gaat om de vraag of door de aanvrager voldoende gegevens zijn verstrekt ontstaan over het algemeen geen interpretatieproblemen als de wet voorschrijft welke gegevens bij de aanvraag moeten worden overgelegd, zoals bijvoorbeeld het geval is bij vergunningen om als effecteninstelling actief te mogen zijn.³⁵ Anders ligt dit bijvoorbeeld bij de aanvraag van ontheffingen van de prospectusplicht ex artikel 4 Wte 1995 of bij het verzoek van een belanghebbende aan de Autoriteit-FM om in een concreet geval aan een derde partij sancties op te leggen.

Belangrijk is dat de Autoriteit-FM een aanvraag pas dan buiten behandeling mag laten nadat zij de

32 Zie de onderdelen a en b van het eerste lid.

33 Zie ten aanzien van boetes de uitzonderingsbepaling van artikel 4:12 Awb en artikel 48f lid 2 Wte 1995.

34 Zie bijvoorbeeld de uitspraak van de President van de Rechtbank Rotterdam van 29 maart 2001, JOR 2001/160. De president beoordeelde in dit geval de overtreding van artikel 4:8 Awb door de Autoriteit-FM, voorafgaande aan het aanzeggen van stille curatele, fataal en schorste daarop de maatregel.

35 Zie artikel 20 Besluit toezicht effectenverkeer 1995.

De relevantie van de Algemene wet bestuursrecht voor het effectenrecht

aanvrager in de gelegenheid heeft gesteld de aanvraag aan te vullen.³⁶ Evenzeer van belang is dat de Autoriteit-FM het besluit om de aanvraag niet in behandeling te nemen aan de aanvrager bekend dient te maken. De Autoriteit-FM dient dat te doen binnen vier weken nadat de aanvraag in onvoldoende mate is aangevuld, respectievelijk de door de Autoriteit-FM gestelde termijn onbenut is verstreken.³⁷ Na deze periode van vier weken dient de Autoriteit-FM inhoudelijk op de merites van de aanvraag in te gaan, hetgeen natuurlijk niet wil zeggen dat zij tot honoreren van de aanvraag zal moeten overgaan. Dit brengt mij bij het laatste onderwerp dat zal worden besproken: de beslistermijnen bij beschikkingen.

Beslistermijnen bij beschikkingen

In de effectenwetgeving zijn vrijwel geen bepalingen opgenomen die aangeven binnen welke termijn beslist dient te worden op de aanvraag van een beschikking.³⁸ Gelet op artikel 4:13 leden 1 en 2 Awb betekent dit dat de Autoriteit-FM binnen een redelijke termijn op de aanvraag dient te beslissen. Deze redelijke termijn wordt in ieder geval geacht te zijn verstreken acht weken na ontvangst van de aanvraag.³⁹ De nog wel eens verkondigde opvatting dat de Autoriteit-FM in ieder geval acht weken de tijd zou hebben, berust dus op een verkeerde wetsuitleg. Uitgangspunt is immers dat de beslistermijn redelijk dient te zijn. Met name in die gevallen waar het niet direct, althans niet op korte termijn, verlenen van een ontheffing of toepassen van een sanctie zou leiden tot onomkeerbare of zeer nadelige gevolgen voor de aanvrager, mag van de Autoriteit-FM worden verwacht dat zij op korte termijn, dat kan gaan om dagen en soms zelfs om uren, een besluit neemt. Dergelijke gevallen zijn in de effectenrechtelijke praktijk bepaald niet uitzonderlijk.

Belangrijkste gevolg van termijnoverschrijding in vorenbedoelde zin door de Autoriteit-FM is de mogelijkheid om bezwaar en beroep in te stellen

tegen de fictieve weigering van de Autoriteit-FM een besluit te nemen, eventueel onder gelijktijdig verzoek aan de President van de Rechtbank Rotterdam⁴⁰ om een voorlopige voorziening te treffen. Alleen dit laatste zal overigens daadwerkelijk soelaas kunnen bieden, maar dan alleen indien de president er van overtuigd kan worden dat niet alleen een oordeel over de termijnoverschrijding als zodanig, maar ook over toewijzing van het onderliggende verzoek dient te worden gegeven. Dat zal lastig zijn, maar is niet onmogelijk. Een mooie afsluitende opmerking is wellicht dat niet kan worden uitgesloten dat de enkele termijnoverschrijding grond oplevert voor schadevergoeding.

Afronding

Het regulatorisch effectenrecht is net als ieder ander bijzonder deel van het bestuursrecht nauw verweven met het algemene bestuursrecht zoals dat is neergelegd in de Awb. De indruk bestaat dat de betekenis van de Awb voor de effectenrechtelijke praktijk alleen maar zal toenemen. Dat kan met instemming worden begroet omdat de Awb de justitiabelen velerlei waarborgen biedt en in die zin een tegenwicht vormt voor de steeds verder toenemende regulering in het effectenrecht en de beter toegeruste en krachtiger optredende toezichthouders. De Awb biedt justitiabelen vele mogelijkheden tot bescherming van hun rechten. Deze mogelijkheden worden evenwel niet steeds ten volle benut.

Mr. G.P. Roth is advocaat bij Loyens & Loeff te Amsterdam en is voordien werkzaam geweest bij de Stichting Toezicht Effectenverkeer (thans genaamd: Autoriteit Financiële Markten).

36 Zie artikel 4:5 lid 1 Awb.

37 Zie artikel 4:5 lid 4 Awb.

38 Zie voor een belangrijke uitzondering artikel 22 lid 4 Bte 1995, dat ook in die zin bijzonder is dat bij gebreke van een reactie van de Autoriteit-FM binnen de gestelde periode, de aangevraagde toestemming om een wijziging te mogen doorvoeren, geacht wordt te zijn verleend.

39 Zie ook de in artikel 4:14 Awb gegeven mogelijkheid de beslistermijn te verdagen. Zie tevens het in de praktijk door de Autoriteit-FM veelvuldig ingeroepen artikel 4:15 Awb dat bepaalt dat de beslistermijn wordt opgeschort met ingang van de dag waarop het bestuursorgaan de aanvrager heeft uitgenodigd de aanvraag aan te vullen tot de dag waarop de aanvraag is aangevuld of de daarvoor gestelde termijn is verstreken.

40 Zie artikel 44 Wte 1995 voor de van de Awb afwijkende rechtsingang bij besluiten die zijn genomen op grond van de Wte 1995.