

## Recente rechtspraak over de bevoegdheden van de AFM

### Inleiding

In een uitspraak van 9 februari 2006 heeft het College van Beroep voor het bedrijfsleven een besluit van de Stichting Autoriteit Financiële Markten (AFM) vernietigd waarin een boete werd opgelegd aan Fortis Bank ten aanzien van de beursgang van Via Net.Works.<sup>1</sup> In deze bijdrage wordt allereerst kort uiteengezet welke bevoegdheden de AFM heeft ten aanzien van onder andere het opleggen van boetes en de publicatie daarvan. Vervolgens zal de uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven worden besproken en zal worden ingegaan op de mogelijkheid om in een dergelijke situatie schade, inclusief reputatieschade, te verhalen op de AFM. Ten slotte zal worden ingegaan op de vraag of de AFM altijd het recht heeft om het besluit tot oplegging van een boete te publiceren.

### Bevoegdheden AFM

De AFM is een zelfstandig bestuursorgaan onder ministeriële verantwoordelijkheid van de Minister van Financiën. De AFM kan zelf regels opstellen, interpreteert open normen en ziet vervolgens toe op de naleving van de regels. Op basis van de Wet toezicht effectenverkeer 1995 (Wte 1995) heeft de AFM in het kader van het toezicht de bevoegdheid om de onder haar toezicht staande instellingen te verplichten om inlichtingen te verstrekken en kan zij zo nodig een opsporingsonderzoek instellen. Verder heeft de AFM de bevoegdheid om een last onder dwangsom op te leggen en een bestuurlijke boete op te leggen in geval van overtreding van voorschriften zoals neergelegd in de Wte 1995. Tevens heeft de AFM op basis van artikel 48m Wte 1995 de mogelijkheid om, 'met het oog op een adequate functionering van de effectenmarkten of de positie van de beleggers op die markten', de overtreding van het voorschrift en de naam, het adres en de woonplaats van de overtreder ter openbare kennis te brengen, bijvoorbeeld door publicatie in een dagblad.

Tegen deze publicatiebevoegdheid is nogal wat kritiek geuit, omdat de AFM tot voor kort gewoon was om de overtreding van het voorschrift en de gegevens van de overtreder te publiceren, terwijl bezwaar of beroep tegen het boetebesluit nog hangende was. In deze situatie bevond ook Fortis Bank zich; uiteindelijk werd het boetebesluit door het hoogste rechtcollege vernietigd.

### Scheiding van opsporingsbevoegdheid en sanctionering

In deze zaak tegen Fortis Bank was een boete opgelegd door de AFM aan een dochter van Fortis Bank (Nederland) N.V. in verband met de beursintroductie van aandelen Via Net.Works

Inc. Het beroep van Fortis tegen de uitspraak van de AFM faalde, maar in hoger beroep werd het besluit van de AFM alsnog vernietigd.

Op basis van artikel 48l Wte 1995 dienen de werkzaamheden in verband met het opleggen van een dwangsom of van een boete te worden verricht door personen die niet betrokken zijn geweest bij het vaststellen van de overtreding en het daaraan voorafgaande onderzoek. Fortis voerde in hoger beroep aan dat de AFM deze bepaling heeft overtreden, doordat haar inmiddels overleden bestuurslid Kaptein betrokken is geweest bij zowel het vaststellen van de overtreding en het daaraan voorafgaande onderzoek als bij het opleggen van de boete. Fortis vorderde vernietiging van het besluit, wegens strijd met artikel 48l Wte 1995.

Het College van Beroep voor het bedrijfsleven verwijst in zijn overwegingen naar de toelichting van de regering bij het wetsvoorstel ten aanzien van artikel 48l Wte 1995. Volgens de regering is bij het voorstel met betrekking tot functiescheiding onder meer gesteld dat het belasten van dezelfde instantie met zowel het uitvoeren van de wet als het opleggen van bestuursrechtelijke sancties, een consequentie is van de doelstelling van de regering om bestuursorganen zelf verantwoordelijk te stellen voor de handhaving van de wetgeving die zij uitvoeren. Hierbij is in de memorie van toelichting opgemerkt dat het 'om te voorkomen dat men rechter wordt in eigen zaak' noodzakelijk is dat 'de interne organisatie bij het bestuursorgaan zo wordt ingericht dat een functionaris die een overtreding constateert, niet tevens beoordeelt of een bestuurlijke boete moet worden opgelegd'.

De AFM heeft aan het wettelijke vereiste van functiescheiding invulling gegeven door binnen de eigen organisatie *Chinese walls* in het leven te roepen. Een aparte boetefunctionaris, die niet tot de toezichtafdelingen behoort, bereidt een bestuursbesluit tot oplegging van een bestuurlijke boete voor. Op het niveau van het bestuur is het toezicht echter niet van de boeteoplegging gescheiden, en de AFM stelt zich op het standpunt dat de 'functiescheidingseis' zich niet zou richten tot leden van de raad van bestuur. Deze stelling werd echter verworpen door het College van Beroep voor het bedrijfsleven. Volgens het College heeft de wetgever met die scheiding beoogd dat de beslissing met betrekking tot het – al dan niet – opleggen van een boete objectief en onbevooroordeeld dient plaats te vinden en dat de besluitvorming in dit opzicht te vergelijken is met de beoordeling door een rechter.

Volgens het College is het ongeoorloofd indien individuele leden van de raad van bestuur zodanig intensief bij het onderzoek betrokken zijn geweest, dat niet kan worden uitgesloten dat deze betrokkenheid het betreffende lid zou kunnen belemmeren in het onderkennen van alternatieve duidingen van of lacunes in het feitencomplex. Het College geeft de AFM ook nog enkele aanwijzingen hieromtrent: volgens het College is van zodanige intensieve betrokken-

---

1. CBb 9 februari 2006, JOR 2006, 80 (Fortis Bank (Nederland) N.V./Stichting Autoriteit Financiële Markten).

heid geen sprake, indien de bemoeienis betreft het geven van een opdracht tot het doen van onderzoek, het geven van algemene aanwijzingen en het verifiëren van de naleving van deze aanwijzingen, alsmede van de voortgang van het onderzoek.

Het College komt uiteindelijk tot het oordeel dat door de feitelijke betrokkenheid van bestuurslid Kaptein bij het onderzoek naar de mogelijke overtreding, in ieder geval de schijn is ontstaan dat Kaptein niet met de vereiste objectiviteit en onbevooroordeeldheid over de vermeende overtreding kon besluiten. Het College vernietigt het boetebesluit.

#### Publicatie van boete en reputatieschade

De boete die Fortis opgelegd kreeg, is door de hiervoor genoemde uitspraak van tafel. Het besluit tot het opleggen van de boete is echter wel gepubliceerd; de boete die werd opgelegd aan Fortis, was de eerste die de AFM ooit publiceerde. De vraag is of in een situatie als de onderhavige casus de door de publicatie ontstane reputatieschade hersteld wordt door de uitspraak van het College, en of het mogelijk is om vergoeding van dergelijke schade te verkrijgen van de AFM.

Een recente uitspraak van het Hof Amsterdam lijkt hiervoor aanknopingspunten te bieden.<sup>2</sup> Dit arrest betrof een beroep van een vonnis van de voorzieningenrechter. In deze zaak had de AFM een besluit genomen tot boeteoplegging en het bezwaar hiertegen afgewezen. De betreffende partij ging vervolgens in beroep bij de bestuursrechter in Rotterdam. Hangende het beroep deelde de AFM aan de betreffende partij mee dat zij op grond van artikel 48m lid 1 Wte 1995 zou overgaan tot publicatie van de oplegging van de boete in twee landelijke dagbladen. In beroep bevestigde het Hof Amsterdam het vonnis van de voorzieningenrechter, waarin de AFM werd verboden om, zolang nog niet op het door de vennootschap ingestelde beroep is beslist, naam, adres en woonplaats van de vennootschap te vermelden in de door de AFM voorgenomen openbaarmaking. Het Hof Amsterdam oordeelt dat de werking van het boetebesluit is opgeschort totdat op het ingestelde beroep is beslist. Dit brengt mee dat ook de bevoegdheid het boetebesluit op de voet van artikel 48m lid 1 Wte 1995 openbaar te maken, is opgeschort.

Met dit arrest maakte het hof een einde aan de praktijk zoals die jarenlang is gevolgd door de AFM, die in sommige gevallen overging tot publicatie van een boete, ook als tegen het besluit tot oplegging van de boete beroep was ingediend. Het hof overweegt ten aanzien van het belang van de betreffende vennootschap dat dit 'evident' is: deze partij behoort tot een internationaal opererende beursgenoteerde onderneming en publicatie van de boetes, hoewel naar de letter geen straf, kan in de (internationale) markt wel dege-lijk als zodanig worden opgevat. Indien de AFM met betrek-

king tot de boeteoplegging door de bestuursrechter in het ongelijk zou worden gesteld, laat de reputatieschade die dan reeds door de publicatie bij de vennootschap kan zijn opgetreden, zich achteraf mogelijk niet meer (geheel) herstellen. Die op zichzelf niet door de AFM betwiste reputatieschade wordt, anders dan de AFM betoogt, niet in alle gevallen afdoende gerepareerd door een achteraf in rechte verkregen gelijk en een daarna eventueel toegewezen schadevergoeding, aldus het hof. Het hof overweegt verder dat het belang van transparantie en adequate werking van de markt niet prevaleert boven het belang van de vennootschap van het voorkomen van later mogelijk onrechtvaardig blijvende reputatieschade.

Uit het vorenstaande lijkt de conclusie te kunnen worden getrokken dat de toezichthouder aansprakelijk kan worden gehouden, indien overgegaan is tot publicatie van de opgelegde boete en het boetebesluit in beroep vernietigd wordt.

#### Wetsontwerp Wet op het financieel toezicht

Zoals hiervoor is beschreven, heeft het Hof Amsterdam bepaald dat schorsing van het boetebesluit ook betekent dat de publicatie van de opgelegde boete nog niet mag plaatsvinden. In dit verband is het interessant om te kijken naar de tekst van het wetsontwerp voor de Wet op het financieel toezicht. Dit wetsvoorstel is ten aanzien van de publicatiebevoegdheid recentelijk een aantal keren gewijzigd.

In eerste instantie luidde het voorstel:

'De toezichthouder maakt een besluit tot het opleggen van een last onder dwangsom of een bestuurlijke boete openbaar, tenzij de openbaarmaking van het besluit in strijd is of zou kunnen komen met het doel van het door de toezichthouder uit te oefenen toezicht op de naleving van deze wet.'<sup>3</sup>

Aanvankelijk kende het wetsontwerp niet een bepaling die gelijk is aan de huidige bepaling van artikel 48h Wte 1995, namelijk dat bezwaar en beroep een schorsende werking hebben op het boetebesluit. Deze bepaling is onlangs na diverse kritiek wel in het wetsontwerp opgenomen.<sup>4</sup>

In het wetsontwerp was tot voor kort ook niet opgenomen dat het bezwaar en beroep de publicatiebevoegdheid schorsen. De vraag die toen rees, was of het arrest van het Hof Amsterdam van 6 oktober 2005 gevolgd zou gaan worden, zodat deze schorsende werking alsnog zou gelden.

Na diverse kritiek uit de Tweede Kamer heeft de Minister van Financiën het wetsvoorstel grondig aangepast en heeft hij een alternatief voorstel gedaan,<sup>5</sup> dat inhoudt dat bij de publicatie van de boete op basis van artikel 1:81 de ruimte

---

2. Hof Amsterdam 6 oktober 2005, JOR 2006, 12.

3. Kamerstukken II 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 44.

4. Kamerstukken II 2005/06, 29 708, nr. 34, p. 6.

5. Kamerstukken II 2005/06, 29 708, nr. 39, p. 6.

---

wordt gecreëerd voor de partij waaraan de boete is opgelegd, om een voorlopige voorziening aan te tekenen tegen de publicatie van een boete. Verder wordt er voorgesteld om niet langer alle boetes vroegtijdig te publiceren. Uitgangspunt hierbij is dat het bij zwaardere boetes van belang is om de markt snel te kunnen waarschuwen.

Het systeem van artikel 1:81 van het wetsvoorstel is nu als volgt. Er wordt een aantal ‘zware’ overtredingen genoemd waarvan in geval van boeteoplegging een vroegtijdige, ‘automatische’ publicatie plaatsvindt. Deze openbaarmaking gebeurt echter niet eerder dan nadat vijf werkdagen zijn verstreken na de dag waarop het besluit aan de betrokken onderneming bekend is gemaakt. Indien de vermeende overtreder een voorlopige voorziening verzoekt op grond van artikel 8:81 Algemene wet bestuursrecht, dan wordt de openbaarmaking van het besluit opgeschort totdat er een uitspraak is van de voorzieningenrechter. Lid 4 van dit artikel bepaalt vervolgens dat publicatie van de openbaarmaking achterwege blijft, indien dit in strijd is of zou kunnen komen met het doel van het door de toezichthouder uit te oefenen toezicht op de naleving van de Wet op het financieel toezicht. Dit laat derhalve een discretionaire bevoegdheid voor de toezichthouder om in bepaalde gevallen te besluiten om niet over te gaan tot publicatie.

Alle ‘lichtere’ boetes worden gepubliceerd nadat het boetebesluit rechtens onaantastbaar is geworden, tenzij dit in strijd is of zou kunnen komen met het doel van het door de toezichthouder uit te oefenen toezicht op de naleving van deze wet.

Een belangrijke bepaling is neergelegd in artikel 1:81c, dat bepaalt dat, indien de bescherming van de belangen die de wet beoogt te beschermen geen uitstel toelaat, de toezichthouder onverwijld kan overgaan tot openbaarmaking van een besluit tot het opleggen van een bestuurlijke boete of een bestuurlijke dwangsom, derhalve ook binnen de vijfdagentermijn zoals hiervoor genoemd, en in die gevallen waarin een voorlopige voorziening is gevraagd tegen de publicatie. Het lijkt mij echter dat de AFM hier niet licht toe zal overgaan, mede gezien de uitspraak van het Hof Amsterdam, waarin wordt benadrukt dat deze publicatie tot grote schade kan leiden.

*Mr. M. Vastenhouw  
Allen & Overy*