

Studiebijeenkomst Vereniging voor Pensioenrecht 18 juni 2014

“Grenzen aan de bevoegdheden van toezichthouders”

Inleiding mr. G.P. Roth

Rechten en plichten van pensioenfondsen en pensioenuitvoerders bij onderzoeken door DNB

Dames en heren,

Tijdens deze studiebijeenkomst draait het om de grenzen aan de bevoegdheden van de toezichthouder. Dat onderwerp spreekt mij nogal aan. Waarschijnlijk ook omdat ik mij in mijn praktijk met niet veel anders bezighoudt dan de grenzen die bestaan aan de bevoegdheden van de AFM en DNB. Ik treed daarbij overigens niet alleen op voor pensioenfondsen en pensioenuitvoerders maar voor allerhande onder toezicht van de AFM en/of DNB staande instellingen zoals: banken, verzekeraars, beleggingsondernemingen, financiële dienstverleners accountantskantoren en trustkantoren.

Ik voel mij vandaag dan ook als een kind in de snoepfabriek dat maar lastig kan kiezen tussen al dat lekkers. Er is namelijk heel veel te zeggen over de bevoegdheden van toezichthouders en zeker ook over de grenzen daaraan.

De keuze is uiteindelijk gevallen op de bevoegdheden die DNB en de AFM hebben in het kader van door hen te verrichten onderzoeken. Zoals we nog zullen zien zijn ook die bevoegdheden, anders dan de toezichthouders nog wel eens willen doen voorkomen, niet grenzeloos.

Voor alle duidelijkheid: ik zal de blik niet zozeer richten op de verplichtingen die voor pensioenfondsen en pensioenuitvoerders als zodanig voortvloeien uit bijvoorbeeld de Pensioenwet of de Wft, maar mij concentreren op de wijze waarop DNB en de AFM nagaan of die verplichtingen worden nageleefd en welke rechten en plichten in dat kader bestaan. Daarbij zal ik *en passant* nog wel enige aandacht besteden aan de sancties die toezichthouders kunnen opleggen.

Uiteraard komen straks ook de verschillende onderzoeksinstrumenten die de AFM en DNB tot hun beschikking hebben aan bod. Ik zal die echter niet *en detail* bespreken. Het gaat mij er namelijk vooral om u duidelijk te maken dát het toezicht zoals dat in de praktijk plaatsvindt – ik noem dat ook wel het (rechts)verkeer tussen toezichthouders en pensioenfondsen en – uitvoerders – zelf ook is onderworpen rechtsregels. Dat geldt zowel voor het *day to day* toezicht als de bijzondere of ad hoc onderzoeken die de toezichthouders verrichten.

Dat pensioenfondsen en -uitvoerders zich aan allerlei normen hebben te houden en verplichtingen hebben jegens de toezichthouders is algemeen bekend en wordt ook als vanzelfsprekend ervaren. De medaille heeft echter ook een keerzijde: ook de handelingen en gedragingen van toezichthouders zijn genormeerd.

In deze inleiding zal dus – voor de verandering – die keerzijde eens centraal staan. Daarmee roep ik niet op tot weerspanningheid jegens de toezichthouders. Allesbehalve. Ook ik vind dat het uitgangspunt behoort te zijn dat volledig wordt meegewerkt aan onderzoeken van toezichthouders.

Wel meen ik dat van pensioenfondsen en -uitvoerders mag worden verlangd dat ten minste globale kennis aanwezig is van de over en weer bestaande rechten en plichten bij onderzoeken door de toezichthouders alvorens (klakkeloos) aan die onderzoeken wordt meegewerkt. Die medewerking is namelijk niet altijd *gratis*. Ik kom daar nog op terug.

Er is ook meer in het algemeen alle aanleiding om eens stil te staan bij het verkeer tussen toezichthouders en pensioenfondsen en -uitvoerders en wat toezichthouders eigenlijk allemaal van hen kunnen afdwingen. In dat kader wil ik u deelgenoot maken van een aantal observaties.

Alvorens dat te doen is het wellicht goed dat ik u heel kort toelicht waar ik vandaan kom. Ik ben mijn carrière begonnen bij de Stichting Toezicht Effectenverkeer (thans AFM). Dat was in 1991. De tijd dat de STE nog op een zolderkamer op de Paleisstraat zetelde. Ik had personeelsnummer 7. Toen ik wegging in 1999 had de AFM inmiddels plusminus 50 werknemers. Ter vergelijking: ik geloof dat het aantal FTE's nu plusminus 500 bedraagt.

In die acht jaar heb ik de aard van het toezicht op de beurzen en financiële marktpartijen sterk zien veranderen. De zelfregulering werd verlaten, normen (heel veel normen) werden vastgelegd in wetten (heel veel wetten) aan toezichthouders werd uitgebreid sanctie-instrumentarium toebedeeld. Aanvankelijk was het met name de AFM die dat instrumentarium ook met een zekere gretigheid inzette.

In ben ik 1999 advocaat geworden en heb me sindsdien met name bezig gehouden met aan de AFM en DNB gerelateerde handhavingsvraagstukken. Ook in de jaren daarna is hiervoor bedoelde tendens doorgezet en geïntensiveerd. Allerhande partijen die actief zijn op de financiële markten werden geconfronteerd met een steeds assertiever toezicht.

Daarbij is sprake van een aantal wetmatigheden. Een daarvan is deze: ontstaat over een bepaalde kwestie publieke of politieke reuring, dan neemt de regelwoede in Den Haag exponentieel toe en wordt de druk op toezichthouders opgevoerd om harder en vooral ook

zichtbaarder voor het publiek in te grijpen. Een druk waar toezichhouders – mag ik het zo zeggen? – niet altijd weerstand aan kunnen bieden.

U zou voor de grap de boetes die worden opgelegd en gepubliceerd door de AFM eens vanuit dat perspectief moeten beoordelen. U zult dan een opvallende correlatie met publicitair gevoelige kwesties ontdekken.

Zelf heb ik het altijd wonderlijk gevonden dat hiervoor bedoelde ontwikkeling lange tijd aan de pensioensector voorbij is gegaan. Ik wil niet badinerend doen over de Pensioen- en Verzekeringskamer maar mijn indruk is niet dat men zich daar in Apeldoorn heeft ontwikkeld tot de meest assertieve toezichhouder van Nederland.

Maar ook die tijden zijn inmiddels veranderd. Pensioenen staan veel meer dan vroeger in de belangstelling van de politiek, regelgevers, de publieke opinie en ook van de (bezorgde) pensioen- en aanspraakgerechtigden. Sequeel daarvan is een toenemende druk op toezichhouders om ook 'iets te doen' en dat vertaalt zich dan al snel in een toenemende intensiteit van onderzoeken en een toename van sancties. En dat is vanuit het perspectief van de toezichhouder ook wel te begrijpen; juristen hebben daar ook andere gedachten over zoals u zult begrijpen.

In dit verband kan niet worden weggedacht dat zich bij DNB ook in meer algemene zin een cultuuromslag heeft voorgedaan. Daar is zoals u weet een aantal deconfitures en vervolgens daarover uitgebrachte rapporten van diverse commissies aan vooraf gegaan. Ik ga u daar niet mee vermoeien, maar u mag van mij aannemen dat er bij DNB een heel andere handhavingssnelheid waait dan voorheen. In zekere zin is dat dezelfde zuidwester als die de AFM al wat langer teistert.

Daar bedoel ik dit mee. Het door DNB uitgeoefende toezicht heeft zich altijd in die zin onderscheiden van dat van de AFM dat het terughoudender was. Terughoudender ook omdat er minder sancties werden opgelegd en eerder werd geopperd voor een stevig gesprek. Die gesprekken vonden al lang niet meer plaats in doorrookte en gelambriseerde vertrekken, maar heten nu al enige tijd 'normoverdragende' gesprekken. Maar boetes en andersoortige vervelende sancties werden door DNB tot enige tijd geleden slechts mondjesmaat opgelegd.

Dat beeld is inmiddels wreed verstoord. Ook DNB profileert zich de steeds meer als een assertieve en soms hard ingrijpende toezichhouder. Het aantal onderzoeken wordt opgevoerd en de informatie die wordt opgevraagd neemt sterk toe. Ook bij die onderzoeken – vaak ter plekke – laat DNB tegenwoordig al haar tanden zien.

Nieuw is ook dat DNB tegenwoordig regelmatig naar het boete-instrument grijpt en zelfs niet schroomt om boetes op te leggen aan bestuurders in privé. Ik kan u overigens verklappen dat

zeker niet alle opgelegde boeten ook zijn gepubliceerd. Dat is ook het geval doordat de rechter publicatie nog wel verbiedt vanwege twijfel van de rechtmatigheid van de boete.

Nu moet ik er direct bijzeggen dat het er op lijkt dat de soep bij de pensioenfondsen en -uitvoerders wat dit betreft vooralsnog niet zo heet wordt gegeten, alhoewel er ook deze week weer twee boetes aan pensioenfondsen werden gepubliceerd. Dat heeft uiteraard ook daarmee te maken dat het toezicht op de pensioenfondsen (deels) een andere wettelijke grondslag heeft dan het toezicht op banken, verzekeraars, beleggingsondernemingen, beursvennootschappen, financiële dienstverleners en wat al dies meer zij. Het toezicht op laatst genoemden steunt op de Wft, terwijl het toezicht op pensioenfondsen ook, of misschien wel met name, steunt op de Pensioenwet (en de Wet verplichte beroepspensioenregeling).

Ik wil u er echter op wijzen dat er wat betreft de aan DNB en de AFM toekomende onderzoeksbevoegdheden en sanctie-instrumenten wel enig verschil bestaat tussen de Wft en de Pensioenwet, maar die verschillen betreffen toch niet meer dan nuances.

Zo kunnen er ook op grond van de Pensioenwet boetes worden opgelegd terwijl overtreding soms zelfs met strafrechtelijke sancties wordt bedreigd. En ook op grond van de Pensioenwet (artikel 176 juncto artikel 5:1 Awb) kunnen aan bestuurders boetes in privé worden opgelegd indien zij kwalificeren als feitelijk leidinggever of opdrachtgever.

Ik wil overigens wel erkennen dat DNB er niet licht toe zal overgaan om daadwerkelijk boetes op te leggen aan bestuurders van pensioenfondsen. Het is ook zeker niet mijn bedoeling om hier onnodige onrust te scheppen maar er kan ook niet worden weggedacht dat het risico op dergelijke boetes de laatste tijd is toegenomen.

Overigens gaat het niet alleen om boetes. De praktijk heeft inmiddels uitgewezen dat DNB diepgravende beleggingsonderzoeken (heeft) verricht bij pensioenfondsen en dat zij bij geconstateerde wetsovertreding – bijvoorbeeld omdat de beleggingen als te risicovol worden aangemerkt – niet zelden vertrekkende aanwijzingen geeft.

In een aantal gevallen zijn die aanwijzingen ook voorgelegd aan de rechter. Daar zitten ook zaken tussen waar ik zelf bij betrokken was en daar zal ik hier dus niet op in gaan. Maar een mooi voorbeeld dat ik wel kan noemen betreft de aanwijzing die is opgelegd aan Stichting Pensioenfonds Vereenigde Glasfabrieken. Ook die aanwijzing kent de achtergrond dat het betreffende fonds in de visie van DNB te risicovol belegde, met name door de weging (volgens DNB: overweging) in goud en strekte er toe dat die goudpositie zou worden afgebouwd. Het heeft trouwens als zodanig al iets merkwaardigs om uitgerekend DNB te zien wijzen op de risico's die zijn verbonden aan beleggingen in goud, maar dat ter zijde.

De Rechtbank Rotterdam en het College van Beroep voor het bedrijfsleven hebben anders geoordeeld over de risico's die aan bedoelde goudpositie kleven dan DNB. Waar ik hier echter met name de aandacht voor vraag is dat tevens is besloten om een onderzoek naar eventueel door DNB te betalen schadevergoeding te openen. Dat leidt als vanzelf naar een andere observatie. De natuurlijke neiging van onder toezicht staande instellingen – zo veel is mij wel duidelijk geworden de afgelopen 20 jaar – is om sancties van de toezichthouders niet in rechte te bestrijden. En dat is ook logisch, het belang van een gezonde toezichtsrelatie kan lastig worden onderschat.

Wat echter nog wel eens wordt vergeten is dat het afzien van bezwaar/beroep of andere rechtsmiddelen niet altijd risicoloos is. Zeker indien de betreffende maatregel van de toezichthouder tot vermogensverlies heeft geleid – hetgeen bij aanwijzingen ertoe strekkende dat bepaalde posities *gedwongen* worden afgebouwd al snel het geval is – bestaat immers het gevaar op civielrechtelijke aansprakelijkheid indien het fonds geen gebruik maakt van de haar toekomstige rechtsbescherming in een poging schade toebrengende maatregel te doen vernietigen.

Wellicht dat dit in tijden van florissante dekkingsgraden geen *issue* is omdat pensioengerechtigden dan ondanks bedoeld vermogensverlies gewoon de hem toekomstige uitkering ontvangen. Het behoeft echter geen toelichting dat dit heel anders kan uitpakken indien kortingsmaatregelen aan de orde zijn of dreigen. Dan kan niet worden uitgesloten dat pensioengerechtigden opstaan en het pensioenfonds er op zullen aanspreken indien niet al het redelijkerwijs mogelijke wordt gedaan om de schade te mitigeren (om maar eens een veel door DNB gebruikte term te hanteren).

In dit kader wijs ik er ten slotte op dat boetes (uiteeraard) maar ook aanwijzingen en andersoortige maatregelen een toezichtsantecedent opleveren. Nu is het zeker niet zo dat iedere aanwijzing er toe leidt dat door bestuurders van het betreffende pensioenfonds of –uitvoerder niet meer wordt voldaan aan de geschiktheidsnorm maar men dient zich wel te realiseren dat een dergelijke maatregel en daarmee het antecedent formele rechtskracht krijgt indien daar geen bezwaar en/of beroep tegen wordt ingesteld. Ook om deze reden ziet men dat onder toezicht staande instellingen – en ik dacht ook wel pensioenfondsen en –uitvoerders – in toenemende mate bezwaar maken tegen maatregelen die worden opgelegd door DNB of de AFM.

Bottom line: het toezicht is verhard, althans geïntensiveerd. Dat is bezien vanuit het algemeen belang misschien wel toe te juichen, maar het betekent ook dat de aansprakelijkheidsrisico's voor pensioenfondsen (civielrechtelijk en bestuursrechtelijk) toenemen. In dat licht bezien – en dat is eigenlijk de kern van mijn betoog – is er voor pensioenfondsen en –uitvoerders een te meer

aanleiding om zich rekenschap te geven van de regels die het rechtsverkeer tussen hen en de toezichthouders normeren.

Dan nu nader over die regels, met name over de onderzoeksbevoegdheden die aan de AFM en DNB respectievelijk hun medewerkers toekomen.

Eerst een belangrijke preliminaire opmerking: op gedragingen en handelingen van de AFM en DNB zijn als uitgangspunt steeds de algemene beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing, zoals die (deels) zijn gecodificeerd in de Awb. Niet genoeg kan worden benadrukt dat dit niet alleen het geval is bij besluiten die deze toezichthouders nemen, zoals boetes aanwijzingen of lasten onder dwangsom, maar dat geldt ook voor feitelijke handelingen (artikel 3:1 lid 2 Awb). Ik zal hier niet ingaan op de algemene beginselen als zodanig maar wil benadrukken dat ook het dagelijkse (telefoon)verkeer tussen pensioenfondsen en toezichthouders wordt genormeerd door die algemene beginselen.

Aan die opmerking komt met name betekenis toe als het gaat om de inzet van onderzoeksbevoegdheden: dat zijn doorgaans namelijk geen besluiten maar feitelijke gedragingen. Maar ook dan geldt dus dat toezichthouders geen vrij spel hebben.

Het is ook goed om voor ogen te houden dat de onderzoeksbevoegdheden – op een enkele uitzondering na – toekomen aan daartoe door DNB en de AFM aangewezen toezichtsmedewerkers. Die onderzoeksbevoegdheden komen dus niet aan de AFM of DNB zelf toe, behoudens het inlichtingenrecht op grond van de Wft of de Pensioenwet (artikel 168), dat ook aan DNB en de AFM zelf toekomt.

Dan de onderzoeksbevoegdheden zelf. Die vinden we niet in de Pensioenwet of de Wft maar in de artikelen 5:15, 5:16 en 5:17 Awb. Ik neem ze kort met u door.

Artikel 5:15 Awb verleent toezichthouders de bevoegdheid om zonder toestemming iedere plaats te betreden. Dat ligt anders bij woonhuizen, op welke specifieke (en ingewikkelde) situatie ik hier verder niet inga. Zo nodig kunnen toezichthouders overigens de hulp van de politie inroepen en zijn ze bevoegd om zich bij het binnentreden te laten vergezellen door anderen die zij daartoe aanwijzen. Dat laatste is interessant omdat DNB bij haar onderzoeken nog wel eens gebruik wil maken van externe accountants. Daarbij dient men zich wel te realiseren dat die accountants dan weliswaar mee naar binnen mogen, maar dat aan hen voor het overige geen onderzoeksbevoegdheden toekomen. Pensioenfondsen en –uitvoerders zijn tijdens zo'n onderzoek dus niet verplicht om informatie of documenten te verstrekken aan die door DNB ingeschakelde accountants.

Een terechte vraag zou zijn: maar wat zou er eigenlijk tegen zijn om dat toch, onverplicht dus, te doen? Het antwoord luidt: op zichzelf genomen niets, maar daarbij moet wel worden bedacht dat op sommige informatie een geheimhoudingsplicht rust die alleen maar wordt doorbroken indien er een wettelijke verplichting bestaat om die informatie te vertrekken. Bovendien: op bedoelde accountants of andere derden rust niet een wettelijke geheimhoudingsplicht zoals dat op grond van de Pensioenwet en de Wft wel het geval is bij DNB en de AFM. Dat hoeft allemaal niet bezwaarlijk te zijn indien die geheimhouding anderszins wordt gewaarborgd, maar men doet er wel verstandig aan zich dit te realiseren en te regelen alvorens de gevraagde documenten worden verstrekt.

Een op het eerste gezicht makkelijk artikel betreft artikel 5:16 Awb: een toezichthouder is bevoegd inlichtingen te vorderen. Juristen zouden echter geen juristen zijn indien niet ook over de uitleg van dit artikel wordt gesteggeld. En dat doen zij dan ook. De polemiek schuilt dan in de vraag wat precies onder inlichtingen moet worden verstaan, meer in het bijzonder of daaronder ook documenten vallen of bijvoorbeeld kopieën van digitale gegevensdragers zoals e-mailboxen. Ik laat dat hier nu verder rusten.

Dan artikel 5:17 Awb. Op grond van het eerste en tweede lid daarvan mogen toezichthouders inzage vorderen van zakelijke bescheiden respectievelijk daar kopieën van maken. Het derde lid bepaalt dat indien het kopiëren niet ter plaatse kan geschieden toezichthouders de documenten mogen meenemen om ze elders te kopiëren.

De interpretatie van dit artikel heeft geleid tot verhitte juridische debatten, die met name tot inzet hebben of toezichthouders bedoelde rechten alleen ter plekke mogen uitoefenen of dat zij de betreffende partij ook door middel van een briefje kunnen dwingen om zelf kopieën van de documenten te maken en die aan de AFM of DNB te doen toekomen. Ik ga hier niet in op de interessante uitspraken die in dit kader zijn gedaan door de Rechtbank Rotterdam. Wel benadruk ik nog eens dat het – ook voor rechters – lang niet altijd evident is hoever de onderzoeksbevoegdheden van DNB en de AFM precies reiken. Er worden ook niet zelden tegenstrijdige uitspraken gedaan.

Feitelijk zijn dit de bevoegdheden op basis waarvan de toezichthouders toezicht moeten houden en hun onderzoeken moeten verrichten: een binnentredingsbevoegdheid, een inlichtingenrecht en een inzagerecht. Daarbij geldt op grond van artikel 5:20 Awb dat een ieder in ieder beginsel verplicht is om de toezichthouder alle medewerking te verlenen bij de uitoefening van zijn bevoegdheden.

Die medewerkingsplicht is evenwel niet onbeperkt. Ten eerste volgen enkele beperkingen uit artikel 5:20 Awb zelf. Die beperkingen hebben met name betrekking op gegevens die afkomstig zijn van de verschoningsgerechtigden zoals advocaten en notarissen en op de situatie dat er

rekening mee moet worden gehouden dat de toezichthouder boetes gaat opleggen of aangifte zal doen. Ik ga daar nu verder niet op in omdat dit toch uitzonderlijke situaties zijn, hoewel het risico op boetes dus niet langer denkbeeldig is.

De medewerkersplicht wordt in belangrijke mate beperkt door het in artikel 5:13 Awb verankerde evenredigheidsbeginsel. Dat artikel luidt als volgt: "een toezichthouder maakt van zijn bevoegdheden slechts gebruik voor zover dat redelijkerwijs voor de vervulling van zijn taak nodig is".

Dit evenredigheidsbeginsel kent verschillende aspecten. Ten eerste dwingt het toezichthouders om desgevraagd toe te lichten waarom de gevraagde documenten of inlichtingen noodzakelijk zijn met het ook op het onderzoek dat wordt verricht. Het is dus ook helemaal niet merkwaardig of obstructief om een dergelijke toelichting te vragen aan de toezichthouder, met name niet omdat soms wel erg veel inlichtingen en gegevens worden opgevraagd zonder dat de relevantie daarvan aanstonds duidelijk is. Ten tweede brengt het evenredigheidsbeginsel met zich dat de toezichthouder zijn onderzoek moet verrichten op de voor betrokkene minst belastende wijze.

Belangrijk is verder dat het evenredigheidsbeginsel niet alleen beperkingen aanbrengt jegens het object van het onderzoek (welke informatie moet nu precies worden verstrekt?) maar ook jegens het subject (wie is verplicht de betreffende informatie te vertrekken?).

Bij dat laatste (het subject van het onderzoek) blijf ik nog even stil staan. Enerzijds volgt dus uit artikel 5:20 Awb dat een ieder (dus ook een derde) verplicht is tot medewerking maar anderzijds geldt op grond van (de toelichting op) het evenredigheidsbeginsel dat voor een vergaande bevoegdheidsuitoefening jegens derden geen plaats is.

Dat is ook een relevante observatie met het oog op onderzoeken die betrekking hebben op pensioenfondsen. Lang niet altijd zal de door de toezichthouder gewenste informatie zich namelijk bij het fonds zelf bevinden. Vaak zal die informatie berusten bij de uitvoeringsorganisatie of actuaris. Mijn punt is dat het dus niet zonder meer gegeven is dat deze derde (want dat is het ten opzichte van het pensioenfonds) gehouden is al deze informatie te verstrekken aan DNB of de AFM. Daarmee zeg ik niet dat het onverstandig is om de gevraagde inlichtingen desalniettemin toch te strekken, maar wel dat het verstandig is eerst een afweging te maken.

Het is bovendien ook niet zonder risico voor de uitvoeringsorganisatie of actuaris om (onverplicht of verplicht) informatie te verstrekken die de AFM of DNB vervolgens gebruikt voor het toezicht op een pensioenfonds. Dat geldt met name indien die inlichtingen vervolgens worden gebruikt om een maatregel aan dat pensioenfonds op te leggen.

Andersom doet een pensioenfonds er verstandig aan om de beantwoording van een haar gerichte informatieverzoeken niet als vanzelf (geheel zelfstandig) te laten afhandelen door de uitvoeringsorganisatie. Daar kan men namelijk spijt van krijgen.

Dat geldt zeker voor gevallen waarin er vervolgens op basis van die aldus vertrekte informatie maatregelen volgen die betrekking hebben op de verhouding tussen het pensioenfonds en de uitvoeringsorganisatie.

U heeft de portee van mijn betoog begrepen: toezichthouders hebben veel bevoegdheden maar minder dan ze zelf doen voorkomen; in informatieverzoeken of vorderingen wordt steevast wel verwezen naar de medewerkingsplicht maar nooit naar het evenredigheidsbeginsel, welk beginsel dus niet zelden beperkingen met zich mee brengt.

Maar mijn indruk is ook dat toezichthouders minder afdwingbare onderzoeksbevoegdheden hebben dan pensioenfondsen en pensioenuitvoerder zelf denken. Daarbij doet zich ik mijn waarneming een interessant verschil voor met b.v. banken, beleggingsondernemingen, beursvennootschappen en financiële dienstverleners. Die zijn al wat langer gewend aan scherp toezicht en een bij tijd en wijle ook hard ingrijpende toezichthouder. Het zou kunnen verklaren waarom die partijen zich er in de praktijk al langer en sterker van bewust zijn dat toezicht houden niet een spel zonder nieten is voor de toezichthouder. En ook waarom die partijen vaak al in de onderzoeksfase opwerpen of DNB en de AFM hun boekje niet te buiten gaan.

Ik zeg hier nogmaals: dit is uiteraard niet een oproep tot weerspanning of toezichtondermijndend gedrag. Integendeel. Maar ik geloof ook dat het geen kwaad kan dat bestuurders van onder toezicht staande instellen zich ten minste de vraag stellen of zijn gehouden zijn om steeds aan alle onderzoekseisen van de toezichthouders te voldoen.

Dat geldt te meer omdat de toezichthouders de natuurlijke neiging hebben om de piketpaaltjes steeds verder op in het gazon te plaatsen. Je staat er soms versteld van wat toezichthouders onder verwijzing naar de besproken onderzoeksbevoegdheden van onder toezicht staande instellingen verlangen. Dat varieert van onaangekondigde onderzoeken ter plekke waar kopieën worden gevorderd van de e-mailboxen van het hele bestuur (inclusief privé e-mails) tot oproepen om te verschijnen op de Vijzelgracht of het Frederiksplein om aldaar verhoren te laten afnemen.

Bij dit alles bedenke men ten slotte – ik blijf het herhalen – dat het niet *gratis* is om zonder meer alle gevraagde informatie te vertrekken. Het kan andere partijen onnodig in de problemen brengen om onverplicht informatie te vertrekken terwijl daar bovendien vaak allerlei (contractuele) geheimhoudingsplichten aan in de weg staan. Wellicht belangrijker nog is dat men er in dit tijdsgewricht rekening mee dient te houden dat informatie die aan de toezichthouders wordt

vertrekt – niet zelden onder het mom van een algemeen, marktverkennd onderzoek – later toch wordt gebruikt om maatregelen of zelfs boetes op te leggen.

Populistisch en (zeker in juridisch opzicht) veel te simpel gezegd: men is niet gehouden zichzelf op te knopen.

Het getuigt niet van weerspanning maar juist van een professionele instelling indien onder toezicht staande instellingen zich ten minste afvragen of ze gehouden zijn die informatie klakkeloos te verstrekken of dat bijvoorbeeld wellicht eerst een nadere toelichting mag worden verlangd.

Ik heb nog één beschouwing.

Hiervoor heb ik toegelicht dat pensioenfondsen en –uitvoerders er verstandig aan doen om zich ten minste af te vragen of zij wettelijk verplicht zijn om steeds ten volle te voldoen aan de onderzoeksvorderingen van de AFM en DNB. Dat kan uiteraard ook tot de bevindingen leiden dat een dergelijke verplichting niet bestaat. Nogmaals: dat hoeft niet altijd een belemmering te zijn om toch mee te werken, maar in andere gevallen zal volledige medewerking dan wel bezwaarlijk zijn.

De vraag die in dat laatste geval opkomt is: wat dan? Het botweg weigeren van medewerking is geen reële optie, ook al niet omdat dit als zodanig tot sancties zou kunnen leiden. Dan kan men weliswaar tegen die sancties in het geweer aankomen en in dat kader aanvoeren dat er geen verplichting bestond om mee te werken maar een dergelijke route zou onnodig polariserend werken.

Het probleem waar men in dit soort gevallen steeds tegen aan loopt is erin gelegen dat brieven van toezichthouders waarin de onderzoeksvorderingen zijn vervat volgens vaste – maar volgens sommigen moeilijk te begrijpen – jurisprudentie niet kwalificeert als een besluit in de zin van de Awb. Daartegen kan dus geen bezwaar en beroep worden ingesteld en men kan de vraag of een medewerkingsplicht bestaat langs die weg dus niet voorleggen aan de bestuursrechter.

Er bestaat dus wel bestuursrechtelijke rechtsbescherming tegen door de toezichthouders opgelegde sancties maar niet tegen de inzet van onderzoeksbevoegdheden. Dit wordt door velen als bezwaarlijk gezien, te meer daar de inzet van onderzoeksbevoegdheden verstrekkend en belastend kan zijn.

Ter voorkoming van misverstanden: dit betekent niet dat de inzet van onderzoeksbevoegdheden – feitelijke handelingen dus – normloos zou zijn. Zoals gezegd zijn de algemene beginselen van behoorlijk bestuur daarop in beginsel onverkort van toepassing. Het betekent ook al niet dat men

zich ter zake niet tot de rechter zou kunnen wenden omdat er altijd een beroep kan worden gedaan op de civiele rechter als restrechter.

Punt is echter wel dat de praktijk uitwijst dat onder toezicht staande instellingen de drempel om zich tot de civiele rechter te wenden doorgaans te hoog vinden. Bovendien zal de civiele rechter indien deze heeft te oordelen over de algemene beginselen van behoorlijk bestuur dat over het algemeen terughoudend doen.

Er is op dit punt dus een lacune in de rechtsbescherming. Nu valt daar vaak nog wel een mouw aan te passen doordat de aangezochte instelling die het met een bepaalde onderzoeksvordering niet eens is of daarover het standpunt van de bestuursrechter wil vernemen DNB of de AFM kan verzoeken om de onderzoeksvordering te (her)verpakken in een last onder dwangsom, die dan uiteraard wel aan de bestuursrechter kan worden voorgelegd. In feite betreft dit een tegen zichzelf gekeerd handhavingsverzoek.

Het lijkt niet logisch om zelf te vragen om een last onder dwangsom en het is ook zeker niet een ideale oplossing maar in de praktijk wordt deze noodgreep toch nog wel eens toegepast. Het heeft ook tot interessante jurisprudentie geleid.

Dat lijkt mij een mooi moment om af te sluiten. Anders zou ik u ook nog gaan vermoeien met die jurisprudentie. En dat zou wellicht iets te veel van het goede zijn.

Ik dank u voor uw aandacht.