



# Rapport

Een onderzoek naar de behandeling van een klacht door de Stichting Autoriteit Financiële Markten te Amsterdam.

**Datum: 10 maart 2015**

**Rapportnummer: 2015/050**

## Samenvatting

### **Bevoegdheid Nationale ombudsman over de Stichting Autoriteit Financiële Markten**

De Nationale ombudsman is niet bevoegd om een onderzoek in stellen naar de wijze waarop de Stichting Autoriteit Financiële Markten (hierna: AFM) haar werkzaamheden uitoefent die voortvloeien uit dan wel verband houden met haar taken en bevoegdheden ingevolge (onder meer) de Wet op het financieel toezicht. Wel kan de Nationale ombudsman een onderzoek instellen als het gaat om klachten over de AFM die bijvoorbeeld specifiek van procedurele aard zijn, zoals behandelingsduur of het niet reageren. Verder klachten die zien op de bejegening van burgers.

### **De klacht over het verzoek om rectificatie**

Verzoeker klaagt er in de eerste plaats over dat de AFM zijn verzoek om rectificatie van de door de AFM afgegeven voornemens afwees. Verzoeker wees er met name op dat zijn verzoek er op gericht is dat hij weer een baan kan krijgen in de financiële wereld. De beide voornemens staan daar nu aan in de weg, aldus verzoeker.

De Nationale ombudsman toetst verzoekers klachten aan het vereiste van fatsoenlijke bejegening. De Nationale ombudsman is van oordeel dat de AFM bij de behandeling van deze klacht door tweemaal persoonlijk het gesprek aan te gaan, onder meer eenmaal in aanwezigheid van een bestuurslid van de AFM, heeft aangetoond oog te hebben voor persoonlijk contact. Er is meermalen schriftelijk gereageerd op verzoekers verzoek tot rectificatie. De AFM is ook ingegaan op de belangen van verzoeker te weten waar hij aan toe is als hij een nieuwe functie vindt waarvoor toetsing nodig is. De Nationale ombudsman is derhalve van oordeel dat de klacht niet gegrond is.

### **De klacht over de stille curator**

In de tweede plaats klaagt verzoeker over de reactie van de AFM op zijn klacht over het gedrag van de door de AFM aangestelde stille curator, namelijk het dreigen met het intrekken van de vergunning van de onderneming.

De Nationale ombudsman is van oordeel dat uit de e-mails van de curator niet expliciet is gebleken van dreigen met het intrekken van de vergunning. Ook anderszins is dat niet uit het onderzoek van de Nationale ombudsman gebleken.

Vaststaat dat verzoeker wist van het voornemen om hemzelf heen te zenden als bestuurder. Het stond verzoeker vrij zich niet terug te trekken en te wachten op intrekking van de vergunning van de onderneming door de AFM, welke beslissing aan de rechter kon worden voorgelegd. De Nationale ombudsman constateert dat de druk door de curator werd opgevoerd om verzoeker een beslissing te laten nemen over zijn positie bij de onderneming maar dat van dreiging geen sprake was. De Nationale ombudsman acht deze klacht eveneens niet gegrond.

## Klacht

Verzoeker klaagt over de wijze waarop de Stichting Autoriteit Financiële Markten (onder meer) bij brief van 16 november 2012 heeft gereageerd op zijn verzoek tot rectificatie van een voornemen en een aanvullend voornemen tot zijn heenzending als bestuurder. Verder klaagt verzoeker over de reactie van de Stichting Autoriteit Financiële Markten op zijn klacht over het gedrag van de stille curator, namelijk het dreigen met het intrekken van de vergunning van de onderneming.

## Bevindingen

Verzoeker was medebestuurder van X BV. Deze onderneming stond onder toezicht van de Stichting Autoriteit Financiële Markten (hierna: AFM) te Amsterdam.

De AFM stuurde X BV in augustus 2010 een voornemen tot het geven van een aanwijzing tot heenzending van verzoeker als bestuurder overeenkomstig het bepaalde in het eerste lid van artikel 1:75 Wet op het financieel toezicht (hierna: Wft; zie Achtergrond, onder 1.) Verzoeker en zijn advocaat gaven hun zienswijze hierop weer tijdens een hoorzitting bij de AFM. Zij waren het niet eens met de beslissing van de AFM.

De AFM stelde in oktober 2010 op grond van het eerste lid van artikel 1:76 Wft (zie tevens Achtergrond, onder 1.) een stille curator aan bij X BV.

In november 2010 stuurde de AFM X BV opnieuw een voornemen tot heenzending van verzoeker als bestuurder waarbij de gronden waren aangevuld. Wederom vond een hoorzitting plaats, waarbij verzoeker en zijn advocaat hun zienswijze konden uiten. Zij verzetten zich ook nu tegen het voornemen.

De curator berichtte verzoeker per e-mails van medio januari 2011 onder meer:

"Wil je me direct berichten wanneer je verwacht terug te treden bij (X BV; N.o.)? Hieronder motiveer ik dat dat wat mij betreft vandaag moet gebeuren.

Hoop dat de miscommunicatie met AFM inmiddels is opgelost en je direct doorgeeft dat je terugtreedt als beleidsbepaler.

Je hebt mij vorige week gemeld dat je dit zou doen, en zoals besproken heb ik dit vorige week al doorgegeven aan AFM. AFM gaf gisteren aan dat je tussenoplossingen voorstelt en probeert te onderhandelen. Daar is geen ruimte en geen tijd meer voor. (Drie dagen geleden; N.o.) zei je tegen mij dat als (...) niet binnen 24 uur zou toezeggen als bestuurder toe te treden, jij zou terugtreden en iemand uit organisatie zou benoemen als medebestuurder.

Door niet te doen wat je toezegt, houd je iedereen in de greep. Daarmee dreig je het laatste restje goodwill te verliezen.

Ik stel vast dat:

- AFM nog steeds doorgaat met uitbreiding voornemen en intrekken vergunning
- (...)

De huidige situatie die nu vooral door jouw aanwezigheid wordt veroorzaakt kan ook door jouw vertrek zo worden opgelost. Dat is uiteindelijk vooral in jouw belang; behoud van je aandeelhouderswaarde in (X BV; N.o.)."

en:

"Zoals vanmorgen met (verzoekers gemachtigde; verzoekers echtgenote; N.o.) besproken, ontvang ik graag uiterlijk (over vijf dagen; N.o.) bevestiging van je terugtrekken.

(...)

Uitbreiding van voornemen ligt klaar bij AFM. Zolang zij niet het vertrouwen hebben dat je daadwerkelijk terugtreedt, zullen ze deze mogelijk morgen uitsturen. (...)

AFM heeft mij, (...) en (...) gevraagd te rapporteren over de beheersbaarheid van (X BV; N.o.). Ik heb gevraagd om deze rapportage na (vijf dagen; N.o.) aan te leveren. Dit uitstel heb ik gekregen. Indien je (binnen vijf dagen; N.o.) niet terugtreedt, dan zal ik moeten rapporteren dat de situatie onbeheersbaar is. Intrekking vergunning ligt dan voor de hand en dan zal ik mij moeten richten op overdracht beheer. Indien je terugtreedt, zal ik rapporteren dat situatie beheersbaar is mits een aantal zaken op de rails wordt gezet en zal ik daartoe de nodige opdrachten geven aan bestuurders..."

Verzoeker trad enige dagen na de verzending van de hiervoor genoemde e-mails terug als bestuurder van X BV.

De AFM zette de voornemens niet om in een aanwijzing tot heenzending van verzoeker en legde ook anderszins geen maatregel jegens verzoeker op. Verzoeker kreeg hier verder geen bericht van de AFM meer over.

De gemachtigde van verzoeker verzocht de AFM vanaf 12 juni 2012 in een aantal brieven tot intrekking van de voornemens en ook om tot rectificatie van de voornemens over te gaan. Verzoeker is namelijk van mening dat de voornemens zijn gebaseerd op valse beschuldigingen van (onbetrouwbare) personen. Hij is van oordeel dat de aangedragen feiten niet zijn onderzocht door de AFM. Het gaat dus volgens verzoeker bij de voornemens om vermoedens.

De AFM wist volgens verzoeker dat zij geen aanwijzing tot heenzending kon geven en daarom dreigde zij met een ander machtsmiddel, namelijk de vergunning in te trekken als verzoeker niet zelf zou opstappen als bestuurder van X BV. Door zo te handelen, hoefde de AFM geen voor bezwaar en beroep vatbare beslissing op grond van de aanwijzing tot

heenzending af te geven. Verzoeker kon niet anders dan toegeven aan de chantage van de AFM. Immers als de vergunning zou worden ingetrokken, was X BV waardeloos, aldus verzoeker.

Op 5 juli 2012 vond er overleg plaats tussen medewerkers van de AFM en verzoekers gemachtigde. De AFM stuurde naar aanleiding van dit gesprek de gemachtigde een brief van 10 juli 2012. Verzoekers gemachtigde reageerde hierop bij brief van 13 juli 2012. Naar aanleiding van deze brief vond er op 30 augustus 2012 wederom een gesprek plaats. Dit keer was een bestuurslid van de AFM bij het gesprek aanwezig. Bij brief van 16 november 2012 aan verzoekers gemachtigde werd dit gesprek door de AFM bevestigd. In deze brief staat onder meer het volgende:

"...In de e-mail (aan u; N.o.) is – onder verwijzing naar ons gesprek d.d. 30 augustus 2012 - aangegeven dat AFM op basis van alle bij haar beschikbare informatie geen aanleiding ziet om over te gaan tot rectificatie van de bij u bekende voornemens van (...). In die e-mail is ook aangegeven, dat de AFM u niet kan verbieden meer informatie aan haar over te leggen en de AFM ook niet wil uitsluiten dat er nieuwe feiten op tafel komen. Daarbij is aangetekend dat de kans dat de (nieuwe) feiten een nieuw beeld geven van de betrouwbaarheid van (verzoeker; N.o.), niet groot wordt geacht.

(...)

In uw brief formuleert u op een aantal plaatsen veronderstellingen en trekt u conclusies met betrekking tot de noodzaak van het aanvullend voornemen. Zo concludeert u op pagina (...) van uw brief ... *"De AFM was dus tot de conclusie gekomen dat haar voornemen van (augustus 2010; N.o.) geen basis voor een aanwijzing van (verzoeker; N.o.) was. Het gaat hier niet om een subjectief oordeel, maar om feiten die tot geen andere conclusie kunnen leiden. Dit wordt bevestigd door het feit dat de AFM aan een aanvullend voornemen is gaan werken."*

Wij kunnen deze conclusie niet anders zien dan als uw interpretatie van de feiten. De aanleiding tot het aanvullend voornemen staat verwoord in de brief van de AFM (van; N.o.) november 2010. De AFM heeft na haar eerste voornemen de beschikking gekregen over aanvullende informatie die voor haar aanleiding was om haar voornemen (van; N.o.) augustus 2010 uit te breiden met aanvullende feiten waarop (verzoeker; N.o.) in de gelegenheid is gesteld nader te reageren. Deze gang van zaken is uitsluitend in het belang van een zorgvuldige voorbereiding en afronding van voorgenomen besluitvorming door AFM en is geenszins ingezet vanuit de overtuiging dat voor het eerste voornemen geen basis aanwezig was. Deze conclusie blijft dan ook geheel voor uw rekening. Dit geldt evenzeer voor hetgeen u verwoordt ten aanzien van hierover door de stille curator gedane uitlatingen (...).

Dat begin januari 2011 de stille curator de druk op (verzoeker; N.o.) opvoert om hem een beslissing te laten nemen over zijn positie bij (X BV; N.o.), achten wij, gelet op alle in het geding zijnde belangen, begrijpelijk en aanvaardbaar. Hiervoor zij ook verwezen

naar de u bekende e-mailwisseling (van medio januari 2011; N.o.) tussen de stille curator en (verzoeker; N.o.). Uit de bewoordingen van de desbetreffende e-mails kan naar ons oordeel echter geenszins de conclusie worden getrokken dat de stille curator weet dat (verzoeker; N.o.) betrouwbaar is, laat staan dat hij hiermee een standpunt van de AFM verwoordt. Deze uitlatingen alsmede uw opmerking dat (verzoeker; N.o.) door de stille curator namens de AFM is gechanteerd met intrekking van de vergunning laten wij dan ook eveneens geheel voor uw rekening.

#### Conclusie

Zoals hiervoor al opgemerkt, zien wij in de door u overgelegde informatie geen aanleiding om de voornemens van de AFM te rectificeren. Zoals ook reeds in de eerdere gesprekken door de AFM is aangegeven, is het vanwege het besluit van verzoeker (in; N.o.) januari 2011 om als directeur van (X BV; N.o.) terug te treden, de noodzaak komen te vervallen de voornemens om te zetten in een voor bezwaar en beroep vatbaar besluit van de AFM. Het mag duidelijk zijn dat de AFM ook in de motivering van dat besluit aandacht zou hebben besteed aan de door (verzoeker; N.o.) en zijn advocaat naar voren gebrachte zienswijze. Nu een voornemen tot een dergelijk besluit thans niet voorligt, zien wij ook geen noodzaak inhoudelijk en gemotiveerd op alle in uw brief gesignaleerde punten in te gaan. Zou (verzoeker; N.o.) in de toekomst worden voorgedragen in een op grond van de Wet op het financieel toezicht toetsbare functie, zal de AFM alle relevante feiten en omstandigheden meewegen en een gemotiveerd besluit op de aanvraag nemen. Zolang een dergelijke situatie zich niet voordoet, achten wij het, in het belang van een efficiënte inzet van capaciteit van medewerkers binnen de AFM niet verantwoord dat nog langer capaciteit wordt vrijgemaakt om met u een discussie over de meergenoemde voornemens te vervolgen; wij sluiten hiermee dan ook de discussie met u hierover."

Verzoeker kon zich niet verenigen met de bovenstaande brief. Zijn gemachtigde stuurde derhalve een brief d.d. 17 november 2012 aan de Raad van Toezicht van de AFM en alle leden van het Managementteam De Raad van Toezicht reageerde hierop bij brief van 12 december 2012.

#### **Standpunt verzoeker**

Verzoekers gemachtigde wendde zich tot de Nationale ombudsman omdat verzoeker zich niet kan verenigen met de reacties van de AFM. Verzoeker wenst alsnog rectificatie van de beide voornemens omdat deze volgens hem zijn gebaseerd op leugens van medebestuurders van X BV. De AFM had eerst onderzoek moeten doen naar deze beschuldigingen, alvorens deze op te nemen in de voornemens. Het is onjuist dat de AFM onderzoek heeft gedaan. Nu de AFM niet tot rectificatie wil overgaan, is het voor verzoeker onmogelijk om een nieuwe baan te vinden. Zijn naam is door de voornemens te veel besmet. Zoals de AFM weet, kan er pas opnieuw op betrouwbaarheid getoetst worden als verzoeker wordt voorgedragen voor een nieuwe functie. Die nieuwe functie komt er niet zolang de voornemens er liggen. Geen werk betekent geen inkomen en dus schade, aldus verzoeker.

Verder klaagt verzoeker over de reactie van de AFM op zijn klacht over het gedrag van de curator, namelijk het dreigen met het intrekken van de vergunning van de onderneming. Hij verwijst hiervoor met name naar de mails van medio januari 2011 van de curator.

### **Standpunt de AFM**

De AFM liet in het kader van het onderzoek van de Nationale ombudsman per brief van 21 oktober 2014 onder meer het volgende weten:

#### Ten aanzien van het verzoek om rectificatie van de voornemens

Het versturen van een voornemen is een voorbereidende handeling voor het nemen van een (toekomstige) toezichtmaatregel. Of die maatregel daadwerkelijk ook wordt opgelegd, is afhankelijk van de definitieve uitkomst van het onderzoek van de toezichthouder en de vraag of de omstandigheid die het treffen van die maatregel noodzakelijk maakt, blijft voortbestaan. Het is ook om die reden dat de wetgever heeft aangegeven dat een voornemen moet worden gevolgd door een hoorzitting, zoals bepaald in artikel 4:8 Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb; zie Achtergrond, onder 2.), waar de belanghebbende zijn zienswijze op het voornemen kan geven en de toezichthouder zodoende alle feiten en omstandigheden in acht kan nemen. In deze systematiek ligt besloten dat de toezichthouder daarna alsnog kan afzien van het nemen van de maatregel indien de maatregel hem ongegrond voorkomt of dat er praktische redenen zijn waarom de maatregel niet langer nodig is. Het terugtreden van verzoeker maakte in dit geval het opleggen van die maatregel overbodig. Het zou ook onlogisch zijn als de AFM na het terugtreden van verzoeker dat traject nog verder had doorgezet. De AFM meent dat zij in dit geval op goede gronden en zorgvuldig tot het voornemen is gekomen.

Het bestuursrecht en de Wft hebben het staken van een traject van een aanwijzing niet van verdere formele stappen voorzien, bijvoorbeeld het formeel intrekken of 'rectificeren'. Een voornemen is immers bedoeld om vast te stellen of de bij een bestuursorgaan beschikbare gegevens die het aan zijn besluit ten grondslag wil leggen juist zijn, opdat de beslissing op de juiste gegevens zal zijn gebaseerd. Er wordt dan ook niet gevraagd om een reactie ten aanzien van de mogelijke oordeelsvorming – die immers nog niet is afgerond – maar enkel of de feiten die het bestuursorgaan als uitgangspunt neemt correct zijn. Dit wordt ook in het voornemen uitdrukkelijk uiteengezet.

Tegen een voorgenomen besluit staan geen rechtsmiddelen open. De wetgever heeft beoogd dat eventuele onjuistheden bij de voorbereiding van het besluit slechts in rechte aan de orde kunnen worden gesteld bij het instellen van rechtsmiddelen tegen het besluit zelf, zoals bepaald in artikel 6:3 Awb (zie Achtergrond, onder 2.). Aan de wettelijke systematiek van de Wft ligt ten grondslag dat geen oordeel over geschiktheid of betrouwbaarheid verkregen kan worden zonder dat daartoe een concrete aanleiding bestaat. Omdat er geen besluit is, kan dat ook niet worden ingetrokken. De AFM wijst er verder op dat het niet ongebruikelijk is dat een voornemen wordt gevolgd door een aangepast voornemen. Indien er nieuwe feiten en omstandigheden zijn, dient de betrokkene daarover zijn visie te kunnen geven. De AFM verrichtte in dit geval nader

onderzoek en was tot de conclusie gekomen dat er sprake was van nieuwe feiten en omstandigheden.

De AFM gaf aan dat zowel in het gesprek van 5 juli 2012 als in dat van 30 augustus 2012 door haar is benadrukt dat zij de emotionele gevolgen voor de familie betreurt, maar dat de AFM de feiten niet anders beoordeelde en niet tot rectificatie zou overgaan.

Verder liet de AFM weten dat zij niet bestrijdt dat verzoeker door de hele gang van zaken omtrent zijn terugtreden is geraakt, maar de AFM wil wel benadrukken dat verzoeker zelf de gang naar de Ondernemingskamer heeft gemaakt, waardoor de geschillen die er gerezen waren bij X BV in de openbaarheid zijn gekomen.

Ook heeft X BV, in de periode dat verzoeker daar nog bestuurder was en er nog geen Wft-curator was aangesteld, persberichten doen uitgaan omtrent het geschil dat bij de Ondernemingskamer aanhangig was gemaakt en ook omtrent het voornemen van de AFM betreffende verzoeker. De AFM benadrukte dat door haar een voornemen nooit wordt bekendgemaakt. In het onderhavige geval is het evenwel naar buiten gebracht door X BV.

Door te kiezen voor openbaarheid van publicatie en rechtsgang nam verzoeker het risico dat dit publicitaire gevolgen voor hem zou kunnen hebben en ook de Ondernemingskamer een beslissing kan nemen die minder gunstig voor hem uitpakt.

De AFM wees erop dat verzoeker een verzoek kan indienen voor een toetsbare functie op grond van de Wft, zoals van financieel dienstverlener.

De AFM bestrijdt derhalve dat er een plicht tot rectificatie zou zijn. Wellicht zou er een plicht bestaan voor de AFM om haar optreden op een of andere wijze te 'rectificeren', indien verzoeker in de onderhavige zaak door de AFM op zodanig onredelijke wijze is behandeld dat er sprake is van het schenden van een zorgvuldigheidsnorm c.q. de AFM niet heeft gehandeld als een redelijk handelend toezichthouder. Daarvan is echter volgens de AFM geen sprake.

#### Ten aanzien van het handelen van de curator

De AFM liet weten dat het intrekken van de vergunning al gedurende langere tijd aan de orde was. Vanwege de geheimhoudingsverplichting betreffende toezichtinformatie liet de AFM weten niet concreet te kunnen meedelen of sprake was van (plannen tot) maatregelen betreffende intrekking van de vergunning, en ook niet in hoeverre daarover met X BV of verzoeker was gecommuniceerd. Volgens de AFM was er sprake van een zeer ernstige situatie bij X BV. De AFM wees er in dit kader op dat er twee voornemens tot heenzending waren uitgegaan, dat door verzoeker een procedure bij de Ondernemingskamer tegen zijn medebestuurders was opgestart, alsmede dat er door de AFM een stille curator was benoemd. Met name die laatste maatregel is een ingreep die volgens de AFM zelden wordt toegepast. Deze ingreep was naar de mening van de AFM geboden omdat X BV niet voldeed aan de doorlopende eisen van de vergunning vanwege handelen in strijd met de vergunningseisen. De aanstelling van een curator geschiedt om de problemen bij een onder toezicht staande instelling structureel op te lossen en de continuïteit te waarborgen, en de curator dient alle benodigde maatregelen te nemen om, zoals ook in de mails van medio januari 2011 van de curator wordt gesteld,



'de zaak weer op de rails ter krijgen.' Uit de e-mails van de curator blijkt in elk geval duidelijk dat hij een intrekking door de AFM als een reëel scenario beschouwde, aldus de AFM.

Als verzoeker aan de curator had toegezegd als bestuurder te vertrekken en dit vervolgens weigerde, had dit de intrekking van de vergunning dichterbij gebracht. Het komt de AFM logisch voor dat in combinatie met het nog steeds niet voldoen aan de vergunningvereisten voortvloeiend uit doorlopend toezicht, verzoeker er tot twee keer toe door de curator op gewezen is dat verzoeker met zijn weigerachtigheid een intrekking van die vergunning door de AFM dichterbij bracht. De curator stelt in zijn e-mail duidelijk dat de AFM 'nog steeds doorgaat met uitbreiding voornemen en intrekken vergunning.' De curator wijst verzoeker in zijn e-mails tevens op de onbeheersbaarheid van de situatie binnen X BV. De curator zou naar de mening van de AFM zijn tekortgeschoten in de goede uitvoering van zijn taak als hij verzoeker niet op de ernst van de situatie zou hebben gewezen. Elke bestuurder van een beursgenoteerde instelling die over een vergunning beschikt, hoort te weten dat indien sprake is van handelen in strijd met de vergunningsvoorwaarden, dit kan leiden tot intrekking door de vergunningverlener. De AFM vindt het begrijpelijk en juist dat de curator verzoeker dan ook op de consequenties van diens handelen voor X BV heeft gewezen.

De AFM wees er verder op dat door de in de e-mails van de curator genoemde onbeheersbare situatie de belangen van de onderneming en klanten ernstige schade dreigde op te lopen. De curator heeft tot taak de belangen van de onderneming en de klanten van de onderneming te behartigen en in zijn e-mails maakt de curator duidelijk dat de problemen met betrekking tot het aanblijven van verzoeker tot die maatregel zouden kunnen leiden.

De curator heeft naar de mening van de AFM zijn taken naar behoren vervuld. De bewoordingen die de curator in de e-mailwisseling gebruikt om aan verzoeker duidelijk te maken dat hij zijn toezegging om terug te treden moet nakomen, zijn onder de geschetste omstandigheden bepaald redelijk en niet bedreigend. Het wijzen op de reële consequenties van een intrekking van de vergunning door de AFM kan onder al die omstandigheden moeilijk als chantage of bedreiging worden bestempeld. Dat verzoeker iets dergelijks als dwingend of bedreigend kan ervaren, is op zich voorspelbaar, gezien het feit dat hij al zo'n twintig jaar met X BV verbonden was en de omstandigheden in zijn nadeel waren gewijzigd. De AFM is derhalve van oordeel dat de curator in de bejegening van verzoeker niet onzorgvuldig heeft gehandeld.

#### Ten aanzien van de klachtbehandeling

De AFM heeft zich naar haar eigen idee niet ongevoelig getoond voor het persoonlijke verhaal van verzoeker. Tot twee keer toe is de gemachtigde van verzoeker in de gelegenheid gesteld tijdens een gesprek bij de AFM haar standpunten toe te lichten. En hoewel het optreden van de AFM en de redenen daarvoor in de perceptie van de AFM uitvoerig in de gesprekken aan de orde zijn geweest en de AFM naar haar idee alles in het werk heeft gesteld om tegemoet te komen aan de behoefte van verzoeker om

gehoord te worden, wordt dat kennelijk door verzoeker als onvoldoende ervaren. De AFM betreurt dat. Zij realiseert zich daarbij dat de AFM aansluitend op het laatste gesprek ook in de brief van 16 november 2012 wellicht nog nader had kunnen onderbouwen waarom de AFM niet overging tot het doen van een rectificatie, als ook dat zij vond dat het optreden van de curator in de gegeven omstandigheden redelijk was. Dat had die brief bij nader inzien vollediger en evenwichtiger gemaakt, waarmee wellicht meer was tegemoetgekomen aan de gevoelens van verzoeker hieromtrent. Dit maakt evenwel het verschil van inzicht omtrent de voornoemde punten niet anders.

### **Reactie verzoeker op het standpunt van de AFM**

Verzoeker liet in reactie op het standpunt van de AFM onder meer het volgende weten.

#### Ten aanzien van het verzoek om rectificatie van de voornemens

Verzoeker persisteert bij zijn standpunt dat de AFM in strijd met de waarheid voornemens heeft doen uitgaan. Volgens verzoeker stuurde de AFM de voornemens uit gebaseerd op valse beschuldigingen van (onder meer) twee mededirecteuren van X BV.

Tijdens de hoorzittingen in het kader van voornemens werden de stellingen van de AFM door verzoeker onderbouwd weersproken en geheel weerlegd.

Verzoeker is het niet eens met de stelling van de AFM dat aan de voornemens geen uitvoering is gegeven omdat verzoeker als bestuurder is teruggetreden. Verzoeker stelt dat aan de voornemens geen uitvoering is gegeven omdat verzoeker deze volledig kon weerleggen.

Wanneer de AFM ziet dat het niet gaat lukken om verzoeker met een aanwijzing weg te krijgen, gaat de AFM chanteren. Aan verzoeker werd aangegeven en per mail van de curator bevestigd dat als verzoeker niet vrijwillig zou opstappen, gerapporteerd zou worden dat de situatie bij X BV niet langer beheersbaar was, op welke grond de vergunning zou worden ingetrokken. Verzoeker werd zo gedwongen zich terug te trekken. De AFM heeft op deze wijze gemanipuleerd dat er op leugens gebaseerde voornemens lagen waar niets tegen gedaan kan worden. Deze voornemens met zware, onterechte beschuldigingen beschadigen verzoeker ernstig en verhinderen zijn toegang tot de arbeidsmarkt.

Volgens verzoeker is het onjuist dat het bestuursrecht zou verbieden dat een voornemen wordt ingetrokken of gerectificeerd. De AFM miskent de realiteit als zij stelt dat voor anderen duidelijk is dat een voornemen feitelijk slechts bedoeld is om de feiten helder te krijgen.

Het is overigens merkwaardig dat de AFM meent dat er op haar geen bepaalde verificatieplicht rust alvorens zij beschuldigingen uitstuurt en dat een voornemen enkel bedoeld is om te verifiëren of de feiten juist zijn.

Verzoeker is het er niet mee eens dat de AFM van oordeel is "dat zij destijds op goede gronden en zorgvuldig tot het voornemen is gekomen". Op basis van het toezichtdossier is dit volgens verzoeker niet vol te houden.

Als de AFM meende dat er wat mis was met de betrouwbaarheid van verzoeker had zij een aanwijzing kunnen geven met betrekking tot verzoeker. Dan had voor verzoeker een bezwaar- en beroepsprocedure opengestaan om zijn naam gezuiverd te krijgen.

#### Ten aanzien van het handelen van de curator

Verzoeker liet weten het niet eens te zijn met de e-mails van januari 2011 van de curator. In de mails gaf de curator aan dat de AFM bezig is met de uitbreiding van het voornemen jegens verzoeker. Dat was voor verzoeker een reden om niet te willen terugtreden. Verzoeker wilde de nieuwe beschuldigingen graag weerleggen. Verzoeker stelt namelijk dat hij niets heeft gedaan waardoor zijn betrouwbaarheid niet langer buiten twijfel zou staan. Het feit dat de AFM opnieuw een aanvullend voornemen wilde sturen, geeft aan dat de AFM na de hoorzittingen had ingezien dat er niets overeind was gebleven van haar voornemens. De AFM kon verzoeker geen aanwijzing geven op basis van haar uitgebrachte voornemens, die onderbouwd weerlegd waren.

De AFM ziet in dat het niet zal lukken verzoeker weg te krijgen op grond van zijn betrouwbaarheid. En dan zet de curator namens de AFM een ander wapen in: als verzoeker aanblijft dan rapporteert hij dat de situatie niet langer beheersbaar is, zodat de vergunning zal worden ingetrokken. De curator schrijft dat als verzoeker terugtreedt, hij zal rapporteren dat de situatie beheersbaar is: zo komt volgens verzoeker de aap uit de mouw: Het gaat niet om de betrouwbaarheid van verzoeker, maar om de beheersbaarheid van de situatie bij X BV.

Als de vergunning van X BV zou worden ingetrokken was X BV onverkoopbaar. Intrekken van de vergunning levert geen schade op voor de klanten van X BV. Intrekken van de vergunning levert wel enorme schade voor verzoeker op.

X BV waarvan verzoeker (via zijn persoonlijke holding) 50 procent aandeelhouder was, wordt dan onverkoopbaar en verzoeker krijgt een claim van de holding die de andere 50 procent aandelen X BV heeft.

Verzoeker liet weten dat er voorafgaand aan de e-mails van de stille curator van medio januari 2011 niet door de AFM met verzoeker en niet met X BV was gecommuniceerd over de intrekking van de vergunning. Volgens verzoeker is van intrekken van de vergunning tot aan de chantage door de curator helemaal geen sprake. Verzoeker is van mening dat hij heeft gehandeld zoals een integer en fatsoenlijk bestuurder betaamt.

#### Ten aanzien van de klachtbehandeling

Volgens verzoeker ziet de AFM pas tijdens het onderzoek van de Nationale ombudsman in dat haar voornemens een ernstige beschadigende werking hebben. De AFM benadrukt pas in haar brief van 21 oktober 2014 meermalen dat zij zich realiseert dat verzoeker en zijn gezin 'geraakt' zijn. Dat is een nieuw inzicht van de AFM.

Want, anders dan de AFM schrijft, is dat tijdens de besprekingen nimmer uitgesproken. Integendeel. Op 5 juli 2012 liet de AFM weten dat zij met betrekking tot verzoeker geen aanwijzing heeft gegeven en dat de AFM daarom verzoeker niet beschadigd heeft. Ook in de brieven van de AFM van 10 juli 2012 en 16 november 2012 geen woord van begrip. Eerst nu is de AFM tot het inzicht gekomen welke impact de voornemens hebben.

Uit deze beschadigende werking volgt hoezeer onzorgvuldig het is om zonder enig onderzoek beschuldigingen uit te sturen om enkel te verifiëren of de feiten die het bestuursorgaan als uitgangspunt neemt, correct zijn.

De AFM heeft weliswaar geprobeerd de schijn van een behoorlijke procedure op te houden door met meerdere brieven te reageren en twee keer een persoonlijk onderhoud te beleggen, echter hierbij heeft de AFM uitsluitend – zonder inhoudelijke argumenten – aangegeven niet inhoudelijk op het rectificatieverzoek/de klacht te willen reageren.

### **Reactie van verzoeker op het verslag van bevindingen**

Verzoeker berichtte onder meer het volgende als reactie op het verslag van bevindingen. Verzoeker liet weten dat de stille curator hem medio oktober 2010 een uitkoopvoorstel stuurde, waarmee verzoeker zou worden uitgekocht. Verzoeker weigerde dit.

Verzoeker stelt dat de AFM in oktober 2010 eiste dat er een persbericht zou komen over de aanwezigheid van de stille curator omdat verzoeker niet wilde opstappen als bestuurder van X BV. Verder stelt verzoeker dat de AFM in december 2010 eiste dat in een persbericht zou worden opgenomen dat voornemens jegens verzoeker waren uitgebracht. Verzoeker laat weten dat hij zich gemotiveerd heeft verzet tegen opname daarvan in het persbericht.

Volgens verzoeker is er voorafgaande aan de mails van de stille curator van januari 2011 niet door de AFM met verzoeker en niet met X BV gecommuniceerd over intrekking van de vergunning.

Volgens verzoeker liet de stille curator op 12 januari 2011 aan zijn gemachtigde weten dat de AFM eiste dat verzoeker uiterlijk 18 januari 2011 zou moeten terugtreden.

Verder deelde verzoeker mee dat hij niet toegezegd heeft te zullen terugtreden, zoals de stille curator liet weten in zijn mail van januari 2011. Verzoeker stelt dat hij bereid was terug te treden als de AFM de voornemens zou intrekken mits een door verzoeker genoemde persoon als bestuurder zou worden benoemd. Hieraan voegde verzoeker toe dat toen de stille curator liet weten dat de AFM aan een nieuw voornemen zou werken, verzoeker gezegd heeft dat hij niet vrijwillig zou opstappen, maar het nieuwe voornemen zou afwachten om ook dat te weerspreken. Echter toen hij het voornemen wilde afwachten om te kunnen weerspreken, zette de AFM het wapen van intrekken van de vergunning in.

Verzoeker laat weten dat als de vergunning zou worden ingetrokken, X BV waardeloos zou zijn. Verzoeker verwijst hiervoor naar de bevestiging hiervan in de mail van de stille curator van medio januari 2011, die aangeeft dat er bij behoud van de vergunning behoud van aandeelhouderswaarde is.

Verzoeker wijst er met klem op dat hij door de voornemens geen andere baan kan vinden. Verzoeker is effectenspecialist, die alleen bij financiële instellingen en/of effecten uitgevende instellingen kan werken.

### **Reactie van de AFM op het verslag van bevindingen**

De AFM liet in reactie op het verslag van bevindingen onder meer het volgende weten. De AFM benadrukte dat zij in deze zaak beperkt is tot het reageren op de klacht vanwege de geheimhoudingsplicht van artikel 1:89 Wft (zie Achtergrond, onder 1.), alsmede artikel 1 sub c van het Besluit bestuursorganen Wet Nationale ombudsman en Wet

openbaarheid van bestuur (zie Achtergrond, onder 3.), waardoor het de AFM niet vrijstaat om alle informatie over deze zaak met de Nationale ombudsman te delen.

De AFM liet weten dat een mogelijke intrekking van de vergunning al in beeld was toen de voornemens werden uitgezonden. Volgens de AFM is hierover in het najaar van 2010 uitdrukkelijk door de AFM met verzoeker gecommuniceerd.

## II. Beoordeling

### **Bevoegdheid Nationale ombudsman over de Stichting Autoriteit Financiële Markten**

De Nationale ombudsman is overeenkomstig het bepaalde in artikel 1, aanhef en onder c van het Besluit bestuursorganen Wet Nationale ombudsman en Wet openbaarheid van bestuur (zie Achtergrond, onder 3.) niet bevoegd om een onderzoek in stellen naar de wijze waarop de Stichting Autoriteit Financiële Markten (hierna: AFM) haar werkzaamheden uitoefent die voortvloeien uit dan wel verband houden met haar taken en bevoegdheden ingevolge (onder meer) de Wet op het financieel toezicht. Wel kan de Nationale ombudsman een onderzoek instellen als het gaat om klachten over de AFM die bijvoorbeeld specifiek van procedurele aard zijn, zoals behandelingsduur of het niet reageren, en op klachten die zien op de bejegening van burgers. De Nationale ombudsman heeft zich in het kader van dit onderzoek beperkt tot de onderwerpen van klachtbehandeling door de AFM. Over de vraag of de AFM tot rectificatie had moeten overgaan, laat de ombudsman zich niet uit, omdat deze vraag verband houdt met de uitoefening van het toezicht door de AFM. Beoordeling hiervan valt buiten de bevoegdheid van de Nationale ombudsman.

### **Het verzoek om rectificatie**

Verzoeker klaagt er in de eerste plaats over dat de AFM zijn verzoek om rectificatie afwees. Verzoeker wees er met name op dat zijn verzoek er op gericht is dat hij weer een baan kan krijgen in de financiële wereld. De beide voornemens staan daar nu aan in de weg, aldus verzoeker.

Het vereiste van fatsoenlijke bejegening houdt in dat de overheid de burger respecteert, hem fatsoenlijk behandelt en hulpvaardig is. Medewerkers van overheidsinstanties zijn attent in de contacten met burgers en helpen hen zo goed mogelijk. Zij doen dit op respectvolle wijze en houden daarbij rekening met de persoon van de burger. In het kader van de klachtbehandeling mag de burger van de overheid, de AFM in dit geval, verwachten dat zijn verzoeken en argumenten gehoord worden en dat een transparante afweging plaats vindt van de belangen die daarbij spelen.

Naar aanleiding van de brieven van verzoekers gemachtigde hebben medewerkers van de AFM tweemaal een gesprek gevoerd met de gemachtigde van verzoeker. Bij een van de gesprekken was een bestuurslid van de AFM aanwezig. Verder heeft de AFM verschillende keren per brief een reactie gegeven. De AFM heeft in haar brief van 16 november 2012 aangegeven dat aan verzoeker de gronden voor de voornemens per brief in de aankondiging van de voornemens waren aangegeven en verzoeker en zijn

advocaat van de mogelijkheid gebruik hebben gemaakt hun zienswijze daarop te geven. De AFM liet weten dat zij niet is overgegaan tot het geven van een aanwijzing omdat verzoeker als bestuurder was teruggetreden. Voorts stelde de AFM zich op het standpunt dat nu er geen reden was om een aanwijzing op te leggen, de AFM geen noodzaak aanwezig achtte inhoudelijk en gemotiveerd op alle argumenten van verzoeker in te gaan. Wel wees de AFM verzoeker erop dat als verzoeker in de toekomst zou worden voorgedragen voor een toetsbare functie op grond van de Wet op het financieel toezicht, de AFM alle nieuwe feiten en omstandigheden zal laten meewegen en gemotiveerd een besluit zal nemen, waartegen rechtsmiddelen openstaan. Zolang er echter geen verzoek daartoe lag, achtte de AFM het in het belang van een efficiënte inzet van capaciteit van medewerkers binnen de AFM niet verantwoord dat nog langer capaciteit werd vrijgemaakt om met verzoeker een discussie over de voornemens te vervolgen. De AFM sloot derhalve dan ook deze discussie over het verzoek om rectificatie.

De Nationale ombudsman is van oordeel dat de AFM bij de klachtbehandeling door tweemaal persoonlijk het gesprek aan te gaan, onder meer eenmaal in aanwezigheid van een bestuurslid van de AFM, heeft aangetoond oog te hebben voor persoonlijk contact. Er is meermalen schriftelijk gereageerd op verzoekers verzoek tot rectificatie. De AFM is ook ingegaan op de belangen van verzoeker te weten waar hij aan toe is als hij een nieuwe functie vindt waarvoor toetsing nodig is.

De Nationale ombudsman is van oordeel dat ten aanzien van het verzoek om rectificatie de AFM de klacht behoorlijk heeft behandeld.

#### **De stille curator**

Ook hier toetst de Nationale ombudsman aan het vereiste van fatsoenlijke bejegening. De Nationale ombudsman is van oordeel dat uit de e-mails van de curator niet expliciet is gebleken van dreigen met het intrekken van de vergunning. Ook anderszins is dat niet uit het onderzoek van de Nationale ombudsman gebleken. Verzoeker stelt dat hij nooit van de AFM berichten heeft gehad die duiden op het intrekken van de vergunning voor het bedrijf. De AFM liet weten dat een mogelijke intrekking van de vergunning al in beeld was toen de voornemens werden uitgezonden. Hierover is volgens de AFM in het najaar van 2010 uitdrukkelijk met verzoeker door de AFM gecommuniceerd. In aansluiting hierop liet de AFM weten dat gezien haar geheimhoudingsplicht het haar niet vrij staat om concrete bewijsstukken met de ombudsman te delen. Wel staat vast dat verzoeker wist van het voornemen om hemzelf heen te zenden als bestuurder. Het stond verzoeker vrij zich niet terug te trekken en te wachten op intrekking van de vergunning voor X BV door de AFM welke beslissing aan de rechter kon worden voorgelegd. De Nationale ombudsman constateert dat de druk door de curator werd opgevoerd om verzoeker een beslissing te laten nemen over zijn positie bij X BV. Dat wordt door de AFM ook niet ontkend. Verzoeker heeft er echter zelf voor gekozen om de schade voor hemzelf op dat moment het meest te beperken.

De Nationale ombudsman is van oordeel dat daarmee de druk niet zo groot is geworden dat er sprake is van dreiging door de curator. De AFM handelde derhalve niet in strijd met

het vereiste van een fatsoenlijke bejegening. De Nationale ombudsman acht de handelwijze op dit onderdeel derhalve behoorlijk.

## Conclusie

De klachten over de onderzochte gedragingen van de Stichting Autoriteit Financiële Markten te Amsterdam zijn niet gegrond,

De Nationale ombudsman,

mr. F.J.W.M. van Dooren,  
waarnemend ombudsman

## Onderzoek

Op 25 oktober 2013 ontving de Nationale ombudsman een verzoekschrift, met een klacht over een gedraging van de Stichting Autoriteit Financiële Markten te Amsterdam. Naar deze gedraging werd een onderzoek ingesteld.

In het kader van het onderzoek werd de Stichting Autoriteit Financiële Markten (hierna: AFM) verzocht op de klacht en een nadere vraag te reageren en een afschrift toe te sturen van de stukken die op de klacht betrekking hebben. Vervolgens werd verzoeker in de gelegenheid gesteld op de verstrekte inlichtingen te reageren.

De bevindingen van de Nationale ombudsman werden aan de betrokkenen gestuurd. De reacties van verzoeker en de AFM daarop gaven aanleiding de bevindingen op onderdelen aan te passen en aan te vullen.

## Informatieoverzicht

De bevindingen van het onderzoek zijn gebaseerd op de volgende informatie:

- het door de gemachtigde van verzoeker naar de Nationale ombudsman gestuurde verzoekschrift van 25 oktober 2013;
- de door de gemachtigde van verzoeker naar de Nationale ombudsman gestuurde kopieën van haar dossier;
- het standpunt van de AFM op de klacht bij brief van 21 oktober 2014;
- de reactie van verzoeker bij brief van 31 oktober 2014 op het standpunt van de AFM;
- de nadere reactie van de AFM bij e-mail van 23 december 2014 op een vraag van de Nationale ombudsman;
- de reactie van verzoeker bij e-mail van 9 januari 2015 op de nadere reactie van de AFM;
- de reactie van verzoeker bij brief van 23 januari 2015 op het verslag van bevindingen;
- de reactie bij e-mail van 6 februari 2015 van de AFM op het verslag van bevindingen.



## Achtergrond

### 1. Wet op het financieel toezicht

#### Artikel 1:75, eerste lid:

"De toezichthouder kan een hierna bedoelde persoon die niet voldoet aan hetgeen bij of krachtens deze wet is bepaald, door middel van het geven van een aanwijzing verplichten om binnen een door de toezichthouder gestelde redelijke termijn ten aanzien van in de aanwijzingsbeschikking aan te geven punten een bepaalde gedragslijn te volgen:

- a. een financiële onderneming ..."

#### Artikel 1:76, eerste lid:

"De toezichthouder kan besluiten een of meer personen te benoemen als curator ten aanzien van alle of bepaalde organen of vertegenwoordigers van een financiële onderneming indien die financiële onderneming niet voldoet aan hetgeen ingevolge deze wet is bepaald."

#### Artikel 1:89:

"1. Het is een ieder die uit hoofde van de toepassing van deze wet of van ingevolge deze wet genomen besluiten enige taak vervult of heeft vervuld, verboden van vertrouwelijke gegevens of inlichtingen die ingevolge deze wet dan wel ingevolge afdeling 5.2 van de Algemene wet bestuursrecht zijn verstrekt of verkregen of van een persoon of instantie als bedoeld in artikel 1:90, eerste lid, onderscheidenlijk 1:91, eerste lid, zijn ontvangen, verder of anders gebruik te maken of daaraan bekendheid te geven dan voor de uitvoering van zijn taak of door deze wet wordt geëist.

2. In afwijking van het eerste lid kan de toezichthouder met gebruikmaking van vertrouwelijke gegevens of inlichtingen verkregen bij de uitvoering van zijn taak op grond van deze wet, mededelingen doen, indien deze niet kunnen worden herleid tot afzonderlijke personen. "

### 2. Algemene wet bestuursrecht

#### Artikel 4:8, eerste lid:

"Voordat een bestuursorgaan een beschikking geeft waartegen een belanghebbende die de beschikking niet heeft aangevraagd naar verwachtingen bedenkingen zal hebben, stelt het die belanghebbende in de gelegenheid zijn zienswijze naar voren te brengen indien:

- a. de beschikking zou steunen op gegevens over feiten en belangen die de belanghebbende betreffen, en

- b. die gegevens niet door de belanghebbende zelf ter zake zijn verstrekt."

**Artikel 6:3:**

"Een beslissing inzake de procedure ter voorbereiding van een besluit is niet vatbaar voor bezwaar of beroep, tenzij deze beslissing de belanghebbende los van het voor te bereiden besluit rechtstreeks in zijn belang treft."

**3. Besluit bestuursorganen Wet Nationale ombudsman en Wet openbaarheid van bestuur**

Artikel 1, aanhef en onder c:

"Als bestuursorgaan als bedoeld in artikel 1a, eerste lid, onderdeel e, van de Wet Nationale ombudsman onderscheidenlijk artikel 1a, eerste lid, onderdeel d, van de Wet openbaarheid van bestuur, zijn uitgezonderd:

(...)

- c. De Stichting Autoriteit Financiële Markten, voor zover belast met werkzaamheden die voortvloeien uit dan wel verband houden met haar taken en bevoegdheden ingevolge de Wet toezicht financiële verslaglegging, de Wet financiële markten BES, de Wet op het financieel toezicht, de Wet toezicht accountantsorganisaties, de Pensioenwet, de Wet verplichte beroepspensioenregeling en de Wet op het notarisambt."