

Missen van de termijnen kan ernstige gevolgen hebben

# Ken de spelregels van de AFM Marten Renes

**Om een beter inzicht te krijgen in de denk- en handelwijze van de AFM is een globale kennis van het bestuursrecht nuttig. Het zijn immers de spelregels waaraan de AFM zich moet houden. Het geeft ook aan binnen welke strakke termijnen een accountantskantoor moet reageren. Zo kan het missen van een termijn ernstige gevolgen hebben voor de (rechts)positie van een accountantskantoor.**

**Het beste advies blijft echter om een procedure met de AFM zo veel mogelijk te voorkomen.**

IN AN, AFL. 2 is een eerste artikel gepubliceerd waarin 'enkele vingervijzingen bij ondersteuning van de vergunningaanvraag op grond van de WTA bij de Autoriteit Financiële Markten' werden behandeld. Daarbij meldde ik dat de denkwijze en de handelwijze van de AFM minder duister is dan algemeen wordt vermoed, omdat die is ingegeven door de doelstellingen die via een toezichtwet moeten worden bereikt. Deze doelstellingen – in het geval van de WTA het herwinnen van het vertrouwen in accountantsorganisaties en de door deze organisaties afgegeven accountantsverklaringen – zijn leidend voor het handelen van de AFM. Verder heb ik betoogd dat een accountantskantoor zo veel mogelijk de regie moet houden over inhoud en tijd door het initiatief te behouden en de AFM proactief tegemoet te treden. In dit artikel staan enkele bestuursrechtelijke aspecten bij een vergunningaanvraag centraal, die een beter inzicht geven in het handelen van de AFM. Het betreft de strakke termijnstellingen, de procedures en enkele bestuursrechtelijke beginselen.

## Termijnen

Zodra een accountantskantoor niet heeft kunnen voorkomen dat een voornemen tot afwijzing wordt verstuurd, is het zaak snel te reageren. De AFM als

bestuursorgaan en de belanghebbende zijn beide gehouden aan wettelijke termijnen, dan wel redelijke termijnen die gangbaar zijn binnen het bestuursrecht. Na het voornemen tot afwijzing krijgt het accountantskantoor nog eenmaal de mogelijkheid om gehoord te worden. In de regel zal deze hoorzitting binnen twee tot drie weken plaatsvinden. Ziet de AFM geen aanleiding om haar voornemen aan te passen, dan zal het besluit tot afwijzing binnen enkele dagen na de hoorzitting volgen. Tegen dit besluit staat een bezwaartermijn open van zes weken. Reageert u binnen deze termijn, want van deze termijn kan slechts in zeer uitzonderlijke gevallen worden afgeweken.

'De AFM moet continu de reële situatie beoordelen.'

Let wel, het is wel mogelijk om eerst binnen de termijn formeel bezwaar in te dienen en daarbij de AFM te vragen een termijn te stellen, waarin de nadere onderbouwing aangeleverd moet worden. Op die manier heeft een accountantskantoor nog wel twee tot drie weken extra de tijd om nadere stukken op te

sturen en zijn bezwaar beter te motiveren. Na wederom zo'n drie weken vindt een nieuwe hoorzitting plaats, waarin het accountantskantoor zijn bezwaar nader mag motiveren, eventueel met nieuwe stukken. Vervolgens neemt de AFM zo'n drie tot zes weken de tijd om de beslissing op bezwaar te nemen. De AFM mag officieel na ontvangst van het bezwaarschrift tien weken (zes + vier weken) gebruiken om een beslissing op bezwaar te nemen inclusief de hoorfase. Onder omstandigheden kunnen de AFM en het accountantskantoor gezamenlijk overeenkomen dat er een langere termijn geldt. Tot de beslissing op bezwaar is genomen, mag een accountantskantoor stukken opsturen die een beter of een nieuw inzicht geven in de huidige situatie. Wees daarmee wel tijdig, want de AFM moet die stukken nog wel kunnen meenemen. In die zin is het verstandig een marge van drie weken aan te houden, tenzij in overleg met de AFM is afgesproken dat een andere termijn mag worden gehanteerd.

## Bezwaarschrift en beroepschrift

De strakke termijnen binnen de bezwaarschriftprocedure zijn zeer relevant voor het accountantskantoor waarvan de aanvraag is afgewezen. Dit heeft te maken met het grote verschil tussen de bezwaarschriftprocedure en de (hoger) beroepschriftprocedure.

Bij het nemen van het primaire besluit en de beslissing op bezwaar moet het bestuursorgaan uitgaan van de situatie op het moment dat het de beslissing neemt. De AFM moet dus continu de reële situatie beoordelen. Dit beginsel wordt aangeduid met een beslissing *ex nunc* (een beslissing naar het heden). Dit betekent dat een accountantskantoor bevindingen bij vergunningafwijzing kan aanpassen in de bezwaarschriftprocedure. Als bevindingen bestaan uit hitaten in het kwaliteitsbeleid of het stelsel van kwaliteitsbeheersing, kan het accountantskantoor simpelweg het be-

leid of het stelsel aanpassen en stukken opnieuw opsturen. Als alle bevindingen in de bezwaarschriftprocedure op die manier worden ondervangen, kan de AFM in bezwaar de vergunning niet weigeren, ook al had de AFM ten tijde van de primaire beslissing goede gronden om de vergunning af te wijzen.

'Een bestuursrechter beoordeelt – zoals het heet – *ex tunc*.'

Als voorbeeld verwijs ik naar de uitlatingen rond de vergunningafwijzing van enkele zogenaamde OOB-vergunningen. De AFM en de vier aanvragers in kwestie stellen dat zij vooralsnog geen vergunning hebben verkregen. Anderen stellen dat deze aanvragers een vergunning is geweigerd. Zoals zo vaak komt de waarheid in meerdere gedaantes. Beiden hebben gelijk. De desbetreffende vergunningaanvragen zijn bij primair besluit afgewezen. Deze afwijzing kunnen zij evenwel in de bezwaarschriftprocedure ombuigen in een vergunningverlening door alsnog aan de eisen van de regelgeving tegemoet te komen.

In de (hoger) beroepschriftprocedure spelen nieuwe ontwikkelingen echter geen rol meer. Een bestuursrechter beoordeelt – zoals het heet – *ex tunc* (naar het verleden). Had de AFM bij het nemen van haar primaire besluit, dan wel de beslissing op bezwaar kunnen oordelen, zoals zij heeft geoordeeld? Dat een accountantskantoor inmiddels geheel aan alle regels en interpretaties van die regels door de AFM voldoet, is dan niet meer relevant. Het accountantskantoor heeft dus beperktere mogelijkheden om de situatie naar zijn hand te zetten.

### Actie accountantskantoor

Zodra duidelijk wordt dat de rechter de interpretaties en het oordeel van de AFM gaat volgen, moet het accountantskantoor nog tijdens de overgangstermijn zorgen dat zij een nieuwe vergunningaanvraag indient die tegemoet komt aan alle eisen van de AFM.

Deze vergunningaanvraag moet positief afgehandeld zijn, voordat de rechter in hoger beroep uitspraak heeft gedaan. Anders pleegt het accountantskantoor dat wettelijke controles verricht direct na de laatste uitspraak een economisch delict, waarvoor ook alle (mede)beleidsbepalers verantwoordelijk zijn. Dit is weer een relevant gegeven voor de betrouwbaarheidstoetsingen van deze (mede)beleidsbepalers. Het mag duidelijk zijn dat een accountantskantoor het niet zo ver moet laten komen.

### Bestuursrechtelijke beginselen

De AFM is als bestuursorgaan gehouden om de algemene beginselen van behoorlijk bestuur na te leven. Een zeer bekend – en dus bij het publiek bekend – beginsel is het vertrouwensbeginsel. In bezwaar doen nogal wat partijen een beroep op dit beginsel. Vaak zonder resultaat. Er moet tamelijk wat geschieden, voordat een belanghebbende een rechtvaardige claim op het vertrouwensbeginsel kan doen. Partijen lezen echter met regelmaat dubbele boodschappen tussen de regels van uitgesproken teksten van het bestuursorgaan en dat biedt weinig tot geen houvast. Ook niet in de rechtszaal. Eenzelfde lot treft ook nog wel eens het gelijkheidsbeginsel. Het is nu eenmaal niet makkelijk om aan te tonen dat twee

'Het is ook nog steeds zo dat de AFM de meeste zaken wint.'

situaties dusdanig gelijk zijn dat beide gevallen gelijk behandeld hadden moeten worden. De bewijsplicht maakt een succesvol beroep lastig.

Accountantskantoren die een negatief besluit van de AFM ontvangen, kunnen zich het beste richten op twee andere beginselen: het motiveringsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel. Een besluit moet goed gemotiveerd zijn en het besluit moet zorgvuldig zijn genomen. Deze laatste norm houdt in dat de AFM zich een goed beeld moet vormen van alle ter zake doende feiten en

belangen en dat zij die feiten en belangen zorgvuldig moet wegen. Deze norm gaat niet zo ver dat de AFM zelf de voor de vergunningaanvraag relevante gegevens moet verzamelen. Daarvoor blijft het accountantskantoor verantwoordelijk (zie mijn vorige bijdrage in AN 2).

Deze beginselen geven een enkele keer een belanghebbende het houvast om een besluit van de AFM te laten vernietigen. De AFM kan dan eventueel een besluit alsnog beter motiveren, waardoor het besluit uiteindelijk wel stand houdt. Echter, als de zorgvuldigheid in het geding is, zal een besluit vaker anders uitvallen. Dit is een belangrijke reden om de feiten die hebben geleid tot een vergunningafwijzing alsnog in de bezwaarfase aan te passen. Het zorgvuldigheidsbeginsel (en anders de rechter) noopt de AFM daar zorgvuldig naar te kijken.

### Voorkom procedure met de AFM

Het is natuurlijk het beste om een procedure met de AFM zo veel mogelijk te voorkomen. Niet alleen kunnen marktpartijen de negatieve publiciteit doorgaans missen als kiespijn, het is ook nog steeds zo dat de AFM de meeste zaken wint. De teneur van het laatste jaar mag zijn dat de AFM veel zaken verliest, maar dit berust op een verkeerde beeldvorming. Het feit dat een verloren zaak voor de AFM als belangrijk nieuws wordt gezien door de media en een gewonnen zaak nauwelijks tot geen melding verdient, is juist een indicatie dat de AFM vaker wint dan verliest. De AFM zal zich pas echt zorgen moeten maken als een door haar verloren zaak nauwelijks nog media-aandacht krijgt. **AN**



Mr. Marten Renes is als compliance adviseur en advocaat verbonden aan Certa Legal te Amsterdam en is daarvoor betrokken geweest bij de invoering van de WTA en het BTA.