

Symposium Alternatieve Beleggingen, Onderhandelen en Toezicht voor
Pensioenfondsen, Museum Boymans van Beuningen 13 november 2012,
georganiseerd door het Instituut voor Pensioeneducatie

**Het verkeer tussen pensioenfondsen en toezichthouders en de over en weer
bestaande rechten en plichten**

Mr. G.P. Roth

Mij is gevraagd om vanuit meer juridisch perspectief in te gaan op de relatie tussen enerzijds pensioenfondsen en anderzijds de toezichthouders (AFM maar vooral DNB). Ik zal de blik daarbij niet zo zeer richten op de verplichtingen die voor pensioenfondsen 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* enige aandacht besteden aan de sancties die toezichthouders kunnen opleggen.

Ter geruststelling: het wordt geen juridisch college. Ik zal hierna wel ingaan op verschillende onderzoeksinstrumenten die de AFM en DNB tot hun beschikking hebben, maar zal dat zeker niet *en detail* doen.

Het gaat mij er namelijk vooral om u duidelijk te maken dát het toezicht zoals dat in de praktijk plaatsvindt - ik noem dat het verkeer tussen pensioenfondsen en toezichthouders - zelf ook is onderworpen aan rechtsregels. Dat geldt zowel voor het *day to day toezicht* als de bijzondere of ad hoc onderzoeken die de toezichthouders verrichten.

Dat pensioenfondsen 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. Mijn indruk is dat dat voor juristen vanzelfsprekender is dan voor pensioenfondsen.

In deze inleiding zal dus – voor de verandering – die keerzijde eens centraal staan. Daarmee roep ik niet op tot weerspanningheid jegens die 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 kan worden verlangd dat ten minste globale kennis aanwezig is van de over een weer bestaande rechten en plichten bij onderzoeken door de toezichthouders alvorens (klakkeloos) aan die onderzoeken wordt meegewerkt. Die medewerking is namelijk niet altijd *gratuite*. 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 wat toezichthouders eigenlijk allemaal kunnen afdwingen van pensioensfondsen. 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 een uitgebreid sanctie-instrumentarium toebedeeld. Met name de AFM heeft dat instrumentarium vervolgens ook met een zekere gretigheid ingezet.

Ik ben in 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. Eén 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 de AFM - mag ik het zo zeggen? - niet altijd weerstand aan heeft 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 toezichthouder 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 toezichthouders 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 toezichthouder 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 recentelijk 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 hier niet mee vermoeien, maar u mag van mij aannemen dat er bij DNB een heel andere wind 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 heeft onderscheiden van dat van de AFM dat het terughoudender was. Terughoudender ook omdat er minder sancties werden opgelegd en eerder werd geopteerd 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 toezichthouder. 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 wel regelmatig naar het boete-instrument grijpt en zelfs niet schroomt om boetes op te leggen aan bestuurders in privé. Ik kan u daarbij overigens alleen al op basis van mijn eigen praktijk melden dat de boetes die nu zichtbaar zijn op de website van DNB nog maar een voorzichtige voorbode zijn van wat nog gaat komen. Sommige spreken in dit verband al van een door 'Den Haag' opgelegd bonnenquotum.

Nu moet ik er direct bijzeggen dat het goed kan zijn dat de soep bij de pensioenfondsen vooralsnog niet zo heet zal worden gegeten. 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 onderzoeksbevoegheden 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.

En om aan te sluiten bij het thema van deze dag: ook overtredingen die samenhangen met een te hoge concentratie van alternatieve beleggingen leveren een beboetbaar feit op.

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 verstreckende 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 heeft 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 de rechtbank tevens heeft besloten 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.

Ook wordt echter nog wel eens onderschat 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 toekomende rechtsbescherming in een poging de 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 hen toekomende 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 de bestuurders van het betreffende pensioenfonds 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 - ook pensioenfondsen – 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 gezien 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 gezien - en dat is eigenlijk de kern van mijn betoog - is er voor pensioenfondsen eens te meer aanleiding om zich rekenschap te geven van de regels die het rechtsverkeer tussen toezichthouders en pensioenfondsen normeren.

Dan nu nader over die regels, met name over de onderzoeksbevoegheden 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. Ook pensioenfondsen 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 zich zelf 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 verstrekken. 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 relatief 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 polemieek 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 leidt inmiddels 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 mogen dwingen om zelf kopieën van de documenten te maken en die aan de AFM of DNB te doen toekomen. Daarover is onlangs een principiële uitspraak gedaan door de rechter, waar ik aan het slot nog kort aandacht aan zal besteden.

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 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 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 – ook bij het toezicht op pensioenfondsen – dus niet langer denkbeeldig is.

De medewerkingsplicht wordt in belangrijkere 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 oog 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 het pensioenfonds 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 verstrekken?).

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. Zo doet zich bijvoorbeeld niet zelden voor dat die informatie berust bij de uitvoeringsorganisatie of de 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 verstrekken, 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 aan 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 verstrekte 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 stevast 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 hun bestuurders zelf denken. Daarbij doet zich in 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.

En ik zeg het 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 instellingen zich ten minste de vraag stellen of zij 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 plaatsten. Je staat er soms versteld van wat toezichthouders onder verwijzing naar de besproken onderzoeksbevoegheden 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 dat herhalen - dat het niet *gratuite* is om zonder meer alle gevraagde informatie te verstrekken. Het kan andere partijen onnodig in de problemen brengen om onverplicht informatie te verstrekken 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 verstrekt - 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 weerspannigheid 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.

Ten slotte wijs ik u op een recente uitspraak (van 5 september 2012, LJN: BX6988) van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam. Dat doe ik omdat die goed illustreert dat toezichthouders minder (onderzoeks)bevoegdheden hebben dan nog

wel eens wordt gedacht. De uitspraak is om allerlei redenen interessant met name ook omdat de rechtbank in een door haar zelf in verband met deze uitspraak uitgegeven persbericht heeft aangegeven dat het een principiële uitspraak betreft die beperkingen aanbrengt op de onderzoeksbevoegdheden van toezichthouders.

Ik laat in het midden of het in het licht van de trias politica zo kan zijn dat rechters dergelijke beperkingen kunnen aanbrengen - ik zou menen dat alleen de wetgever dat kan - maar van belang is wel dat in deze uitspraak is bevestigd dat toezichthouders niet kunnen afdwingen dat onder toezicht staande instellingen of andere partijen kopieën maken van allerlei documenten en die aan de toezichthouder toesturen. In die visie - de eerlijkheid gebied mij te zeggen dat die niet onbetwist is - is een toezichthouder alleen bevoegd om ter plekke zelf kopieën te maken. Dat neemt uiteraard niet weg dat het de aangezochte partij nog steeds vrij staat om die kopieën wel zelf te maken en te verstrekken aan de toezichthouder, maar afdwingbaar is dat volgens de(z) rechter niet.

Ik laat ook in het midden of dit voor alle partijen een gunstige ontwikkeling is. Niet iedereen zit er immers op te wachten dat de toezichthouders vaker op de thee zullen komen om stukken te kopiëren. Het gaat mij er alleen maar om aanschouwelijk te maken dat de inzet van onderzoeksbevoegdheden wel degelijk grenzen kent. In die uitspraak wordt overigens ook de lans gebroken over het opvragen van (zonder enige beperking) kopieën van e-mailboxen, zulks onder verwijzing naar het zojuist besproken evenredigheidsbeginsel.

Indien u belangstelling heeft voor bedoelde uitspraak dan stuur ik u die overigens graag toe. Het zou aanmatigend zijn om te veronderstellen dat u ook belangstelling heeft voor om een kopie van het verhaal dat ik hier in mijn handen heb te ontvangen. Zou dat toch het geval zijn, dan stuur ik u ook dat uiteraard graag toe.

Met dank voor uw aandacht.