

Mediation in het financieel toezicht: reële optie voor geschiloplossing of wishful thinking?

mr. drs. S.M. Peek¹

In het financieel toezicht worden geschillen tussen marktpartijen en toezichthouders doorgaans beslecht in bezwaar en beroep bij de bestuursrechter. Nu dit lang niet altijd tot bevredigende, bestendige uitkomsten leidt, komt de vraag op of het ook anders kan. Kan mediation een reëel alternatief vormen om in handhavingssituaties in onderling overleg tot een oplossing te komen? Hoewel deze vorm van alternatieve geschillenbeslechting zich zeker niet voor iedere situatie leent en in het financieel toezicht beslist uitdagingen kent, is er zeker ruimte om mediation tussen toezichthouders en ondertoezichtstaanden te overwegen.

1. Behoeft aan alternatieven

Geschillen op de financiële markten lijken eerder toe dan af te nemen. Dat geldt niet alleen voor geschillen tussen marktpartijen en hun klanten en tussen marktpartijen onderling, maar ook voor geschillen tussen financiële ondernemingen en hun toezichthouders. Er wordt door De Nederlandsche Bank (DNB) en de Autoriteit Financiële Markten (AFM) meer gehandhaafd en zij leggen vaker hogere boetes op.² Deze handhavingstrajecten monden geregeld uit in juridische procedures, die vaak lang duren en waarbij vele medewerkers, bestuurders en commissarissen van de betreffende financiële ondernemingen, zaakbehandelaars bij de toezichthouders, advocaten aan weerszijden en gerechtelijke functionarissen betrokken zijn.

In dergelijke procedures spelen niet alleen juridisch-inhoudelijke aspecten een rol, maar ook emotionele en communicatieve uitdagingen. Zo kan er bijvoorbeeld twijfel bestaan over de vraag in hoeverre bezwaar en beroep een bestaande toezichtrelatie kunnen raken, wat een boetevoornemen betekent voor een lopende vergunningaanvraag of een lopende toetsing en hoe een open norm te interpreteren. Evenzo kunnen 'af te vinken' vereistenlijstjes over en weer tot frustratie leiden, wil een toezichthouder lerend vermogen zien, maar loopt een marktpartij met al te veel zelfreflectie misschien ook risico doordat uitlatingen daaromtrent alsnog gebruikt wordt ter onderbouwing van een maatregel. Een extra uitdaging daarbij is dat veel inzichten en ideeën hoofdzakelijk schriftelijk worden uitgewisseld en geen 'echt' gesprek ontstaat.

Tegelijk is in de meeste gevallen de intentie van zowel marktpartijen als toezichthouders dat er wordt

gewerkt in overeenstemming met de geldende wet- en regelgeving. Partijen die op de financiële markten opereren willen doorgaans, net als de toezichthouders, voorkomen dat het vertrouwen in de sector wordt geschaad, het financiële systeem beschermen tegen misbruik en criminaliteit en ervoor zorgen dat klanten optimaal bediend worden. Het enige waar men dikwijls niet uitkomt, is welke methoden in te zetten om de beoogde compliance te waarborgen. Dat verliezen zowel marktpartijen als toezichthouders in het heetst van de strijd nog wel eens uit het oog.

Een recent voorbeeld van een zaak over de wijze van naleving van wet- en regelgeving en wie dat mag bepalen is de uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) in de rechtszaak tussen bunq en toezichthouder DNB, waarin de handhaving van anti-witwasregels centraal stond. In die zaak ging het om de vraag of de methode van de online bank om klanten met kunstmatige intelligentie en data-analyses te screenen, voldeed aan het wettelijke vereiste om witwasrisico's goed in te schatten. bunq en DNB kregen elk gedeeltelijk gelijk, omdat de wet niet voorschrijft op welke wijze cliëntenonderzoek moet worden verricht maar het daarmee te bereiken resultaat centraal staat.³

Of de zaak bunq/DNB ook buiten rechte had kunnen worden opgelost, is maar zeer de vraag. Bovendien vervult het uitprocederen van een geschil bij de rechter en het verkrijgen van een gerechtelijke uitspraak een belangrijke functie voor de rechtsvorming. Het draagt bij aan de rechtszekerheid en transparantie voor alle partijen in de markt, inclusief de toezichthouder, en kan de balans tussen financiële sector, overheid en maatschappij ten goede komen.⁴

1. Simone Peek is advocaat bij bureau Brandeis te Amsterdam.
2. AFM Jaarverslag 2023, p. 39-41; DNB Jaarverslag 2023, p. 42-43.

3. CBB 18 oktober 2022, ECLI:NL:CBB:2022:707.
4. S.M. Peek, Op zijn tijd woorden hebben met een toezichthouder is zo gek nog niet, *Opinie, Het Financieele Dagblad*, 19 september 2018.

Een beslissing in een rechtszaak lost een geschil echter niet altijd in zijn geheel op. Soms moet je als nog tot nadere afspraken komen, soms is het van belang het vertrouwen te herstellen, omdat je simpelweg met elkaar verder moet of om elkaar überhaupt over de inhoud te kunnen verstaan. Een dialoog is dan essentieel. Maar daarvoor is in een bestuursprocesrechtelijk traject doorgaans weinig ruimte, zeker als er al (voorgenomen) handhavingsmaatregelen op tafel liggen.

Kan het ook anders? En wat voor zaken lenen zich dan voor een andere aanpak? Een vraag die niet alleen bij mij maar ook bij marktpartijen steeds vaker opkomt. Oprichter en topman van bunq, Ali Niknam, verwoordde het in het kader van een uitspraak in een andere zaak tegen DNB als volgt: “Ik heb liever dat we in een wereld komen waarin constructief overleg met DNB op continue basis mogelijk is. En dat we redelijkheid niet de hele tijd via de rechter moeten hoeven af te dwingen.”⁵

Reden waarom ik in dit artikel wil inzoomen op een alternatieve vorm van geschillenbeslechting, namelijk mediation, en de mogelijkheden en onmogelijkheden ervan in het financieel toezicht naast bezwaar-, beroeps- en gerechtelijke procedures. Daartoe zal achtereenvolgens aan de orde komen: de opkomst van mediation (2), de aard van financiële geschillen (3), opportuniteit van mediation bij handhavingsmaatregelen (4), impact van uitgangspunten van mediation (5) en de toegevoegde waarde van mediation in het financieel toezicht (6).

2. Opkomst van mediation

Burgers en bedrijven hebben het recht om hun geschillen aan een rechter voor te leggen, zoals onder meer is bepaald in artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) en artikel 17 van de Grondwet. Zo kunnen partijen in de financiële sector van een besluit van de AFM of DNB waarmee zij het niet eens zijn, in bezwaar en vervolgens in beroep bij de bestuursrechter.⁶

Er zijn echter ook andere manieren om geschillen te beslechten. Deze vallen onder de noemer ‘alternatieve geschillenbeslechting’, oftewel *Alternative Dispute Resolution* (ADR). Een bekende vorm van alternatieve geschillenbeslechting is mediation, waarbij een derde in het geschil bemiddelt. Daarbij gaat het niet om een bindende eindbeslissing door een derde, maar om het faciliteren door de derde van een oplossing in der minne.⁷

Het idee van mediation is om bewust ruimte te creëren om alle relevante componenten van een conflict aan de orde te laten komen en de werkelijke belangen en beweegredenen van partijen die achter de ingenomen standpunten schuilgaan, aan het licht te brengen. En aldus - op een snelle en efficiënte manier - tot een voor alle partijen optimale dan wel acceptabele oplossing te komen van hun onderlinge conflict.⁸ Of, zoals artikel 3 (a) van de Mediationrichtlijn⁹ het verwoordt: “bemiddeling/mediation”: een gestructureerde procedure, ongeacht de benaming, waarin twee of meer partijen bij een geschil zelf pogen om op vrijwillige basis met de hulp van een bemiddelaar/mediator hun geschil te schikken. Deze procedure kan door de partijen worden ingeleid of door een rechterlijke instantie worden voorgesteld of gelast, dan wel in een lidstaat wettelijk zijn voorgeschreven”.

In de afgelopen jaren zijn diverse pogingen gedaan om door middel van wet- en regelgeving nieuwe vormen van geschillenbeslechting te bevorderen, en ook mediation in de Nederlandse wet te verankeren. Zo zijn in 2013 drie initiatiefwetsvoorstellen gedaan om mediation als alternatieve vorm van geschiloplossing te positioneren,¹⁰ waaronder het voorstel Wet bevordering mediation in het bestuursrecht.¹¹ Dit voorstel heeft het nooit tot wet gehaald. In 2016 is een nieuw conceptvoorstel, Wet bevordering mediation, in consultatie gebracht.¹² In 2020 is nogmaals een conceptwetsvoorstel aangekondigd, maar niet ingediend.¹³ Tenslotte is in oktober 2023 een conceptwetsvoorstel Centraal mediatorregister aangekondigd.¹⁴

Of mediation nu wettelijk verankerd is of niet, in de praktijk wordt mediation toegepast, ook in conflicten tussen overheid en burgers of ondernemers. Mediation is daarbij vaak maatwerk voor lang slepende kwesties of voor gevallen waarin de burger of de ondernemer daarom vraagt.¹⁵

Ook door rechters wordt geregeld naar mediation verwezen. Volgens het Jaarverslag van de Rechtspraak 2022 is dat in civiele en bestuursrechtelijke

5. Rechter verlaagt witwasboete internetbank Bunq, NOS Nieuws, dinsdag 22 augustus 2023.
6. Artikel 7:1, lid 1, en artikel 8:1 Algemene wet bestuursrecht (Awb).
7. H.J. Sniijders, C.J.M. Klaassen, H.B. Krans & G.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht 2022*, nr. 379.

8. M.J.A. Verseveld, Mediation naast rechtspraak in het bestuursrecht: Juridische aspecten van mediation hangende een bestuursrechtelijke procedure, *JBplus* 2006/8, 17-8-2006.
9. Richtlijn 2008/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2008 betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken, Pb L 136/3.
10. Kamerstukken II 2012/13, 33 727, nr. 2; zie ook Parket bij de Hoge Raad, 26 januari 2024, ECLI:NL:PHR:2024:103.
11. A.M. Kramer, Mediation in het openbaar bestuur en bestuursrecht, *NJB* 2014/361, 19-2-2014; G.J. Wennekes, Alternatieve geschillenbeslechting in het bestuursrecht, *Gst* 2014/27, 13 maart 2014.
12. Overheid.nl | Consultatie Wet bevordering mediation (internetconsultatie.nl).
13. *Kamerstukken II* 2019/20, 35 300-VI, nr. 102.
14. *Kamerstukken II* 2023/24, 29 279, nr. 822.
15. A. Brenninkmeijer, D. Bonenkamp, K. van Oyen, H. Prein, *Handboek Mediation*, p. 566.

zaken al langere tijd het geval. Bij mediation in strafzaken gaat het om herstel.¹⁶ “Het totale aantal verwijzingen naar mediation in 2022 was 3.026, een toename van ruim vijf procent ten opzichte van 2021. Die toename is vooral te danken aan de rechtsgebieden, waarin van oudsher het meest naar mediation wordt verwezen: civiel - familie en jeugd en straf”, aldus het Jaarverslag van de Rechtspraak 2022.¹⁷

Over ontwikkelingen op het gebied van alternatieve geschilbeslechting in de financiële sector is in 2021 een viertal preadviezen uitgebracht voor de Vereniging voor Financieel Recht (VvFR).¹⁸ Daarbij werd naast arbitrage ook mediation bij financiële dienstverleningsdisputen als een reëel alternatief genoemd voor een procedure bij de rechter. Voor zover ik kan nagaan wordt mediation op dit moment echter nog niet of nauwelijks besproken of ingezet bij geschillen met betrekking tot toezicht en handhaving door de AFM en DNB.

3. Aard van financiële geschillen

De AFM en DNB hebben onder meer tot taak toe te zien op de naleving van financiële wet- en regelgeving door financiële ondernemingen. Daarbij heeft DNB tot taak het prudentieel toezicht op financiële ondernemingen uit te oefenen¹⁹ en de AFM tot taak het gedragtoezicht op financiële markten uit te oefenen.²⁰ Beide toezichthouders zijn verantwoordelijk voor besluiten omtrent de toelating van financiële ondernemingen tot die markten.

Om toezicht uit te oefenen beschikken aangewezen personen bij de toezichthouders over diverse onderzoeksbevoegdheden genoemd in de Awb, zoals het betreden van plaatsen en het vorderen van inlichtingen en van inzage van gegevens en bescheiden.²¹ Ook kunnen zij gegevens uitwisselen met diverse andere instanties.

Er wordt wel onderscheid gemaakt tussen drie vormen van toezicht: toezicht aan de poort (eerste toetsing om te bepalen of partijen voldoen aan de wettelijke eisen om toegang tot de financiële markten te verkrijgen), doorlopend toezicht (regelmatig contact met ondernemingen om de ontwikkelingen in de gaten te houden en problemen en risico's vroegtijdig te zien) en probleemgericht toezicht (gericht op een specifiek probleem bijvoorbeeld schadelijk en verboden gedrag).²²

Bij constatering van overtredingen van wet- en regelgeving, ook als deze overtredingen tevens kwalificeren als economisch delict, nemen de toezichthouders, conform hun handhavingsbeleid, in de regel zelf bestuursrechtelijke maatregelen. Welke maatregel of combinatie van maatregelen daarbij getroffen wordt, zal afhangen van de omstandigheden van het geval en van de weging van de factoren die daarbij een rol spelen.²³

De formele handhavingsmaatregelen van de toezichthouders hebben een wettelijke grondslag. Daaronder vallen maatregelen als het opleggen van een aanwijzing, het aanstellen van een curator, het schorsen van stemrechten, het opleggen van een verbod, het opleggen van een last onder dwangsom, het opleggen van een bestuurlijke boete en het beperken of intrekken van een vergunning.²⁴ Dergelijke bestuurlijke sancties, oftewel door een bestuursorgaan wegens een overtreding opgelegde verplichtingen of onthouden aanspraken,²⁵ kunnen een herstellend karakter hebben (bijvoorbeeld een last onder dwangsom) maar ook een bestraffend karakter (bijvoorbeeld een bestuurlijke boete).

Daarnaast staan de toezichthouders bevoegdheden tot hun beschikking die weliswaar niet steeds als bestuurlijke sancties worden aangemerkt, maar in de praktijk wel als zodanig worden ervaren. Te denken valt hierbij aan de openbaarmaking van een opgelegde bestuurlijke sanctie of de tussentijdse heretoetsing van een zittende bestuurder, medebeleidsbepaler, commissaris of houder van een gekwalificeerde deelneming, wanneer bijzondere omstandigheden daartoe aanleiding geven. Tenslotte kunnen de toezichthouders informele handhavingsmaatregelen treffen, zoals het voeren van een ‘normoverdragend gesprek’ of het sturen van een waarschuwingsbrief. Deze informele maatregelen hebben geen wettelijke grondslag, maar worden desalniettemin veelvuldig door de toezichthouders ingezet.

4. Opportuniteit van mediation bij handhavingsmaatregelen

Bij de vraag of een geschil zich leent voor mediation spelen twee aspecten in het bijzonder een rol, namelijk de onderhandelingsbereidheid en de onderhandelingsruimte.²⁶ Anders gezegd: zijn partijen bereid om naar elkaar te luisteren en met elkaar te overleggen over wat hen verdeeld houdt en hebben zij voldoende mogelijkheden elkaar over en weer iets te bieden. De escalatiegraad van een geschil speelt eveneens een rol. Hoe verder het geschil geëscaleerd

16. Jaarverslag de Rechtspraak 2022, p. 74.

17. Jaarverslag de Rechtspraak 2022, p. 75.

18. P.J. van den Bos, G. Gladdines, D.P.C.M Hellegers, *Alternatieve geschilbeslechting in de financiële sector*, 30-12-2021.

19. Artikel 1:24 lid 2 Wet op het financieel toezicht (Wft).

20. Artikel 1:25 lid 2 Wft.

21. Artikel 1:73 en 1:74 Wft.

22. Zie bijv. *De toezichtaanpak van de AFM*, 3 mei 2017.

23. Het handhavingsbeleid van de AFM en DNB van 13 oktober 2020 (Stcrt. 2020, 56540).

24. Zie bijv. ook www.dnb.nl/voor-de-sector/open-boek-toezicht/wet-regelgeving/handhaving/

25. Artikel 5:2 lid 1 Awb.

26. A. Brenninkmeijer, D. Bonenkamp, K. van Oyen, H. Prein, *Handboek Mediation*, p. 49-50.

is, hoe minder partijen in het algemeen in staat of bereid zijn naar een gezamenlijke oplossing toe te werken.²⁷

Mate van escalatie

Om met dit laatste te beginnen: ook in het financieel toezicht lijkt het erop dat hoe langer een geschil voortduurt, hoe minder bereidheid er tot overleg zal zijn. Zo zal in de fase voordat er een besluit tot stand is gekomen (waaronder de fase van voornemen, informatieverzoek of incidentmelding), de wil doorgaans groter zijn om gezamenlijke oplossingsrichtingen te verkennen dan wanneer een toezichthouder al een besluit heeft genomen.

In de praktijk ervaar ik bijvoorbeeld in de zienswijzefase naar aanleiding van een voornemen tot oplegging van een sanctie, dat zaakbehandelaars doorgaans met een frisse blik naar het onderzoek van hun collega-toezichthouders kijken. Alles wordt nog eens beoordeeld, voordat zij advies uitbrengen aan hun bestuur of directie om al dan niet tot het opleggen van een maatregel over te gaan. In die fase komt het ook nog geregeld voor dat na uitwisseling van een schriftelijke zienswijze en een mondelinge toelichting, de toezichthouder toch besluit van het opleggen van een voorgenomen maatregel af te zien. Bijvoorbeeld daar waar het een voorgenomen maatregel vanwege feitelijk leidinggeven betreft en de betrokken bestuurder pas na afloop van het onderzoek naar de onderneming voor het eerst zijn of haar persoonlijke visie kan geven.

Onderhandelingsbereidheid

Als de toezichthouder eenmaal een standpunt heeft ingenomen in een formeel handhavingsbesluit of als binnen de organisatie van de toezichthouder reeds een bepaalde beleidslijn is afgestemd, zal er doorgaans minder bereidheid zijn om nog te onderhandelen. Het gaat immers om de naleving van wet- en regelgeving en de focus zal al snel liggen op de rechtmatigheid van het handelen van de betrokken marktpartij en de rechtmatigheid van het besluit van de toezichthouder. Voor de toezichthouder zullen de verplichtingen van de marktpartij zwaar wegen, net als zijn recht om naleving af te dwingen. Zeker over bestraffende sancties zal een toezichthouder naar verwachting niet snel geneigd zijn te onderhandelen, vooral als het zogenoemde 'illegale' marktpartijen betreft die evident zonder vergunning financiële diensten aanbieden.²⁸ Dit temeer nu in het geval van een overtreding in beginsel een verplichting geldt om tot handhaving over te gaan.²⁹

In de hiervoor genoemde gevallen valt er wellicht nog na zorgvuldig onderzoek op het niveau van belangen en omstandigheden wat bij te stellen, maar dat daardoor een maatregel in het geheel anders zal worden beoordeeld, is minder waarschijnlijk. De toezichthouder zal bovendien beducht zijn op precedentwerking en het beginsel om gelijke gevallen gelijk te behandelen. Wel is denkbaar dat over herstelsancties en bijvoorbeeld de precieze wijze van tegemoetkoming aan een last onder dwangsom meer valt te onderhandelen dan over bestraffende sancties als een bestuurlijke boete. Gezien het feit dat het in de meeste gevallen om een (kandidaat) vergunning- of registratiehouder gaat, waarmee een toezichtrelatie bestaat of gaat ontstaan, zou desalniettemin enige bereidheid tot overleg uitgangspunt moeten zijn, niet alleen voor marktpartijen, maar ook voor de toezichthouder.

Onderhandelingsruimte

Hoeveel ruimte er is voor een toezichthouder om met een marktpartij te onderhandelen, hangt af van diens beleids- of beoordelingsvrijheid, ten aanzien van zowel de invulling van de norm als de oplegging van een maatregel.³⁰ In sommige situaties heeft de wetgever reeds bepaald waaraan een toezichthouder zich dient te houden bij de uitoefening van zijn toezichtstaak. In andere situaties heeft de wetgever de beoordeling of van een bepaalde situatie sprake is, opgedragen aan de toezichthouder en kan de toezichthouder, indien hij dat nodig vindt, maatregelen nemen.³¹ Daarbij wordt van een toezichthouder overigens ook een oordeel over opportuniteit en evenredigheid gevraagd.

In geval van open normen, die in beginsel risico-gebaseerd mogen worden ingevuld, spelen ook aspecten als gedrag en cultuur een rol. De invulling van dergelijke normen is niet zwart-wit en de vraag of een overtreding is begaan, is daarom niet met een simpel 'ja' of 'nee' te beantwoorden. Daarin ligt een kans om de dialoog aan te gaan over de wijze van invulling van de norm. Vereist is daarvoor wel dat zowel marktpartij als toezichthouder vrij van gedachten durft te wisselen en zonder al te veel terughoudendheid mogelijke opties durft verkennen, liefst al in het kader van het doorlopend toezicht maar zo nodig ook bij een specifiek geschil.

Besluiten en andere handelingen

Niet alle handelingen van toezichthouders waarover discussie kan ontstaan, leiden tot (voorgenomen) bestuurlijke besluiten. Mijn indruk is dat juist in het proces in aanloop naar daadwerkelijk toezicht en handhaving nog al eens vertrouwen wordt geschaad, en dat kan over een weer zijn. Denk aan een toezichthouder die maanden neemt voor een reactie, en dan de partij een termijn van een paar weken stelt voor

27. A. Brenninkmeijer, D. Bonenkamp, K. van Oyen, H. Prein, *Handboek Mediation*, p. 472.

28. www.dnb.nl/algemeen-nieuws/blog-2024/illegale-een-den/.

29. RvS 30 juni 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AP4683, genuanceerd in o.a. RvS 30 juni 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1407 en RvS 23 maart 2022, ECLI:NL:RVS:2022:800.

30. Zie bijv. L.J.A. Damen, Wim Duk: man van beleids- en beoordelingsvrijheid, of meer? *NTB* 2009, 27.

31. Vgl. Parket bij de Hoge Raad 1 maart 2019, ECLI:NL:PHR:2019:184 (Conservatrix) r.o. 4.11.2 en 4.11.3.

een zienswijze. Of een partij die voor een toetsing wordt uitgenodigd en tot drie keer toe het gesprek wenst te verplaatsen. Of een toezichthouder die in zijn rol niet helemaal vrij van gedachten kan wisselen, terwijl de onderneming daar nu juist behoefte aan heeft.

Financiële ondernemingen hebben de verantwoordelijkheid en ook de ruimte om normen op eigen wijze in te vullen. Als in de ogen van de toezichthouder de wet niet wordt nageleefd, mag hij marktpartijen aanspreken en procesrechtelijk heeft de toezichthouder enige discretie om een eigen koers te varen. Maar over en weer ‘punten scoren’ in aanloop naar een inhoudelijke discussie over wat er mogelijk mis is gegaan en hoe het anders zou kunnen of moeten, draagt daar niet aan bij. Als gevolg hiervan verhardt het debat en is van een gesprek over gewenst gedrag geen sprake meer, terwijl het daar volgens mij uiteindelijk wel om gaat. Zeker waar het gaat om timing, wijze van aanspreken, voldoende gehoord worden, beperking van kosten en beslag op de bedrijfsvoering, geven van duidelijkheid, concreet verder kunnen en behoud van reputatie en relatie, hebben marktpartijen en toezichthouders elkaar in mijn ogen in mediation wel degelijk iets te bieden.

5. Impact van uitgangspunten van mediation

Mediation kenmerkt zich door een aantal elementen: (i) mediation is vertrouwelijk, (ii) mediation is vrijwillig, (iii) partijen zijn autonoom en de mediator geeft geen inhoudelijk oordeel en (iv) mediation is een afgebakend proces, gebaseerd op schriftelijk vastgelegde afspraken.³² Deze uitgangspunten keren onder meer terug in het Mediationreglement van Stichting Mediatorsfederatie Nederland (MfN), de koepelorganisatie van mediation in Nederland, en de Gedragsregels voor de MfN-registermediator. Hoe verhouden die kenmerken van mediation zich tot het financieel toezicht?

Vertrouwelijkheid

Uitgangspunt is dat alles wat tijdens een mediation mondeling en schriftelijk wordt uitgewisseld, vertrouwelijk is. Deze informatie mag niet buiten de mediation, tijdens noch na afloop van de mediation, worden gebruikt, tenzij partijen daarover expliciet afwijkende afspraken maken met elkaar en met de mediator. Deze geheimhoudingsplicht geldt voor de mediator en alle andere betrokkenen bij de mediation.³³ Uitdaging in mediations bij overheidsinstanties is de openbaarheid die de overheid doorgaans dient te betrachten en ook de mogelijkheid voor eenieder om informatie over bestuurlijke aangelegenheden op te vragen via de huidige Wet open overheid

(Woo). Als het gaat om de financiële toezichthouders gelden er echter twee bijzonderheden ten opzichte van veel andere bestuursorganen.

Voor toezichthouders van de AFM en DNB geldt een geheimhoudingsplicht ten aanzien van vertrouwelijke gegevens of inlichtingen die ingevolge de Wet op het financieel toezicht (Wft) zijn verstrekt of verkregen.³⁴ De ratio achter deze strikte geheimhoudingsplicht is dat vertrouwelijkheid het toezicht ondersteunt, doordat dit de drempel verlaagt om de toezichthouder te voorzien van concurrentiegevoelige, strategische of anderszins vertrouwelijke informatie, en daarmee de informatieverstrekking door onder toezicht staande instellingen bevordert.³⁵ Dit soort wettelijke geheimhoudingsverplichtingen hebben voorrang op de Woo.³⁶ Informatie die onder geheimhouding ingevolge de Wft valt, hoeft daarom niet openbaar te worden gemaakt. Dat zou dus ook voor een mediation kunnen gelden.

Wat de vertrouwelijkheid in het financieel toezicht echter kan bemoeilijken, is het feit dat de toezichthouders in beginsel verplicht zijn om bestuurlijke sancties openbaar te maken en uitstel of achterwegelating slechts op beperkte gronden mogelijk is.³⁷ Het zou evenwel denkbaar zijn dat het mediationproces weliswaar vertrouwelijk plaatsvindt, maar dat door partijen wordt afgesproken dat de uiteindelijke uitkomst (of een deel daarvan) toch gepubliceerd wordt. Daarmee wordt tegemoetgekomen aan het verschaffen van inzicht in de handhavingspraktijk van de toezichthouders, het informeren en/of waarschuwen van marktpartijen en generale en specifieke preventie.³⁸

Vrijwilligheid

Een mediation vindt plaats op basis van vrijwilligheid van partijen. Partijen, alsook de mediator, kunnen bovendien op elk moment de mediation beëindigen. Voorts zijn partijen niet gebonden aan de stellingen en voorstellen die zij of de mediator tijdens de mediation hebben ingenomen of gedaan, tenzij zij die afspraken en het bindende karakter daarvan uitdrukkelijk vastleggen in een door alle betrokkenen getekende overeenkomst.³⁹

Op het eerste gezicht zal mediation in een handhavingstraject voor betrokkenen wellicht niet vrijwillig aanvoelen. Men wordt immers veelal onverwacht in een onderzoek of een mogelijk handhavingstraject betrokken. In geval van een voorstel tot mediation van de toezichthouder of bestuursrechter zal men daarom de indruk kunnen hebben daarop

32. A.R.J. Croiset van Uchelen, De hype van mediation generaliseerd, *Ondernemingsrecht* 2016/3, 15-12-2015.

33. Vgl. artikel 6 Gedragsregels MfN, alsook artikel 7 Mediationreglement MfN.

34. Artikel 1:89 Wft.

35. Rb. Amsterdam 11 september 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:5717

36. Zie Bijlage bij artikel 8.8 van de Woo jo artikel 1:42 en afdeling 1.5.1 Wft.

37. Artikel 1:97 e.v. Wft.

38. Het handhavingsbeleid van de AFM en DNB, par. 5.

39. Artikel 5 Mediationreglement MfN.

te moeten ingaan, met de dreiging van alsnog een maatregel. Ook het afbreken van een mediation zal veelal de consequentie hebben dat een handhavingsbesluit weer in volle omvang op tafel ligt. Ook om die reden zal mediation niet helemaal als vrije keuze worden ervaren.

Toch is het nuttig indien de toezichhouders zouden aangeven in daarvoor in aanmerking komende gevallen open te staan voor mediation, mediation een vaste plek te geven in de afwegingen van de toezichthouder rond de keuze voor bepaald optreden, en waar passend ook zelf concrete suggesties te doen om het gesprek over de (wijze van) naleving van wet- en regelgeving aan te gaan. Dit zou naar mijn idee ook de drempel kunnen verlagen voor ondertoezichtstaande partijen om het bestuursorgaan te verzoeken in te stemmen met mediation⁴⁰ en wellicht ook de bestuursrechter zich vrijer doen voelen in voorkomende gevallen alsnog mediation te openen.

Autonomie

In een mediation heeft de mediator geen besluitvormende rol, het is aan partijen zelf om over de uitkomst van het geschil te beslissen.⁴¹ De mediator bewaakt de autonomie van partijen, die zelf hun keuzes maken. De mediator doet geen uitspraak over de kwestie of een onderdeel daarvan. Voor de toezichthouder is deze meer gelijkwaardige rol wellicht wat onwennig, omdat het - in ieder geval voordat de rechter er aan te pas komt maar in bepaalde mate ook dan - normaliter de toezichthouder is die een oordeel vormt en een beslissing neemt en daartoe doorgaans ook een redelijke mate van discretionaire bevoegdheid heeft.

Ook al is het niet de taak van de mediator de kwestie op te lossen, het feit dat er bij mediationgesprekken een onafhankelijke en onpartijdige derde aanwezig is, kan zeker voor de marktpartij een welkome aanvulling zijn op de normale zienswijze- en bezwaarfase bij de toezichthouder. Bij die fases is immers niet steeds een onafhankelijke derde betrokken en de financiële toezichthouders beschikken ook niet, anders dan veel andere bestuursorganen, over een volledig externe bezwaarcommissie, hetgeen door marktpartijen als een groot gemis wordt ervaren.

Privaatrechtelijke proces

Waar toezicht en handhaving een publiekrechtelijke taak is, is mediation in principe een privaatrechtelijk proces. Bij aanvaarding van de opdracht stelt de mediator een mediationovereenkomst op. De partijen en de mediator ondertekenen de mediationovereenkomst.⁴² Van belang is dat vertegenwoordigers van partijen die over de betreffende kwestie

gaan, rechtsgeldig bevoegd zijn om namens die partijen alle rechtshandelingen te verrichten die in het kader van de mediation noodzakelijk zijn. In het geval van de financiële toezichthouders zijn er in zoverre ook nog wel wat praktische uitdagingen: wie neemt namens de toezichthouder deel aan de mediation en is er voldoende mandaat om de onderhandelingen tot een goed einde te brengen. Dit geldt temeer nu het bestuur van de AFM respectievelijk de directie van DNB uiteindelijk de beslissing neemt, maar doorgaans niet zelf aan de mediatieafel zal zitten.

Indien bij de aanvang van de mediation al gerechtelijke of aanverwante procedures over de kwestie of onderdelen daarvan - met uitzondering van maatregelen ter bewaring van rechten - aanhangig zijn, worden die voor de duur van de mediation opgeschort.⁴³ Weliswaar gelden er wettelijke beslistermijnen voor bestuursrechtelijke besluiten van onder andere DNB en de AFM, maar ook deze kunnen worden opgeschort, onder meer met instemming van de betrokkene(n).

De mediator draagt er zorg voor dat hetgeen de partijen zijn overeengekomen deugdelijk, al dan niet door of met behulp van een andere deskundige derde, in een overeenkomst wordt vastgelegd. Voor de inhoud van de overeenkomst zijn de partijen, met uitsluiting van de mediator, zelf verantwoordelijk.⁴⁴ Doorgaans gaat het om een vaststellingsovereenkomst, maar denkbaar is wat mij betreft ook dat een parallel wordt gevonden in een transactievoorstel dat het Openbaar Ministerie (OM) betrokkene(n) in bepaalde gevallen kan doen. Weliswaar is dit voor het financieel toezicht (of bestuursrechtelijke handhaving in het algemeen) niet uitdrukkelijk in de wet geregeld - er is door de AFM wel eens om verzocht⁴⁵ - maar bij mijn weten is ook niet uitgesloten dat een dergelijk soort schikking wordt voorgesteld.⁴⁶ DNB en de AFM zullen bij eventuele schikkingen in de regel wel hun boetemetingsbeleid in acht moeten nemen, maar ook daarbinnen hebben zij ruimte om afhankelijk van de omstandigheden van het geval aan een maatregel invulling te geven.⁴⁷

6. Toegevoegde waarde van mediation in het financieel toezicht

Geschillen met de toezichthouder kunnen een enorme impact hebben, niet alleen als het individuen in een toetsingsproces of handhavingstraject betreft, maar ook als het 'enkel' de onderneming is die op haar handelen wordt aangesproken.

40. Vgl. de mogelijkheid om in te stemmen met rechtstreeks beroep in artikel 7:1a Awb.

41. Vgl. artikel 3 Gedragsregels MfN.

42. Artikel 2 Mediationreglement MfN.

43. Artikel 9 Mediationreglement MfN.

44. Artikel 10 Mediationreglement MfN.

45. AFM Wetgevingsbrief 2011.

46. M.J.C. Somsen, *Kanttekeningen in Onderneming en sanctierecht*, (O&R nr. 76) 2013/22.

47. Zo trof Rabobank een schikking voor 774 miljoen euro vanwege manipulatie van de Liborrente met onder andere DNB.

Een financiële onderneming is tenslotte geen abstract instituut, maar een samenstel van bestuurders, commissarissen, aandeelhouders, medewerkers en derde-belanghebbenden, zoals hun klanten en de maatschappij in haar geheel. Allemaal hebben zij hun standpunten, belangen en emoties. En dat geldt natuurlijk ook voor de organisatie en de medewerkers van een toezichthouder.

Naast juridisch-inhoudelijke argumenten is datgene wat betrokkenen nu echt beweegt vaak essentieel om een geschil te kunnen beslechten. Mediation kan daarin vanuit meerdere invalshoeken bezien van belangrijke toegevoegde waarde zijn:

- In het financieel toezicht staat het bevorderen van normconform gedrag centraal, zo volgt ook uit het handhavingsbeleid van de AFM en DNB. Hoe normconform gedrag te laten zien, hoe niet-normconform gedrag te beëindigen en hoe naleving van de norm te herstellen voor de toekomst, kan voor discussie vatbaar zijn. De toezichthouders zetten natuurlijk al het instrument van een ‘normoverdragend gesprek’ in, maar mediation kan dit naar een hoger plan tillen en een meer diepgaande dialoog mogelijk maken, zeker waar het een norm betreft die op meerdere manieren kan worden geïnterpreteerd of ingevuld.
- Mediation is een veilige manier om het gesprek te kunnen aangaan, nu dit onder begeleiding van een onafhankelijke en onpartijdige mediator gebeurt. In daadwerkelijke dialoog kunnen emoties en onderliggende belangen worden geadresseerd, kunnen misinterpretaties over en weer worden weggenomen, kan worden getrechterd naar de dingen waar het echt om gaat en kan wederzijds begrip tussen toezichthouder en ondertoezichtstaande ontstaan.
- Herstel van vertrouwen is in toezicht- en handhavingstrajecten een veelgehoorde wens. Vertrouwen van marktpartijen in hun toezichthouder en, andersom, van de zaakbehandelaars bij de toezichthouder in de betrokken marktpartij. Een dergelijk herstel van wederzijds vertrouwen is zeker van belang indien er slechte ervaringen zijn opgedaan of de indruk is ontstaan van ongelijke behandeling of onheuse bejegening. In mediation is de vertrouwensvraag en het blootleggen en helen van een eventuele vertrouwensbreuk essentieel.
- Het bereiken van een oplossing middels mediation zorgt vaak voor meer draagvlak voor de toekomst en daarmee voor bestendige oplossingen. Omdat partijen de oplossing van hun geschil in eigen hand houden en veelal meer oog krijgen voor de positie en belangen van de ander - of dit nu een natuurlijk persoon, rechtspersoon of bestuursorgaan is - worden afspraken over het algemeen goed nageleefd.⁴⁸ Daarbij ligt de focus

met name op de toekomst en niet slechts op het verleden. En dat is toch wat de toezichthouders uiteindelijk beogen te bewerkstelligen, normconform gedrag *going forward*.

- In mediation wordt vaak meer ruimte gevonden voor creatievere oplossingen van geschillen en daarmee komt er ook meer plaats voor meer innovatieve methoden om compliance te waarborgen. Ook over andere aspecten van het handhavingsbeleid van de AFM en DNB, zoals compensatie van benadeelden en het informeren van derden, kan in mediation worden gesproken. In een meer gelijkwaardig gesprek zal een financiële onderneming zich vrijer voelen om zelf met opties te komen over hoe bijvoorbeeld die communicatie richting klanten effectief in te richten.
- Soms is een gerechtelijke uitspraak over een bepaalde interpretatie van de wet noodzakelijk. Tegelijk is er de afgelopen jaren steeds meer aandacht voor mediation naast rechtspraak.⁴⁹ Ook uit recent onderzoek volgt dat voor bedrijven alleen rechtspraak (of arbitrage) niet de meest effectieve vorm van geschilbeslechting is, maar dat de voorkeur uitgaat naar mediation of mediation in combinatie met rechtspraak (of arbitrage).⁵⁰ Naar mijn idee zou dit evengoed kunnen opgaan voor geschillen in financieel toezichtrechtelijke context. Daar komt bij dat mediation doorgaans de voortgang van trajecten bespoedigt, en het de betrokken marktpartij en toezichthouder veel tijd, geld en energie kan besparen.⁵¹

7. Afsluitend

Het is duidelijk dat er zeker uitdagingen zijn om een mediationproces in het financieel toezicht goed vorm te geven en dat mediation zich ook niet voor iedere handhavingskwesitie leent. Sommige geschillen zijn dusdanig geëscaleerd of principieel van aard of zien op zodanig flagrante overtredingen of illegaal opererende partijen dat een rechterlijk oordeel noodzakelijk is. Dat gezegd hebbende, is er in mijn ogen zeker ruimte om in bepaalde situaties mediation tussen ondertoezichtstaanden en toezichthouders in te zetten.

Zaken in het financieel toezicht die zich goed lijken te lenen voor mediation zullen in elk geval een of

bestuursrecht: Juridische aspecten van mediation hangende een bestuursrechtelijke procedure, *JBplus* 2006/8, 17-8-2006.

49. S. Leijen-Westra, Mediation in combinatie met rechtspraak, *TC* 2023/94, 22-12-2023.

50. S. homas, E. Schutte, M. Schonewille, O. Korneeva, *PBM Vervolgonderzoek naar kansen en belemmeringen voor zakelijke mediation onder advocaten en bedrijven in Nederland*, april 2024.

51. Dat ook de toezichthouders zoeken naar efficiënte manieren om kwesties op te lossen, volgt bijv. uit de Procedure vereenvoudigde afdoening boetezaken AFM.

48. M.J.A. Verseveld, , Mediation naast rechtspraak in het

meer van de volgende elementen bevatten: het geschil bevindt zich in een vroegtijdig stadium, ter discussie staat wet- en regelgeving met meerdere interpretatiemogelijkheden, er is belang bij een goede relatie c.q. oplossing voor de lange termijn en een dialoog heeft waarde in combinatie met rechtspraak dan wel na een voorlopig oordeel van de rechter.

Bijvoorbeeld discussies over doorlopend toezicht en invulling van open normen, verschillen van inzicht over de opvolging van een incidentmelding, vragen over in hoeverre met bepaalde informatieverstrekking aan een medewerkingsplicht is voldaan, zorgen over de wijze waarop een overtreding naar tevredenheid van de toezichthouder kan worden beëindigd om verbeurte van dwangsommen te voorkomen. In al dit soort situaties kan ik me indenken dat in mediation meer zekerheid over en weer kan worden verkregen dan door simpelweg handhaving en een procedure over de rechtmatigheid daarvan.

Mediation vraagt wel de nodige flexibiliteit en creativiteit van partijen, maar in een sector waar integer gedrag en cultuur voorop staan, zowel bij marktpartijen als toezichthouders, ben ik ervan overtuigd dat mediation mogelijk moet zijn. Uiteraard moet duidelijk zijn waarover wel en waarover niet compromissen vallen te sluiten. Maar mediation biedt wel degelijk een kans om langlopende bezwaar-, beroeps- en gerechtelijke procedures te voorkomen en een positieve uitwerking op de verdere toezichtsrelatie te realiseren.