

# FINNIUS

## Waarschuwingen als toezichtantecedenten

---

4 april 2018

 3 MINUTEN

Toezichthouders de AFM en DNB kunnen waarschuwingen geven aan financiële ondernemingen naar aanleiding van door hen geconstateerde overtredingen. Dit zijn informele maatregelen waartegen geen bezwaar en beroep open staat. Dat komt omdat deze maatregelen niet kwalificeren als een besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht. Zij kwalificeren echter wel als een 'toezichtantecedent' voor alle bestuurders en commissarissen van de onderneming tot wie de waarschuwing is gericht. Wij leren bijvoorbeeld in de praktijk dat de AFM bij het geven van een waarschuwing tevens benadrukt dat het een toezichtantecedent vormt. Deze informele maatregelen hebben een belangrijke bijwerking voor de betrokken bestuurders en commissarissen.

Deze personen worden door de AFM en DNB getoetst op betrouwbaarheid en geschiktheid. Bij die toetsing beoordelen de toezichthouders onder meer de verzameling antecedenten van de betrokken bestuurder of commissaris. Als de betrouwbaarheid van een getoetst persoon niet buiten twijfel staat of de geschiktheid onvoldoende is, dan oordelen de toezichthouders negatief en kan de betrokkene niet worden benoemd. Voor zittende bestuurders en commissarissen kunnen gewijzigde of nieuwe antecedenten zelfs aanleiding geven voor een hertoetsing. Dat zal bij een enkele waarschuwing niet zo'n vaart lopen, maar bij meerdere antecedenten kan dat anders uitpakken. Het feit dat waarschuwingen doorwerken in het toetsingsproces terwijl over de waarschuwing zelf geen discussie mogelijk is, leidt in de praktijk tot frustratie en onbegrip bij bestuurders en commissarissen. De waarschuwing kleeft aan hen als een toezichtantecedent gedurende hun verdere carrière binnen de financiële sector.

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft recent de Staatsraad een conclusie gevraagd over onder meer de vraag wanneer een bestuurlijke waarschuwing een appellabel besluit is. Staatsraad advocaat-generaal Widdershoven geeft in zijn conclusie aan dat een waarschuwing die niet is gebaseerd op een wettelijk voorschrift, geen Awb-besluit kan zijn. Daarbij bespreekt hij kort de waarschuwing in het kader van een antecedentenonderzoek. Hij meent dat de rechtmatigheid van de waarschuwing in rechte aan de orde kan worden gesteld in de procedure tegen het besluit waaruit de consequenties van de toets blijken, en acht die route niet onevenredig bezwarend. Dat is juridisch correct, maar neemt de begrijpelijke frustratie bij bestuurders en commissarissen helaas niet weg.

Het is immers nog maar de vraag of de bestuursrechter de rechtmatigheid van een waarschuwing inhoudelijk zal beoordelen gedurende een dergelijke procedure, vanwege de rol van in beginsel marginaal toetsende rechter. Dat vergt dat de betrokkene het tot een formeel, negatief toetsingsoordeel moet laten komen, terwijl de praktijk leert dat men dat voor alles probeert te vermijden. Daarnaast kan het lastig zijn voor de betreffende bestuurder of commissaris om aan te tonen dat geen sprake is geweest van een overtreding met als gevolg een onrechtmatige waarschuwing, dan wel om aan te tonen dat hij of zij geen persoonlijke betrokkenheid heeft gehad bij de overtreding. De feiten kunnen jaren oud zijn en ook kan het voorkomen dat de bestuurder/commissaris niet meer werkzaam is bij de betrokken onderneming en zodoende geen toegang heeft tot informatie en bewijsmiddelen.

De advocaat-generaal heeft in genoemde conclusie geoordeeld dat informele waarschuwingen wel moeten kunnen worden aangevochten (o.a.) als de termijn gedurende welke de waarschuwing negatieve gevolgen kan hebben zodanig lang is dat belanghebbende, gelet op de aan de orde zijnde overtreding, in de rechterlijke procedure tegen de op te leggen bestuurlijke sanctie de rechtmatigheid van de waarschuwing bewijsrechtelijk niet meer effectief kan bestrijden. Om bewijsnood te voorkomen en om redenen van rechtszekerheid moet volgens de advocaat-generaal voor deze waarschuwingen een maximale termijn van (als regel) twee jaar gelden. Mogelijk dat dit genoemde praktische bezwaren nog enigszins tegemoet zou kunnen komen. Toegepast op de waarschuwing als toezichtantecedent zou dit dan kunnen betekenen dat een waarschuwing na genoemde termijn niet meer kwalificeert als toezichtantecedent (en dus ook uit de Bestuurdersmonitor dient te worden verwijderd). De conclusie is gericht tot de Afdeling bestuursrechtspraak, maar bindt haar niet. De uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak wordt dit voorjaar verwacht.

## Specialisten



### **Casper Riekerk**

T +31 (0)20 767 01 80

T +31 (0)20 767 01 89 (direct)

M +31 (0)6 31 67 03 92

[casper.riekerk@finnius.com](mailto:casper.riekerk@finnius.com)