

Twijfels over schorsing

Rosemarijn Labeur^a

Een greep uit de koppen in het financiële nieuws vlak voor het tweede weekend van mei: 'DNB krijgt geen bevoegdheid om banktop te schorsen', 'DNB mag topbestuurders niet schorsen bij verdenking' en 'Nee DNB, jullie mogen geen bankiers schorsen'.²

Het is de vraag of deze berichtgeving helemaal juist is: DNB (en overigens ook de AFM) heeft al sinds jaar en dag de bevoegdheid bestuurders (en overigens ook commissarissen en medebeleidsbepalers) te schorsen wanneer er twijfel bestaat over de *betrouwbaarheid*. Althans, hier gaat de minister van Financiën kennelijk vanuit, zoals hierna aan de orde komt. Nu is bekend geworden dat die vermeende bevoegdheid in ieder geval niet per 1 januari 2016 wordt uitgebreid naar de mogelijkheid voor de toezichthouders om bij twijfel aan de *geschiktheid* van bestuurders (of commissarissen of medebeleidsbepalers: hierna kortweg 'bestuurders') tot schorsing over te gaan. Dit plan heeft de minister van Financiën namelijk (voorlopig) laten varen als gevolg van het negatieve advies van de Raad van State hierover.

Dat betekent dat DNB er vooralsnog niet zeker van is dat eindelijk haar langgekoesterde wens in vervulling zal gaan. Al sinds haar wetgevingsbrief van 12 september 2012 vraagt DNB de minister van Financiën jaarlijks, in haar wetgevingsbrieven, om de bevoegdheid om bestuurders te kunnen schorsen hangende een hertoetsing op geschiktheid. Die bevoegdheid is volgens DNB nodig omdat het aanblijven van een bestuurder of commissaris tijdens een herbeoordelingstraject een prudentieel (reputatie-)risico kan vormen voor de betreffende financiële onderneming zelf of voor het vertrouwen in het financieel systeem.

De minister heeft aanvankelijk zeer terughoudend op dit verzoek gereageerd³, maar is elk jaar een stapje opgeschoven naar een welwillendere houding. In 2013 heeft de minister in reactie op het verzoek van DNB gesteld dat de Wft al de mogelijkheid biedt voor een toezichthouder om, in geval van twijfel aan betrouwbaarheid van een bestuurder, een onderneming een aanwijzing te geven waarin die onderneming wordt gevraagd om de betrokken bestuurder te schorsen.⁴ Dit is echter geen onomstreden uitgangspunt.⁵ Op grond van het huidige art. 1:75 lid 1 Wft mag een toezichthouder een financiële onderneming een aanwijzing geven een bepaalde gedragslijn te volgen als die financiële onderneming niet voldoet aan de Wft. De art. 3:9 en 4:10 Wft voorzien erin dat de betrouwbaarheid van bestuurders van een financiële onderneming buiten twijfel moet staan. Is het de conclusie van de bevoegde toezichthouder in het kader van een hertoetsing dat de betrouwbaarheid niet buiten twijfel staat, dan is niet aan deze Wft-norm voldaan en kan de toezichthouder van haar bestaande aanwijzingsbevoegdheid gebruik maken om de financiële onderneming de bestuurder te laten schorsen. Dat impliceert niet dat die aanwijzing ook al kan worden gegeven gedurende het onderzoek naar de vraag of de betrouwbaarheid buiten twijfel staat. Met de materiële norm ('betrouwbaarheid buiten twijfel') is dus – anders dan de minister lijkt te veronderstellen – niet beoogd een voorschot op een definitief betrouwbaarheidsoordeel voor de toezichthouder mogelijk te maken. Het valt daarom zeer te betwijfelen of de toezichthouders op dit moment inderdaad de bevoegdheid hebben die de minister veronderstelt.

Maar nu weer terug naar de aanwijzingsbevoegdheid bij twijfel van de toezichthouder aan de geschiktheid. In 2014 was de minister zover dat hij DNB kon toezeggen een wetwijziging voor te bereiden, zodat bij twijfel aan de geschiktheid een aanwijzing zou kunnen worden gegeven. De toezegging van de minister kreeg gestalte in het consultatievoorstel voor de Wijzigingswet Financiële Markten 2016.⁶ Het voorstel hield in dat een nieuw lid 3 aan art. 1:75 Wft toegevoegd zou worden, dat als volgt zou luiden:

'In afwijking van het eerste lid kan met betrekking tot de artikelen 3:8 en 4:9 door de toezichthouder reeds een aanwijzing worden gegeven, indien sprake is van twijfel aan de geschiktheid van een persoon als bedoeld in de artikelen 3:8 of 4:9. Deze aanwijzing kan niet strekken tot het doen heenzenden van bedoelde persoon.'

1. Rosemarijn Labeur is advocaat te Amsterdam.

2. Berichtgeving op 8 mei van het FD (kop 1), RTL Nieuws (kop 2) en NRC Q (kop 3).

3. Zie de Wetgevingsbrief hervorming financiële sector d.d. 18 september 2012, FM/2012/1314 M.

4. Zie de Wetgevingsbrief op het terrein van financiële markten d.d. 8 juli 2013, FM/2013/1319 M.

5. Zie prof. mr. D. Busch en mr. A.J.A.D. van den Hurk, 'Bestuursverboden en toetsing van beleidsbepalers in de financiële sector', in: *Vereeniging 'Handelsrecht' Preadviezen 2014*, Wet continuïteit ondernemingen (delen I en II) en het bestuursverbod, Uitgeverij Paris, Zutphen, 2014, en dan met name paragraaf 4.5.6.

6. Nu nog te raadplegen via: <http://www.internetconsultatie.nl/wijzigingswetfm2016>. Dit geldt ook voor de bijbehorende consultatieversie van de Memorie van Toelichting.

Het is niet verwonderlijk dat dit voorstel op een stroom van kritiek kon rekenen, gelet op met name de verstrekkende en onomkeerbare gevolgen voor zowel de persoon in kwestie als de betrokken onderneming, het ondermijnen van de rechtszekerheid en het ontbreken van een expliciete zorgvuldigheidsnorm of proportionaliteits- en materialiteitstoets.

De Raad van State schaarst zich in dit kamp van critici. Naast kanttekeningen bij de voorgestelde nieuwe bevoegdheid zelf, is zij op basis van de motivering bij het consultatievoorstel niet overtuigd van de noodzaak van de voorgestelde bevoegdheid. Ook wijst de Raad van State erop dat als de voorgestelde bevoegdheid wordt gehandhaafd, aanscherping nodig is van de voorwaarden voor toepassing van de bevoegdheid om de proportionaliteit van uitoefening van de bevoegdheid te bewaken.⁷

De minister trekt zich de kritiek van de Raad van State aan. De voorgestelde aanwijzingsbevoegdheid met betrekking tot schorsing van bestuurders bij twijfel aan de geschiktheid, is daarom niet in het definitieve wetsvoorstel opgenomen dat op 7 mei jl. bij de Tweede Kamer is ingediend. De wenselijkheid van de voorgestelde aanwijzingsbevoegdheid en de eventuele wettelijke vormgeving van een dergelijke bevoegdheid zullen worden heroverwogen, aldus de minister in het Nader rapport.

Opmerkelijk is dat de Raad van State de termen geschiktheid en betrouwbaarheid (al dan niet bewust) op één hoop veegt. Zij spreekt in haar advies van 'een *nieuwe* aanwijzingsbevoegdheid ten aanzien van dagelijks beleidsbepalers die waarschijnlijk niet geschikt *of betrouwbaar* zijn'. De minister van Financiën neemt deze aanduiding in het Nader rapport gewoon over. Terwijl het consultatievoorstel toch echt alleen een nieuwe bevoegdheid met betrekking tot de geschiktheidseis bevatte. Het is de media daarom niet te verwijten dat zij hierdoor een nuance missen. Uit de laatst gepubliceerde officiële stukken is namelijk niet af te leiden dat de intrekking van de voorgestelde schorsingsbevoegdheid in geval van twijfel aan de geschiktheid nog niet meebrengt dat ook de – door de minister vermeende – schorsingsbevoegdheid in geval van twijfel aan de betrouwbaarheid vervalst. Het was prettig geweest als de minister de Raad van State in het Nader rapport gerust had gesteld door (i) het voorstel voor de nieuwe aanwijzingsbevoegdheid met betrekking tot twijfel aan de geschiktheid in te trekken én (ii) duidelijk te maken dat het met de vermeende bestaande bevoegdheid tot vroegtijdige schorsing bij twijfel aan de betrouwbaarheid wel meevalt, in tegenstelling tot zijn andere uitlatingen hierover. Helaas wordt dit element (ii) echter niet in het Nader rapport geadresseerd.

Het consultatievoorstel voor de nieuwe aanwijzingsbevoegdheid met betrekking tot de geschiktheidseis was qua tekst en toelichting op belangrijke punten onzorgvuldig. Dat geldt dus ook voor de communicatie rondom het besluit van de minister om die aanwijzingsbevoegdheid nu niet in het wetsvoorstel voor de Wijzigingswet Financiële Markten 2016 op te nemen. Het resultaat is – althans voor wat betreft de geschiktheidseis - echter wel duidelijk: de nieuwe schorsingsbevoegdheid in geval van twijfel aan de geschiktheid komt er voorlopig niet. In hoeverre critici daarover echt opgelucht adem kunnen halen valt echter te bezien. De minister heeft de laatste jaren al eerder een negatief advies van de Raad van State gemotiveerd naast zich neergelegd.⁸ Het zou niet verbazen als dat nu uiteindelijk weer gaat gebeuren. Maar hopelijk kan het consultatievoorstel naar de archieven: beter ten halve gekeerd, dan ten hele gedwaald.

7. Het advies van de Raad van State is te raadplegen via: <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2015/05/07/wetsvoorstel-wijzigingswet-financiële-markten-2016.html>. Dit geldt ook voor het Wetsvoorstel Financiële Markten 2016 en het Nader rapport inzake het voorstel van de Wijzigingswet financiële markten 2016.

8. Zie het Advies van de Raad van State en nader rapport met betrekking tot de introductie van de algemene zorgplicht in art. 4:24aWft door middel van de Wijzigingswet financiële markten 2014, *Kamerstukken II* 2012/13, 33 632, nr. 4.