

6 De toetsing van bestuurders en commissarissen door DNB en de AFM. *Beschouwingen vanuit de theorie én de praktijk*

Guido Roth en Janice Roepnarain

1. Inleiding

Bestuurders van respectievelijk commissarissen bij instellingen die onder toezicht staan van De Nederlandsche Bank N.V. ('DNB') of de Autoriteit Financiële Markten ('AFM') dienen op grond van de Wet op het financieel toezicht ('Wft') en andere financiële toezichtregelgeving zoals de Pensioenwet en de Wet toezicht trustkantoren, te voldoen aan betrouwbaarheids- en geschiktheidseisen.¹ Dat geldt ook voor personen uit het tweede echelon bij banken en verzekeraars. Of de betrokkene aan genoemde eisen voldoet wordt, afhankelijk van het soort gereuleerde instelling, beoordeeld door (medewerkers van) de AFM of DNB. Als de AFM respectievelijk DNB van mening is dat de betreffende bestuurder niet (meer) aan de betrouwbaarheids- en/of geschiktheidseisen voldoet, dan wordt deze 'afgetoetst'. Dat heeft verstrekkende consequenties voor hem- of haarzelf en tevens voor de betrokken instelling. Voor de afgetoetste bestuurder of commissaris is het doorgaans onmogelijk om in een soortgelijke functie in de financiële sector werkzaam te blijven. Voor de betrokken onder toezicht staande instelling² betekent een aftoetsing dat binnen (meestal) korte tijd afscheid dient te worden genomen van de betreffende bestuurder of commissaris en een zoektocht dient te worden opgestart om hem of haar te vervangen. De inzet bij betrouwbaarheids- en geschiktheids-toetsingen is dan ook zeer hoog.

In de paragrafen hierna wordt eerst kort het wettelijk kader geschetst, waarbij ook wordt ingegaan op de wijze waarop de betrouwbaarheids- en geschiktheidstoetsingen in de praktijk plegen te geschieden. Vervolgens worden enkele recente ontwikkelingen op dit vlak besproken. Daarbij komen aan bod de wijziging per 1 april 2015 van de kring van te toetsen personen (tweede echelon), het (inmiddels heroverwogen) concept-wetsvoorstel dat onder meer zag op schorsing van bestuurders bij twijfel aan hun geschiktheid en de inwerkingtreding van de Bestuurdersmonitor. Ook zal in deze

1 In het vervolg van deze bijdrage zal slechts de betrouwbaarheids- en geschiktheidstoetsing op grond van de Wft worden besproken.

2 In deze bijdrage wordt het begrip 'onder toezicht staande instelling' gebruikt als verzamelterm voor alle marktpartijen die onder toezicht staan van DNB of de AFM.

bijdrage kort worden stilgestaan bij de rechtsbescherming die openstaat tegen negatieve besluiten, waarna enkele afrondende opmerkingen volgen.³

2. Wettelijk kader en enkele kritische opmerkingen daarover

2.1 De geschiktheidsnorm

De geschiktheidsnorm is verankerd in artikel 3:8 en 4:9 Wft en bepaalt dat (i) personen die het dagelijks beleid bepalen van onder meer banken, verzekeraars, beleggingsondernemingen en financiële dienstverleners ‘geschikt’ dienen te zijn in verband met de uitoefening van het bedrijf van de financiële onderneming; en (ii) organen belast met toezicht op het beleid en de algemene gang van zaken van de financiële onderneming ‘geschikt’ dienen te zijn voor de uitoefening van dit toezicht; en (iii) personen werkzaam onder verantwoordelijkheid van een bank of verzekeraar met zetel in Nederland, die een leidinggevende functie vervullen direct onder het echelon van de beleidsbepalers en verantwoordelijk zijn voor natuurlijke personen wier werkzaamheden het risicoprofiel van de onderneming wezenlijk kunnen beïnvloeden, geschikt dienen te zijn. Deze laatste categorie wordt ook wel aangeduid als ‘het tweede echelon’ (zie hierna).

De geschiktheidsnorm is nader ingevuld in de Beleidsregel Geschiktheid 2012. Uit die beleidsregel volgt dat geschiktheid bestaat uit: ‘kennis’, ‘vaardigheden’ en ‘professioneel gedrag’ en dat de geschiktheid van een beleidsbepaler in ieder geval blijkt uit de opleiding, werkervaring en competenties van de beleidsbepaler en de doorlopende toepassing hiervan. Vervolgens is bepaald dat beleidsbepalers geschikt dienen te zijn met betrekking tot de volgende onderwerpen:

- a. bestuur, organisatie en communicatie;
- b. producten, diensten en markten waarop de onderneming actief is;
- c. beheerste en integere bedrijfsvoering; en
- d. evenwichtige en consistente besluitvorming.

Daarbij geldt dat de opsomming van deze onderwerpen wel cumulatief is, maar niet limitatief. Dat houdt, zoals ook met zo veel woorden tot uitdrukking is gebracht in de toelichting op deze beleidsregel, in dat de toezichthouder ook andere dan de genoemde onderwerpen in aanmerking kan nemen om de geschiktheid van een bestuurder of commissaris te toetsen. Hieruit leiden wij af dat dit het voor DNB of de AFM, althans in theorie, mogelijk maakt om een bestuurder of commissaris op

³ Aangezien de omvang die deze bijdrage mocht hebben gelimiteerd was, hebben wij bepaalde aspecten die tevens relevant zijn bij de betrouwbaarheids- en geschiktheidstoetsing buiten beschouwing moeten laten en zijn bepaalde andere aspecten minder uitvoerig besproken. Wij verwijzen naar onze eerdere bijdragen over deze onderwerpen, in het bijzonder: G.P. Roth en J.S. Roepnarain, ‘De toetsing van bestuurders en commissarissen door de AFM en DNB’, *Ondernemingsrecht* 2014/54 en G.P. Roth en J.S. Roepnarain, ‘Bedenkingen bij het voorstel om bestuurders en commissarissen te kunnen schorsen bij de enkele twijfel aan hun geschiktheid’, *Ondernemingsrecht* 2015/9.

ad-hoonderwerpen te toetsen. In de praktijk beperken toezichthouders zich bij de toetsing echter (terecht) tot de vier genoemde onderwerpen.

In dezelfde bepaling als waarin voornoemde criteria zijn opgenomen waar een bestuurder of commissaris aan dient te voldoen om ‘geschikt’ te zijn, wordt tevens verwezen naar de in de bijlage bij voornoemde beleidsregel opgenomen competenties. Aan de hand van die competenties zou moeten kunnen worden aangetoond of beoordeeld dat een bestuurder of commissaris geschikt of ongeschikt is voor zijn functie bij een onder toezicht staande instelling. Het betreft de volgende zestien competenties:

- | | |
|---------------------------------------|--------------------------------|
| 1. authenticiteit | 9. onafhankelijkheid |
| 2. besluitvaardigheid | 10. onderhandelingsvaardigheid |
| 3. communicatief vermogen | 11. overtuigingskracht |
| 4. helikopterzicht en oordeelsvorming | 12. samenwerkingsvermogen |
| 5. klant- en kwaliteitsgerichtheid | 13. strategische sturing |
| 6. leiderschap | 14. stressbestendig |
| 7. loyaliteit | 15. verantwoordelijkheid |
| 8. omgevings sensitiviteit | 16. voorzittersvaardigheid |

Deze opsomming is cumulatief noch limitatief. Dat houdt, zo blijkt uit de toelichting, in dat ook andere competenties *door de onderneming* kunnen worden gebruikt om de geschiktheid van een bestuurder of commissaris aan te tonen. Dat geldt dus *niet* voor de toezichthouder, zodat die bij zijn beoordeling is gebonden aan de zestien competenties. Of de toezichthouders daar nu werkelijk door worden beperkt valt te betwijfelen. De betreffende competenties zijn immers dermate vaag omschreven dat daar, met enige creativiteit, veel onder valt te brengen.

Hoe de competenties precies worden getoetst is niet duidelijk. De Beleidsregel Geschiktheid 2012 bepaalt, onder meer, dat de competenties niet afzonderlijk dienen te worden getoetst. De vraag is echter wat dit concreet betekent. In de praktijk wordt aan ongeschiktheidsoordelen namelijk wel degelijk een onvoldoende op slechts één of enkele van de 16 in de bijlage genoemde competenties ten grondslag gelegd. Dan kan lastig worden volgehouden dat DNB en de AFM de competenties niet afzonderlijk toetsen. Nog iets dat qua duidelijkheid te wensen overlaat, is de uitdrukkelijke vermelding in de Beleidsregel Geschiktheid 2012 dat een beleidsbepaler niet over alle competenties tegelijk of in gelijke mate hoeft te beschikken. Dat spreekt op zichzelf genomen voor zich, aangezien de aandachtsgebieden van bestuurders onderling kunnen verschillen. De voorzitter van de raad van bestuur zal bijvoorbeeld (deels) over andere vaardigheden moeten beschikken dan een chief risk officer. Ook bijvoorbeeld de omvang en complexiteit van een onderneming spelen uiteraard een rol. Waar het echter om gaat, is dat niet van tevoren kenbaar is welke specifieke competenties DNB of de AFM in het

specifieke geval van belang vinden en waaraan zij de betreffende bestuurder zullen toetsen. Dat zou eenvoudig kunnen worden vermeld in bijvoorbeeld de uitnodigingsbrief voor het toetsingsgesprek (zie hierna). Een dergelijke transparante handelwijze zou de voorbereiding van toetsingsgesprekken ten goede komen.

2.2 *De betrouwbaarheidsnorm*

De betrouwbaarheidsnorm is opgenomen in artikel 3:9 en 4:10 Wft en bepaalt dat de betrouwbaarheid van bestuurders en commissarissen en leidinggevenden uit het tweede echelon (zie hierna) van banken en verzekeraars buiten twijfel dient te staan. Deze norm is nader uitgewerkt in twee algemene maatregelen van bestuur. Waar het toetsingen betreft door DNB is dat het Besluit prudentiële regels Wft en waar het toetsingen door de AFM betreft is dat het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft (het 'Bgfo'). In het Besluit prudentiële regels Wft en het Bgfo is bepaald dat DNB respectievelijk de AFM vaststelt of de betrouwbaarheid van de betrokken bestuurder of commissaris buiten twijfel staat op basis van diens voornemens, handelingen en antecedenten. De beoordeling van de betrouwbaarheid richt zich op feiten en omstandigheden, waaruit blijkt dat het vertoonde gedrag van betrokkene niet in overeenstemming is met een integere invulling en uitoefening van zijn functie.

Voorbeelden van dergelijke feiten en omstandigheden zijn: niet de waarheid spreken, geen openheid geven over voor het toezicht relevante onderwerpen, niet discreet omgaan met vertrouwelijke informatie, zich niet houden aan afspraken of op een onverantwoordelijke wijze optreden in de beroepsuitoefening. Bij de beoordeling van de betrouwbaarheid neemt de toezichthouder een aantal factoren in aanmerking, namelijk (i) het onderlinge verband tussen de aan een antecedent ten grondslag liggende gedraging of gedragingen en de overige omstandigheden van het geval; (ii) de belangen die de Wft beoogt te beschermen; en (iii) de overige belangen van de onderneming en de betrokkene. In de praktijk spelen vooral eventuele antecedenten een grote rol bij de betrouwbaarheidstoetsing.

Er is een vijftal categorieën antecedenten, te weten strafrechtelijke antecedenten, financiële antecedenten, toezichtantecedenten, fiscaal bestuursrechtelijke antecedenten en 'overige' antecedenten. Onduidelijk is hoeveel gewicht de toezichthouders aan afzonderlijke antecedenten (zouden mogen) toekennen.⁴ De toezichthouder dient zich wel, zo blijkt ook uit de jurisprudentie, een eigen oordeel te vormen over het antecedent. Het enkele bestaan van een antecedent is derhalve niet maatgevend. Naast de nadrukkelijk omschreven antecedenten kunnen de toezichthouders ook andere feiten en omstandigheden die zij redelijkerwijs van belang achten, in hun overwegingen betrekken.

⁴ Daar is één uitzondering op. In artikel 15 lid 1 aanhef en onder a Bgfo is namelijk bepaald dat de betrouwbaarheid van een persoon niet buiten twijfel staat, indien diegene onherroepelijk veroordeeld is ter zake van een misdrijf, genoemd onder 1 van bijlage C bij het Bgfo, waarbij sinds het onherroepelijk worden van de uitspraak minder dan acht jaren zijn verstreken.

2.3 *Open en vage normen*

Zowel de geschiktheidstoets als de betrouwbaarheidstoets kent open normen en niet-vastomlijnde criteria. Dat is deels onvermijdelijk, omdat de financiële wereld nu eenmaal aan snelle veranderingen onderhevig is en het niet mogelijk is om wetgeving met dezelfde snelheid aan te passen. Om te voorkomen dat telkens achter de feiten aan wordt gelopen zijn de criteria open en vaag geformuleerd. De andere kant van de medaille is echter dat bij dergelijke open en vage normen het risico op willekeur op de loer ligt en dat bestuurders en commissarissen zijn overgeleverd aan de subjectieve inzichten van de medewerkers van DNB en de AFM. Dat is, zoals zojuist al opgemerkt, ook het geval ten aanzien van de weging van antecedenten. DNB heeft door middel van een nieuwsbericht wel kenbaar gemaakt dat zij de volgende zaken meeweegt in haar oordeelsvorming:⁵

- a. in hoeverre wordt openheid van zaken gegeven?;
- b. volledigheid in de toelichting en motivatie;
- c. aard en ernst van het feit;
- d. omvang of hoogte van de sanctie;
- e. ouderdom van het antecedent en leeftijd overtreder;
- f. hoedanigheid en omstandigheden van het geval;
- g. is er sprake van een patroon in gedragingen?;
- h. is er sprake van recidive?;
- i. hoeveelheid antecedenten en patroon van gedragingen;
- j. tijdsduur tussen overtreding en melding aan DNB.

Voor toezichtmaatregelen wegen nog specifiek mee:

- k. de zittingsduur voorafgaande aan de maatregel;
- l. de rol die de persoon in kwestie heeft gespeeld bij de overtreding;
- m. welke bijdrage de persoon in kwestie heeft geleverd aan het oplossen van het probleem.

Deze opsomming geeft wel enigszins inzicht in de denkrichting van DNB, maar ook hierbij geldt dat de onderlinge weging van deze factoren onduidelijk is.

2.4 *Het tweede echelon*

Per 1 april 2015 zijn naast bestuurders en commissarissen ook de personen die deel uitmaken van het tweede echelon van een bank of verzekeraar onderworpen aan de geschiktheids- en betrouwbaarheidseisen op grond van de Wft. Het betreft personen die (1) werkzaam zijn onder verantwoordelijkheid van een bank of verzekeraar met zetel in Nederland; (2) een leidinggevende functie vervullen direct onder het echelon van de beleidsbepalers; en (3) verantwoordelijk zijn voor natuurlijke personen wier werkzaamheden het risicoprofiel van de onderneming wezenlijk kunnen beïnvloeden. Omdat ondernemingen onderling sterk van elkaar kunnen

⁵ Nieuwsbrief DNB 'Beoordeling van antecedenten' d.d. 15 mei 2014.

verschillen, zal per onderneming moeten worden bekeken op welke wijze invulling wordt gegeven aan deze nieuwe categorie personen. In nieuwsberichten heeft DNB verduidelijkt dat deze categorie personen in ieder geval bestaan uit leidinggeevenden:

- van degenen die bevoegd zijn om namens en voor rekening van de instelling verplichtingen aan te gaan op de financiële markten, zoals bijvoorbeeld het hoofd (de hoogste manager) van een afdeling Vermogensbeheer of van een afdeling Treasury;
- die (eind)verantwoordelijk zijn voor het aannamebeleid voor de risicovolle functies die tot de doelgroep behoren;
- van de compliance, risk- en auditfunctie;
- van de actuariële functie;
- die (eind)verantwoordelijk zijn voor juridische zaken;
- die beslissingen kunnen nemen over risicobeheersmaatregelen om fraude te voorkomen;
- die beslissingen kunnen nemen over de omvang van de risico's die handelaren binnen de onderneming mogen nemen bij beleggingen; en
- van de Solvency II-sleutelfuncties bij verzekeraars.

Uit de *guidance* van DNB volgt ook welke leidinggeevenden in ieder geval niet tot de toetsbare groep behoren, zoals leidinggeevenden van strategie, fiscale zaken, reporting, operations, IT, vastgoed, products, client services, front office, marketing, sales, commerciële afdeling, bijzonder beheer, organisatieverandering/transformation office, project management office, communicatie, innovatie, sustainable development/sustainability, procurement office, facility services en bestuurssecretariaat.

De invulling die DNB voorts aan de nieuwe toetsing voor het tweede echelon geeft, is dat banken en verzekeraars zelf dienen vast te stellen of de leidinggeevenden uit het tweede echelon geschikt zijn voor hun functie. Dit oordeel dient te worden vastgesteld in maximaal één A4-tje dat niet naar DNB hoeft te worden gestuurd. Zij kan de kwaliteit van de beoordeling wel steekproefsgewijze controleren. Daarnaast kan DNB besluiten om de geschiktheid in sommige gevallen ook zelf te onderzoeken, bijvoorbeeld als zij het van bijzonder belang vindt dat een bepaalde functie correct wordt ingevuld. Bij betrouwbaarheid geschiedt de toetsing anders. Banken en verzekeraars dienen eerst zelf de betrouwbaarheid van de leidinggeevenden uit het tweede echelon te beoordelen aan de hand van databanken, openbare bronnen, een eventueel gesprek met betrokkene en het speciaal daartoe door DNB ontwikkelde 'formulier betrouwbaarheidstoetsing tweede echelon'. De uitkomst van die beoordeling en tevens het ingevulde formulier dienen vervolgens aan DNB te worden gestuurd, waarna DNB een aanvullend onderzoek start naar de betrouwbaarheid van de betreffende persoon. Bij de toetsingen van leidinggeevenden uit het tweede echelon geeft DNB voorrang aan personen die nieuw in dienst treden dan wel personen die binnen dezelfde onderneming eerst een andere niet-toetsbare

positie bekleedden. Zij verwacht evenwel aan het eind van 2015 tevens alle zittende personen uit het tweede echelon van banken en verzekeraars te hebben getoetst.

2.5 *Het ‘twijfel’-element*

Worden de betrouwbaarheidsnorm en de geschiktheidsnorm met elkaar vergeleken, dan valt op dat de betrouwbaarheidsnorm strikter geformuleerd is. Het criterium is namelijk dat iemands betrouwbaarheid ‘buiten twijfel’ dient te staan. Dit ‘twijfel’-element is niet opgenomen in de geschiktheidsnorm. Op het eerste gezicht lijkt dit met zich te brengen dat de enkele twijfel aan de betrouwbaarheid van een bestuurder voldoende zou kunnen zijn voor de toezichthouders om hem heen te zenden of, iets minder rigoureuus, te schorsen, terwijl dat niet het geval is bij twijfel aan de geschiktheid. Wij zijn echter van mening dat de wetgever met het onderscheid in formulering niet beoogd heeft om het de AFM en DNB toe te staan bestuurders en commissarissen bij de enkele twijfel aan hun betrouwbaarheid te schorsen of heen te zenden zonder dat daar een zorgvuldig onderzoek aan voorafgaat. De praktijk wijst ook uit dat die soep inderdaad niet zo heet wordt gegeten en dat de AFM en DNB de desbetreffende bestuurder of commissaris pas heenzenden als zij na zorgvuldig onderzoek tot de conclusie zijn gekomen dat zijn betrouwbaarheid niet langer buiten twijfel staat. Met gevallen waarin een bestuurder of commissaris is geschorst vanwege twijfel aan zijn betrouwbaarheid zijn wij überhaupt niet bekend.

Vanwege het ‘twijfel’-element dat dus wel onderdeel uitmaakt van de vigerende betrouwbaarheidsnorm, maar niet van de geschiktheidsnorm, was ter gelegenheid van de jaarlijkse wijzigingscyclus van de wet- en regelgeving op de financiële markten een wetsvoorstel geformuleerd dat het DNB en de AFM mogelijk maakte om een aanwijzing te geven aan een financiële onderneming indien zij twijfelden aan de geschiktheid van bestuurders of commissarissen. Die aanwijzing mocht geen heenzending inhouden, maar wel schorsing. In de toezichtpraktijk zou namelijk, zo volgt uit de toelichting op voornoemd concept-wetsvoorstel, zijn gebleken dat het wenselijk zou zijn om snel te kunnen optreden ten aanzien van bestuurders over wiens geschiktheid of betrouwbaarheid twijfel bestaat. De toezichthouders zouden prudentiële en reputatierisico’s signaleren die zouden kunnen ontstaan wanneer een bestuurder over wiens geschiktheid of betrouwbaarheid twijfel bestaat aanblijft als bestuurder en de mogelijkheid dat het vertrouwen in het financieel systeem hierdoor geschaad wordt, aldus de Concept MvT. De nieuwe bevoegdheid zou de toezichthouders de mogelijkheid bieden om snel en slagvaardig op te treden tegen een mogelijk niet-geschikte bestuurder omdat zij niet hoeven te wachten tot een onderzoek naar de geschiktheid van de desbetreffende bestuurder volledig is afgerond.

Het concept-wetsvoorstel Wijzigingswet financiële markten 2016, waar voornoemde wetswijziging deel van uitmaakte, is in juni 2014 ter consultatie voorgelegd aan de markt. Op dit wetsvoorstel, althans op de daarin opgenomen nieuwe aanwij-

zingsbevoegdheid van de AFM en DNB, is vanuit verschillende hoeken zeer kritisch gereageerd. In deze reacties is onder meer de noodzaak en het nut van deze nieuwe bevoegdheid in twijfel getrokken en de onzekerheden waarmee het is omgeven. De 'twijfel' was bijvoorbeeld niet nader gekwalificeerd als bijvoorbeeld 'gerede twijfel'. Ook kon uit het concept-wetsvoorstel (noch uit de toelichting daarop) niet worden opgemaakt hoelang de schorsing maximaal zou mogen voortduren. Nog een punt dat onder de aandacht is gebracht is dat de nieuwe aanwijzingsbevoegdheid, hoewel het strikt genomen een tijdelijke maatregel betrof, er in de praktijk waarschijnlijk op neer zou komen dat de betreffende bestuurder definitief het veld zou moeten ruimen. Zeker bij grotere instellingen laat het zich bijvoorbeeld lastig voorstellen dat de schorsing van een bestuurder of commissaris zonder problemen voor de continuïteit van de onderneming lang kan voortduren. Bij beursgenoteerde ondernemingen komt daar nog bij dat de schorsing koersgevoelige informatie kan opleveren waardoor een onderneming genoodzaakt kan worden de schorsing openbaar te maken met alle (onherstelbare) gevolgen van dien voor zowel de financiële onderneming als het betrokken individu. Bij de vele kleinere instellingen die maar over twee bestuurders beschikken komt bovendien de vraag op of nog wordt voldaan aan het vereiste van een tweehoofdige leiding en het vier-ogenprincipe indien één van deze bestuurders wordt geschorst. Als die vraag door de toezichthouders ontkennend zou worden beantwoord dan ligt in het verlengde daarvan dat zij tijdens de schorsingsperiode zullen aandringen op de benoeming van een nieuwe (tijdelijke) bestuurder. Vanuit de onderneming bezien is het dan ook goed voorstelbaar dat een bestuurder 'gedwongen' zou worden alvast definitief het veld te ruimen, ook al blijft de mogelijkheid overeind staan dat de toezichthouder na zorgvuldig onderzoek te hebben gedaan toch tot een positief geschiktheidsoordeel zou komen. Zelfs bij een dergelijke positieve uitkomst zou veel van de aangerichte schade derhalve niet meer ongedaan kunnen worden gemaakt.

Ook de Afdeling advisering van de Raad van State (de 'Raad van State') heeft zich, in het recentelijk gepubliceerde advies ter zake het wetsvoorstel Wijzigingswet financiële markten 2016, geen voorstander getoond van de nieuwe aanwijzingsbevoegdheid van de financiële toezichthouders.⁶ Volgens de Raad van State was de voorgestelde bevoegdheid om twee redenen verstrekkend.

Ten eerste vanwege de zo-even al genoemde mogelijkheid van reputatieschade die personen door de schorsing kunnen leiden, terwijl achteraf kan blijken dat zij wel degelijk nog steeds voldoen aan de geschiktheids- en betrouwbaarheidsnormen. De Raad van State merkte in dit kader tevens op dat het voor de betrokkenen niet eenvoudig zal zijn om tegen een dergelijke aanwijzing op te komen, omdat er nog geen overtreding is vastgesteld en de feiten onduidelijk zullen zijn waardoor het dus onduidelijk zal zijn waarop de aanwijzing precies is gebaseerd. Ook verwijst de Raad van State in dezen naar de in artikel 1:25d Wft verankerde aansprakelijk-

⁶ Advies d.d. 2 maart 2015 van de Afdeling advisering van de Raad van State, nr. W06.14.0475/III.

heidsbeperking voor DNB en de AFM. Deze aansprakelijkheidsbeperking houdt in dat zij niet aansprakelijk zijn voor schade veroorzaakt door een handelen of nalaten in de uitoefening van een op grond van een wettelijk voorschrift opgedragen taak of verleende bevoegdheid, tenzij deze schade in belangrijke mate het gevolg is van een opzettelijk onbehoorlijke taakuitoefening of een opzettelijk onbehoorlijke uitoefening van bevoegdheden of in belangrijke mate te wijten is aan grove schuld. Vanwege die aansprakelijkheidsbeperking, zo merkte de Raad van State op, heeft een benadeelde van een onterechte aanwijzing weinig kans om de door hem geleden schade vergoed te krijgen.

De tweede reden waarom de nieuwe aanwijzingsbevoegdheid door de Raad van State als verstrekkend is aangemerkt, is daarin gelegen dat deze ingrijpt in de verhoudingen binnen financiële ondernemingen. Een financiële onderneming is in eerste instantie zelf verantwoordelijk voor de kwaliteit van het functioneren van haar bestuurders. Als er aanwijzingen zijn dat een bestuurder niet langer geschikt of betrouwbaar is, mag volgens de Raad van State van het bestuur of de raad van commissarissen van de financiële onderneming worden verwacht dat zij de benodigde stappen neemt. Deze kans krijgt de financiële onderneming niet als de toezichthouders met de nieuwe aanwijzingsbevoegdheid al in een dermate vroeg stadium zouden kunnen ingrijpen, waarbij als voorwaarde voor de AFM en DNB om van die bevoegdheid gebruik te maken slechts gold dat volgens hen 'waarschijnlijk' diende te zijn dat na hertoetsing zou blijken dat de betrokken bestuurder of commissaris niet geschikt of betrouwbaar is.

Voorts merkte de Raad van State in meer algemene zin op dat zij de noodzaak van de voorgestelde aanwijzingsbevoegdheid niet overtuigend gemotiveerd vond. Zo werd er in het advies op gewezen dat in de toelichting op het concept-wetsvoorstel geen gronden waren vermeld voor de veronderstelling dat de onderneming in de beschreven situaties niet zelf haar verantwoordelijkheid zou nemen en tegen de betreffende bestuurder zou optreden. De Raad van State zag dan ook niet dat er in de praktijk werkelijk aanleiding zou bestaan om de voorgestelde aanwijzingsbevoegdheid te gebruiken. Het advies luidde daarom om de noodzaak van de voorgestelde bevoegdheid dragend te motiveren of anders van die bevoegdheid af te zien. Daar voegde de Raad van State nog aan toe dat wanneer de aanwijzingsbevoegdheid toch nodig zou blijken deze in alle gevallen beperkt diende te blijven tot *'situaties van dringende noodzaak waarbij het vrijwel zeker is dat de desbetreffende persoon de geschiktheids- en betrouwbaarheidstoetsing niet zal kunnen doorstaan'*. Voorts is in het advies opgemerkt dat, gelet op de voren genoemde primaire verantwoordelijkheid van de financiële onderneming zelf, gebruik van de aanwijzingsbevoegdheid pas aan de orde dient te zijn wanneer de onderneming zich afwachtend opstelt en het afwachten of niet-ingrijpen buitengewoon onverantwoord zou zijn. Anders gezegd, er dient in het concrete geval sprake te zijn van een dringende noodzaak om van de aanwijzingsbevoegdheid gebruik te maken. Om tot uitdrukking te brengen dat de AFM en DNB de aanwijzingsbevoegdheid alleen bij dringende noodzaak zouden mogen inzetten, zou die

voorwaarde expliciet moeten worden gesteld aan toepassing van die bevoegdheid en zou tevens de voorwaarde moeten worden gesteld dat de onderneming zelf niet of onvoldoende handelend heeft opgetreden. Voorts vermeldt het advies dat met een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid dient te kunnen worden aangenomen dat de desbetreffende persoon de geschiktheids- of betrouwbaarheidstoetsing niet positief zal kunnen doorstaan. Als aan deze voorwaarden niet wordt voldaan, zou een aanwijzing van de toezichthouder volgens de Raad van State prematuur zijn.

Naar aanleiding van dit advies van de Raad van State heeft de Minister van Financiën in zijn brief van 7 mei 2015 aan de Koning vermeld de *'wenselijkheid van de voorgestelde aanwijzingsbevoegdheid en de eventuele wettelijke vormgeving van een dergelijke bevoegdheid te heroverwegen.'*⁷ Ook vermeldde hij dat dit ertoe leidt dat de voorgestelde nieuwe aanwijzingsbevoegdheid voor de AFM en DNB niet in het wetsvoorstel zal worden meegenomen. Wij menen dat de Minister hiermee de juiste beslissing heeft genomen gelet op de, in onze optiek, terecht opgeworpen bezwaren door de Raad van State en tevens de bezwaren die door verscheidene (markt)partijen kenbaar zijn gemaakt in de consultatiefase.

3. De Bestuurdersmonitor

Een andere recente ontwikkeling in het kader van betrouwbaarheids- en geschiktheidstoetsingen is de inwerkingtreding van de Bestuurdersmonitor van DNB. Reeds in 2012 kondigden de AFM en DNB aan dat zij gezamenlijk een registratiesysteem hadden ontwikkeld voor het registreren van antecedenten, genaamd: de Bestuurdersmonitor.⁸ Beide toezichthouders zouden elk hun eigen Bestuurdersmonitor beheren en periodiek met elkaar gegevens uitwisselen. Het doel van de Bestuurdersmonitor zou zijn om een totaalbeeld te verkrijgen van antecedenten van zowel bestuurders als, anders dan de naam doet vermoeden, commissarissen. Dat totaalbeeld zou behulpzaam zijn voor de beoordeling van de betrouwbaarheid en/of geschiktheid van bestuurders en commissarissen. De toezichthouders gaven aan dat de Bestuurdersmonitor naar verwachting in de loop van 2012 zou worden gevuld. Na deze berichtgeving bleef het vervolgens enige tijd stil rondom dit registratiesysteem, totdat DNB in haar nieuwsbericht van 19 mei 2015 plotseling vermeldde dat de Bestuurdersmonitor in werking was getreden. In dit nieuwsbericht is vermeld dat het gaat om bekende en nieuwe antecedenten van bestuurders, commissarissen en functionarissen van het tweede echelon die getoetst zijn vanaf 2 februari 2015. Wij zijn niet bekend met een dergelijk bericht van de AFM, zodat de status van de Bestuurdersmonitor van de AFM vooralsnog onduidelijk is.

In voornoemd nieuwsbericht is vermeld dat DNB de Bestuurdersmonitor bij iedere toetsing zal raadplegen. Bestuurders en commissarissen doen er mede om die reden

⁷ Brief Minister van Financiën aan de Koning d.d. 7 mei 2015, nr. FM/2015/341 U.

⁸ Informatiebulletin Toetsingen van de AFM en DNB (versie mei 2012 A).

verstandig aan om voorafgaand aan een toetsingsgesprek door middel van een verzoek daartoe aan DNB te achterhalen welke informatie over hen geregistreerd is in de Bestuurdersmonitor van DNB. Dat geldt ook wanneer het een toetsing betreft door bijvoorbeeld de AFM of een buitenlandse toezichthouder. In voornoemd nieuwsbericht is namelijk vermeld dat slechts een beperkte groep personen en instellingen toegang hebben tot het register en dat binnen DNB louter het Expertisecentrum Toetsingen daar toegang toe heeft, maar tegelijkertijd is vermeld dat DNB zich bevoegd acht om de informatie te delen met instellingen zoals de AFM, de ECB, een buitenlandse financiële toezichthouder of een strafrechtelijke autoriteit.

Dat brengt ons op de vraag wat voor gegevens DNB nu precies registreert. De gegevens die in de Bestuurdersmonitor worden geregistreerd betreffen in ieder geval toezichtantecedenten, strafrechtelijke antecedenten, financiële antecedenten en fiscaal bestuursrechtelijke antecedenten. Anders dan in de gezamenlijke nieuwsbrief van de AFM en DNB uit 2012 nog het geval was, is in de meest recente nieuwsbrief van DNB niet vermeld of ook informele maatregelen, zoals normoverdragende gesprekken en normoverdragende brieven, zullen worden geregistreerd. Het is echter verstandig er bij de voorbereiding op een toetsingsgesprek rekening mee te houden dat DNB ook dergelijke informele maatregelen, die dus niet al bij voorbaat leiden tot een toezichtantecedent waarop een meldingsplicht rust, mee zal laten wegen bij haar oordeelsvorming.⁹ Tot slot, is niet onbelangrijk dat DNB bij de registratie in de Bestuurdersmonitor de waarborgen van de Wet bescherming persoonsgegevens in acht dient te nemen. Dat brengt bijvoorbeeld met zich dat eenieder wiens gegevens zijn geregistreerd, het recht heeft een beroep te doen op inzage, correctie, of verwijdering van de gegevens. Ook kan betrokkene verzet aantekenen tegen de verwerking van zijn gegevens.

4. Toetsingsmomenten en het toetsingsgesprek

Wij keren terug naar de toetsingen zelf. Er zijn twee (imperatieve) toetsingsmomenten. Het eerste toetsingsmoment wordt ook wel aangeduid als een 'toetsing aan de poort' en heeft betrekking op de toetsing vóór het aantreden van een beleidsbepaler, bij vergunningaanvraag of registratie, of bij het voornemen tot aantreden als nieuwe bestuurder of commissaris bij een onderneming die reeds over een vergunning beschikt of reeds geregistreerd is. Het tweede toetsingsmoment, de 'hertoetsing', vindt plaats na het aantreden van de bestuurder of commissaris, maar alleen indien (een wijziging in de relevante) feiten of omstandigheden daartoe een redelijke aanleiding geven. Het uitgangspunt is immers zowel bij geschiktheid als bij betrouwbaarheid: eens geslaagd, blijft geslaagd.

⁹ Zie ook DNB Nieuwsbrief 'Beoordeling van antecedenten' d.d. 15 mei 2014.

Een hertoetsing wordt in beginsel uitgevoerd door de vergunningverlenende toezichthouder. Bij bijvoorbeeld banken en verzekeraars is dat DNB en bij beleggingsondernemingen en financiële dienstverleners is dat de AFM. Niet zelden worden hertoetsingen overigens in de praktijk door beide toezichthouders gezamenlijk verricht, omdat vooral bij banken en verzekeraars de betreffende bestuurder kwalitatief qua ook bestuurder is van of commissaris is bij een groepsvennootschap die onder toezicht staat van de AFM.

Een vast onderdeel in de praktijk van zowel toetsingen als hertoetsingen is het toetsingsgesprek. De betreffende bestuurder of commissaris wordt schriftelijk voor een dergelijk gesprek opgeroepen. Het gesprek wordt gevoerd ten kantore van DNB respectievelijk de AFM. Van de zijde van de toezichthouder zijn bij het gesprek doorgaans drie of vier personen aanwezig. Van de betreffende bestuurder of commissaris wordt doorgaans evenwel verwacht dat hij het hol van de leeuw in zijn eentje betreedt. Dat is in onze optiek niet vanzelfsprekend, gelet op de verstrekende consequenties die verbonden zijn aan een eventuele aftoetsing voor zowel de betrokken bestuurder als de onderneming waar hij werkzaam is. Een bestuurder of commissaris die zich tijdens het gesprek wil laten vergezellen door een derde, bijvoorbeeld een interne (bedrijfs)jurist of een advocaat, krijgt echter steevast te horen dat dit niet wenselijk is. Het zou afbreuk doen aan het door de toezichthouder verlangde 'open en eerlijke' gesprek. Daar wordt dan bij vermeld dat de uitnodiging voor het toetsingsgesprek een 'vrijwillig' informatieverzoek betreft en dat dus geen gebruik wordt gemaakt van de bevoegdheid om inlichtingen te vorderen en er evenmin een medewerkingsplicht geldt. Voorts wordt opgemerkt dat, indien de betreffende bestuurder zou weigeren het toetsingsgesprek zonder aanwezigheid van een advocaat of een andere derde aan te gaan, het onderzoek zal worden afgerond op basis van de beschikbare informatie uit *deskresearch*.

Het kan niet verbazen dat de meeste bestuurders en commissarissen er na dergelijke mededelingen voor opteren niet te veel trammelant te maken en gehoor te geven aan de wens van de toezichthouder het gesprek solo aan te gaan. Bij deze gang van zaken wringt echter het bepaalde in artikel 2:1 Algemene wet bestuursrecht ('Awb'), inhoudende dat eenieder zich ter behartiging van zijn belangen in het verkeer met bestuursorganen kan laten bijstaan of door een gemachtigde kan laten vertegenwoordigen. Met andere woorden, bestuurders of commissarissen hebben het *recht* zich tijdens het (her)toetsingsgesprek te laten bijstaan.

Dit is des te meer een relevant punt, omdat het niet zelden voorkomt dat een negatieve uitkomst van een hertoetsing voor een groot deel wordt gebaseerd op de uitlatingen van betrokkene tijdens het hertoetsingsgesprek. Het belang van deze gesprekken wordt ook nadrukkelijk onderstreept in berichtgeving van de toezichthouders. Verwezen zij bijvoorbeeld naar DNB Nieuwsbrief 'Het toetsingsgesprek' d.d. 19 november 2013: *'Waarom een gesprek. Vaardigheden of competenties zijn lastig vanaf papier te toetsen (...). In een persoonlijk gesprek kunnen wij ons hier wel een goed beeld van vormen. Ook inhoudelijke kennis kan aan bod komen.'* Juist

gelet op de relevantie die door DNB aan toetsingsgesprekken wordt toegekend, zou het aangewezen zijn om bijstand tijdens deze gesprekken toe te staan. Het zou bovendien ook de acceptatiegraad vergroten van de uitkomsten van toetsingsgesprekken, als daar later met een advocaat die bij het gesprek aanwezig was over kan worden gesproken.

Die acceptatiegraad ligt op het moment, ook om andere redenen, niet erg hoog. Zo is een veelgehoorde klacht dat het de gesprekspartners van bestuurders en commissarissen ontbreekt aan kennis van en ervaring met de dynamiek binnen een raad van bestuur respectievelijk een raad van commissarissen. Hoe kunnen zij dan beoordelen of iemand geschikt is als bestuurder respectievelijk commissaris? Een andere veelgehoorde klacht is dat de redelijke aanleiding voor een hertoetsing vaak verband houdt met het bij DNB of de AFM ontstane vermoeden dat de betrokken financiële onderneming in overtreding is van bepaalde (doorgaans beboetbare) voorschriften uit de Wft. Parallel met het hertoetsingstraject wordt dan een boete-onderzoek gestart. Ook kan het voorkomen dat er al een boete is opgelegd nog voordat het toetsingsgesprek heeft plaatsgevonden. Hoe kan dan van de toezichthouder die net heeft vastgesteld dat de financiële onderneming een wettelijke bepaling heeft overtreden worden verwacht dat hij desalniettemin tot een positief oordeel komt ten aanzien van iemand die ten tijde van diezelfde overtreding één van de bestuurders was van de betreffende onderneming? Kort gezegd, een hertoetsing door dezelfde toezichthoudende instantie die zojuist een overtreding heeft vastgesteld is in de optiek van bestuurders en commissarissen niet *fair* en heeft in ieder geval de schijn van vooringenomenheid.

5. Consequentie van aftoetsing: beroepsverbod?

Het voorgaande wordt pregnanter als men de consequenties van een negatieve uitkomst van vooral hertoetsing in ogenschouw neemt. Gaat het om een negatief oordeel over de betrouwbaarheid van een bestuurder of commissaris dan geldt naar zijn aard dat de betreffende persoon vrijwel direct door de financiële onderneming zal moeten worden heengezonden. Aangezien de betrouwbaarheidstoets niet gekoppeld is aan de specifieke functie waarbinnen de hertoetsing plaatsvindt, komt een negatief betrouwbaarheidsoordeel erop neer dat de betreffende bestuurder niet meer werkzaam kan zijn in een toetsbare positie in de financiële sector. Hoelang dat het geval is, kan niet worden opgemaakt uit wet- of regelgeving noch uit *guidance* van de toezichthouders. Een negatief betrouwbaarheidsoordeel komt daarmee in feite neer op een mogelijk levenslang beroepsverbod.

Bij de geschiktheidstoets ligt dat genuanceerder vanwege het situationele karakter daarvan. Toetsing van geschiktheid geschiedt namelijk met inachtneming van de betreffende functie en het soort, de omvang, de complexiteit en het risicoprofiel van de onderneming. Indien sprake is van een collectief dan is bovendien imperatief bepaald dat de toetsing geschiedt met inachtneming van de samenstelling en het

functioneren van het collectief. Dat brengt met zich dat een persoon die volgens DNB of de AFM niet geschikt is om een bepaalde bestuursfunctie te vervullen vanwege bijvoorbeeld de kennis en ervaring van de overige bestuursleden, wel geschikt kan zijn voor een bestuursfunctie bij een andere onderneming. Het laat zich ook goed voorstellen dat iemand die niet geschikt wordt bevonden als bestuurder van een systeemrelevante financiële onderneming wel geschikt is als bestuurder van of commissaris bij een kleinere onder toezicht staande instelling.

In de praktijk geldt echter zowel bij een negatief betrouwbaarheidsoordeel als bij een negatief geschiktheidsoordeel dat dit niet zelden leidt tot een (definitieve) verbanning van de financiële markten in een beleidsbepalende functie. Dat hangt samen met het feit dat een afgetoetste bestuurder of commissaris zelf geen formele ingang heeft bij de toezichthouders, maar er steeds van afhankelijk is of een financiële onderneming hem durft voor te dragen. Begrijpelijkerwijs zijn financiële ondernemingen niet snel genegen om een eerder afgetoetste bestuurder naar voren te schuiven bij de toezichthouder. Dat geldt bij uitstek wanneer het een negatief oordeel over de betrouwbaarheid van betrokkene betreft, maar zeker óók wanneer het negatieve oordeel betrekking heeft op de geschiktheid. Een aftoetsing levert immers een kruisje achter je naam op. Of en wanneer dat kruisje zal vervagen is ter discretie van de toezichthouders.

6. Rechtsbescherming

Dat leidt als vanzelf tot de vraag welke rechtsbescherming openstaat tegen een negatief betrouwbaarheids- of geschiktheidsoordeel. Het antwoord op die vraag is niet eensluidend. Tegen een enkel negatief oordeel als zodanig staat geen bestuursrechtelijke rechtsbescherming open. Dat wordt anders wanneer dat negatieve oordeel wordt neergelegd in bijvoorbeeld een afwijzing van een vergunningaanvraag of een aanwijzing tot heenzending. In dat geval is er wél sprake van een besluit in de zin van de Awb waartegen bezwaar, beroep en eventueel hoger beroep openstaat. Als de uitkomst van de toetsing negatief is, dan stellen de toezichthouders de betrokken onderneming en bestuurder of commissaris daar eerst telefonisch van op de hoogte. Dat kan ertoe leiden dat de betreffende financiële onderneming die om welke reden dan ook de strijd niet wil aangaan met de toezichthouder kan besluiten om na dat telefoontje de voordracht in te trekken. De betreffende (aspirant-)bestuurder staat dan met lege handen. Hij weet dan namelijk dat hij is afgetoetst, maar beschikt niet over een formeel besluit waartegen hij als belanghebbende rechtsmiddelen kan aanwenden. Ook hier wreekt zich derhalve weer dat de financiële onderneming de normadressaat is en niet de persoon die wordt onderworpen aan de toetsingen.

Wanneer het een hertoetsing betreft ligt een en ander gecompliceerder, omdat aan heenzending van een bestuurder of commissaris allerlei arbeidsrechtelijke consequenties zijn verbonden waar een onder toezicht staande instelling rekening mee

dient te houden alvorens zij, dan wel de raad van commissarissen, na een telefoontje van de toezichthouder ertoe overgaat de betrokken bestuurder of commissaris zijn congé te geven. Ook komt het geregeld voor dat de betrokken instelling het niet eens is met het oordeel van de toezichthouder en eigenlijk geen afscheid wil nemen van de betreffende bestuurder of commissaris. Desalniettemin komt het in de praktijk regelmatig voor dat ook in die situaties de instelling omwille van het behoud van de goede relatie met de toezichthouder besluit om zich bij het negatieve oordeel neer te leggen. De betreffende bestuurder of commissaris wordt dan vriendelijk doch dringend verzocht 'vrijwillig' te vertrekken dan wel een andere niet-beleidsbepalende functie te accepteren. Veel bestuurders en commissarissen kiezen er in dat geval voor de eer aan zichzelf te houden en te vertrekken. Dat is een begrijpelijke beslissing gelet op de reputatieschade die ontstaat wanneer zelfs maar de enkele aankondiging van hertoetsing bekend wordt in de markt, laat staan een negatieve uitkomst daarvan. Het grote nadeel van een dergelijke handelwijze is dat de afgetoetste bestuurder geen formeel besluit heeft waarin het negatieve oordeel is neergelegd, waardoor hij daar niet in rechte tegen kan opkomen bij de bestuursrechter. Hem rest dan niets anders dan af te wachten of er ooit een andere onder toezicht staande instelling zal zijn die hem naar voren durft te schuiven, waardoor hij de gelegenheid krijgt om zijn geschiktheid en/of betrouwbaarheid opnieuw te laten beoordelen. Dat is geen benijdenswaardige positie.

7. Afrondende opmerkingen

In deze bijdrage zijn in vogelvlucht enkele belangrijke en deels zeer actuele ontwikkelingen met betrekking tot de betrouwbaarheids- en geschiktheidsnorm de revue gepasseerd. Daarbij is geprobeerd voor het voetlicht te brengen dat betrouwbaarheids- en geschiktheidstoetsingen allesbepalend zijn bij de vraag of iemand werkzaam mag zijn als bestuurder, commissaris of (sedert 1 april 2015) leidinggevende in het tweede echelon van een bank of verzekeraar. Een negatief oordeel van de toezichthouder heeft dan ook verstrekkende consequenties. Des te schrijnender is het dat er weinig procedurele waarborgen van toepassing zijn op toetsingen en hertoetsingen en dat de enige wettelijk verankerde waarborg waar bestuurders en commissarissen die aan een (her)toetsing worden onderworpen zich op kunnen beroepen, namelijk het recht op bijstand, door de toezichthouders niet als zodanig wordt erkend waar het toetsingsgesprekken betreft.

Van dezelfde orde is het feit dat rechtsbescherming tegen een negatief oordeel in theorie wel mogelijk is, althans zodra dat zijn beslag krijgt in een formeel besluit, maar dat het in de praktijk vaak niet zover komt. Hoe begrijpelijk de daarbij gemaakte keuzes van de betreffende onder toezicht staande instelling en/of de betrokken bestuurder of commissaris ook zijn, het leidt er *in the end* altijd toe dat de afgetoetste bestuurder of commissaris aan het kortste eind trekt.

Het is om voornoemde redenen dat wij er een voorstander van zouden zijn als betrouwbaarheids- en geschiktheidstoetsingen zouden worden verricht door een gespecialiseerde (rechterlijke) instantie, waarbij de rechtbank Rotterdam met het College van Beroep voor het bedrijfsleven als in het financieel recht gespecialiseerde rechters wellicht het meest voor de hand zouden liggen. Als alternatief kan worden gedacht aan het instituut DSI (Deskundigheid, Screening, Integriteit).

Zou dat om welke reden dan ook onmogelijk of onwenselijk zijn, dan zou de wetgever het (her)toetsingsproces ten minste dienen te reguleren. Daarbij is van belang dat er meer waarborgen toekomen aan te toetsen bestuurders, commissarissen of leidinggevendenden, die zich zeker bij hertoetsingen immers steeds in een uiterst kwetsbare positie bevinden. Daarnaast, als de (her)toetsing zou blijven geschieden door DNB en de AFM, zou overwogen kunnen worden dat deze toezichthouders gebruikmaken van een panel met externe en ervaren (oud-) bestuurders en commissarissen die hun sporen hebben verdiend. Dat zou in ieder geval de acceptatiegraad van de uitkomst van (her)toetsingen verhogen.