

De vertrouwenspersoon en andere opmerkelijke ‘functionarissen’ van de AFM en DNB

Over de inrichting van tegenmacht bij de toezichthouders

Ondernemingsrecht 2021/94

Column

De AFM en DNB hebben opmerkelijke kostgangers. Zo kennen ze beide de ‘Functionaris Verschoningsrecht’, die in beeld komt bij digitale onderzoeken en fungeert als een interne beroepsinstantie bij disputen over het schonen van geprivilegieerde gegevens. Bij het bestaan van de Functionaris Verschoningsrecht zijn reeds als zodanig de nodige kanttekeningen te plaatsen.² Opmerkelijk is ook dat dé Functionaris Verschoningsrecht niet bestaat. Anders dan ik veronderstelde – en wilde geloven – is het niet zo dat er ergens in een afgeschermd kamertje bij de AFM en DNB een onafhankelijk opererende Functionaris Verschoningsrecht zit. De functie kan namelijk bij toerbeurt worden vervuld door medewerkers van de afdeling Juridische Zaken of zelfs door een boetefunctionaris. Mogelijk is achterdocht mij in de loop der jaren parten gaan spelen, maar ik vind het geen comfortabele gedachte dat kennis wordt genomen van mijn adviezen door een functionaris van de AFM of DNB, die ik in een volgend dossier weer ‘gewoon’ tegenkom als behandelend jurist of als lid van de hoorcommissie in bezwaar.

Over die commissie gesproken, en dan meer in het bijzonder de voorzitter ervan. De AFM kent al langer, ongeacht het soort zaak, externe voorzitters. Prima, zou je denken, maar ook hier betreft het enigszins schone schijn. Deze externe voorzitters blijken namelijk geen inhoudelijke rol te vervullen. Dat betekent ook dat de AFM de indertijd door de Tweede Kamer aangenomen motie van Aukje de Vries, waarmee juist werd opgeroepen tot meer externe onafhankelijkheid bij DNB en de AFM, simpelweg heeft genegeerd. Wel lijkt er met de recente komst van een nieuwe externe voorzitter een in dit opzicht (enigszins) nieuwe wind te waaien bij de AFM.³

Bij DNB is van enige ‘tegenmacht’ nog lang geen sprake. DNB heeft inmiddels wel een externe voorzitter van de hoorcommissie in bezwaar ingesteld, maar alleen in zaken waar het de toetsing van personen betreft. Opmerkelijker nog: DNB laat uitgerekend haar voormalig huisadvocaten deze voorzittersrol vervullen. Nu heb ik niets tegen de betreffende personen – sterker nog, ik mag ze en waardeer ze nog meer – maar ik vraag mij af of van hen de verlangde onafhankelijkheid kan worden verwacht als ze eerder jarenlang, ook in toetsingszaken, eenzijdig de belangen van DNB hebben behartigd. Dat bij bezwaarmakers de indruk ontstaat dat ook deze functie weer is ingesteld voor de bühne, kan mij in ieder geval niet verbazen. Bovendien is het benoemingsproces ondoorzichtig. Er is door DNB niet openbaar voor geworven. En was de conclusie van de Commissie-Ottow niet dat er door de toezichthouders juist meer transparantie moet worden betracht?

Nog een opmerkelijke eend in de bijt: de ‘vertrouwenspersoon’, door DNB en de AFM ingesteld naar aanleiding van door de Commissie-Ottow gedane aanbevelingen. Deze persoon kan in toetsingszaken worden ingeschakeld als er sprake is “van een procedureel conflict of van een klacht over de bejegening”.⁴ Mijn ervaring met de vertrouwenspersoon is positief. Zo vervulde

1 Mr. G.P. Roth is advocaat te Amsterdam, voorzitter van de Stichting Waakzaamheid Financieel Toezicht en redacteur van dit tijdschrift.

2 Zie *Finnius Vindt* 18 juni 2020, ‘Overdrijft u niet een beetje?’; (<https://finnius.com/overdrijft-u-niet-een-beetje/>), een kantoorblog geschreven door de auteur van deze column.

3 Zie *Finnius Vindt* 14 april 2021, ‘De hand van ... dr. mr. J.A.F. Peters’ (<https://finnius.com/de-hand-van-dr-mr-j-a-f-peters/>), een kantoorblog geschreven door de auteur van deze column.

4 Zie: <https://www.afm.nl/nl-nl/nieuws/2018/juli/externe-deskundigen-personentoetsingen>.

hij een nuttige rol in een procedurele kwestie met betrekking tot een hertoetsing. Grappig was wel dat men bij het bestuurssecretariaat van de AFM – toen om de contactgegevens van de vertrouwenspersoon werd gevraagd – geen idee had wie het was en zelfs de functie als zodanig geen belletje deed rinkelen. Ook later heb ik wel eens begrepen dat de telefoon bij de vertrouwenspersoon niet bepaald roodgloeiend stond. Maar dat kan natuurlijk ook positief zijn.

Niet positief en niet grappig is dat DNB toen deze column werd geschreven weer zonder vertrouwenspersoon zat. Heel recent nog probeerde ik in een DNB-zaak de hulp in te roepen van deze functionaris. Nadat aanvankelijk te kennen werd gegeven dat zijn contactgegevens verstrekt zouden worden, volgde niet veel later de mededeling van DNB dat toch geen gebruik kon worden gemaakt van de vertrouwenspersoon omdat er inmiddels beroep was ingesteld. Opmerkelijk, omdat de vertrouwenspersoon, zoals gezegd, kan worden ingeschakeld "*als er sprake is van een procedureel conflict*". Hoe dan ook, nog weer later kwam het bericht dat er momenteel geen vertrouwenspersoon is en dat er binnenkort een nieuwe vertrouwenspersoon zal worden aangesteld. Dat is goed nieuws, maar tevens slecht nieuws. Ook de aanstelling van deze nieuwe vertrouwenspersoon lijkt immers weer binnenskamers te worden geregeld. Ik heb in ieder geval geen vacature voorbij zien komen. Mogelijk dat bij het verschijnen van deze column inmiddels bekend is wie de nieuwe vertrouwenspersoon is en blijkt dat DNB eindelijk daadwerkelijk externe onafhankelijkheid binnenboord heeft gehaald, maar ik moet dat nog zien. Laat de keuze in ieder geval niet weer op iemand uit de *inner circle* van DNB zijn gevallen.

Dus liever niet weer (oud) advocaten van kantoren die DNB op regelmatige basis bijstaan of hebben bijgestaan in, bijvoorbeeld, toetsingszaken. Men kan van personen die in een betrouwbaarheids- of geschiktheidszaak met DNB zijn verwickeld – en dus kwetsbaar zijn – niet verwachten dat zij met hun vertrouwelijke *issues* dienaangaande naar (oud-)advocaten van DNB zelf stappen. Om soortgelijke redenen vind ik de suggestie van de Commissie-Ottow om een vertrouwenspersoon aan te stellen "*binnen de toezichthouder, maar met een onafhankelijke opdracht*" minder gelukkig. Daar kleeft bovendien het risico aan dat met, bijvoorbeeld, de General Counsel van DNB gewisselde correspondentie (verplicht) deel gaat uitmaken van het door DNB in procedures over te leggen procesdossier. Volgens mij is de belangrijkste aan de vertrouwenspersoon te stellen eis dat zij of hij het vertrouwen geniet van DNB én de betrokken bestuurder of commissaris. Dat vraagt om een échte buitenstaander.

Zekerheidshalve: de kritiek die in het voorgaande doorklinkt richt zich tot de AFM en DNB en de wijze waarop ze in de sleutel van rechtsbescherming staande functies inrichten. Die functies zijn belangrijk. De AFM en DNB zijn met belangrijke overheidstaken belast en kunnen tegenwoordig enorm hoge boetes – vaak veel hoger dan in het strafrecht – en andere verstrekende (persoonlijke) sancties opleggen. De kritiek richt zich dus niet tot de personen die deze functies vervullen. En voordat dat misverstand ontstaat: ik wil al helemaal niet suggereren dat DNB en de AFM afscheid moeten nemen van Pels Rijcken *als advocaat*. Ik doe niet mee aan de hetze om de staat en toezichthouders ertoe te bewegen dit kantoor 'heen te zenden' en stoort me aan het 'enthousiasme' waarmee sommigen het smeulende vuur aanwakkeren. Het kantoor zal, zo lijkt het, fouten hebben gemaakt bij het nemen van maatregelen die moeten voorkomen dat binnen het kantoor kan worden gefraudeerd. Fouten die niet mogen worden gebagatelliseerd, net zomin als de enorme fraude die door haar voormalig bestuursvoorzitter is gepleegd. Maar dat betekent toch nog niet dat aan de betrouwbaarheid en geschiktheid van de advocaten van dit kantoor moet worden getwijfeld? Ik zie niet in waarom zij niet meer als advocaat zouden mogen optreden voor toezichthouders als DNB en de AFM. Dat zou unfair en maatschappelijk onwenselijk zijn.

Zoals ook unfair en onwenselijk is dat de AFM en DNB meerbedoelde functies zo inrichten dat degenen die rechtsbescherming genieten daar in de praktijk weinig aan hebben, respectievelijk daar geen vertrouwen meer in hebben. Dat moet structureel anders, zo leert ook de toeslagenaffaire. En dat kan ook structureel anders. Het vertrouwen in de AFM en DNB zelf zal er bovendien alleen maar door toenemen.