

Van de AFM, de rechtsstaat, die aan haar voorbij gaat

Ondernemingsrecht 2019/53

1. Oninteressante commentaren ter zake de Nederlandse rechtstaat

Het fenomeen bestaat al even: bevalt de manier waarop instituties zich kwijten van hun taak niet, dan wordt al snel de rechtsstaat opgevoerd. Vooral degenen met een eigen financieel – of politiek belang beweren dan al snel dat onze rechtsstaat op het spel staat. Gevoel voor demagogie kun je dergelijke commentatoren doorgaans niet ontzeggen.

Hebben we geluk, dan drukken ze zich genuanceerder uit en worden bij het gewraakte optreden vraagtekens geplaatst indachtig de aan de Nederlandse rechtsstaat ten grondslag liggende beginselen. Welke beginselen dat precies zijn, blijft ook dan echter vrijwel steeds onvermeld. Dergelijke, vaak nogal populistische, commentaren zijn voor juristen meestal oninteressant, behoudens wellicht voor rechts-sociologen.

Eigenlijk is dat vreemd. “Rechtsstaat” is misschien wel het ultieme juridische begrip, waar bovendien vaak, zij het vooral buiten rechte, een beroep op wordt gedaan. Toch leidt dat maar zelden tot interessante juridische inzichten. Of het moet zijn dat het kennelijk lastig is om vast te stellen wat het begrip rechtsstaat behelst en, in het verlengde daarvan, dat criticasters er alle kanten mee op kunnen. De vaagheid van het begrip laat al snel toe dat onder verwijzing naar de rechtsstaat kritiek wordt geleverd op instituties.

2. Timmerman over de AFM in de Nederlandse rechtsstaat

De fans van Vito Timmerman hebben natuurlijk al lang door op welke van zijn vele publicaties het vorengaande terugslaat en tezelfdertijd preludeert: “De AFM in de Nederlandse rechtsstaat”, zoals gepubliceerd in het in 2005 uitgebrachte themanummer van dit tijdschrift: ‘De taken van de AFM op het gebied van het Ondernemingsrecht’.² Het betrof overigens een uitwerking van een door Timmerman gehouden voordracht tijdens een congres over het functioneren van de AFM.

Zo oninteressant de hiervoor bedoelde populistische commentaren doorgaans zijn, zo interessant wordt het als een van de meest gezaghebbende juristen van zijn generatie licht laat schijnen over de Nederlandse rechtsstaat. Dat geldt, althans voor mij, temeer indien daarbij de plaats van de AFM in die rechtsstaat centraal staat. Er was indertijd overigens alle aanleiding om daar eens bij stil te staan, om-

dat de AFM ook toen al een institutie was die vaak op de rationale van de rechtsstaat geïnspireerde kritiek ten deel viel.

Het (korte) artikel van Timmerman maakte indertijd nogal indruk op mij. Niet zozeer omdat ik het inhoudelijk eens was met de door hem betrokken stellingen. En zelfs niet vanwege de bedachtzame en afgewogen wijze waarop hij zijn stellingen betreft en onder woorden brengt; dat was immers ook toen al een vanzelfsprekendheid bij Timmerman.

Nee, indruk op mij maakte vooral de onomwonden wijze waarop Timmerman duidelijk maakte dat hij eigenlijk ook niet wist wat de Nederlandse rechtsstaat precies behelst. Dat begon al met de eerste volzin: “*het is verre van eenvoudig aan te geven wat het begrip rechtsstaat precies inhoudt*” en kreeg een vervolg waar hij uitlegde dat het hier om een “*nogal meerzinnig*” begrip gaat, waarmee men alle kanten uit kan. Het artikel is daarmee van een plezierige bescheidenheid.

Ik heb getwijfeld of het (daarom) passend is om hier de plat geciteerde Goethe toch nog eens aan te halen: “*In der Beschränkung zeigt sich erst der Meister, und das Gesetz nur kann uns Freiheit geben*”, zeker ook gelet op het tweede, vaak weggelaten, deel van het citaat. Ik weet het niet. Wat ik wel weet is dat ik dat ik de volgende conclusie van Timmerman altijd heb onthouden:

“Wat de AFM op dit terrein ook mag gaan doen, er is altijd kritiek mogelijk vanuit rechtstatelijk gezichtspunt vanwege het containerachtig karakter van dit begrip.”

Er kunnen lezers zijn die veronderstellen dat deze conclusie mij heeft aangespoord om de AFM nog kritischer te gaan volgen dan ik toch al deed. Ik zal ook niet ontkennen dat ik nadien, als advocaat, de besluiten van de AFM nog dikwijls heb bekritiseerd. En ik zal in de hitte van de strijd ook vast nog weleens hebben verwezen naar de rechtsstaat of de daaraan ten grondslag liggende uitgangspunten (zonder precies te weten wat die inhouden). Toch kan ik verzekeren dat het artikel van Timmerman wat dat betreft juist een dempende werking heeft gehad. Daarmee heeft zeker vandoen dat het artikel bij mij heeft ingescherpt dat het vaak veel te gemakkelijk is om “onze rechtsstaat” – of erger nog: “onze democratische rechtsstaat” – in de strijd te gooien.

Al het vorengaande neemt niet weg dat Timmerman in bedoeld artikel toch een aantal wel duidelijke elementen van de Nederlandse rechtsstaat heeft benoemd en die heeft betrokken op de positie van de AFM. Op één daarvan vestig ik hier de aandacht: de vereiste betrokkenheid van het parlement bij onder meer het toebedelen van taken aan de AFM. Timmerman merkt daarbij terecht op dat het delegeren van bevoegdheden aan een toezichthouder zo kan worden inge-

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

² *Ondernemingsrecht* 2005/65 (p. 204 e.v.).

richt dat er geen politieke verantwoordelijkheid meer bestaat voor beslissingen in individuele gevallen, maar dat dit niet uitsluit dat de politiek:

“wel volledig verantwoordelijk is voor de algemene regels en wat wel wordt genoemd de algemene beleidskaders. Er wordt in dit verband wel een onderscheid gemaakt tussen de zogenaamde systeemverantwoordelijkheid en verantwoordelijkheid in individuele zaken. Het handhaven van dit onderscheid kan mijns inziens bijdragen tot evenwichtige checks and balances in de overheidsorganisaties.”

3. Maar wat hier dan van te denken?

In het licht van vorengaande vraag ik hier aandacht voor een recente ontwikkeling, waarbij zowel de Minister van Financiën als de AFM (en DNB) hebben gemeend de wens van het parlement simpelweg naast zich neer te kunnen leggen. Dat doe ik omdat deze ontwikkeling mij aan het twijfelen heeft gebracht. Moet ik mijn hiervoor beschreven terughoudend niet laten varen en gewoon hardop zeggen dat onze rechtsstaat hier met voeten wordt getreden? En misschien vestig ik ook de aandacht wel op deze ontwikkeling in de hoop dat Timmerman hier bij (informele) gelegenheid nog eens zijn opvatting over kenbaar wil maken.

De ontwikkeling waar ik op doel is in gang gezet naar aanleiding van kritiek die al sinds enige tijd wordt geuit op het (ontbreken van een afdoende) wettelijke kader met betrekking tot de geschiktheids- en betrouwbaarheidstoetsing van bestuurders en commissarissen en de wijze waarop DNB en de AFM invulling geven aan deze toets.³ Misschien is dit zelfs wel het onderwerp bij uitstek waarbij de rechtsstaat in stelling wordt gebracht. In ieder geval is het een onderwerp dat veel in de belangstelling heeft gestaan en nog steeds staat, zowel bij onder toezicht staande instellingen en hun functionarissen, als bij de pers en de politiek. Aan die belangstelling hebben affaires als die met betrekking tot Delta Lloyd en haar heengezonden CFO en, recentelijk, ING en haar niet heengezonden CEO, uiteraard bijgedragen. Er is ter zake van deze toetsingen in 2016 zelfs een heuse, naar haar voorzitter prof. A. Ottow vernoemde, commissie aan de slag gegaan, die ook licht heeft laten schijnen over aspecten die – ik formuleer het maar voorzichtig – raken aan de rechtsstaat.⁴

Critici hebben met betrekking tot vorenbedoelde personen-toetsing – maar ook los daarvan – aangevoerd dat de AFM en DNB niet of nauwelijks onafhankelijke derden betrekken bij hun besluitvorming. Dat betreft ook de besluitvorming na heroverweging in bezwaar. De AFM beschikte nog wel

over een hoorcommissie die werd voorgezeten door een onafhankelijke externe voorzitter, maar dit bleek niet meer dan ceremoniële betekenis te hebben. Uitgerekend deze voorzitter bleek immers niet inhoudelijk te zijn betrokken bij de advisering van het AFM-bestuur. Voor de hoorcommissie van DNB gold dat die überhaupt geen externe leden kende. Wel had genoemde commissie Ottow inmiddels geadviseerd dat ook DNB op zoek diende te gaan naar een externe voorzitter voor haar hoorcommissie, maar ook die zou geen inhoudelijke rol vervullen.

Het was tegen deze achtergrond dat Kamerlid De Vries bij de parlementaire behandeling van de Wet aanvullende maatregelen accountantsorganisaties de staf brak over het gebrek aan inhoudelijke bemoeienis van onafhankelijke derden bij de hoorcommissies van DNB en de AFM.⁵

“(…) mijn pleidooi zou zijn: er is nu een onafhankelijke voorzitter die inhoudelijk in feite geen rol heeft, voeg nou gewoon een paar onafhankelijken toe aan die bezwaarprocedure, zodat je een meer onafhankelijk karakter krijgt (…).”

Nu gaat het mij er in het kader onderhavige bijdrage niet om of De Vries hier een punt heeft, maar ik mag hier ook niet onvermeld laten dat ik bij eerdere gelegenheid al eens heb betoogd dat De Vries hier de spijker op zijn kop slaat.⁶ Hoe dan ook, het pleidooi van De Vries is uitgemond in een motie waarmee de regering werd opgeroepen om de bezwaarprocedure bij de AFM daadwerkelijk onafhankelijker in te richten door daar meer externen bij te betrekken en niet te volstaan met een weliswaar externe, maar niet inhoudelijk betrokken voorzitter van de hoorcommissie. Deze motie is vervolgens aangenomen door de Tweede Kamer.⁷

Noem het naïef, maar ik ben er vervolgens van uitgegaan dat de AFM en DNB, of desnoods de minister, opvolging zouden geven aan de wens van het parlement en aldus ook zouden bevorderen dat wij eindelijk worden verlost van het nutteloze rondje rond de kerk, waartoe de bezwarenprocedure bij DNB en de AFM, zeker bij toetsingskwesaties, is verworpen.⁸ Maar wat blijkt: niets van dat al. De AFM heeft als het om de bezwarenprocedure gaat alles bij het oude gelaten en DNB heeft zich daarbij aangesloten. Dat is aldus geformuleerd in een vanuit pr-oogpunt gezien handig opgesteld, en door DNB en de AFM gezamenlijk op 18 juli 2018 uitgegeven persbericht.⁹

“Naast bovengenoemde externe deskundigen en de vertrouwenspersoon heeft DNB Eric Daalder (lid van de

3 Zie daarover recentelijk I.P. Palm-Steyerberg, ‘Bestuurderstoetsingen in Europees perspectief Deel II: rechtsbescherming en rechtswaarborgen’, *FR* 2018/12, p. 623 e.v.

4 Zie de door deze commissie uitgebrachte rapportage ‘Externe evaluatie toetsingsproces AFM en DNB’, te vinden op www.rijksverheid.nl/documenten/rapporten/2016/12/13/bijlage-1-rapport-commissie-ottow.

5 *Handelingen II* 2016/17, 34677, 99, p. 13.

6 *Ondernemingsrecht* 2018/23 (p. 146).

7 Zie *Kamerstukken II* 2016/17, 34677, 10.

8 Hoewel ik mede naar aanleiding van uitlatingen van diezelfde minister ook toen al wel enige twijfels had of het echt zo ver zou komen (zie mijn in voetnoot 6 bedoelde bijdrage (p. 146)).

9 Zie www.afm.nl/nl-nl/nieuws/2018/juli/externe-deskundigen-personeel-toetsingen.

Raad van State) bereid gevonden om als externe voorzitter van de hoorcommissie in bezwaar tegen besluiten over bestuurderstoetsingen van DNB op te treden. De externe voorzitter is verantwoordelijk voor de gang van zaken tijdens de hoorzitting, bewaakt het proces en dat op zorgvuldige wijze alle relevante feiten verzameld worden om tot de kern van het bezwaar te komen. De AFM kent al geruime tijd een dergelijke onafhankelijke voorzitter van de hoorcommissie in de bezwaarfase. De hoorcommissie heeft op dit moment twee externe voorzitters: de heer mr. drs. C.O.W. Dubbelman en mevrouw prof. mr. drs. C.M. Grundmann – Van de Krol.”

Het handige van dit persbericht – dat (óók handig) de titel draagt: “Externe deskundigen bij bestuurderstoetsingen” – is dat daarin sterk wordt benadrukt dat de AFM en DNB, bij wijze van *pilot*, meer externe deskundigen zullen betrekken bij bestuurderstoetsingen. En wat waar is, is waar: dat gebeurt inmiddels ook. Zo worden inmiddels diverse door DNB en de AFM aangetrokken externe deskundigen ingezet bij aanvangstoetsingen, waarbij overigens nog wel jammer is dat dit bij de veel precairdere hertoetsingen niet gebeurt. Bovendien, zo ervoer ik onlangs zelf, is de door de AFM en DNB ingestelde externe vertrouwenspersoon inmiddels actief en vervulde hij in de toen voorliggende kwestie een nuttige functie. Dit kan evenwel niet verhullen dat de door het parlement expliciet geuite wens om meer inhoudelijke externe betrokkenheid te introduceren bij de bezwarenprocedure, simpelweg in de wind is geslagen.

Hoewel ik slechts korte tijd het genoegen heb gesmaakt om samen met Timmerman deel uit te maken van de redactie van dit tijdschrift, voel ik me toch in die zin schatplichtig aan hem dat ik terughoudend en bedachtzaam wil zijn bij het formuleren van een opvatting in dezen. Nu kom ik (ook) wat dat betreft natuurlijk nog niet in de buurt van Timmerman, maar ik kan het natuurlijk wel proberen. Ik zal hier dan ook niet betogen dat de AFM en DNB of de Minister van Financiën de beginselen van onze rechtsstaat aan hun laars hebben gelapt of ook maar onvoldoende in acht hebben genomen. Wel permitteer ik me op te merken dat de AFM, DNB en de Minister van Financiën er in ieder geval zelf alles aan hebben gedaan om die indruk te wekken. Het betreft hier bij uitstek de door Timmerman ook al genoemde verantwoordelijkheid voor het systeem en dus niet die voor individuele zaken. De systeemverantwoordelijkheid rust bij de politiek. Daarmee *lijkt* – ik leer het al – niet te verenigen dat toezichthouders de duidelijke wensen van die politiek naast zich neerleggen.