

# Actualiteit

## De herziene beleidsregel geschiktheid van de AFM en DNB (consultatie)

mr. G.P. Roth en mr. J.S. Roepnarain<sup>1</sup>

### 1. Inleiding

Personen die op het hoogste niveau in de financiële sector werkzaam willen zijn, worden getoetst op betrouwbaarheid en geschiktheid. Die toetsingen worden, afhankelijk van het soort instelling waar de functie zal worden uitgeoefend, uitgevoerd onder verantwoordelijkheid van De Nederlandsche Bank (hierna: DNB), de Autoriteit Financiële Markten (hierna: AFM) of de Europese Centrale Bank (hierna: ECB).<sup>2</sup> Slechts indien beide toetsingen een positief resultaat opleveren, mag de kandidaat in functie worden benoemd.<sup>3</sup> Dit wordt ook wel aan-

geduid als de aanvangstoetsing of de 'toetsing aan de poort'. Door middel van deze toetsingen kunnen voornoemde toezichthouders derhalve significante invloed uitoefenen op de invulling van topposities in de financiële sector en daarmee ook op de carrièrepaden van personen die een dergelijke positie ambiëren. Betrouwbaarheid en geschiktheid zijn bovendien eisen waaraan doorlopend dient te worden voldaan. Indien (een wijziging in de relevante) feiten of omstandigheden daartoe een redelijke aanleiding geven, dan kunnen de toezichthouders overgaan tot 'hertoetsing' van de betreffende (mede)beleidsbepaler. Zelfs als personen al zijn goedgekeurd en in functie zijn benoemd, dienen zij derhalve te allen tijde rekening te houden met de mogelijkheid van een hertoetsing met negatieve uitkomst ('aftoetsing'). Aftoetsing betekent doorgaans dat de betreffende (mede)beleidsbepaler op zeer korte termijn zijn functie zal moeten neerleggen en dat de financiële onderneming op zoek dient te gaan naar een vervanger. Een negatief toetsingsoordeel heeft derhalve verstrekkinge consequenties voor zowel de afgetoetste persoon als de instelling die hem of haar had voorgedragen of waar de afgetoetste persoon in functie is.

Uit voorgaande moge duidelijk zijn, dat de toezichthouders met het toetsingsinstrumentarium een machtig middel in handen hebben. Die macht is de afgelopen jaren toegenomen door, onder meer, de uitbreiding van de kring van personen die getoetst dient te worden. Waar de geschiktheidstoets bijvoorbeeld aanvankelijk alleen gold voor beleidsbepalers, dienen sedert enkele jaren ook commissarissen (sinds 2012) en zogenaamde functionarissen uit het tweede echelon<sup>4</sup> (sinds 2015) geschikt

- 
1. Guido Roth is advocaat bij Finnius te Amsterdam en voorzitter van de stichting Wft (Waakzaamheid financieel toezicht). Janice Roepnarain is advocaat bij Aegon Nederland te Den Haag, zij schrijft dit artikel op persoonlijke titel.
  2. Instellingen waarbij DNB de geschiktheid toetst (art. 3:8 en 3:271 Wft): afwikkelonderneming, betaalinstelling, clearinginstelling, elektronischgeldinstelling, entiteit voor risico-acceptatie, bank, kredietunie, premiepensioeninstelling, verzekeraar, wisselinstelling met zetel in Nederland, financiële holding, gemengde financiële holding en verzekeringsholding met zetel in Nederland. Instellingen waarbij de AFM de geschiktheid toetst (art. 4:9 Wft): beheerder van een beleggingsinstelling, beleggingsmaatschappij, beheerder van een icbe, maatschappij voor collectieve belegging in effecten, beleggingsonderneming, bewaarder, datarapporteringdienstverlener, financiële dienstverlener en pensioenbewaarder. Op grond van Verordening (EU)1024/2013 (hierna: SSM-Verordening) (art. 4 t/m 6) is de ECB bij zogenaamde 'significante banken' direct verantwoordelijk voor geschiktheidstoetsingen en dat is eveneens, wanneer het een toetsing betreft in het kader van vergunningverlening, het geval bij niet-significante instellingen.
  3. De betrouwbaarheidstoets valt buiten het bestek van deze bijdrage. Wij verwijzen in dezen naar onze eerdere bijdragen over toetsingen: G.P. Roth en J.S. Roepnarain, De toetsing van bestuurders en commissarissen door DNB en de AFM., Beschouwingen vanuit de theorie én de praktijk, in: Lückerrath-Rovers, M., B. Bier, H. van Ees en M. Kaptein (red.), *Jaarboek Corporate Governance 2015-2016*, Deventer: Kluwer, p. 75-89; G.P. Roth en J.S. Roepnarain, 'De toetsing van bestuurders en commissarissen door DNB en de AFM. Het wettelijk stelsel, de praktijk en de mate van rechtsbescherming', *TvCo* 2015, nr. 4, p. 167 e.v.; G.P. Roth en

---

J.S. Roepnarain, 'De toetsing van bestuurders en commissarissen door de AFM en DNB', *Ondernemingsrecht* 2014/95.

4. Met 'tweede echelon functies' worden bedoeld: leidinggevenden bij banken en verzekeraars die direct onder de raad van bestuur of directie vallen en die verantwoordelijk zijn voor werkzaamheden die het risicoprofiel van de instelling wezenlijk kunnen beïnvloeden. Banken en verzekeraars dienen de geschiktheid van de kandidaat zelf vast te stellen en dat te verwoorden in maximaal 1 A4-tje. Dit oordeel hoeft niet te worden gedeeld met DNB, maar DNB kan

te worden bevonden alvorens zij in functie mogen worden benoemd.<sup>5</sup>

De geschiktheidsstoets vindt zijn grondslag in zowel nationale als internationale wet- en regelgeving. In diverse Europese richtlijnen en verordeningen zijn bepalingen opgenomen die betrekking hebben op de vereiste geschiktheid van bestuurders en commissarissen.<sup>6</sup> Het vereiste dat bestuurders en commissarissen in de financiële sector geschikt dienen te zijn, is daarnaast ook verankerd in de Wet op het financieel toezicht (hierna: Wft) en in enkele andere toezichtswetten die zich richten op de financiële sector.<sup>7</sup> De wijze waarop invulling dient te worden gegeven aan het geschiktheidsvereiste is in Nederland echter niet uitgewerkt in wetgeving. Anders dan het betrouwbaarheidsvereiste dat door de wetgever nader is uitgewerkt in een tweetal algemene maatregelen van bestuur,<sup>8</sup> is het geschiktheidsvereiste 'slechts' uitgewerkt in een gezamenlijke beleidsregel van DNB en de AFM, waarvan de vigerende tekst dateert uit 2012 (hierna: Beleidsregel geschiktheid 2012).<sup>9</sup>

In een persbericht van 14 juni 2019 hebben DNB en de AFM bekendgemaakt voornemens te zijn de Beleidsregel geschiktheid 2012 te wijzigen op basis van aanpassingen in nationale en Europese wet- en regelgeving. Marktpartijen kunnen tot 1 september

2019 reageren op het 'Concept Besluit van DNB en AFM tot wijziging van de beleidsregel geschiktheid 2012' (hierna: Concept Wijzigingsbesluit) en op het 'Concept van de aangepaste tekst van de beleidsregel, inclusief toelichting' (hierna: Concept Beleidsregel en Toelichting).<sup>10</sup> De nieuwe beleidsregel wordt naar verwachting eind 2019 gepubliceerd en zal vanaf dat moment ook van kracht zijn. In deze bijdrage bespreken wij de belangrijkste wijzigingen op de Beleidsregel geschiktheid 2012 aan de hand van het Concept Wijzigingsbesluit en de Concept Beleidsregel en Toelichting.

## 2. Voorgenomen wijzigingen

### Reikwijdte

In verband met de inwerkingtreding van de Wet versterking bestuur pensioenfondsen per 1 juli 2014 en de implementatie van richtlijn IORP II,<sup>11</sup> wordt het toepassingsbereik van de nieuwe beleidsregel geschiktheid vergroot.<sup>12</sup> De daarin opgenomen geschiktheidseisen zullen ook van toepassing zijn op houders en vervullers van zogenaamde sleutelfuncties en van de risicobeheerfunctie, de interne auditfunctie en de actuariële functie bij (beroeps)pensioenfondsen en premiepensioeninstellingen. Overigens is een aanvangstoets op geschiktheid niet in alle gevallen vereist. Als het een nieuwe bestuurder betreft die ook een sleutelfunctie gaat bekleden of als het een functieverandering – zoals bedoeld in art. 1.5 onder b Beleidsregel geschiktheid 2012 – betreft van een zittende bestuurder die ook wordt benoemd tot sleutelfunctiehouder, dan is een voorafgaande geschiktheidstoetsing wel vereist. Voor andere personen die een sleutelfunctiehouderschap aannemen is geen voorafgaande geschiktheidstoets vereist. DNB kan wel besluiten om de geschiktheid van deze sleutelfunctionarissen te toetsen indien zij daar aanleiding toe ziet.<sup>13</sup> Dat geldt overigens sinds 1 juli 2014 ook reeds voor leden van de visitatiecommissie van een (beroeps)pensioenfonds.<sup>14</sup> Indien DNB besluit over te gaan tot voornoemde toetsingen, zal de nieuwe beleidsregel geschiktheid daarop van toepassing zijn. Voorts wordt de nieuwe beleidsregel geschiktheid

---

wel steekproeven nemen om de kwaliteit daarvan te beoordelen. Ook kan DNB besluiten om de geschiktheid zelf te onderzoeken. <https://www.toezicht.dnb.nl/4/2/16/50-232648.jsp>.

5. Zie voor een overzicht van de ontwikkelingen van de geschiktheidstoets onze in noot 3 genoemde eerdere bijdragen en bijvoorbeeld ook S.M.C. Nuijten, 'De geschiktheid van de geschiktheidstoets', *Financieel Recht*, 2017, nr. 4, p. 111 e.v.
6. Zie voor een overzicht en bespreking van relevante Europese richtlijnen en verordeningen I.P. Palm-Steyerberg, 'Bestuurderstoetsingen in Europees perspectief (Deel 1)', *Financieel recht* 2017, nr. 11, p. 490 e.v. en I.P. Palm-Steyerberg, 'Bestuurderstoetsingen in Europees perspectief Deel II: rechtsbescherming en rechtswaarborgen', *Financieel recht* 2018, nr. 12, p. 623 e.v.
7. Sinds inwerkingtreding van de Wet op het financieel toezicht (hierna: Wft) op 1 januari 2007, vormen de artikelen 3:8 en 4:9 de wettelijke basis voor de geschiktheidstoetsingen op grond van de Wft. Vergelijkbare bepalingen zijn opgenomen in de Wet toezicht trustkantoren (hierna: Wtt), de Pensioenwet en de Wet verplichte beroepspensioenregeling (hierna: Wvb).
8. Het Besluit prudentiële regels Wft en het Besluit dragstoezicht financiële ondernemingen Wft.
9. Aanvankelijk beschikte alleen de AFM over een beleidsregel waarin de geschiktheidsnorm – toen nog aangeduid als 'deskundigheid' – op grond van de Wft werd ingevuld. Deze beleidsregel is door de jaren heen uitgebreid en aangescherpt: Beleidsregel deskundigheid dagelijks beleidsbepalers art. 4:9 Wft, *Stcrt.* 2006, 251; Beleidsregel Deskundigheid dagelijks beleidsbepalers art. 4:9 en 5:29 Wft, *Stcrt.* 2008, 69. Pas sinds 1 januari 2011 hebben de AFM en DNB een gezamenlijke beleidsregel waarin de vereisten voor geschiktheid nader zijn uitgewerkt: Beleidsregel deskundigheid 2011, *Stcrt.* 2010, 20810 en Beleidsregel geschiktheid 2012, *Stcrt.* 2012, 13546.

- 
10. Beide documenten zijn te raadplegen op de website van zowel de AFM als DNB: <https://www.afm.nl/nl-nl/professionals/nieuws/2019/jun/consultatie-beleidsregel-geschiktheid> en <https://www.toezicht.dnb.nl/7/50-237715.jsp>.
  11. Richtlijn 2016/2341/EU van het Europees Parlement en de Raad van 14 december 2016.
  12. Concept Wijzigingsbesluit, onderdelen A en C.
  13. <https://www.toezicht.dnb.nl/3/50-237398.jsp>, zie ook de toelichting op onderdeel C van het Concept Wijzigingsbesluit.
  14. Deze toetsingsmogelijkheid vindt zijn oorsprong in de Wet versterking bestuur pensioenfondsen en is verankerd in art. 106 lid 2 Pensioenwet, art. 110c lid 2 Wet verplichte beroepspensioenregeling en art. 29 lid 3 Besluit uitvoering Pensioenwet en Wet verplichte beroepspensioenregeling.

ook van toepassing op toetsingen die worden verricht op grond van de Central Securities Depositories Regulation (hierna: CSDR).<sup>15</sup>

#### Onderwerpen uit paragraaf 1.2

In paragraaf 1.2 van de Beleidsregel geschiktheid 2012 zijn de onderwerpen onder A t/m D opgenomen ten aanzien waarvan een beleidsbepaler geschikt dient te zijn:

- A. **Bestuur, organisatie en communicatie**, waaronder het aansturen van processen, taakgebieden en medewerkers, het naleven en handhaven van algemeen aanvaarde sociale, ethische en professionele normen, waaronder het tijdig, juist en duidelijk informeren van klanten en de toezichthouder;
- B. **Producten, diensten en markten waarop de onderneming actief is**, inclusief relevante wet- en regelgeving en financiële (en actuariële) aspecten;
- C. **Beheerste en integere bedrijfsvoering**, waaronder de administratieve organisatie en interne controle, waarborging van geschiktheid en vakbekwaamheid binnen een onderneming, zorgvuldige behandeling van klanten, risicomanagement, compliance en uitbesteding van werkzaamheden; en
- D. **Evenwichtige en consistente besluitvorming**, waarbij onder meer de belangen van klanten en andere stakeholders een centrale positie innemen.

Alle vier onderwerpen zijn eveneens opgenomen in de Concept Beleidsregel en Toelichting, waarbij wel enkele wijzigingen zijn aangebracht in de tekst dan wel de toelichting. Met betrekking tot onderwerp 'C. Beheerste en integere bedrijfsvoering' is de tekst ongewijzigd gebleven, maar is in de toelichting een alinea toegevoegd om te verduidelijken dat geschiktheid met betrekking tot dit onderwerp tevens inhoudt dat de beleidsbepaler verstand heeft van 'uitbesteding'.<sup>16</sup> De Wft, de Pensioenwet en richtlijn Solvency II<sup>17</sup> staan onder voorwaarden toe dat financiële ondernemingen werkzaamheden uitbesteden aan dienstverleners. De voorwaarden die daaraan gesteld worden hebben als doel de risico's van uitbesteding te beheersen en te waarborgen dat uitbesteding geen belemmering vormt voor adequaat toezicht op de naleving van de betreffende bepalingen.<sup>18</sup> Veel ondernemingen maken

gebruik van de door voornoemde wetten geboden mogelijkheden. DNB vindt het belangrijk dat de beleidsbepalers van deze ondernemingen *in control* zijn over de verrichtingen van de partijen aan wie zij werkzaamheden uitbesteden.<sup>19</sup> Dit vergt van beleidsbepalers, onder meer, kennis van de producten van derde partijen, zodat de beleidsbepalers zelfstandig, zonder beïnvloeding door de derde partij, kunnen beoordelen of de betreffende producten in het belang zijn van de onderneming en belanghebbenden.<sup>20</sup>

Met betrekking tot onderwerp 'D. Evenwichtige en consistente besluitvorming' is in de tekst een zinsnede toegevoegd, luidende 'en het in staat zijn eigen gedegen, objectieve en onafhankelijke besluiten te nemen en oordelen te vormen bij de vervulling van taken en verantwoordelijkheden'. In het Concept Wijzigingsbesluit is vermeld dat dit geen nieuwe eis betreft die aan geschiktheid wordt gesteld, maar een explicitering en verduidelijking van het vereiste van onafhankelijke besluitvorming, hetgeen inhoudt dat beleidsbepalers 'onafhankelijk van geest' dienen te zijn.<sup>21</sup> Er wordt verwezen naar diverse richtlijnen en verordeningen (CRD IV,<sup>22</sup> MIFID II<sup>23</sup> en CSDR) en naar de EBA en ESMA richtsnoeren die sinds 30 juni 2018 van kracht zijn,<sup>24</sup> waarin het belang van het onafhankelijkheidsvereiste wordt benadrukt.

Tot slot is in de Concept Beleidsregel en Toelichting een onderwerp toegevoegd: 'E. Voldoende tijd'. Ook dit zou geen nieuw vereiste betreffen, maar een explicitering en verduidelijking.<sup>25</sup> In het Concept Wijzigingsbesluit wordt in dezen verwezen naar de competentie 'loyaliteit' uit de bijlage bij de Beleidsregel geschiktheid 2012. Loyaliteit is daarin als volgt omschreven: 'identificeert zich met de onderneming. Kan motiveren dat hij of zij (ondanks eventuele nevenfuncties) voldoende tijd aan zijn of haar functie kan besteden om deze naar behoren te kunnen uitvoeren'.

---

beroepspensioenregeling, art. 12 Besluit uitvoering Pensioen en Wet verplichte beroepspensioenregeling.

15. Verordening (EU) nr. 909/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 23 juli 2014 betreffende de verbetering van de effectenafwikkeling in de Europese Unie, betreffende centrale effectenbewaarinstellingen en tot wijziging van Richtlijnen 98/26/EG en 2014/65/EU en Verordening (EU) nr. 236/2012.

16. Concept Beleidsregel en Toelichting, p. 16.

17. Richtlijn 2009/138/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009 betreffende de toegang tot en uitoefening van het verzekerings- en het herverzekeringsbedrijf.

18. Art. 3:18 Wft, art. 37 Besluit gedragtoezicht financiële ondernemingen Wft, art. 27 Besluit Prudentiële regels Wft, art. 34 Pensioenwet, art. 43 Wet verplichte

19. DNB Factsheet 'Governance: uitbesteding' (sept 2018), <https://www.toezicht.dnb.nl/2/5/50-230431.jsp>.

20. Concept Beleidsregel en Toelichting, p. 16.

21. Concept Wijzigingsbesluit, onderdeel H, p. 9.

22. Richtlijn 2013/36/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende toegang tot het bedrijf van kredietinstellingen en het prudentieel toezicht op kredietinstellingen en beleggingsondernemingen, tot wijziging van Richtlijn 2002/87/EG en tot intrekking van de Richtlijnen 2006/48/EG en 2006/49/EG.

23. Richtlijn 2014/65/EU van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 betreffende markten voor financiële instrumenten en tot wijziging van Richtlijn 2002/92/EG en Richtlijn 2011/61/EU.

24. ESMA Richtsnoeren inzake het leidinggevend orgaan van marktexploitanten en aanbieders van datarapporteringsdiensten van 19 december 2017, ESMA70-154-271 (geldend per 30 juni 2018) en EBA/ESMA Richtsnoeren voor het beoordelen van de geschiktheid van leden van het leidinggevend orgaan en medewerkers met een sleutelfunctie van 21 maart 2018, EBA/GL/2017/12 (geldend per 30 juni 2018).

25. Concept Wijzigingsbesluit, onderdeel I, p. 9.

ren.' Vanwege het belang van het hebben van voldoende tijd en het niet-cumulatieve karakter van de lijst met competenties, is besloten om het vereiste van 'voldoende tijd' toe te voegen aan de onderwerpen uit paragraaf 1.2 van de nieuwe beleidsregel. Op deze manier willen de AFM en DNB duidelijk maken dat alle beleidsbepalers - doorlopend - aan dit vereiste dienen te voldoen. Bovendien kunnen zij ook expliciet toetsen aan de onderwerpen uit paragraaf 1.2, terwijl voor competenties geldt dat deze niet afzonderlijk worden getoetst.<sup>26</sup> Het vereiste 'voldoende tijd' zal zowel kwantitatief als kwalitatief worden beoordeeld. Bij de kwantitatieve beoordeling gaat het om het maximaal aantal functies dat beleidsbepalers mogen bekleden op grond van wet- en regelgeving.<sup>27</sup> Bij de kwalitatieve beoordeling gaat het om toetsing aan specifieke factoren die bepalend zijn voor de hoeveelheid tijd die een beleidsbepaler aan de functie kan besteden.<sup>28</sup>

#### *Toetsingskader voor betaalinstantellingen en elektronisch-geldinstellingen*

Om te waarborgen dat de geschiktheid van beleidsbepalers van verschillende soorten ondernemingen op consistente wijze wordt beoordeeld, maar de geschiktheidseis toch steeds proportioneel wordt toegepast, zijn ondernemingen in de Beleidsregel Geschiktheid 2012 onderverdeeld in drie groepen: A, B en C. De grotere en complexe ondernemingen, zoals banken, (gemengde) financiële holdings, pensioenfondsen en diverse verzekeraars, zijn in categorie A geplaatst. Voor beleidsbepalers van ondernemingen in groep A geldt een uitgebreide aanvangstoets op basis van voornoemde onderwerpen A t/m E uit paragraaf 1.2 van de Beleidsregel Geschiktheid 2012. Voor beleidsbepalers van ondernemingen in groep B en C geldt een minder uitgebreide aanvangstoets aan de hand van concretere criteria uit hoofdstuk 2 (*rule based*).<sup>29</sup> Dit is ongewijzigd gebleven in de Concept Beleidsregel

en Toelichting. Wel zijn zowel de betaalinstantelling als de elektronisch-geldinstelling overgeheveld van groep C naar groep A.<sup>30</sup> Sequeel hiervan is dat nieuwe beleidsbepalers van deze instellingen na inwerkingtreding van de nieuwe beleidsregel met een andersoortige aanvangstoets te maken krijgen.

#### *De (onder)gevolmachtigd agent*

De (onder)gevolmachtigd agent is toegevoegd aan de opsomming in paragraaf 2.7, onderdeel 1 onder c van de Concept Beleidsregel en Toelichting. Nieuwe beleidsbepalers van volmachtbedrijven en ondergevolmachtigden zullen derhalve moeten aantonen dat zij over algemene en specifieke vakinhoudelijke kennis beschikken. Deze wijziging heeft alleen betrekking op de aanvangstoetsing en heeft daarom geen consequenties voor beleidsbepalers die reeds geschikt zijn bevonden op basis van de Beleidsregel Geschiktheid 2012.

#### *Definitie beleidsbepaler*

In de Concept Beleidsregel en Toelichting is verduidelijkt wanneer personen kwalificeren als beleidsbepaler en getoetst dienen te worden op geschiktheid.<sup>31</sup> Het gaat om een ruime kring van personen met uiteenlopende functies: leden van het bestuur, commissarissen, dagelijks beleidsbepalers,<sup>32</sup> medebeleidsbepalers,<sup>33</sup> leden van de raad van toezicht, functies uit het tweede echelon, sleutelfunctiehouders, sleutelfunctie vervullers en leden van de visitatiecommissie als bedoeld in de Pw, Wvb en het Bpr.

#### *Diversiteit*

In de Concept Beleidsregel en Toelichting is een nieuwe alinea opgenomen, waarin wordt benadrukt dat de toezichthouders diversiteit in de collectieven aanmoedigen.<sup>34</sup> Verschillen in kennis, ervaring, leeftijd, geslacht en professionele en geografische achtergrond zorgen volgens de AFM en DNB voor een brede blik en verschillende perspectieven. Zij geven aan dat ze in het toetsingsproces daarom nadrukkelijk rekening houden met het belang van diversiteit, waarbij ook personen die geen uitgesproken achtergrond in de financiële sector hebben de toetsing succesvol kunnen doorlopen. Hiermee lijken de toezichthouders gehoor te geven aan de aanbevelingen op dit vlak van de commissie Ottow.<sup>35</sup>

- 
26. Beleidsregel geschiktheid 2012, *Stcrt.* 2012, 13546, p. 13; Concept Beleidsregel en Toelichting, p. 14.
27. In de Concept Beleidsregel en Toelichting, p. 17, wordt verwezen naar de relevante bepalingen uit het Burgerlijk wetboek, de Wet bestuur en toezicht, CRD IV, MIFID II en het Besluit uitvoering Pw en Wvp.
28. In de Concept Beleidsregel en Toelichting worden diverse voorbeelden genoemd, zoals: de omvang en de omstandigheden van de entiteiten waar de beleidsbepaler een functie vervult, de aard en complexiteit van de werkzaamheden, de plaats of het land waar de entiteiten zijn gevestigd, andere professionele of persoonlijke verplichtingen en omstandigheden, de voor de functie benodigde reistijd, het aantal geplande vergaderingen van de betreffende organen waar de beleidsbepaler een functie vervult, de tijd voor de benodigde introductie en training en de aard van de specifieke positie en de verantwoordelijkheden van de beleidsbepaler.
29. Beleidsbepalers uit groep B dienen te voldoen aan de minimumvereisten van Hoofdstuk 2, paragraaf 1 en 2. Beleidsbepalers uit groep C dienen te voldoen aan de minimumvereisten van Hoofdstuk 2, paragraaf 1 en 3.

- 
30. Concept Wijzigingsbesluit, onderdeel E.
31. Concept Beleidsregel en Toelichting, p. 12-13.
32. Personen die de beleid- en besluitvorming gericht op het dagelijks daadwerkelijk uitoefenen van het bedrijf bepalen.
33. Bijvoorbeeld leden van een belanghebbendenorgaan, zoals bedoeld in de Pw en de Wvb.
34. Concept Beleidsregel en Toelichting, p. 21.
35. Rapportage *Externe evaluatie toetsingsproces AFM en DNB* ('Rapport Commissie Ottow'), paragraaf 8.10.1, bijlage bij *Kamerstukken II 2016/17*, 32648, nr. 14. De commissie Ottow heeft in 2016, in opdracht van de AFM en DNB, in de periode mei tot en met november 2016 een evaluatieonderzoek uitgevoerd naar de wij-



### 3. Afronding

De nieuwe beleidsregel geschiktheid leidt niet tot grote veranderingen in de wijze waarop de geschiktheid van (mede)beleidsbepalers in Nederland wordt getoetst. Bovendien heeft de AFM reeds bij het van kracht worden van de EBA en ESMA richtsnoeren in juni vorig jaar te kennen gegeven dat zij de inhoud daarvan overneemt bij het uitvoeren van haar toezichthoudende taken en dat bij een tegenstrijdigheid tussen de Beleidsregel geschiktheid 2012 en de EBA en ESMA richtsnoeren, de laatste leidend zijn.<sup>36</sup> Wij gaan ervan uit dat ook DNB een dergelijke handelwijze hanteert. Uit oogpunt van consistentie is het evenwel toe te juichen dat de nieuwe beleidsregel beter aansluit op Europese wet- en regelgeving met betrekking tot de geschiktheid van bestuurders en commissarissen.

In het Concept Wijzigingsbesluit noch in de Concept Beleidsregel en Toelichting zijn overwegingen opgenomen die verduidelijken waarom ervoor is gekozen om de Beleidsregel geschiktheid 2012 te herzien in plaats van het geschiktheidsvereiste nader uit te werken in wetgeving.<sup>37</sup> Dit is mede relevant vanwege het toezicht dat door de ECB wordt uitgeoefend. Sinds de oprichting van het Single Supervisory Mechanism op 1 november 2014 is de ECB eindverantwoordelijk geworden voor het prudentieel banktoezicht in de eurozone en direct verantwoordelijk voor het toezicht op significante instellingen. Bij het uitvoeren van toezicht op significante instellingen past de ECB Unierecht toe. Waar sprake is van Europese richtlijnen die omgezet zijn in nationale wetgeving, zoals in de Wft en in algemene maatregelen van bestuur, is de ECB verplicht die nationale wetgeving toe te passen.<sup>38</sup> Beleidsregels kwalificeren echter niet als wetgeving, waardoor die verplichting zich niet lijkt uit te strekken tot de (nieuwe) beleidsregel geschiktheid. Dat geeft de ECB derhalve de mogelijkheid om de beleidsregel naast zich neer te leggen en een eigen invulling te geven aan de geschiktheidseis uit de Wft.<sup>39</sup>

Ook in meer algemene zin is in de literatuur de vraag opgeworpen of de wetgever, gelet op de im-

pact die de geschiktheidstoets heeft op financiële ondernemingen en kandidaat-(mede)beleidsbepalers, de uitwerking daarvan niet zelf ter hand zou moeten nemen in plaats van dit over te laten aan de AFM en DNB door middel van 'soft law'.<sup>40</sup> Ook wij menen dat een uitwerking in wetgeving wenselijk zou zijn, omdat hiermee wordt voorkomen dat (i) de vaststelling van de criteria en voorwaarden, (ii) het toezicht op de naleving daarvan, en (iii) de bevoegdheid tot handhaving, in een hand zijn verenigd. Dat geeft de toezichthouder wel heel veel macht. Zoals de Engelse historicus Lord Acton eeuwen geleden al wijselijk opmerkte: '*Power tends to corrupt and absolute power corrupts absolutely.*'<sup>41</sup> Daarbij ligt ook het gevaar van vermenging van toezicht en toetsing op de loer. Een toezichthouder die zijn zin niet krijgt, kan met het toetsingsinstrumentarium in de hand zijn zin toch proberen door te drijven.<sup>42</sup> Ook in het rapport van de Commissie Ottow is aan dit risico aandacht besteed. De Commissie wijst erop dat een aantal van de personen die zijn geïnterviewd had opgemerkt dat het hertoetsingsinstrument was 'gebruikt' om toezichtobservaties te staven en om gedragsverandering bij de onder toezicht staande instelling te bewerkstelligen. Ook zou volgens de geïnterviewden de dreiging van hertoetsing zijn gehanteerd om de onderneming tot een wijziging van gedrag te dwingen. De Commissie heeft niet kunnen vaststellen of deze situaties zich hebben voorgedaan. De stelligheid waarmee echter voorbeelden zijn aangedragen maakte het lastig om er geen melding van te maken, aldus de Commissie. De Commissie heeft deze situaties met de toezichthouders besproken, maar kon binnen de gegeven opdracht niet objectief vaststellen dat sprake is geweest van *détournement de pouvoir*.<sup>43</sup> In elk geval is, blijkens nog steeds het rapport, door zowel de AFM als DNB bevestigd dat het ten principale onwenselijk en onjuist is dat dergelijke situaties zich voordoen.<sup>44</sup> Dat is in ieder geval een geruststellende gedachte.

ze waarop het toetsingsproces door de beide toezichthouders wordt uitgevoerd.

36. <https://www.afm.nl/nl-nl/nieuws/2018/juni/europese-richtsnoeren-toetsing>.
37. Een beleidsregel is geen wetgeving. De definitie van beleidsregel is opgenomen in art. 1:3 lid 4 van de Algemene wet bestuursrecht en luidt als volgt: 'een bij besluit vastgestelde algemene regel, niet zijnde een algemeen verbindend voorschrift, omtrent de afweging van belangen, de vaststelling van feiten of de uitleg van wettelijke voorschriften bij het gebruik van een bevoegdheid van een bestuursorgaan.'
38. Art. 4 lid 3 SSM-Verordening.
39. Zie voor een uitgebreide verhandeling van het Europeesrechtelijke raamwerk met betrekking tot de betrouwbaarheids- en de geschiktheidstoets: I.P. Palm-Steyerberg, 'Bestuurderstoetsingen in Europees perspectief (deel I)', *Financieel recht* 2017/11.

40. V.P.G. de Serière en B.C.G. Jennen, 'De betekenis van 'soft law' in de financiële toezichtwetgeving', *Ondernemingsrecht* 2017/143. De auteurs gebruiken de term 'soft law' in nationale context voor: beleidsregels, leidraden, brochures en good practices van de AFM en DNB, waarbij kenmerkend is dat geen sprake is van formele bindende kracht.
41. J.E.E. Dalberg-Acton, *Historical Essays and Studies*, Londen: Macmillan and co 1907, p. 504.
42. Zie hierover bijvoorbeeld F. Frentrup, 'De zaak Delta Lloyd: geschiktheid als wapen', *Tijdschrift voor Arbeid & Onderneming* 2015, nr. 4, p. 147 e.v.
43. Het verbod van *détournement de pouvoir* is verankerd in art. 3:3 Algemene wet bestuursrecht: 'Het bestuursorgaan gebruikt de bevoegdheid tot het nemen van een besluit niet voor een ander doel dan waarvoor die bevoegdheid is verleend'.
44. Rapport Commissie Ottow, p. 83-84.