

De betrouwbaarheidseis voor bestuurders en commissarissen in de financiële sector

Over antecedenten, meldplichten en rechtsbescherming

Ondernemingsrecht 2024/66

Bestuurders en commissarissen van financiële instellingen moeten geschikt zijn voor hun functie en betrouwbaar zijn. In Nederland wordt dit getoetst door DNB en de AFM (en in sommige gevallen door de ECB). In deze bijdrage worden de betrouwbaarheidseis en de daarmee verband houdende wettelijke meldplichten onderzocht. Een financiële instelling moet bij DNB dan wel de AFM namelijk onverwijld melding doen als zij ervan op de hoogte is geraakt dat een van haar bestuurders of commissarissen een antecedent heeft opgelopen. Wanneer er precies sprake is van een antecedent en hoe de meldplicht werkt wordt in deze bijdrage besproken. Daarbij wordt ook nadrukkelijk stilgestaan bij het fenomeen ‘informele handhavingsmaatregelen’ van de toezichthouder, nu dit in de praktijk de belangrijkste bron van toezichtantecedenten vormt. Als de toezichthouder een redelijke aanleiding ziet om de betrouwbaarheid van een reeds getoetste bestuurder of commissaris vanwege één of meer antecedenten te hertoetsen, dan is dat voor de betrokken persoon ingrijpend. Nog ingrijpender wordt het als deze hertoetsing resulteert in een zogeheten aftoetsing, feitelijk neerkomend op een beroepsverbod voor onbepaalde tijd. Onderzocht wordt hoe bestuursrechtters een dergelijk negatief oordeel van de toezichthouder toetsen en meer algemeen hoe het met de rechtsbescherming van bestuurders en commissarissen is gesteld.

1. Inleiding: betrouwbaarheid als kwaliteitseis voor bestuurders en commissarissen

1.1 De relevantie van een artikel over de betrouwbaarheidseis

Veel mensen zullen het financieeltoezichtrecht als tamelijk droog en technisch beschouwen. Als er binnen het toezichtrecht echter één onderwerp is waarvoor dit in ieder geval niet geldt, dan is het wel de betrouwbaarheidseis voor (onder andere) bestuurders en commissarissen. Het gaat hier immers om mensen van vlees en bloed. Een negatief betrouwbaarheidsoordeel van de toezichthouder is

naar zijn aard zeer delicaat, want grijpt direct in op de arbeidsrechtelijke positie en reputatie van betrokkene.

Sinds de commissie-Ottow in 2016 in opdracht van De Nederlandsche Bank (DNB) en de Autoriteit Financiële Markten (AFM) het toetsingsproces van beide toezichthouders heeft geëvalueerd, is er veel gebeurd. Zo zijn er belangrijke uitspraken gedaan door de bestuursrechter over de aftoetsing van een persoon vanwege een negatief betrouwbaarheidsoordeel. Het onderwerp wordt bovendien steeds actueler omdat DNB en de AFM zich bij het toezicht op financiële instellingen in toenemende mate bedienen van informele handhavingsmaatregelen, die steeds ook antecedenten opleveren voor de betrokken bestuurders en commissarissen en kunnen resulteren in een hertoetsing van de betrouwbaarheid. Daarnaast komt bij nieuwe antecedenten in de praktijk nog altijd vaak de vraag op hoe het zit met de wettelijke meldplichten jegens DNB en/of de AFM.

De hoogste tijd dus voor een artikel waarin wordt onderzocht wat ‘betrouwbaarheid’ inhoudt, welke rol antecedenten daarbij spelen, wanneer antecedenten gemeld moeten worden aan de toezichthouder en hoe het staat met de rechtsbescherming van bestuurders en commissarissen die met toezichtantecedenten en/of een negatief betrouwbaarheidsoordeel worden geconfronteerd.

1.2 Drie soorten kwaliteitseisen in het financieel toezicht

Voor een goed functionerende en integere financiële sector is het essentieel dat de ‘top’ van onder toezicht staande financiële instellingen aan bepaalde kwaliteitseisen voldoet. Het financieeltoezichtrecht kent inmiddels drie soorten kwaliteitseisen: een geschiktheidseis, een betrouwbaarheidseis en een reputatie-eis.² Voor de meeste financiële instellingen volgt dit uit de Wet op het financi-

¹ Mr. L.B.G. (Laurens) Hillen is advocaat te Amsterdam. Omwille van de transparantie: de auteur trad op als een van de gemachtigden van eisers/verzoekers in de betrouwbaarheidsprocedure tegen DNB die in par. 5.2 van dit artikel wordt besproken en in de betrouwbaarheidsprocedure tegen de AFM die in par. 6.2.3 aan de orde komt.

² Zie over deze eisen uitgebreid: I. Palm-Steyerberg, *Personentoetsingen in de financiële sector. Een beschouwing vanuit Nederlands- en Europeesrechtelijk perspectief* (Onderneming en Recht nr. 127) (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2021 (Palm-Steyerberg 2021). Zie ook G.P. Roth & J. Roepnarein, ‘De toetsing van bestuurders en commissarissen door DNB en de AFM, Beschouwingen vanuit de theorie én de praktijk’, in: M. Lückerath-Rovers e.a. (red.), *Jaarboek Corporate Governance 2015-2016*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 75-90.

eel toezicht (Wft).³ Toezichthouders DNB, de AFM en in bepaalde gevallen de Europese Centrale Bank (ECB)⁴ houden toezicht op de naleving van deze kwaliteitseisen.⁵ Deze eisen zijn niet typisch Nederlands, maar volgen (ook) uit Europese richtlijnen en verordeningen voor de financiële sector.

1.2.1 Geschiktheid

De geschiktheidseis is opgenomen in artikel 3:8 en 4:9 Wft. Deze eis is van toepassing op (i) personen die het dagelijks beleid van een financiële instelling bepalen (dagelijks beleidsbepalers); (ii) personen die deel uitmaken van een orgaan dat is belast met toezicht op het beleid en de algemene gang van zaken van de instelling (interne toezichthouders); en (iii) personen die deel uitmaken van het 'tweede echelon' van banken en verzekeraars.⁶ Bij geschiktheid draait het kort gezegd om de aanwezigheid van kennis, ervaring en professioneel gedrag nodig voor de betreffende functie.⁷

1.2.2 Betrouwbaarheid

De betrouwbaarheidseis volgt onder andere uit artikel 3:9 en 4:10 Wft en is van toepassing op (i) dagelijks beleidsbepalers; (ii) interne toezichthouders; (iii) personen die het beleid van de instelling medebepalen (medebeleidsbepalers); en (iv) personen die deel uitmaken van het 'tweede echelon' van banken en verzekeraars. De betrouwbaarheidseis is daarnaast van toepassing op (bestuurders van) bepaalde aandeelhouders in bepaalde typen financiële instellingen, namelijk (bestuurders van) aandeelhouders die vanwege hun gekwalificeerde deelneming in de instelling moeten beschikken over een zogeheten verklaring van geen bezwaar (vvgb) van DNB of de ECB.⁸ Daarbij moet worden opgemerkt dat (bestuurders van) aandeelhouders ook dagelijks beleidsbepaler, mede-

beleidsbepaler⁹ of interne toezichthouder van financiële instellingen kunnen zijn en (dus ook) uit dien hoofde betrouwbaar moeten zijn.

De Wft bevat geen definitie van betrouwbaarheid, maar bepaalt slechts dat de betrouwbaarheid van een persoon buiten twijfel staat wanneer dat eenmaal door een toezichthouder is vastgesteld.¹⁰ Op grond van het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft (BGfo Wft) en het Besluit prudentiële regels Wft (Bpr Wft) moet de toezichthouder bij deze beoordeling kijken naar de "voornemens, handelingen en antecedenen" van de betreffende persoon.¹¹ Ook hieruit volgt echter niet wat betrouwbaarheid inhoudt. De toelichting bij het BGfo Wft en Bpr Wft geeft wel enige richting:

"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 de 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, het op een onverantwoordelijke wijze optreden in de beroepsuitoefening."¹²

Ook enige richting geeft de Beleidsregel betrouwbaarheidstoetsing van DNB en de AFM van 28 januari 2005.¹³ Deze beleidsregel wordt als zodanig niet meer toegepast omdat de inhoud daarvan in 2007 grotendeels is overgeheveld naar het BGfo Wft en het Bpr Wft.¹⁴ Echter, DNB en de AFM plegen in de praktijk bij de uitleg van het begrip betrouwbaarheid wel nog steeds aan te sluiten bij de in artikel 1 van de Beleidsregel betrouwbaarheidstoetsing genoemde eigenschappen, namelijk:

"waarheidslievendheid, verantwoordelijkheidszin, wetsetrouwheid, openheid, oprechtheid, prudentie, punctualiteit, onkreukbaarheid, discretie en rechtschapenheid".

1.2.3 Reputatie

Tot slot geldt sinds 1 juli 2019 dat een aanvrager van een vvgb (ook) moet slagen voor de zogeheten reputatie-

3 Zie echter voor trustkantoren artikel 10 Wet toezicht trustkantoren 2018, voor pensioenfondsen artikel 106 Pensioenwet en voor registratieplichtige aanbieders van cryptogerelateerde diensten artikel 23h Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme. Voor aanbieders van cryptoactivadiensten zullen de kwaliteitseisen vanaf 2025 rechtstreeks voortvloeien uit de Europese Verordening betreffende cryptoactivamarkten (MiCA).

4 De ECB is onder meer verantwoordelijk voor (de besluitvorming bij) personentoetsingen bij significante banken en de personentoetsingen bij alle bankvergunningaanvragen. DNB vervult in deze gevallen een voorbereidende en ondersteunende rol.

5 De eisen van geschiktheid en betrouwbaarheid gelden overigens nadrukkelijk ook voor de bestuurders en commissarissen/leden van de raad van toezicht van DNB en de AFM zelf, zie artikel 1:27a Wft.

6 Bij het 'tweede echelon' gaat het om medewerkers die een leidinggevende functie vervullen direct onder het echelon van de beleidsbepalers en verantwoordelijk zijn voor natuurlijke personen wier werkzaamheden het risicoprofiel van de instelling wezenlijk kunnen beïnvloeden. Denk hierbij aan het hoofd Vermogensbeheer, hoofd Treasury, hoofd Compliance, hoofd Risk, hoofd Audit en hoofd Juridische Zaken. Zie dnb.nl.

7 Par. 1.2 Beleidsregel geschiktheid 2012, laatstelijk gewijzigd op 1 april 2023.

8 Artikel 3:99 lid 1 Wft. Zie artikel 3:95 Wft voor de typen financiële instellingen waarvoor – in beginsel vanaf een belang van 10% van de aandelen of stemrechten – een vvgb-plicht geldt. Voor aandeelhouders met een gekwalificeerde deelneming in een beheerder van een beleggingsinstelling volgt de betrouwbaarheidseis uit artikel 2:67 lid 2 Wft.

9 Zo beschouwt de AFM aandeelhouders die direct of indirect over meer dan 50% van de aandelen of stemrechten in de financiële instelling beschikken als medebeleidsbepaler van die instelling, zie afm.nl.

10 Artikel 3:9 lid 2 en artikel 4:10 lid 2 Wft.

11 Artikel 12 lid 1 BGfo Wft en artikel 5 lid 1 Bpr Wft.

12 Stb. 2006, 519, p. 75 en Stb. 2006, 520, p. 168.

13 Stcrt. 2005, 20.

14 De Beleidsregel betrouwbaarheidstoetsing is volgens wetten.overheid.nl nog altijd van toepassing. De betrouwbaarheidsformulieren van DNB en de AFM bevatten ook nog altijd een verwijzing naar deze beleidsregel (het formulier van DNB verwijst op pagina 2 daarnaast ook naar het Bpr Wft (de "amvb"), de AFM daarentegen verwijst zelfs niet naar het BGfo Wft). Dat is opvallend, omdat het huidige wettelijk kader op verschillende punten afwijkt van deze beleidsregel.

toets.¹⁵ Bij de beoordeling van reputatie draait het om zowel betrouwbaarheid als vakbekwaamheid van (de bestuurders van) de aanvrager van de vvgb.¹⁶

1.3 Onderwerp en opbouw van dit artikel

Dit artikel gaat (alleen) over de betrouwbaarheidseis die in Nederland geldt en meer in het bijzonder over de rol die antecedenten daarbij spelen. De betrouwbaarheids-toetsing door de ECB wordt buiten beschouwing gelaten.¹⁷ Hoewel ook enkele observaties worden gedeeld over de betrouwbaarheidseis bij aandeelhouders en medebeleidsbepalers, ligt de focus van dit artikel op de betrouwbaarheidseis voor dagelijks beleidsbepalers en interne toezichthouders van onder toezicht staande instellingen. Dit zijn in de regel de statutaire en eventuele niet-statutaire bestuurders respectievelijk de leden van de Raad van Commissarissen of Raad van Toezicht van de instelling. Hierna wordt gemakshalve van bestuurders en commissarissen gesproken.

In de volgende paragraaf wordt eerst kort uiteengezet wat de aanvangstoetsing en hertoetsing van betrouwbaarheid door DNB en de AFM inhoudt (par. 2). Daarna wordt ingegaan op de rol van antecedenten bij de betrouwbaarheidseis (par. 3) en de wettelijke meldplichten jegens de toezichthouder in dat verband (par. 4). Vervolgens wordt stilgestaan bij de consequenties van antecedenten en de opstelling van de bestuursrechter ten opzichte van daarop gebaseerde negatieve betrouwbaarheidsoordelen van de toezichthouder (par. 5). Dit artikel wordt afgesloten met slotbeschouwingen over de stand van de rechtsbescherming voor bestuurders en commissarissen (par. 6).

2. De aanvangstoetsing en hertoetsing van betrouwbaarheid

2.1 Aanvangstoetsing van betrouwbaarheid

De verplichting uit artikel 3:9 en 4:10 Wft dat de betrouwbaarheid van bestuurders en commissarissen buiten twijfel staat, richt zich tot instellingen. De betrouwbaarheids-toets wordt echter uiteindelijk niet door de instelling zelf, maar – zoals hiervoor al bleek – door DNB of de AFM (of de ECB) uitgevoerd. Een instelling moet een voornemen tot benoeming van een nieuwe bestuurder of commissaris aan haar hoofdtoezichthouder¹⁸ melden onder overlegging van de relevante gegevens.¹⁹ De instelling mag vervolgens aan de voorgenomen benoeming geen uitvoering

geven voordat de toezichthouder met de benoeming heeft ingestemd.²⁰ Overtreedt een instelling deze verplichtingen, dan riskeert zij een boete met een basisbedrag van EUR 500.000, waar dit vóór 1 juli 2023 in de meeste gevallen nog slechts EUR 10.000 was.²¹ In de praktijk worden dit soort boetes ook daadwerkelijk opgelegd.²²

Als een instelling een bestuurder of commissaris benoemt zonder voorafgaande goedkeuring van de toezichthouder, dan komt de vraag op of deze instelling ook de hoofdnorm uit artikel 3:9 of 4:10 Wft heeft geschonden, waarvoor een boetebasisbedrag van maar liefst EUR 2,5 miljoen geldt. Uit de uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) van 22 juni 2021 volgt dat dit niet het geval is, tenzij de toezichthouder bewijs levert dat de betrouwbaarheid van de betreffende persoon in de periode dat hij of zij wel al in functie was maar nog niet goedgekeurd, niet buiten twijfel stond.²³

Instemmen met een voorgenomen benoeming doet de toezichthouder pas nadat hij, onder andere, heeft vastgesteld dat de betrouwbaarheid van de kandidaat buiten twijfel staat. De toezichthouder doet deskresearch aan de hand van onder meer een door de kandidaat ingevuld betrouwbaarheidsformulier over eventuele antecedenten, het cv van de kandidaat, openbare bronnen en gegevens verstrekt door andere toezichthouders (waaronder in ieder geval collega-toezichthouder DNB of AFM), de Landelijk Officier van Justitie, de Belastingdienst, beroepsorganisaties en curatoren.²⁴ Als de kandidaat al eens door DNB of de AFM op betrouwbaarheid is getoetst en goedgekeurd, vindt er een sterk vereenvoudigde procedure plaats.²⁵

DNB heeft in 2023 in totaal 1768 aanvangstoetsingen uitgevoerd.²⁶ De AFM deed dat in 2023 1929 keer.²⁷ In meer dan 95% van de gevallen resulteerde dat in een positief besluit, maar dat gebeurt dus niet altijd. Als de toezichthouder van oordeel is dat betrouwbaarheid van de kandidaat niet buiten twijfel staat, zal de kandidaat daar in de prak-

15 Artikel 3:100 lid 1 onder b Wft.

16 *Kamerstukken II* 2021/22, 35 950, nr. 3 (MvT), p. 9. Sinds 15 oktober 2020 geldt ook voor uiteindelijk belanghebbenden van trustkantoren, wisselinstellingen en aanbieders van bepaalde cryptogelerateerde diensten een reputatie-eis. Verder expliciteert artikel 3:99a Wft vanaf 1 juli 2023 dat de reputatie-eis een doorlopende verplichting betreft.

17 Zie hierover Palm-Steyerberg 2021, 2.3.3 en 7.2.2.

18 Kort gezegd de toezichthouder die aan de financiële instelling de vergunning heeft verleend.

19 Zie onder meer artikel 89 lid 1, artikel 95 lid 1 en artikel 103 lid 1 BGfo Wft en artikel 33 lid 1 Bpr Wft.

20 Zie onder meer artikel 89 lid 2, artikel 95 lid 2 en artikel 103 lid 2 BGfo en artikel 33 lid 2 Bpr Wft.

21 Zie het Besluit bestuurlijke boetes financiële sector en *Stb.* 2023, 23, p. 14-15.

22 Zie AFM nieuwsbericht 'Boete aan financieel dienstverlener voor verzuim rondom benoeming beleidsbepaler' van 1 juli 2024 (<https://www.afm.nl/nl-nl/sector/actueel/2024/juli/fd-boete-verzuim-benoeming-beleidsbepaler>).

23 CBB 22 juni 2021, ECLI:NL:CBB:2021:625, r.o. 7.1-7.3.

24 Artikel 14 BGfo Wft en artikel 7 Bpr Wft.

25 In dat geval hoeft de instelling op grond van artikel 89, 95 en 103 BGfo Wft en artikel 33 Bpr Wft geen dan wel minder informatie bij de toezichthouder aan te leveren. In de praktijk verlangt de AFM bijvoorbeeld nog wel dat er een zogeheten 'Verklaring geen antecedenten' wordt ingevuld door de betrokken bestuurder/commissaris.

26 *ZBO-verantwoording DNB 2023*, p. 41. Het genoemde cijfer lijkt inclusief vereenvoudigde toetsingen van kandidaten die al eerder waren getoetst en goedgekeurd, al benoemt DNB dit niet expliciet in de ZBO-verantwoording.

27 *AFM Jaarverslag 2023*, p. 39. Het genoemde aantal is inclusief vereenvoudigde toetsingen van kandidaten die al eerder waren getoetst en goedgekeurd.

tijk eerst informeel van op de hoogte worden gebracht. Die kan dan, al dan niet onder druk van de instelling, besluiten om zich terug te trekken zodat wordt voorkomen dat de toezichthouder een formeel negatief besluit neemt. Als de kandidaat zich niet terugtrekt en de instelling de aanvraag niet intrekt, zal de toezichthouder eerst een voorgenomen en daarna een definitief besluit nemen. Dit besluit richt zich tot de instelling en houdt een afwijzing in van de aanvraag tot benoeming van een nieuwe bestuurder/commissaris. Deze afwijzing is een besluit in de zin van artikel 1:3 Awb en kan door belanghebbenden bij dat besluit worden aangevochten in bezwaar, beroep en hoger beroep. Een afwijzingsbesluit kwalificeert niet als bestuurlijke sanctie en wordt daarom niet gepubliceerd door de toezichthouder.

2.2 Hertoetsing van betrouwbaarheid

Als de toezichthouder eenmaal heeft vastgesteld dat de betrouwbaarheid van een kandidaat buiten twijfel staat, dan blijft dit oordeel staan zolang geen sprake is van een wijziging in de relevante feiten of omstandigheden die de toezichthouder een “redelijke aanleiding” geeft tot een nieuwe beoordeling.²⁸ Doet zich een redelijke aanleiding voor, dan wordt de nieuwe beoordeling een hertoetsing genoemd. DNB publiceert jaarlijks alleen het totale aantal door haar verrichte hertoetsingen, dus inclusief hertoetsingen op geschiktheid. In de periode 2019-2023 is DNB daartoe 24 keer overgegaan.²⁹ De AFM volgt eenzelfde benadering en is in diezelfde periode 32 keer tot hertoetsing overgegaan.³⁰

Nieuw opgekomen antecedenten, al dan niet in combinatie met reeds bestaande antecedenten, vormen doorgaans de aanleiding voor DNB en de AFM om tot hertoetsing van de betrouwbaarheid van een persoon over te gaan.³¹ In dat geval zal de betreffende bestuurder of commissaris eerst informeel worden geïnformeerd over de beslissing tot hertoetsing en de redenen daarvoor. Vervolgens wordt hij of zij uitgenodigd voor een hertoetsingsgesprek ten kantore van de toezichthouder, al dan niet in combinatie met het verzoek om opnieuw het betrouwbaarheidsformulier in te vullen. De beslissing van de toezichthouder om tot hertoetsing over te gaan, is geen besluit in de zin van artikel 1:3 Awb. Tegen deze beslissing staat daarom geen bezwaar en (hoger) beroep open. De instelling en de betrok-

ken persoon kunnen zich eventueel wel wenden tot de civiele rechter als restrechter.³²

In het kader van de hertoetsing oordeelt de toezichthouder of de betrouwbaarheid van de betreffende bestuurder of commissaris, gelet op de gewijzigde feiten en omstandigheden, nog steeds buiten twijfel staat. Als de toezichthouder van mening is dat de betrouwbaarheid niet langer buiten twijfel staat, dan velt de toezichthouder een zogeheten negatief betrouwbaarheidsoordeel. De toezichthouder zal dan eerst een voornemen tot het nemen van een zogeheten ‘heenzendingsbesluit’ aan de instelling en de betreffende bestuurder of commissaris sturen, waarop een zienswijze kan worden gegeven. Als de toezichthouder vervolgens vasthoudt aan haar negatieve betrouwbaarheidsoordeel en de bestuurder of commissaris vertrekt niet bij de instelling, dan zal zij een definitief heenzendingsbesluit nemen. Door middel van dit besluit geeft de toezichthouder een aanwijzing in de zin van artikel 1:75 lid 1 Wft aan de instelling (en dus niet aan de desbetreffende bestuurder of commissaris zelf). De aanwijzing houdt in dat de instelling binnen een bepaalde periode moet bewerkstelligen dat de betrokken bestuurder of commissaris niet langer fungeert als dagelijks beleidsbepaler respectievelijk interne toezichthouder, en ook niet als medebeleidsbepaler. Tegen dit heenzendingsbesluit staat bezwaar, beroep en hoger beroep open. Dat leidt echter niet tot schorsing van het heenzendingsbesluit. Daarvoor is een gang naar de voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam vereist. Zolang het besluit nog niet onherroepelijk is, mag het niet worden gepubliceerd door de toezichthouder. Na onherroepelijkheid moet wel met publicatie van het heenzendingsbesluit door de toezichthouder rekening worden gehouden.³³

3. De rol van antecedenten bij de betrouwbaarheidstoetsing

3.1 Wat zijn antecedenten?

Antecedenten spelen een belangrijke rol bij zowel de aanvangstoetsing als bij de hertoetsing van de betrouwbaarheid van een bestuurder of commissaris. In beide gevallen moet de toezichthouder immers de antecedenten van de betreffende persoon beoordelen en mede op basis daarvan vaststellen of de betrouwbaarheid van die persoon (nog steeds) buiten twijfel staat.

²⁸ Artikel 3:9 lid 2 en artikel 4:10 lid 2 Wft.

²⁹ ZBO-verantwoording DNB 2023, p. 41.

³⁰ AFM Jaarverslag 2023, p. 39 en AFM Jaarverslag 2021, p. 52.

³¹ Andere voorbeelden van een redelijke aanleiding tot hertoetsing zijn volgens de AFM en DNB: signalen opgedaan tijdens toezichtbezoeken, signalen van de Officier van Justitie, politie of FIOD, signalen van andere toezichthouders, signalen van de FIU, signalen uit de financiële sector en signalen uit de media. Zie AFM webpagina ‘Hertoetsing’ (<https://www.afm.nl/nl-nl/sector/themas/toetsingen/toetsing-bestuurders-en-commissarissen/hertoetsing>) en *Informatiebulletin toetsingen mei 2012*, p. 4 (<https://www.dnb.nl/media/s30nz0je/informatiebulletin-toetsingen-pensioenfondsen.pdf>).

³² De lat voor toewijzing van een civiele vordering ligt hier echter hoog, zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 16 maart 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:1850. In deze zaak ging het om de vraag of de beslissing van DNB om tot hertoetsing van de geschiktheid van de betreffende persoon over te gaan, naar voorlopig oordeel een onrechtmatige daad opleverde en daarom moest worden geschorst. De kortgedingrechter oordeelde dat slechts wanneer het “hoogst aannemelijk” is dat DNB in redelijkheid niet tot de beslissing tot hertoetsing heeft kunnen komen, er ruimte is voor een verbod aan DNB om tot hertoetsing over te gaan (r.o. 4.10).

³³ Artikel 1:97 lid 1 en 2 Wft.

3.1.1 Vijf typen antecedenten

De wet maakt onderscheid tussen vijf typen antecedenten die een toezichthouder in ieder geval in aanmerking moet nemen bij de betrouwbaarheidsbeoordeling:

1. bepaalde strafrechtelijke antecedenten;
2. bepaalde financiële antecedenten;
3. bepaalde toezichtantecedenten;
4. bepaalde fiscaal-bestuursrechtelijke antecedenten; en
5. bepaalde “overige” disciplinaire antecedenten.

De antecedenten die onder deze vijf categorieën vallen worden per categorie één voor één opgesomd in het BGfo Wft en Bpr Wft.³⁴ Enkele voorbeelden van *strafrechtelijke* antecedenten zijn veroordelingen van betrokkene wegens valsheid in geschrifte, handel met voorwetenschap en rijden onder invloed. Voorbeelden van *financiële* antecedenten zijn persoonlijke financiële problemen van betrokkene die tot incassoprocedures hebben geleid, het bestaan van een wanverhouding tussen persoonlijke financiële verplichtingen versus het inkomen/vermogen van betrokkene en een (aangevraagd) faillissement van een vennootschap waar betrokkene een belangrijke functie vervult of vervulde. Onder *toezichtantecedent* moet onder andere worden verstaan het onjuist informeren van een toezichthouder, de weigering of intrekking van een vergunning door een toezichthouder en – belangrijk voor de praktijk – een conflict met een toezichthouder dat heeft geleid tot een maatregel jegens betrokkene dan wel jegens een vennootschap waar betrokkene een belangrijke functie vervult of vervulde (zie hierover par. 2.2). Dan zijn er nog *fiscale* antecedenten, zoals een opgelegde vergrijpboete aan betrokkene of aan de vennootschap waar betrokkene een belangrijke functie vervult of vervulde wegens het opzettelijk doen van een onjuiste of onvolledige belastingaangifte. Tot slot zijn voorbeelden van *overige* antecedenten tuchtmaatregelen en arbeidsrechtelijke sancties die aan betrokkene zijn opgelegd.

3.1.2 Bepaald geen eenvoudig systeem

Het voorgaande lijkt misschien op een overzichtelijk systeem, maar dat is het in de praktijk niet. Ten eerste is de omschrijving van een aantal in het BGfo Wft/Bpr Wft opgesomde antecedenten dermate vaag dat dit tot interpretatievraagstukken kan leiden. Wanneer staan de persoonlijke financiële verplichtingen van een persoon bijvoorbeeld naar algemene maatstaven niet in een gezonde verhouding tot diens inkomsten of vermogen (als hiervoor opgemerkt een voorbeeld van een financieel antecedent)?

Ten tweede hanteren toezichthouders AFM en DNB blijken hun betrouwbaarheidsformulieren soms een minder ruime interpretatie van de in het BGfo Wft en het Bpr Wft opgesomde antecedenten, en in andere gevallen soms juist weer een ruimere interpretatie. Een voorbeeld van

een minder ruime interpretatie door de toezichthouder is dat een faillissement van een vennootschap waar betrokkene actief is geweest, blijkens het betrouwbaarheidsformulier voor betrokkene alléén een financieel antecedent oplevert indien de financiële problemen die tot het faillissement hebben geleid zijn ontstaan in de periode dat betrokkene bij de vennootschap actief was.³⁵ Een ander voorbeeld van een minder strenge interpretatie is dat een door een toezichthouder aan een instelling opgelegde boete alléén een antecedent oplevert voor betrokkene, indien betrokkene ten tijde van de onderliggende overtreding actief was bij de instelling.³⁶ Het komt overigens logisch en redelijk voor dat de toezichthouder hier niet de ruimere, letterlijke, wettekst volgt. Andersom lijkt uit het betrouwbaarheidsformulier van DNB en de AFM te volgen dat een betrokkene een strafrechtelijk antecedent oploopt als hij als (mede)beleidsbepaler actief is geweest bij een onderneming in de periode dat die onderneming een strafbaar feit heeft begaan.³⁷ De wettekst beperkt zich bij strafrechtelijke antecedenten echter tot strafbare feiten waar betrokkene zelf verdachte van (of in ieder geval zelf betrokken bij) is geweest.

Een derde complicerende factor is dat vier van de vijf in het BGfo Wft/Bpr Wft uitgewerkte categorieën antecedenten een restcategorie kennen, getiteld “*Andere feiten of omstandigheden*”.³⁸ De formulering van deze restcategorie is steeds min of meer hetzelfde. Er moet sprake zijn van andere feiten of omstandigheden dan de expliciet genoemde antecedenten, die wijzen op betrokkenheid van de betreffende persoon bij gedragingen die redelijkerwijs voor DNB of de AFM van belang kunnen zijn voor de beoordeling van diens betrouwbaarheid. Alhoewel DNB en de AFM in hun betrouwbaarheidsformulier per restcategorie steeds enkele voorbeelden van “*andere feiten of omstandigheden*” geven, leiden deze restcategorieën vanwege hun vage omschrijving in de praktijk geregeld tot vragen.³⁹ Vallen hier bijvoorbeeld voorgenomen – maar dus nog niet opgelegde – maatregelen van een toezichthouder onder? En hoe zit het met onderzoeksrapporten van een toezichthouder waarin wordt geschermd met wetsovertredingen, maar er überhaupt nog geen sprake is van een (voorgenomen) formele of informele maatregel?

Ten vierde is het wettelijk systeem van antecedenten, zoals hiervoor al is gebleken, niet beperkt tot antecedenten

35 Zie de toelichting bij vraag 3d van het betrouwbaarheidsformulier van DNB en de AFM.

36 Zie dnb.nl en afm.nl.

37 Zie vraag 2c en de toelichting daarop van het betrouwbaarheidsformulier van DNB en de AFM.

38 Alleen de vijfde categorie “Overige antecedenten” heeft niet een dergelijke restcategorie.

39 De toelichting bij het BGfo Wft vermeldt slechts: “Naast de nadrukkelijk omschreven antecedenten kan AFM ook andere feiten en omstandigheden die redelijkerwijs van belang kunnen zijn, in haar overwegingen betrekken. Hierbij kan worden gedacht aan feiten en omstandigheden die naar hun aard vergelijkbaar zijn met de in de bijlage genoemde antecedenten.”, Stb. 2006, 520, p. 169.

34 Zie bijlage C bij het BGfo Wft en bijlage A bij het Bpr Wft.

die een bestuurder of commissaris door persoonlijke gedragingen oploopt. Voor bestuurders en commissarissen geldt bij antecedenten een zekere risicoaansprakelijkheid voor gedragingen van de vennootschappen waar zij actief zijn (geweest). Een goed voorbeeld zijn formele en informele maatregelen van de toezichthouder aan een onder toezicht staande instelling. Een dergelijke maatregel – denk aan een formele boete, maar bijvoorbeeld dus ook aan informele ‘waarschuwingsgesprekken’ – levert volgens DNB en de AFM voor alle bestuurders en commissarissen die ten tijde van de overtreding bij de instelling actief waren een toezichtantecedent op, ongeacht of zij zelf bij de overtreding door de instelling enige betrokkenheid hebben gehad (zie par. 3.2 hierna). Daarmee is het antecedentensysteem in zekere zin ook contra-intuïtief, nu betrouwbaarheid uiteindelijk een heel persoonlijke aangelegenheid is. Uit de wettekst zelf blijkt overigens niet ondubbelzinnig dat naast bestuurders ook commissarissen een antecedent oplopen bij een aan de instelling opgelegde handhavingsmaatregel⁴⁰ en ook de websites van DNB en de AFM zijn niet erg duidelijk op dit punt.⁴¹

Tot slot roept het systeem op sommige onderdelen vragen van logica op. Zo kwalificeert volgens het BGfo Wft/Bpr Wft een vrijspraak van een strafbaar feit wel als strafrechtelijk antecedent, maar dermate hard rijden dat betrokkene zijn rijbewijs moet inleveren bijvoorbeeld weer niet.⁴²

Gelet op het voorgaande komt het in de praktijk dan ook geregeld voor dat er een diepgaande juridische analyse moet plaatsvinden om te beoordelen of een bepaalde

kwestie wel of geen antecedent voor betrokkene oplevert. Die analyse is met name belangrijk vanwege de in par. 4 te bespreken meldplichten bij antecedenten richting de toezichthouder.

3.2 Belangrijke bron van antecedenten: formele én informele handhavingsmaatregelen

Tegenwoordig zijn de door DNB en de AFM opgelegde handhavingsmaatregelen een grote, zo niet de grootste, bron van antecedenten voor bestuurders en commissarissen de door DNB en de AFM opgelegde handhavingsmaatregelen. Dat komt doordat DNB en de AFM actieve toezichthouders zijn en met name de AFM naast formele maatregelen elk jaar ook honderden informele maatregelen aan instellingen oplegt. Tussen 2021 en 2023 heeft de AFM in totaal 952 handhavingsmaatregelen opgelegd, waarvan 782 informele maatregelen.⁴³ DNB heeft in diezelfde periode 138 handhavingsmaatregelen opgelegd, waarvan 61 informele maatregelen.⁴⁴

DNB en de AFM maakten tot voor kort onderscheid tussen twee soorten informele maatregelen: de waarschuwingsbrief en de normoverdragende brief dan wel het normoverdragende gesprek. In beide gevallen volgt de informele maatregel op een door de toezichthouder geconstateerde wetsovertreding van de instelling. De AFM nam in waarschuwings- en normoverdragende brieven stevast de volgende passage op:

“Deze brief is verstuurd naar aanleiding van een vastgestelde overtreding en kwalificeert om die reden als toezichtsantecedent voor alle personen die ten tijde van de overtreding het beleid (mede) bepalen en de personen die zijn belast met het toezicht op dit beleid. In de toekomst kan de AFM deze brief meewegen in haar besluitvorming over de eventuele toetsing van de betrouwbaarheid en/of geschiktheid van deze personen.”

Sinds 1 januari 2024 heeft de AFM haar beleid inzake informele maatregelen gewijzigd, zo is te lezen op haar website.⁴⁵ De AFM maakt voortaan geen gebruik meer van de normoverdragende brief en het normoverdragende gesprek. In plaats daarvan introduceert de AFM voor lichtere overtredingen de ‘toezichtbrief’ of het ‘toezichtgesprek’. Daarin stelt de AFM vast dat de instelling een overtreding heeft begaan, maar deze brief of dit gesprek wordt door de AFM niet aangemerkt als een maatregel en daarom ook niet als toezichtantecedent. Wel beschouwt de AFM de vastgestelde overtreding als “overige toezichtinformatie die als zodanig wordt meegenomen bij een personentoetsing door de AFM”. De waarschuwingsbrief blijft bestaan en

40 Het BGfo Wft en Bpr Wft bepalen dat een maatregel aan een instelling tot een toezichtantecedent leidt voor iedere persoon die bij de instelling een “een functie als beleidsbepalende of medebeleidsbepalende persoon bekleedt of bekleedde, feitelijk zeggenschap in het bestuur uitoefent of uitoefende of anderszins (mede)verantwoordelijk is of was voor het beleid”. Het kan bepaald niet worden uitgesloten dat de wetgever heeft bedoeld om onder deze omschrijving ook commissarissen te scharen, temeer nu commissarissen vóór de inwerkingtreding van de Wft onder de definitie van medebeleidsbepaler vielen en ook de Beleidsregel betrouwbaarheidstoetsing – die door de wetgever is overgeheveld naar het BGfo Wft/Bpr Wft – steeds heeft bepaald dat (ook) commissarissen een toezichtantecedent oplopen bij een maatregel aan de instelling.

41 De AFM stelt: “Als de AFM een maatregel aan een onderneming oplegt waarin een overtreding bij die onderneming door ons is vastgesteld, dan is deze overtreding een toezichtantecedent voor de beleidsbepaler van die onderneming. Dit geldt niet alleen voor formele maatregelen zoals een aanwijzing, last onder dwangsom of boete, maar ook voor informele maatregelen zoals een waarschuwingsbrief.” (webpagina ‘Beoordeling betrouwbaarheid’, <https://www.afm.nl/nl-nl/sector/themas/toetsingen/toetsing-bestuurders-en-commissarissen/beoordeling-betrouwbaarheid>). DNB merkt cryptisch op: “De maatregel is in beginsel een antecedent voor alle (mede)-beleidsbepalers die in die periode actief waren bij de instelling. De maatregel is dus geen antecedent voor bestuurders of commissarissen die bij oplegging van de maatregel actief zijn maar dat nog niet waren ten tijde van het onderliggende feitencomplex.” (webpagina ‘Antecedenten’, <https://www.dnb.nl/voor-de-sector/open-boek-toezicht/thema-s/toetsingen/overig/antecedenten>).

42 Anders dan de andere restcategorieën genoemd in het BGfo Wft/Bpr Wft, is de restcategorie bij strafrechtelijke antecedenten gekoppeld aan bepaalde expliciet in het BGfo Wft/Bpr Wft genoemde strafrechtelijke antecedenten.

43 AFM Jaarverslag 2023, p. 41.

44 ZBO-verantwoording DNB 2023, p. 44-54.

45 Zie AFM webpagina ‘Welke maatregelen kan de AFM opleggen?’ (<https://www.afm.nl/nl-nl/over-de-afm/maatregelen/welke-maatregelen>).

wordt door de AFM ook nog steeds aangemerkt als informele maatregel en dus als toezichtantecedent. In aanvulling hierop introduceert de AFM het waarschuwingsgesprek. Het gevoerde waarschuwingsgesprek wordt door de AFM in de praktijk achteraf schriftelijk bevestigd, waarbij zij er dan op wijst dat de overtreding waarop het waarschuwingsgesprek ziet, geldt als toezichtantecedent voor alle (mede)beleidsbepalers en leden van het toezichthoudend orgaan actief bij de instelling ten tijde van de overtreding. De AFM past naar eigen zeggen de waarschuwingsbrief of het -gesprek toe bij zwaardere en/of meer verwijtbare overtredingen.⁴⁶

Een belangrijk verschil met formele maatregelen is dat informele maatregelen, en ook de hiervoor genoemde 'toezichtbrief', niet als besluit in de zin van de Awb kwalificeren. De laagdrempeligheid van een informele maatregel maakt dit type maatregel voor de toezichthouder een aantrekkelijk handhavingsinstrument.⁴⁷ Daarin schuilt echter ook meteen de keerzijde: een belanghebbende kan tegen een informele maatregel (of toezichtbrief) geen bezwaar, beroep en hoger beroep instellen (zie over de rechtsbescherming par. 5 en 6 hierna), terwijl het dus wel op zijn conduittestaat wordt aangetekend en het tot hertoetsing kan leiden.

4. De meldplichten jegens DNB en de AFM bij antecedenten

4.1 Drie soorten meldplichten voor instellingen om antecedenten te melden

Op grond van het Nederlandse toezichtrecht gelden er drie soorten antecedentenmeldplichten voor instellingen.

4.1.1 Bij de vergunningaanvraag

Ten eerste zijn financiële instellingen bij de vergunningaanvraag verplicht om de toezichthouder te informeren over eventuele antecedenten van onder anderen haar bestuurders en commissarissen.⁴⁸ Dit gebeurt in de praktijk via het betrouwbaarheidsformulier van DNB en de AFM dat door de betrokken personen zelf wordt ingevuld.

4.1.2 Bij nieuwe benoemingen

Ten tweede dienen instellingen als zij eenmaal over een vergunning beschikken – zoals hiervoor al opgemerkt – doorlopend nieuwe benoemingen van bestuurders en commissarissen eerst ter goedkeuring voor te leggen aan de toezichthouder, waarbij dan ook steeds informatie over eventuele antecedenten van de kandidaat via het betrouwbaarheidsformulier aan de toezichthouder moet worden verstrekt.⁴⁹

4.1.3 Doorlopend ten aanzien van zittende bestuurders en commissarissen

Ten derde moeten instellingen de toezichthouder doorlopend op de hoogte houden van nieuw opgekomen antecedenten van onder anderen hun zittende bestuurders en commissarissen.⁵⁰ Deze doorlopende meldplicht vinden DNB en de AFM erg belangrijk.⁵¹ Zo schrijft de AFM op haar website:

“Naleving van de meldplicht is van groot belang. Relevante gebeurtenissen kunnen beter te veel dan te weinig worden gemeld. Openheid van zaken is een verzachtende omstandigheid die wordt meegenomen in de beoordeling.”

Tegelijkertijd zorgt deze meldplicht in de praktijk voor allerlei vragen, wat voor een belangrijk deel samenhangt met de niet altijd eenvoudig te beantwoorden vraag of sprake is van een antecedent. Op deze meldplicht wordt daarom hierna nader ingegaan. Hier zij nog genoemd dat, opmerkelijk genoeg, houders van een vvgb – die (of in geval van rechtspersonen: hun bestuurders) ook op betrouwbaarheid worden getoetst – ingevolge de Wft op dit moment niet onderworpen lijken te zijn aan een wettelijke verplichting om DNB te informeren over nieuwe antecedenten.⁵²

4.2 De doorlopende meldplicht m.b.t. zittende bestuurders en commissarissen

4.2.1 Meldplicht aan DNB of aan de AFM

Omdat bestuurders en commissarissen doorlopend betrouwbaar moeten zijn, en DNB en de AFM daar doorlo-

⁴⁶ Zie afm.nl.

⁴⁷ Zie ook de opinie 'Toezichthouden is een kunst, geen wetenschap' van mevrouw Van Geest, bestuursvoorzitter van de AFM, in *Het Financieel Dagblad* van 9 juni 2023: "Toegegeven, de boete is niet het eerste instrument waar de AFM naar grijpt. Het is een arbeidsintensieve (en dure!) manier om organisaties tot naleving te bewegen. Je moet grondig onderzoek doen. Onder invloed van het toeslagendebedel hebben rechters de lat voor bewijs bovendien hoger gelegd. De signaalwerking richting de sector als geheel verloopt ook traag. Instellingen mogen natuurlijk bezwaar maken, in beroep bij de rechter en vervolgens in hoger beroep. Hoewel de AFM verplicht is boetes te publiceren, kunnen partijen keer op keer de rechter vragen die publicatie aan te houden. (...) Wat werkt wél snel en effectief? (...) Informele interventies! Niet lekker meetbaar, wel onderbouwd met gedragswetenschappelijk bewijs."

⁴⁸ Zie het Besluit Marktoegang financiële ondernemingen Wft en de bijlage bij dit besluit.

⁴⁹ Zie onder meer artikel 89 lid 6, artikel 95 lid 5 en artikel 103 lid 4 BGfo Wft en artikel 33 lid 3 Bpr Wft.

⁵⁰ Zie onder meer artikel 88, 94 en 102 BGfo Wft en artikel 34 Bpr Wft.

⁵¹ Zie DNB nieuwsbericht 'Doorlopend melden antecedenten' van 1 februari 2023 (<https://www.dnb.nl/nieuws-voor-de-sector/oud/toezicht-2023/doorlopend-melden-antecedenten>) en AFM webpagina 'Meld een wijziging in antecedenten' (<https://www.afm.nl/nl-nl/sector/themas/toetsingen/toetsing-bestuurders-en-commissarissen/meld-een-wijziging-in-antecedenten>).

⁵² Vergelijk artikel 8 lid 3 onder c Wet toezicht trustkantoren 2018. Zie ook B.C.G. Jennen, 'Toetsing van bestuurders van aandeelhouders van financiële ondernemingen', *Ondernemingsrecht* 2023/66, afl. 10-11, die betoogt dat er op grond van de Wft zelfs geen plicht bestaat om voorgenomen benoemingen van bestuurders van een vvgb-houder bij DNB ter toetsing aan te melden.

pend toezicht op moeten kunnen houden, is het logisch dat de wetgever een doorlopende antecedentenmeldplicht in de wet – meer specifiek: in het BGfo Wft en Bpr Wft – heeft opgenomen. De meldplicht aan DNB rust op instellingen met DNB als hoofdtoezichthouder – zoals banken, verzekeraars en betaalinstellingen – en schrijft voor dat een instelling DNB moet informeren over wijzigingen van gegevens op basis waarvan DNB eerder de betrouwbaarheid van (onder anderen) de bestuurder of commissaris heeft beoordeeld.⁵³

De meldplicht aan de AFM rust op instellingen met de AFM als hoofdtoezichthouder – zoals beleggingsondernemingen, fondsbeheerders en financieledienstverleners – en luidt opvallend genoeg net anders dan de meldplicht aan DNB. Een instelling moet de AFM informeren over een wijziging in de gegevens die eerder door de instelling zelf of een andere instelling aan de AFM of DNB zijn verstrekt ten behoeve van de betrouwbaarheidsbeoordeling van (onder anderen) een bestuurder of commissaris.⁵⁴ Deze formulering van de meldplicht is mijns inziens dogmatisch juist.⁵⁵

4.2.2 Redelijke uitleg van de meldplicht en selectie van vragen

Bovengenoemde doorlopende meldplichten blinken niet uit in duidelijkheid. Zo bevatten zij geen verwijzing naar de bijlagen bij het BGfo Wft en Bpr Wft waar de antecedenten zijn opgesomd. Het woord “antecedenten” wordt door de wetgever überhaupt niet in de meldplicht gehanteerd. Uit de wetsgeschiedenis blijkt echter dat de meldplicht specifiek op antecedenten ziet.⁵⁶ Volgens de wetgever zijn twee situaties denkbaar. Ten eerste kan de instelling op de hoogte raken van een bestaand antecedent van een bestuurder of commissaris dat al bij de vergunningaanvraag, of daarna indien de benoeming later heeft plaatsgevonden, aan de toezichthouder gemeld had moeten worden. De doorlopende meldplicht vereist dat de instelling dit antecedent dan alsnog onverwijld meldt. Ten tweede kunnen er zich in het leven van een bestuurder of commissaris nieuwe antecedenten voordoen. Deze antecedenten moeten door de instelling onverwijld gemeld worden zodra zij hiervan op de hoogte raakt.⁵⁷

Een redelijke uitleg van de doorlopende meldplicht is dat een instelling (alleen) die antecedenten moet melden die

zijn opgesomd in bijlage A bij het Bpr Wft en bijlage C bij het BGfo Wft. Dat zijn immers ook de antecedenten die door een instelling gemeld moeten worden bij een vergunningaanvraag of bij een benoeming van een bestuurder of commissaris daarna. Deze redelijke uitleg leidt in de praktijk niettemin veelvuldig tot vragen. Vaak is dat het gevolg van onduidelijkheid of een bepaalde gebeurtenis als een antecedent kwalificeert en dus gemeld moet worden. In par. 3.1.2 hiervoor is al opgemerkt dat het bijvoorbeeld niet klip en klaar is of een voornemen tot het opleggen van een maatregel of een onderzoeksrapport van DNB of de AFM als antecedent kwalificeert en dus gemeld moet worden. Hetzelfde geldt bijvoorbeeld voor de ‘toezichtbrief’ van de AFM (zie par. 3.2 hiervoor). In geen van deze gevallen is sprake van een handavingsmaatregel en dus van een ‘hard’ toezichtantecedent, maar zoals hiervoor toegelicht kent het antecedentensysteem ook de restcategorie “*Andere feiten en omstandigheden*”. Daarom is in dit soort grensgevallen steeds een nadere beoordeling vereist of er een wettelijke meldplicht is ontstaan.

Daarnaast heeft DNB op haar website kenbaar gemaakt dat een antecedent niet aan haar hoeft te worden gemeld als het antecedent het gevolg is van een maatregel die zij zelf heeft opgelegd.⁵⁸ De AFM heeft op haar website eenzelfde bericht gepubliceerd.⁵⁹ Dit ligt in de praktijk echter genuanceerd. Een verzekeraar, bijvoorbeeld, heeft een meldplicht jegens DNB. Als DNB een boete oplegt aan verzekeraar A, dan hoeft deze verzekeraar het antecedent dat uit die boete volgt voor haar bestuurders en commissarissen⁶⁰ dus niet aan DNB te melden. Een verzekeraar moet een boete die zij van de AFM heeft ontvangen, echter weer wél melden aan DNB als antecedent. Ingewikkelder wordt het als een voormalig bestuurder van verzekeraar A – voor wie de AFM-boete een antecedent oplevert – inmiddels commissaris is van beleggingsonderneming B, die een meldplicht heeft jegens de AFM. Hoeft deze beleggingsonderneming het antecedent dat volgt uit de AFM-boete aan verzekeraar A dan niet te melden aan de AFM? De berichtgeving van de AFM veronderstelt dat in dat geval inderdaad geen meldplicht geldt, maar dat impliceert wel dat de AFM, hoewel zij geen hoofdtoezichthouder is van verzekeraar A, precies weet wie de getoetste dagelijks be-

53 Zie artikel 34 Bpr Wft.

54 Zie onder meer artikel 88, 94 en 102 BGfo Wft.

55 De wetgever heeft bij deze formulering namelijk (wel) de mogelijkheid onderkend dat de aanvangstoetsing van de betreffende bestuurder of commissaris al bij een eerdere rol bij een andere instelling (en dus mogelijk ook een andere toezichthouder) heeft plaatsgevonden. Daarnaast lijkt het mij juist om te spreken van een wijziging in eerder verstrekte gegevens dan te spreken over een wijziging in gegevens die de toezichthouder heeft betrokken in de betrouwbaarheidsbeoordeling omdat dat laatste, in ieder geval deels, achter de schermen gebeurt.

56 Stb. 2006, 519, p. 120 en Stb. 2006, 520, p. 256.

57 Stb. 2006, 519, p. 120.

58 Zie <https://www.dnb.nl/voor-de-sector/open-boek-toezicht/thema-s/toetsingen/overig/antecedenten>: “Antecedenten die bestaan uit toezichtmaatregelen van DNB mag u bekend bij DNB veronderstellen en hoeft u daarom niet te melden bij DNB. Daarentegen dient u (in)formele maatregelen van andere toezichthouders (zoals de AFM, de ECB of een buitenlandse toezichthouder) wel te melden.”

59 Zie <https://www.afm.nl/nl-nl/sector/themas/toetsingen/toetsing-bestuurders-en-commissarissen/meld-een-wijziging-in-antecedenten>: “Antecedenten van een overtreding waarvoor de AFM een maatregel heeft opgelegd zijn bij ons bekend en hoeft u dus niet te melden. Wel moet u maatregelen van andere toezichthouders (zoals DNB, de ECB of een andere toezichthouder) melden.”

60 Het gaat hier dus om de bestuurders en commissarissen die bij verzekeraar A actief waren ten tijde van de onderliggende overtreding waarvoor de boete wordt opgelegd. In het boetebesluit wordt de periode van overtreding normaal gesproken gespecificeerd.

leidsbepalers en interne toezichthouders waren van verzekeraar A ten tijde van de onderliggende overtreding waarvoor zij aan verzekeraar A de boete heeft opgelegd.⁶¹

Bovenstaand voorbeeld werpt ook andere vragen op. In hoeverre is verzekeraar A gehouden om haar oud-bestuurders en oud-commissarissen er actief over te informeren dat zij met de boete een nieuw antecedent hebben opgelopen? In de praktijk zal een instelling daartoe vanuit een zorgplichtgedachte, goed werkgeverschap of om andere redenen veelal willen overgaan, maar de instelling loopt daarmee wel een reëel risico dat bedrijfsvertrouwelijke informatie bij derden terechtkomt. Dit is met name een risico als de boete (of andere maatregel) nog niet gepubliceerd is door de toezichthouder.

Een andere belangrijke vraag is in hoeverre op beleggingsonderneming B doorlopend een actieve onderzoeksplicht rust met betrekking tot mogelijke antecedenten van (onder anderen) haar bestuurders en commissarissen. Het antwoord op deze vraag luidt ontkennend. In de wettelijke meldplicht aan de AFM is opgenomen dat een instelling antecedenten onverwijld moet melden nadat zij daarvan in het kader van de normale bedrijfsvoering kennis heeft genomen.⁶² In de toelichting bij het BGfo Wft heeft de wetgever opgemerkt dat met de woorden “in het kader van de normale bedrijfsvoering” tot uitdrukking is gebracht dat een instelling géén verplichting heeft om onderzoek in te stellen naar eventuele wijzigingen in antecedenten.⁶³ In de wettelijke meldplicht aan DNB ontbreekt de verwijzing naar “in het kader van de normale bedrijfsvoering” echter; daarin wordt slechts bepaald dat antecedenten onverwijld moeten worden gemeld nadat de instelling daarvan op de hoogte is gekomen. Dat de wetgever hiermee voor instellingen die DNB als hoofdtoezichthouder hebben wél een actieve onderzoeksplicht heeft willen invoeren, is niet goed verdedigbaar. Niet valt immers in te zien waarom voor die instellingen een strengere eis zou gelden dan voor instellingen met de AFM als hoofdtoezichthouder.

Hoe dan ook, de toezichthouder zal van alle instellingen, indachtig de wettelijke meldplicht en de eisen inzake de integere en beheerste bedrijfsvoering, verwachten dat zij goede afspraken maken met (onder anderen) hun be-

stuurders en commissarissen voor het intern melden van gebeurtenissen die mogelijk als antecedent kwalificeren.⁶⁴

4.3 *Gevolgen van niet-naleving van de doorlopende meldplicht*

Het niet voldoen aan de meldplicht kan serieuze consequenties hebben. Het geheel niet melden van een antecedent door een instelling is beboetbaar gesteld met een basisbedrag van EUR 500.000. Het melden van een antecedent waarvan de instelling al langer kennis had, kan leiden tot een boete van EUR 10.000. In dat laatste geval is niet voldaan aan de verplichting een antecedent “onverwijld” te melden.⁶⁵

Een praktijkvoorbeeld biedt de uitspraak van het CBb van 25 februari 2014. Het ging in die zaak om het niet melden door een instelling aan de AFM dat haar beleidsbepaler als verdachte is gehoord in een strafrechtelijk onderzoek naar hypotheekfraude. Nadat de AFM aan de instelling een boete had opgelegd wegens schending van de antecedentenmeldplicht, is tot aan de hoogste bestuursrechter geprocedeerd over de vraag of het (enkele) gehoord worden als verdachte reeds een antecedent oplevert dat onverwijld gemeld had moeten worden. Deze vraag is door het CBb bevestigend beantwoord.⁶⁶

Naast het opleggen van een boete aan de instelling kan de toezichthouder ook de personen in privé beboeten die aan de overtreding door de instelling feitelijk leiding hebben gegeven.⁶⁷ Dit risico lopen normaal gesproken de bestuurders van de instelling die van het antecedent kennis hadden, maar hebben nagelaten ervoor te zorgen dat de instelling het antecedent aan de toezichthouder meldt. Echter, gedacht kan ook worden aan de commissaris die zelf een antecedent heeft opgelopen, dat antecedent ook aan de instelling meldt, maar vervolgens actief verhindert dat het antecedent aan de toezichthouder wordt gemeld.

Tot slot zal het verzwijgen van een antecedent voor de toezichthouder, ongeacht of de toezichthouder hiervoor een handhavingsmaatregel oplegt, op zichzelf in de regel resulteren in een zwaar toezichtantecedent voor de be-

61 Mogelijk dat hier informatie-uitwisseling tussen AFM en DNB plaatsvindt. In 2012 informeerden DNB en de AFM de sector dat zij allebei een eigen (dus geen gezamenlijke) ‘bestuurdersmonitor’ hadden ingeregeld waarin antecedenten van bestuurders en commissarissen zouden worden bijgehouden (zie *Informatiebulletin toetsingen mei 2012*). Nadien zijn hier echter geen publicaties meer over verschenen. In de praktijk bestaat evenwel – mede indachtig de Algemene verordening gegevensbescherming – de behoefte aan meer informatie van de toezichthouder over hoe deze bestuurdersmonitoren op dit moment werken en zich tot elkaar verhouden, en hoe inzage in eventuele geregistreerde eigen antecedenten kan worden verkregen.

62 Zie bijvoorbeeld artikel 94 lid 2 BGfo Wft.

63 *Stb.* 2006, 520, p. 261.

64 Zie ook A.E. van Lamsweerde, J. de Wolf & A.B. Schoonbeek, ‘Meldplicht betrouwbaarheid, weet wat je zegt, zeg alles wat je weet?’ in: *Jaarboek Compliance 2014*, p. 187.

65 Besluit bestuurlijke boetes financiële sector. Als een instelling wordt beboet voor schending van de meldplicht, dan levert dat ook weer een nieuw toezichtantecedent op voor (onder anderen) de bestuurders en commissarissen die actief waren ten tijde van de overtreding.

66 CBb 25 februari 2014, ECLI:NL:CBB:2014:96, r.o. 5.3-5.6.

67 Artikel 5:1 lid 3 Awb en artikel 51 lid 2 onder 2 Wetboek van Strafrecht.

stuurder of commissaris die het betreft.⁶⁸ Het achterhouden van een antecedent neemt een toezichthouder doorgaans hoog op en kan, al dan niet tezamen met andere antecedenten, leiden tot een hertoetsing op betrouwbaarheid.⁶⁹

4.4 Antecedentenprotocol

Gelet op het voorgaande is het belangrijk dat instellingen over een antecedentenprotocol beschikken. Het ligt in de rede dat daarin in ieder geval wordt uitgewerkt (i) hoe onder anderen bestuurders en commissarissen periodiek worden gewezen op de eis om intern, bijvoorbeeld aan de compliance officer, mogelijke antecedenten te melden; (ii) welke procedure wordt gevolgd indien een bestuurder of commissaris bij de instelling melding maakt van een kwestie die mogelijk als antecedent kwalificeert, waarbij in ieder geval steeds wordt beoordeeld of het antecedent moet worden gemeld aan de toezichthouder; en (iii) welke procedure de instelling volgt als zij een handhavingsmaatregel heeft ontvangen die een antecedent oplevert voor een of meer huidige of voormalige functionarissen van de instelling die ook een toetsbare functie bij een andere onder toezicht staande instelling vervullen.

5. Consequenties van antecedenten en de opstelling van de bestuursrechter

5.1 Van formele toerekening naar een inhoudelijke hertoetsing

Als een toezichthouder een redelijke aanleiding ziet om een bestuurder of commissaris op grond van één of meer antecedenten te hertoetsen, dan zal de toezichthouder zich over deze antecedenten bijna altijd een eigen oordeel moeten vormen. Heel kort gezegd komt die beoordeling erop neer of de formeel – namelijk op grond van de wet – aan de bestuurder of commissaris toegerekende antecedenten in materiële zin dermate blijken geven van niet-integer gedrag dat tot aftoetsing van de persoon moet worden overgegaan. Bij deze beoordeling moet de toezichthouder niet alleen naar de antecedenten zelf kijken, maar ook naar de belangen die de Wft beoogt te beschermen én de belangen van de instelling en de persoon in kwestie.⁷⁰

Vier specifiek benoemde typen antecedenten acht de wetgever dermate ernstig dat de betrouwbaarheid in die ge-

vallen ‘automatisch’ niet langer buiten twijfel staat. Het gaat hierbij om bepaalde strafrechtelijke en fiscale antecedenten.⁷¹ Voor drie van deze vier typen antecedenten bepaalt de wet echter ook dat de toezichthouder wegens bijzondere omstandigheden er toch voor kan kiezen om betrokkene ondanks een dergelijk antecedent niet af te toetsen, bijvoorbeeld omdat het antecedent inmiddels ver in het verleden ligt.⁷² Dit ligt alleen anders bij onherroepelijke veroordelingen ter zake van bepaalde misdrijven waarbij sinds het onherroepelijk worden van de uitspraak minder dan 8 jaren zijn verstreken.⁷³ In die gevallen komt er geen oordeel van de toezichthouder meer aan te pas en moet de persoon in kwestie worden afgetoetst.⁷⁴

5.2 Aftoetsing op grond van toezichtantecedenten: Rb. Rotterdam 16 september 2022

Een antecedent heeft een bestuurder of commissaris zo te pakken. Zoals eerder opgemerkt is dat alleen al het geval omdat DNB en (met name) de AFM elk jaar een grote hoeveelheid formele en vooral ook informele toezichtmaatregelen aan instellingen opleggen. In de praktijk komt het voor dat een toezichthouder uitsluitend op grond van toezichtantecedenten een negatief betrouwbaarheidsoordeel velt.

Deze situatie deed zich voor in de procedure die is uitgesproken in de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 16 september 2022.⁷⁵ Het ging in deze zaak om een aantal toezichtantecedenten en “andere feiten en omstandigheden” op grond waarvan DNB tot her- en aftoetsing van twee voormalig bestuurders van een onder toezicht staande instelling was overgegaan. Het bijzondere daarbij was dat de toezichtantecedenten en “andere feiten en omstandigheden” voornamelijk bestonden uit formele en informele toezichtmaatregelen die collega-toezichthouder AFM aan de onder toezicht staande instelling had opgelegd. De voormalig bestuurders vochten het negatieve betrouwbaarheidsoordeel van DNB en de daarop gebaseerde besluiten aan bij de bestuursrechter, nadat DNB hun bezwaren had afgewezen.

68 Meer specifiek het toezichtantecedent: “het onjuist of onvolledig verstrekken van gegevens aan een toezichthouder of toezichthoudende instantie”. Dit hangt echter af van de precieze feiten en omstandigheden. Denk bijvoorbeeld aan een commissaris die een mogelijk antecedent in alle openheid meldt aan het hoofd compliance van de instelling, die na nader onderzoek concludeert dat geen sprake is van een te melden antecedent. Het bestuur van de instelling besluit daarom het antecedent niet te melden. Als de toezichthouder vervolgens van mening is dat zij onjuist of onvolledig is geïnformeerd, komt de vraag op in hoeverre de commissaris een toezichtantecedent heeft opgelopen. Als dat al het geval is, dan zullen voornoemde omstandigheden een rol moeten spelen bij de beoordeling van dit toezichtantecedent.

69 Zie bijvoorbeeld Cbb 22 februari 2017, ECLI:NL:CBB:2017:46.

70 Artikel 16 BGfo Wft en artikel 9 Bpr Wft.

71 Artikel 15 lid 1 BGfo Wft en artikel 8 lid 1 Bpr Wft.

72 Artikel 15 lid 2 BGfo Wft en artikel 8 lid 2 Bpr Wft. Zie tevens Stb. 2012, 695, p. 42-43.

73 Artikel 15 lid 1 onder a BGfo Wft en artikel 8 lid 1 onder a Bpr Wft.

74 Vóór 2011 schreven artikel 15 BGfo Wft en artikel 8 Bpr Wft deze uitkomst ook al dwingend voor. Echter, op 4 maart 2010 heeft het Cbb geoordeeld dat (i) de AFM op grond van artikel 4:10 lid 1 en 2 Wft altijd zelf moet kunnen oordelen over iemands betrouwbaarheid; en (ii) artikel 15 BGfo Wft wegens strijd met genoemde Wft-bepaling onverbindend is (Cbb 4 maart 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BL9360). Vervolgens heeft de wetgever het BGfo Wft en Bpr Wft conform de Cbb-uitspraak aangepast (Stb. 2010, 801, p. 21-22). Twee jaar later, namelijk per 1 januari 2013, heeft de wetgever dit echter weer teruggedraaid door in artikel 4:10 lid 3 en artikel 3:9 lid 3 Wft alsnog een grondslag op te nemen voor een dwingend voorgeschreven uitkomst van de betrouwbaarheidstoets (Kamerstukken II 2010/11, 32 786, nr. 3 (MvT), p. 11-13).

75 Rb. Rotterdam 16 september 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:11948. Van de uitspraak is alleen een uittreksel gepubliceerd.

De rechtbank stelt in haar uitspraak voorop dat, gelet op de gevolgen van een negatief betrouwbaarheidsoordeel, aan de vaststelling en weging van antecedenten door de toezichthouder hoge eisen moeten worden gesteld. De rechtbank wijst daarbij op het recht op eigendom,⁷⁶ het fundamentele recht op arbeid en de wettelijke aansprakelijkheidsbeperking van DNB.⁷⁷ De rechtbank oordeelt verder dat DNB, nu zij geen deskundige is met betrekking tot gedragtoezicht, bij haar beoordeling van de antecedenten mocht afgaan op de expertise van de AFM. Dit laat volgens de rechtbank echter onverlet dat de voormalig bestuurders de toezichtantecedenten (inhoudelijk) moeten kunnen betwisten. Dat een aantal door de AFM jegens de instelling genomen besluiten (waar de antecedenten uit zijn voortgevloeid) onherroepelijk is geworden, staat hieraan niet in de weg.⁷⁸ Omwille van de rechtsbescherming van de voormalig bestuurders behandelt de rechtbank vervolgens de door hen aangevoerde inhoudelijke bezwaren tegen de verschillende antecedenten en komt ze tot het oordeel dat meerdere van deze antecedenten ten onrechte, bijvoorbeeld omdat überhaupt geen sprake is geweest van een overtreding door de instelling, respectievelijk te zwaar door DNB waren betrokken bij de hertoetsing.⁷⁹

Het belang van deze uitspraak voor toekomstige betrouwbaarheidsbeoordelingen is onder meer gelegen in de opdracht die de rechtbank DNB vervolgens meegeeft. DNB moest van de rechtbank de resterende antecedenten opnieuw beoordelen en daarbij:

1. ook rekening houden met het tijdsverloop: naarmate een gedraging/antecedent langer in het verleden ligt, is het eerder onevenredig om die gedraging aan de betrokken personen te blijven tegenwerpen;
2. meer rekening houden met de ernst van de overtredingen van de instelling, waarbij ook moet worden betrokken in hoeverre de overtredingen van de instelling hebben geleid tot wezenlijke risico's voor klanten van de instelling; en
3. nagaan in hoeverre de voormalig bestuurders ten opzichte van de AFM transparant zijn geweest over de werkwijzen van de instelling en in hoeverre de AFM daarmee bekend was.⁸⁰

De uitkomst van deze nieuwe beoordeling is dat DNB de negatieve betrouwbaarheidsoordelen uiteindelijk weer heeft ingetrokken.⁸¹

5.3 *Besluit tot heenzending en het evenredigheidsbeginsel: CbB 22 februari 2017*

Wat ook mogelijk is, is dat de bestuursrechter oordeelt dat de toezichthouder terecht tot een negatief betrouwbaarheidsoordeel is gekomen, maar dat het daarop gebaseerde besluit onevenredig uitpakt. Hoewel DNB en de AFM bij een negatief betrouwbaarheidsoordeel in de regel tot heenzending van de persoon in kwestie zullen willen overgaan, zullen zij ook dan – met inachtneming van het beoordelingskader uit de belangrijke Harderwijk-uitspraak over het evenredigheidsbeginsel⁸² – een belangenafweging moeten uitvoeren. Deze belangenafweging kan ertoe leiden dat ondanks een negatief betrouwbaarheidsoordeel van een besluit tot heenzending van de persoon in kwestie moet worden afgezien.

Een interessant praktijkvoorbeeld biedt de uitspraak van het CbB van 22 februari 2017.⁸³ De beleidsbepaler van een instelling had (i) in de periode 1997-2007 opzettelijk onjuiste belastingaangiftes gedaan bij de Belastingdienst, hetgeen de AFM als fiscaal antecedent uit de restcategorie kwalificeerde; en (ii) niet aan de AFM gemeld dat hij in 2009 gebruik heeft gemaakt van de fiscale inkeerregeling, hetgeen de AFM als toezichtantecedent beschouwde. Het CbB oordeelt dat de AFM op basis van deze twee antecedenten in 2014 een negatief betrouwbaarheidsoordeel heeft mogen vellen over de beleidsbepaler. Echter, het CbB oordeelt vervolgens dat het daarop gebaseerde heenzendingsbesluit in strijd komt met het evenredigheidsbeginsel. Het CbB neemt daarbij onder meer in aanmerking dat de feiten alweer van een aantal jaar eerder dateren, de betrokken persoon vrijwillig tot inkeer is gekomen en zijn heenzending mede gelet op zijn leeftijd feitelijk het einde van zijn werkzame leven zou betekenen. De AFM moest daarom van het CbB een nieuw besluit nemen waarbij, hooguit, een minder verstrekende aanwijzing wordt opgelegd.⁸⁴

6. *Slotbeschouwingen: hoe is het met de rechtsbescherming van bestuurders en commissarissen gesteld?*

6.1 *Positieve ontwikkelingen*

Zoals uit de hiervoor aangehaalde uitspraken blijkt, toetst de bestuursrechter negatieve betrouwbaarheidsoordelen en daarop gebaseerde besluiten van de toezichthouder indringend. Vanuit het perspectief van rechtsbescherming is dit toe te juichen.

⁷⁶ De voormalige bestuurders waren vvgb-houders en dienden als gevolg van de besluiten van DNB afstand te doen van hun gekwalificeerde deelnemingen.

⁷⁷ R.o. 23.3.

⁷⁸ R.o. 25.2-25.3.

⁷⁹ R.o. 39.

⁸⁰ R.o. 42.

⁸¹ Zie ook M. Pols & E. van der Schoot, 'DNB hard onderuit in zaak tegen twee oud-bestuurders van DeGiro', *Het Financieel Dagblad* 17 februari 2023.

⁸² ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285. In deze uitspraak heeft de Grote Kamer kort gezegd geoordeeld dat bij de toetsing van een besluit van een bestuursorgaan aan de norm van artikel 3:4 lid 2 Awb de criteria geschiktheid, noodzakelijkheid en evenwichtigheid een rol (kunnen) spelen. Bij de intensiteit van deze toetsing spelen de aard en het gewicht van de bij het besluit betrokken belangen een belangrijke rol, net als de ingrijpendheid van het besluit en de mate waarin het fundamentele rechten van belanghebbenden aantast.

⁸³ CbB 22 februari 2017, ECLI:NL:CBB:2017:46.

⁸⁴ CbB 22 februari 2017, ECLI:NL:CBB:2017:46, r.o. 10.2-10.4.

Ook positief is dat naar aanleiding van het eindrapport van de commissie-Ottow uit 2016 er met betrekking tot het toetsingsproces zelf het een en ander is verbeterd.⁸⁵ Zo hebben DNB en de AFM de informatieverstrekking over het toetsingsproces verbeterd, een vertrouwenspersoon aangesteld waartoe een bestuurder of commissaris zich met een klacht over het proces kan wenden en een externe onafhankelijke voorzitter van de hoorcommissie in de bezwaarfase aangesteld.⁸⁶

6.2 Knelpunten

In de praktijk blijft er echter ook een aantal belangrijke knelpunten bestaan. Deze knelpunten zien enerzijds op de rechtsbescherming tegen toezichtantecedenten zelf en anderzijds op de rechtsbescherming tegen een daarop gebaseerd negatief betrouwbaarheidsoordeel.

6.2.1 Wél een antecedent, géén belanghebbende

Om bij toezichtantecedenten te beginnen: een eerste knelpunt is dat formele maatregelen van de toezichthouder aan een instelling weliswaar een toezichtantecedent opleveren voor de bestuurders en commissarissen van die instelling,⁸⁷ maar zij in beginsel – zo volgt tot op heden uit de rechtspraak⁸⁸ – zelf niet als belanghebbenden bij de formele maatregel worden erkend. Dit betekent dat zij niet zelfstandig bezwaar en beroep tegen dergelijke maatregelen kunnen instellen. Dat kan ertoe leiden individuele bestuurders of commissarissen vanwege het antecedent er belang bij hebben om namens de instelling bezwaar en beroep in te stellen, terwijl dat mogelijk niet in het belang van de instelling zelf hoeft te zijn. Voormalige bestuurders of commissarissen van de desbetreffende instelling hebben überhaupt geen mogelijkheid om het antecedent 'bij de bron' aan te vechten. Dergelijke knelpunten zouden verdwijnen als bestuurders en commissarissen vanwege het antecedent dat zij persoonlijk oplopen als belanghebbenden bij de opgelegde maatregel worden aangemerkt.

6.2.2 Geen bezwaar en beroep mogelijkheid bij informele handhavingsmaatregelen

Een tweede knelpunt in het kader van toezichtantecedenten ziet op informele handhavingsmaatregelen. Omdat dit geen besluiten zijn in de zin van de Awb kan hiertegen überhaupt geen bezwaar en beroep worden ingesteld, dus ook niet door de instelling. Pas als de toezichthouder op grond van dergelijke antecedenten tot aftoetsing van een bestuurder of commissaris is overgegaan en een heenzendingsbesluit

neemt, kunnen de informele maatregelen als onderdeel van het beroep tegen het heenzendingsbesluit alsnog aan de bestuursrechter worden voorgelegd. De persoon in kwestie bevindt zich dan echter al in een uiterst lastige en belastende situatie.

Hierbij moet wel worden opgemerkt dat DNB en de AFM zich ook bij het opleggen van informele maatregelen – zijnde “*andere handelingen dan besluiten*” – aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur moeten houden.⁸⁹ Verdedigbaar is dat de toezichthouder op grond van genoemde algemene beginselen voorafgaand aan het opleggen van een informele maatregel de instelling en haar bestuurders eerst om een zienswijze vraagt, en die zienswijze vervolgens ook daadwerkelijk betreft bij de keuze om wel of geen informele maatregel op te leggen.⁹⁰ Handelt de toezichthouder niet in overeenstemming met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, dan zou de civiele rechter kunnen worden aangezocht op grond van onrechtmatige daad.

6.2.3 Ontbreken van specifieke wettelijke regels voor (her)toetsingsproces

Een derde knelpunt heeft betrekking op het (her)-toetsingsproces voorafgaand aan een (eventueel) formeel besluit. De wet voorziet tot op heden niet in specifieke spelregels voor de her- en aftoetsing van personen. Toezichthouders vallen daarom terug op het algemene kader uit de Awb en de Wft en creëren hun eigen proces. In de praktijk leidt dat proces iedere keer weer tot vragen, met het risico dat de positie van betrokkenen in het gedrang komt.

Een recent voorbeeld biedt de betrouwbaarheidsprocedure van de AFM tegen een bestuurder van een beleggingsonderneming. De AFM meende dat zij de betrokken bestuurder en beleggingsonderneming pas inzage in het dossier hoefde te geven nadat er door haar een definitief heenzendingsbesluit zou zijn genomen en tegen dat besluit bezwaar zou zijn gemaakt. De AFM weigerde daarom in de voorfase bepaalde informatie waarover betrokkenen niet beschikten, te delen. Op 26 april 2024 heeft de voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam geoordeeld dat de AFM hiermee in strijd heeft gehandeld met het Unierechtelijke verdedigingsbeginsel. Dit beginsel beoogt kort gezegd de bij een bezwarend besluit betrokken per-

85 Eindrapport commissie-Ottow 30 november 2016 (<https://open.overheid.nl/documenten/ronl-51631d1f-b085-44a8-b04e-df5013a3b7e3/pdf>).

86 Zie onder meer de brief van AFM en DNB aan de minister van Financiën van 8 december 2016 (https://www.afm.nl/~/_profmedia/files/rapporten/2016/aanbiedingsbrief-dnb-afm-rapport-commissie-ottow.ashx).

87 Voor zover zij ten tijde van de onderliggende overtreding actief waren bij de instelling.

88 Zie Rb. Rotterdam 16 september 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:11948, r.o. 25.4 en de verwijzingen aldaar naar jurisprudentie van het CbB.

89 Zie onder meer artikel 3:1 lid 2 Awb en Hof Amsterdam 21 februari 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:438, r.o. 3.4, waarbij het ging om een feitelijke publicatie van de AFM op haar website.

90 Zie G.P. Roth, ‘Alles went behalve een antecedent. Over rechtsbescherming tegen informele toezichtmaatregelen van de AFM’, *Ondernemingsrecht* 2024/10. In deze column wordt ook gewezen op de discussies in 2023 tussen partijen uit de pensioensector en de AFM over de antecedentvorming door (toen nog door haar gebruikte) normoverdragende brieven. De AFM heeft uiteindelijk de betreffende normoverdragende brieven vanwege de antecedentvorming weer ingeslikt en volstaan met terugkoppelingsbrieven. De ‘toezichtbrief’ die de AFM in 2024 heeft geïntroduceerd (zie par. 3.2) lijkt de vrucht van deze discussie te zijn.

sonen of ondernemingen in staat te stellen een vergissing te corrigeren of individuele omstandigheden aan te voeren die ervoor pleiten dat het bezwarende besluit niet wordt genomen. Daarvoor is vereist dat de toezichthouder de betrokkenen (reeds in de voorfase) informeert over de feiten en de documenten waarop de voorgenomen beslissing is gebaseerd en inzage verleent in de informatie die zij op dat moment tot haar beschikking heeft. De AFM had de informatie dus al veel eerder moeten verstrekken.⁹¹

6.2.4 *Aftoetsing zonder formeel besluit*

Het vierde en laatste knelpunt dat hier wordt benoemd heeft eveneens betrekking op het negatieve betrouwbaarheidsoordeel. Dat oordeel zelf is geen besluit in de zin van de Awb. Dit betekent dat als de instelling ervoor kiest om een afwijzingsbesluit (bij aanvangstoetsingen) of een heenzendingsbesluit (bij hertoetsingen) niet af te wachten en de voordracht van de betreffende bestuurder of commissaris zelf in te trekken, respectievelijk te zorgen voor een 'vrijwillig' vertrek van de persoon in kwestie, er geen formeel besluit van de toezichthouder aan te pas zal komen.⁹² De betreffende afgetoetste persoon blijft dan met lege handen achter: geen functie (meer) bij de instelling en geen toegang tot de bestuursrechter om het negatieve oordeel over zijn betrouwbaarheid aan te vechten. De oproep aan de wetgever waarmee ik – in navolging van de commissie-Ottow⁹³ – afsluit is dan ook om wettelijk te regelen dat het nemen van een formeel 'aftoetsingsbesluit' verplicht is indien de afgetoetste persoon daarom verzoekt.

⁹¹ Rb. Rotterdam (vzr.) 26 april 2024, ECLI:NL:RBROT:2024:4289, r.o. 3.4-3.8. Zie ook M. Pols 'Beurshandelaren Nyenburgh in felle juridische strijd ontwikkeld met waakhond AFM', *Het Financieel Dagblad* 5 mei 2024.

⁹² Zie ook Eindrapport commissie-Ottow 30 november 2016, p. 10, waarin is opgetekend dat dergelijk preventief handelen door de instelling in de praktijk de meest gebruikelijke gang van zaken is bij een voorgenomen negatief oordeel van de toezichthouder.

⁹³ Eindrapport commissie-Ottow 30 november 2016, p. 87-88.