

**REACTIE OP HET WETSVORSTEL WIJZIGINGSWET FINANCIËLE MARKTEN 2016 –
SIMMONS & SIMMONS LLP (MRS. G.P. ROTH, M.R. HOSEMAN EN J.S. ROEPNARAIN)**

Inleiding

Het voorliggende wetsvoorstel introduceert de aan DNB en de AFM toe te kennen bevoegdheid om bestuurders en commissarissen¹ van onder toezicht staande instellingen (“otsi’s”) te schorsen bij de enkele twijfel aan hun geschiktheid. Wij hebben in de afgelopen jaren – als advocaten en bestuurders van de Stichting Wft (Waakzaamheid Financieel Toezicht) – veel van doen gehad met de toetsing en heenzending van bestuurders en commissarissen door genoemde toezichthouders. Die ervaring betreft zowel de fase voorafgaand aan een door de toezichthouders te nemen (heenzendings)besluit als de fase daarna. Tijdens laatstgenoemde fase stonden wij cliënten regelmatig bij in bestuursrechtelijke procedures tegen DNB en de AFM. Het is vanuit deze ervaring dat wij ons genoodzaakt voelen om te reageren op de voorgestelde, nog weer verdergaande, bevoegdheden van de toezichthouders. Ter inleiding volgen hierna eerst enkele algemene observaties.

Algemene observaties

Ook voor ons staat voorop dat het belang van geschikte bestuurders en commissarissen in de financiële sector nauwelijks kan worden overschat. Dat toezichthouders over voldoende instrumenten moeten beschikken om misstanden adequaat te kunnen bestrijden, staat al evenzeer buiten kijf. Daar staat tegenover dat heenzending maar ook schorsing van bestuurders en commissarissen doorgaans bijzonder verstrekken gevolgen heeft, zowel voor de instelling als voor de desbetreffende bestuurder of commissaris. *De facto* komt het niet zelden neer op een beroepsverbod.

Hoewel een heenzendings- of schorsingsbesluit dogmatisch bezien niet kwalificeert als een punitieve sanctie, wordt dat door betrokkenen doorgaans wel zo ervaren. Het valt in redelijkheid ook niet te betwisten dat een dergelijk besluit een bestuurder of commissaris vaak veel harder raakt dan bijvoorbeeld een boete. Het is ook om die reden dat strafrechters, hoewel daartoe bevoegd, slechts hoogst zelden overgaan tot het opleggen van een beroepsverbod. Kortom, het

¹ Het wetsvoorstel verwijst naar “een persoon zoals bedoeld in de artikelen 3:8 of 4:9.” Het gaat derhalve om personen die het dagelijks beleid van een financiële onderneming bepalen en leden van organen belast met toezicht op het beleid en de algemene gang van zaken van de financiële onderneming. Wij hebben het in deze reactie gemakshalve over bestuurders en commissarissen.

is niet vanzelfsprekend dat aan niet-rechtsprekende organen als DNB en de AFM de bevoegdheid toekomt om bestuurders en commissarissen heen te zenden of te schorsen.

Het is wél vanzelfsprekend dat de bestuurder of commissaris die door een toezichthouder wordt heengezonden of geschorst adequate rechtsbescherming geniet. Daaraan schort het in de praktijk nogal. Daarbij is het probleem niet dat de wet niet zou voorzien in een adequate rechtsgang tegen besluiten van DNB en de AFM. Tegen besluiten tot heenzending en schorsing staat immers het hele palet aan bestuursrechtelijke voorzieningen open. Het probleem schuilt er veeleer in dat toezichthouders, met name DNB, in de praktijk vrijwel steeds langs informele weg het door hen gewenste resultaat – heenzending of schorsing van de bestuurder of commissaris – proberen te bereiken. Vaak wordt daartoe zware druk uitgeoefend op de betreffende bestuurder om zelf terugtrekkende bewegingen te maken. Lukt dat niet dan kan de klok er op gelijk worden gezet dat vervolgens de raad van commissarissen wordt “bewerkt” om betrokkenen heen te zenden of te ontslaan. Dit resulteert er niet altijd maar wel vaak in dat de toezichthouder helemaal geen formeel besluit hoeft te nemen. De voordelen van deze praktijk voor de toezichthouder zijn evident: zij bereikt wat zij wil maar zonder het risico dat ze wordt teruggefloten door de rechter.

Voor de desbetreffende bestuurders en commissarissen zijn de druiven echter extra zuur. Zij zullen niet alleen (tijdelijk) het veld moeten ruimen, maar ontberen aldus ook de mogelijkheid om het ongeschiktheids- of onbetrouwbaarheidsoordeel voor te leggen aan de bestuursrechter. Daarmee wordt de rechtsbescherming *de facto* een dode letter.

In de gevallen waarin de druk van de toezichthouder wordt weerstaan en er dus wel een formeel besluit tot heenzending of schorsing volgt, kan uiteraard wel een beroep worden gedaan op de bestuursrechter. Vaak blijken bestuurders en commissarissen, hoezeer zij het ook oneens zijn met het negatieve oordeel van de toezichthouder, daar echter vanaf te zien vanwege het reputatierisico dat (openbare) procedures met zich brengen en/of omdat dit naar hun gevoel indruist tegen het belang van de instelling².

De conclusie is dat de aan bestuurders en commissarissen toekomende rechtsbescherming *in de praktijk* te wensen overlaat. Men zal het ze om voor de hand liggende redenen zelf niet hardop horen zeggen maar vele bestuurders en commissarissen voelen zich volledig overgeleverd aan de inzichten en grillen van de toezichthouder³. Wij schreven al eerder over de praktijkervaringen met deze problematiek die in wezen volledig is terug te voeren op het wettelijk systeem waarin otsi's volledig afhankelijk zijn van DNB en de AFM. De betreffende artikelen in Ondernemingsrecht en het Financieel Dagblad zijn aangehecht. Tevens is aangehecht een artikel van mr. C. Honée over deze kwestie dat werd gepubliceerd in Management Scope.

² Zie bijvoorbeeld ook de column van Pieter Couwenbergh 'Dilemma's bij DNB' in FD 8 augustus 2014.

³ Zie voor een uitzondering het interview met Jan van Walsem in FD 2 juli 2014, voorpagina en p. 14-15 'DNB stuurt voorzitter pensioenfondsweg'.

Bedenkingen bij het wetsvoorstel

Kern van het voorstel tot wijziging van artikel 1:75 Wft

Het is tegen deze achtergrond dat wij vraagtekens plaatsen bij de wenselijkheid om bestuurders en commissarissen reeds te kunnen schorsen bij de enkele twijfel omtrent hun geschiktheid. Daarnaast hebben wij enkele bemerkingen van meer juridisch-technische aard bij het voorliggende wetsvoorstel.

Met het voorliggende wetsvoorstel wordt opvolging gegeven aan de door DNB in haar wetgevingsbrief d.d. 4 juli 2014 geuite wens om bestuurders en commissarissen eerder te kunnen schorsen dan thans mogelijk is. In die wetgevingsbrief (zie p. 7) wordt ook benadrukt dat de hertoetsing van bestuurders en commissarissen zorgvuldig dient te geschieden en dat het daarom de nodige tijd in beslag neemt om vast te stellen of (nog steeds) aan de vereiste geschiktheid wordt voldaan. Het wetsvoorstel voorziet erin dat bestuurders en commissarissen reeds voorafgaand aan dit onderzoek geschorst kunnen worden indien bij de toezichthouder al wel twijfel is ontstaan over de geschiktheid van betrokkene maar deze dus nog niet vast staat. Bij twijfel aan de vereiste *betrouwbaarheid* zou, volgens de memorie van toelichting, schorsing thans reeds mogelijk zijn.

Het wetsvoorstel strekt er derhalve toe om de bewijslast van de toezichthouder in belangrijke mate te verlichten. Het is immers de expliciete bedoeling dat zij reeds tot schorsing mag overgaan nog voordat er zorgvuldig onderzoek is gedaan. Sterker nog, het wetsvoorstel strekt ertoe dat reeds tot schorsing mag worden overgegaan voordat de toezichthouder überhaupt heeft vastgesteld dat sprake is van wetsovertreding. Daarbij moet worden bedacht dat het wetsvoorstel niet inhoudt dat de geschiktheidsnorm zelf wordt aangepast. Anders dan bij *betrouwbaarheid* – die op grond van de artikelen 3:9 respectievelijk 4:10 Wft *buiten twijfel* dient te staan – blijft het met betrekking tot de geschiktheidsnorm zo dat die pas is geschonden indien *vast staat* dat daar niet meer aan wordt voldaan. Het wetsvoorstel voorziet er “slechts” in dat de aanwijzingsbevoegdheid van artikel 1:75 Wft wordt opgerekt, in die zin dat reeds bij de enkele twijfel of nog wordt voldaan aan de geschiktheidsnorm toch alvast een aanwijzing strekkende tot schorsing kan worden gegeven.⁴

Invoering van het voorliggende wetsvoorstel zou er aldus in resulteren dat wetsovertreding geen constitutief vereiste is om bestuurders en commissarissen door middel van een aanwijzing te schorsen. Dat is reeds als zodanig opmerkelijk en strijdig met het sinds jaar en dag door de wetgever gehuldigde standpunt dat toezichthouders op grond van de Wft alleen bevoegd zijn om aanwijzingen te geven bij wetsovertreding. Daarop bestaat slechts één uitzondering, namelijk

⁴ Volledigheidshalve zij vermeld dat het wetsvoorstel er ook in voorziet dat de bindende aanbeveling van artikel 1:49 Wft op overeenkomstige wijze wordt opgerekt.

indien DNB tekenen ontwaart van een ontwikkeling die het eigen vermogen, de solvabiliteit, de liquiditeit of de technische voorzieningen van een financiële onderneming in gevaar kunnen brengen (zie artikel 1:75 lid 2 Wft). Ons komt voor dat een dergelijke situatie lastig op één lijn valt te plaatsen met die waarin twijfels – niet meer dan dat – zijn ontstaan over de geschiktheid van een individuele bestuurder of commissaris. Wij menen dat de wetgever grote terughoudendheid dient te betrachten bij het toelaten van aanwijzingen zonder dat sprake is van normschending. Dat geldt zeker voor aanwijzingen strekkende tot schorsing gelet op de verstrekkende gevolgen daarvan voor het betrokken individu (zie ook hierna).

Zorgvuldigheid en rechtszekerheid

Zorgelijker nog is dat het wetsvoorstel erin resulteert – en zelfs tot doel lijkt te hebben – dat bestuurders en commissarissen geschorst kunnen worden zonder dat daaraan zorgvuldig onderzoek vooraf is gegaan. Dit bergt het risico in zich dat bestuurders en commissarissen vogelvrij worden. Bovendien staat het op gespannen voet met het in het bestuursrecht geldende uitgangspunt dat besluiten zorgvuldig voorbereid dienen te worden (artikel 3:2 Awb). Zou het daadwerkelijk de bedoeling zijn om in de Wft, een bijzondere bestuurswet, af te wijken van het Awb-regime dan zou dat naar onze mening ten minste nader toegelicht behoren te worden. Wij vragen ons overigens af, zeker bij het ontbreken van een dergelijke toelichting, of de bestuursrechter aanwijzingen tot schorsing zal (mogen) sanctioneren indien daar geen zorgvuldig onderzoek aan vooraf is gegaan.

Bij vorengaande moet worden bedacht dat bestuurders en commissarissen thans ook al parten speelt dat de geschiktheidsnorm zelf weinig houvast en zekerheid biedt. De geschiktheidsnorm is weliswaar nader uitgewerkt in de Beleidsregel geschiktheid 2012, maar daarbij is voornamelijk volstaan met vage noties en begrippen die de toezichthouders veel beoordelingsruimte laten. Daar is vanuit het oogpunt van de toezichthouder weliswaar veel voor te zeggen, maar het heeft ook een belangrijke keerzijde. In ieder geval is niet onlogisch dat veel marktpartijen (binnenskamers) klagen over het gebrek aan rechtszekerheid op dit punt. Overigens is daar ook in de literatuur op gewezen⁵. Zeker in dat licht bezien menen wij dat het wetsvoorstel te zeer afbreuk doet aan de rechtszekerheid van marktpartijen en individuele bestuurders en commissarissen indien toezichthouders ook nog eens de mogelijkheid krijgen om zonder gedegen onderzoek over te gaan tot schorsing. Wij zouden menen dat juist bij *principle based* regelgeving belang toekomt aan zorgvuldig onderzoek alvorens een bestuurder of commissaris wordt gedwongen het veld te ruimen, ook al is dat tijdelijk.

Aan het vorengaande kan naar onze mening niet afdoen dat het wetsvoorstel slechts toelaat dat bestuurders en commissarissen in voorkomend geval alleen geschorst en dus niet heengezonden

⁵ Zie bijvoorbeeld de oratie 'Buiten twijfel – de bestuurderstoets in de financiële regelgeving' van prof. mr. A.J.C. de Moor–van Vugt (Amsterdam 2010).

kunnen worden. Nog daargelaten dat schorsing ook als zodanig verstrekkende gevolgen kan hebben – zeker nu daar in het wetsvoorstel opvallend genoeg ook geen maximumtermijn aan is verbonden⁶ – valt te voorzien dat schorsing uiteindelijk als vanzelf eindigt in het vertrek van de desbetreffende bestuurder of commissaris. Zeker bij grotere (beursgenoteerde⁷) instellingen laat zich lastig voorstellen dat de schorsing van een bestuurder of commissaris lang “onder de pet” kan worden gehouden, respectievelijk zonder problemen (voor de continuïteit) kan voortduren. In ieder geval moet worden voorkomen dat toezichthouders vanuit de heup schietend bestuurders en commissarissen maar alvast schorsen en dat de daaruit voortvloeiende dynamiek er als vanzelf toe leidt dat ze gedwongen worden om definitief het veld te ruimen, derhalve zonder dat ooit uit zorgvuldig onderzoek van ongeschiktheid is gebleken.

Bij de vele kleinere instellingen die maar over twee bestuurders beschikken komt bovendien de vraag op of nog wordt voldaan aan het vereiste van een tweehoofdige leiding en het vier-ogen-principe indien één van deze bestuurders wordt geschorst. Wij voelen aankomen dat toezichthouders die vraag ontkennend zullen beantwoorden en daarom tijdens de schorsing zullen aandringen op de benoeming van een nieuwe bestuurder. Ook dit zal er dan niet zelden in resulteren dat de geschorste bestuurder, al was het maar vanwege de kosten, noodgedwongen het veld zal moeten ruimen nog voordat de toezichthouder zijn onderzoek heeft afgerond en een definitief standpunt heeft ingenomen over zijn geschiktheid.

Vergelijking met de betrouwbaarheidsnorm

Overigens zou invoering van het wetsvoorstel ook tot inconsistentie leiden. Uit het wetsvoorstel volgt – en dat wordt ook bevestigd in de memorie van toelichting – dat bij twijfel aan *betrouwbaarheid* zowel een aanwijzing strekkende tot schorsing als tot heenzending kan worden gegeven. Dat kan reeds op grond van de thans vigerende wet en het wetsvoorstel brengt daar geen verandering in. Bij twijfel aan de geschiktheid zou echter alleen een aanwijzing tot schorsing mogelijk worden. In de memorie van toelichting wordt daarover opgemerkt:

“Die begrenzing is opgenomen omdat het te ver voert om bij twijfel aan de geschiktheid en in afwachting van een definitief oordeel daarover al tot heenzenden opdracht te geven.”

Deze overweging valt in algemene zin te begrijpen maar voor ons blijft onduidelijk waarom het dan niet te ver voert om bestuurders of commissarissen te kunnen heenzenden bij de enkele twijfel aan de betrouwbaarheid.

⁶ Zou onderhavig wetsvoorstel toch worden ingevoerd dan zouden wij menen dat het ten minste dient te voorzien in een maximale schorsingsperiode.

⁷ Wij vragen ons overigens af of de wetgever in voldoende mate heeft stilgestaan bij het mogelijk koersgevoelige karakter van een schorsingsbesluit.

Een belangrijkere notie in dit verband heeft betrekking op de betekenis van het element “twijfel” in de betrouwbaarheidsnorm. In de memorie van toelichting wordt daar veel betekenis aan toegekend. Het zou met betrekking tot de betrouwbaarheidsnorm, anders dan bij de geschiktheidsnorm, niet nodig zijn om te voorzien in een schorsingsmogelijkheid omdat dit op grond van de thans vigerende Wft al mogelijk zou zijn. Daarbij wordt er op gewezen dat de formulering van de betrouwbaarheidsnorm zelf reeds in 1998, toen die nog was opgenomen in de sectorale voorlopers van de Wft, is aangescherpt in die zin dat de betrouwbaarheid vanaf dat moment buiten twijfel diende te staan. Daaruit zou dan volgen dat deze norm wezenlijk andere eisen stelt dan de geschiktheidsnorm, die niet de toevoeging kent dat deze buiten twijfel dient te staan. Logisch doorredenerend wordt daarmee tezelfdertijd gesteld (zie hiervoor) dat bestuurders en commissarissen thans al geschorst (en heengezonden) zouden kunnen worden in afwachting van de uitkomsten van een zorgvuldig onderzoek. De enkele twijfel zou dan voldoende zijn.

Volgens ons wordt hier een te grammaticale interpretatie gevolgd. Correct is dat de wetgever het element van twijfel indertijd wel heeft toegevoegd aan de betrouwbaarheidsnorm en niet aan de geschiktheidsnorm (toen nog: deskundigheidsnorm), maar volgens ons heeft de wetgever daarmee niet beoogd dat bestuurders en commissarissen in betrouwbaarheidskwesties voortaan direct geschorst en heengezonden zouden kunnen worden zonder dat daar een zorgvuldig onderzoek aan vooraf gaat. De praktijk wijst ook uit dat toezichthouders wel degelijk eerst zorgvuldig onderzoek verrichten alvorens zij tot het oordeel komen dat de betrouwbaarheid van de desbetreffende bestuurder of commissaris niet langer buiten twijfel staat en hem schorsen⁸ of heenzenden. Uit de jurisprudentie van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (“CBb”) en de Rechtbank Rotterdam rijst evenmin het beeld op dat de betrouwbaarheidsnorm een wezenlijk andere aard zou kennen dan de geschiktheidsnorm vanwege het “twijfelement”. Het tegendeel is eerder het geval. Juist bij een negatief betrouwbaarheidsoordeel en daarop gebaseerde heenzending stellen genoemde colleges zware eisen aan een zorgvuldig onderzoek en deugdelijke motivering⁹. Naar onze mening wordt in de memorie van toelichting dan ook een onjuist beeld opgeroepen van de huidige situatie, met name waar de indruk wordt gewekt dat de toezichthouders bij vermeende schending van de betrouwbaarheidsnorm veel eerder – en zelfs zonder zorgvuldig onderzoek – kunnen ingrijpen dan bij beweerdelijke schending van de geschiktheidsnorm.

Maar nog minder zijn wij het dus eens met de consequentie die aan dit onjuiste beeld wordt verbonden namelijk dat het voortaan ook ten aanzien van de geschiktheidsnorm mogelijk moet

⁸ Ons zijn overigens vrijwel geen gevallen bekend waarin sprake was van schorsing. Het handelt vrijwel steeds om heenzending, zoals ook volgt uit de jurisprudentie.

⁹ Zie bijvoorbeeld de bekende VPV-zaak (CBb 27 september 2005, *JOR* 2006/11 en CBb 12 september 2006, *JOR* 2007/14 m.nt. Somsen) en Quinta-zaak (CBb 28 april 2006, *JOR* 2006/159 en CBb 12 april 2007, *JOR* 2007/148 m.nt. J.F. de Groot), waar men in beide gevallen maar liefst tweemaal bij het CBb is uitgekomen. Zie bijvoorbeeld ook CBb 4 maart 2010, *JOR* 2010/156 (Van Leeuwen).

worden om snel en zonder deugdelijk onderzoek bestuurders en commissarissen te schorsen of heen te zenden. Daarbij bedenke men ook dat het (afbreuk)risico voor bestuurders aldus steeds groter zal worden. Dat, terwijl het voor bepaalde instellingen vanwege dat risico ook nu al vaak lastig genoeg is om kandidaten te vinden voor bestuurs- en toezichthoudende functies. Nogmaals, het belang van geschikte bestuurders en commissarissen kan lastig worden onderschat, maar het is evenzeer van belang dat er voldoende kundige personen voorhanden blijven die de kar willen en durven trekken.

Rechtsbescherming

Bij dit alles kan bovendien niet aan de per 1 juli 2012 ingevoerde aansprakelijkheidsbeperking van de AFM en DNB voorbij worden gegaan (art. 1:25d Wft Wft). Tegen een aanwijzing strekkende tot schorsing op basis van het voorgestelde artikel 1:75 lid 3 Wft zal door de desbetreffende instelling en/of bestuurder of commissaris bezwaar en beroep kunnen worden ingesteld. Daarbij moet evenwel worden bedacht dat de uitspraak in een dergelijke bodemprocedure, althans die in beroep, doorgaans een jaar op zich laat wachten. Aangezien mag worden aangenomen dat de schorsing dan inmiddels is beëindigd zal het instellen van bezwaar en beroep er doorgaans niet toe kunnen leiden dat de schorsing wordt voorkomen of beëindigd. Het belang van een dergelijke bodemprocedure zal er dan normaal gesproken vooral in zijn gelegen dat langs die weg schadevergoeding kan worden verkregen¹⁰, zulks uiteraard op voorwaarde dat het beroep gegrond wordt verklaard en de bestuursrechter de aanwijzing tot schorsing vernietigt. Dat lijkt gelet op de aansprakelijkheidsbeperking echter een lastig begaanbaar pad, hetgeen de vraag oproept of sprake zou zijn van adequate rechtsbescherming tegen de voorgestelde aanwijzingsbevoegdheid. Wij wagen dat ernstig te betwijfelen. Het lijkt vooral een spel zonder nieten te worden voor de toezichthouders. De bewijslast om tot schorsing over te gaan wordt flinterdun en de insteek is dat zelfs geen voorafgaand onderzoek hoeft plaats te vinden. Zou de bestuursrechter in beroep vervolgens toch nog oordelen dat geen aanwijzing tot schorsing mocht worden gegeven dan is er nog geen man overboord voor de toezichthouder omdat haar aansprakelijkheid is beperkt tot gevallen van opzet en grove schuld.

Overigens zal de instelling dan wel bestuurder of commissaris die de door de toezichthouders verordonneerde schorsing wil voorkomen of beëindigen in de voorgestelde opzet wel de mogelijkheid hebben om een verzoek tot het treffen van een voorlopige voorziening in te dienen bij de Rechtbank Rotterdam. Gelet op het vorengaande zal dat in feite de enige rechtsbescherming zijn die aan betrokkenen toekomt. Daarbij moet wel worden bedacht dat hier sprake is van een unus, zonder dat de mogelijkheid van hoger beroep bestaat. Daarnaast kent een dergelijke voorzieningenprocedure ten opzichte van een bodemprocedure nog meer

¹⁰ Een andere reden om een bodemprocedure te voeren is vanwege het feit dat een schorsing voor de betreffende bestuurder of commissaris een antecedent oplevert. Wanneer in rechte komt vast te staan dat de toezichthouder ten onrechte is overgegaan tot schorsing is daarmee ook het antecedent van de baan.

beperkingen voor de geschorste bestuurder of commissaris. Het voert echter te ver daar in dit bestek nader op in te gaan.

Wel zij hier nog eens benadrukt dat in het voorliggende wetsvoorstel en de toelichting daarop geen enkele aandacht wordt besteed aan de rechtsbescherming van bestuurders en commissarissen die op last van de toezichthouder geschorst zouden worden. Een element dat naar onze mening alsnog aandacht zou verdienen betreft de openbaarheid van de tegen een aanwijzing tot schorsing aan te spannen (voorlopige voorzieningen)procedure. Volgens de hoofdregel van artikel 8:62 Awb zullen de zittingen in dat kader vrijwel steeds openbaar zijn. Te voorzien valt dat veel bestuurders en commissarissen alleen al om die reden geen gebruik zullen maken van de hen toekomende rechtsbescherming. Het aan openbare zittingen klevende reputatierisico zullen zij als te groot ervaren. Ook otsi's zullen huiverig zijn om tijdens openbare zittingen te delibereren over 'geschiktheidsissues' van hun bestuurders of commissarissen. Zou het voorstel de eindstreep toch halen dan verdient het naar onze mening aanbeveling om expliciet in de Wft¹¹ vast te leggen dat bedoelde procedures achter gesloten deuren zullen worden behandeld. Dat zou niet meer dan een minimaal tegenwicht vormen voor de wel erg ruime en premature bevoegdheid die met dit wetsvoorstel aan de toezichthouders zou worden toegekend. Voornoemde bezwaren gelden overigens tevens waar het de openbaarmaking van de uitspraak betreft. Indien deze niet voldoende wordt geanonimiseerd, bestaat er een risico dat uit het samenstel van gegevens dat wel leesbaar is kan worden afgeleid wie het betreft.¹²

Afrondende opmerkingen

Zoals gezegd, komen onze bedenkingen tegen het wetsvoorstel voor een belangrijk deel voort uit de ervaringen die wij in de voorbije jaren opdeden met de geschiktheids- en betrouwbaarheidstoets. Wij realiseren ons dat die ervaring gekleurd is. Vaak was sprake van een litigieuze situatie, waarin wij een partijbelang, dat van de desbetreffende bestuurder of commissaris, behartigden. Dat betekent echter niet dat deze bedenkingen reeds daarom geen hout snijden. Wij laten dit tegengeluid overigens ook horen omdat het ons bekend is dat vele individuele instellingen en hun bestuurders respectievelijk commissarissen dezelfde of soortgelijke bedenkingen hebben tegen het wetsvoorstel als wij, maar terughoudend zijn om die met naam en toenaam te ventileren. Dat is naar onze mening niet onbegrijpelijk. In ieder geval gaan wij ervan uit dat onderhavige reactie zal kunnen bijdragen aan evenwichtige regelgeving,

¹¹ Vergelijk art. 1:101 Wft, waarin is bepaald dat bij verzoeken om een voorlopige voorziening inzake het uitvaardigen van een openbare waarschuwing (art. 1:94 Wft), vroegtijdige publicatie van een boetebesluit (art. 1:97 lid 1 Wft) en publicatie van een dwangsombesluit (art. 1:99 lid 1 Wft), het onderzoek ter zitting met gesloten deuren plaatsvindt.

¹² Dat was bijvoorbeeld het geval bij de boete aan dhr. V. Muller, zie ook de noot van Hoff bij de uitspraak van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam 21 juli 2008, *JOR* 2008/273.

waarin ook oog bestaat voor de rechtszekerheid en rechtsbescherming van individuele bestuurders en commissarissen.

Simmons & Simmons LLP

mr. G.P. Roth – Partner

mr. M.R. Hosemann - Principal Counsellor

mr. J.S. Roepnarain - Supervising Associate

De toetsing van bestuurders en commissarissen door de AFM en DNB

Beschouwingen over geschiktheid, betrouwbaarheid en de praktische betekenis van het in theorie bestaande stelsel van rechtsbescherming

Ondernemingsrecht 2014/95

Jaarlijks worden er vele bestuurders en commissarissen van onder toezicht staande instellingen door de AFM en/of DNB getoetst of hertoetst op geschiktheid en/of betrouwbaarheid. Zowel bij de betrouwbaarheids- als bij de geschiktheidstoets geldt in beginsel: eens geslaagd blijft geslaagd. Hertoetsing is slechts toegestaan indien (een wijziging in de relevante) feiten of omstandigheden daartoe een redelijke aanleiding geven. In een aanzienlijk aantal gevallen is de uitkomst van de toets negatief met vaak verstrekende gevolgen voor het individu én de instelling. Wanneer het een hertoetsing betreft, kan aftoetsing zelfs betekenen dat er een gedwongen einde wordt gemaakt aan een al langer bestaande rechtsverhouding tussen bestuurders of commissarissen en de desbetreffende onder toezicht staande instelling. Voorts is het voor een afgetoetste bestuurder in de praktijk lastig om elders een beleidsbepalende positie te bekleden, waardoor de aftoetsing het karakter krijgt van een (tijdelijk) beroepsverbod. Ondanks de ernstige gevolgen van een negatieve uitkomst wordt het oordeel van de toezichthouders toch maar zelden ter toetsing voorgelegd aan de bestuursrechter. De verklaring daarvoor lijkt te zijn gelegen in de praktische gang van zaken tijdens het (her)toetsingstraject en de machtsverhouding tussen de instellingen en de toezichthouders. De toezichthouders blijken in de praktijk vaak te proberen het door hen gewenste resultaat – te weten: heenzending van de desbetreffende bestuurder of commissaris – te bereiken zonder een formeel besluit te nemen, waardoor een gang naar de bestuursrechter onmogelijk is. Voorts zijn niet de bestuurder of commissaris zelf normadresaat in dezen, maar de onder toezicht staande instelling. Dat heeft tot gevolg dat de toezichtrelatie en de machtspositie van de toezichthouder ook bij een hoogstpersoonlijke aangelegenheid als geschiktheid en betrouwbaarheid in iedere fase van het proces de boventoon blijven voeren. Betwijfeld kan derhalve worden of in de praktijk sprake is van een adequaat werkend systeem van rechtsbescherming.

1. Inleiding

Nagenoeg alle in de financiële sector actieve bestuurders en commissarissen² dienen doorlopend te voldoen aan zowel een betrouwbaarheids- als geschiktheidsnorm. Het gaat derhalve niet alleen om bestuurders en commissarissen van instellingen die vergunningplichtig zijn op grond van de Wet op het financieel toezicht ('Wft'), maar tevens om die van bijvoorbeeld pensioenfondsen, trustkantoren en accountantskantoren. De toetsingen worden, afhankelijk van het soort instelling, verricht door de Autoriteit Financiële Markten ('AFM') of De Nederlandsche Bank ('DNB'). Toetsing vindt in ieder geval plaats aan de poort, bijvoorbeeld in het kader van een vergunningaanvraag of bij een nieuwe aanmelding door een onder toezicht staande instelling.³ Onder omstandigheden wordt nadien nogmaals getoetst in het kader van een zogenaamde hertoetsing. Bij de AFM en DNB zijn tientallen medewerkers belast met de vele (her)toetsingen die ieder jaar moeten worden verricht. Ongeveer 15% van de kandidaten blijkt niet te slagen.⁴ De consequenties voor de bestuurder of commissaris wiens toetsing negatief uitvalt zijn verstrekkend, met name bij een hertoetsing. Men zou dan ook verwachten dat veel van deze afgetoetste bestuurders en commissarissen gebruikmaken van het recht om bezwaar respectievelijk beroep in te stellen tegen het negatieve oordeel van de toezichthouders. Dat blijkt echter maar zelden het geval te zijn.⁵ In deze bijdrage worden, ook vanuit praktijkervaringen, de achtergronden en redenen daarvan onderzocht. De vraag die daarbij centraal staat is: biedt het in theorie bestaande stelsel van rechtsbescherming in de praktijk wel voldoende soelaas? Daarbij zal de nadruk liggen op de negatieve hertoetsing van bestuurders en commissarissen. Zeker in die situatie is adequate rechtsbescherming van belang, omdat dit er doorgaans in

¹ Mr. G.P. Roth en mr. J.S. Roepnarain zijn advocaat te Amsterdam. Omwille van de transparantie zij vermeld dat eerstgenoemde auteur als gemachtigde van appellanten betrokken is geweest bij een aantal van de in deze bijdrage besproken procedures tegen de AFM en DNB.

² In de wet wordt gesproken over "personen die het dagelijks beleid van een financiële onderneming bepalen of mede bepalen" (dit laatste slechts ten aanzien van het betrouwbaarheidsvereiste, medebeleidsbepalers worden niet getoetst op geschiktheid) en "leden van organen belast met toezicht op het beleid en de algemene gang van zaken". Onder voornoemde categorieën vallen onder andere bestuurders, leden van een raad van commissarissen, leden van een raad van toezicht en algemeen bestuursleden bij onderlinge verzekeraars, alsook, onder omstandigheden, houders van een gekwalificeerde deelneming. Omwille van de leesbaarheid zullen wij in dit artikel vooral de termen bestuurders en commissarissen hanteren.

³ Het begrip 'onder toezicht staande instelling' wordt in deze bijdrage gehanteerd als verzamelterm voor alle marktpartijen die onder toezicht staan van DNB of de AFM.

⁴ Dat valt althans te lezen in het interview met A. Smit, hoofd van het Expertisecentrum toetsingen van DNB, zie C. van Toor, 'Toetsing bestuurders' (interview), *De Onderlinge* 2013/6, p. 1-4.

⁵ Zie Van Toor 2013, 'Toetsing bestuurders' (interview), *De Onderlinge* 2013/6, p. 3.

resulteert dat een gedwongen einde wordt gemaakt aan een al langer bestaande rechtsverhouding tussen bestuurders of commissarissen en de desbetreffende onder toezicht staande instelling.

Hierna wordt eerst kort het wettelijk kader geschetst en toegelicht op welke wijze de betrouwbaarheids- en geschiktheidsnorm wordt ingevuld. Vervolgens wordt uiteengezet welke consequenties een negatieve uitkomst van een (her)toetsing in de praktijk kan hebben en in welke mate er sprake is van rechtsbescherming. Daarbij wordt ook ingegaan op de verschillende stadia van het hertoetsingstraject zoals die in de praktijk zijn te onderscheiden. Na een korte bespreking van de jurisprudentie wordt afgesloten met onze conclusies en aanbevelingen.

2. Het wettelijk kader

De geschiktheidsnorm op grond van de Wft is verankerd in art. 3:8 en 4:9 en bepaalt (i) dat personen die het dagelijks beleid bepalen van onder meer banken, verzekeraars, beleggingsondernemingen en financiële dienstverleners 'geschikt' dienen te zijn in verband met de uitoefening van het bedrijf van de financiële onderneming; en (ii) dat organen belast met toezicht op het beleid en de algemene gang van zaken van de financiële onderneming 'geschikt' dienen te zijn voor de uitoefening van dit toezicht.⁶ Een soortgelijke geschiktheidsnorm is opgenomen in bijvoorbeeld de Wet toezicht trustkantoren ('Wtt') en de Pensioenwet ('PW'). De geschiktheidsnorm is nader ingevuld in de Beleidsregel geschiktheid 2012. In art. 1.2 van deze beleidsregel is vermeld dat geschiktheid bestaat uit: 'kennis', 'vaardigheden' en 'professioneel gedrag'. In hetzelfde artikel is vermeld dat men geschikt dient te zijn met betrekking tot het volgende: (i) bestuur, organisatie en communicatie; (ii) producten, diensten en markten waarop de onderneming actief is; (iii) beheerste en integere bedrijfsvoering; en (iv) evenwichtige en consistente bedrijfsvoering. In de bijlage bij voornoemde beleidsregel is vervolgens een niet-limitatieve, en trouwens ook niet-cumulatieve, opsomming opgenomen van 16 competenties.⁷ Met deze competenties kan, dat is althans de bedoeling, worden aangetoond dat een bestuurder of commissaris geschikt is.⁸

De betrouwbaarheidsnorm op grond van de Wft is opgenomen in art. 3:9 en 4:10 en behelst dat de betrouwbaarheid van bestuurders en commissarissen buiten twijfel dient te staan. Anders dan de geschiktheidsnorm is de betrouwbaarheidsnorm niet nader uitgewerkt in een beleidsregel maar in een tweetal algemene maatregelen van bestuur ('Amvb'), te weten het Besluit prudentiële regels Wft voor toetsing door DNB, respectievelijk het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft ('Besluit Gedragstoezicht Wft') voor toetsing door de AFM.⁹ Deze AMVB's nopen ertoe dat DNB, respectievelijk de AFM vaststelt of de betrouwbaarheid van de betrokken bestuurder of commissaris buiten twijfel staat op basis van diens voornemens, handelingen en, daar gaat het in de praktijk vooral om, antecedenten.¹⁰ Bij die beoordeling neemt de toezichthouder niet alleen het belang dat wordt nagestreefd met de Wft in aanmerking, maar ook de belangen van de desbetreffende bestuurder of commissaris en die van de onderneming.¹¹ Overigens beschikken de AFM en DNB tegenwoordig over een zogenaamde bestuurdersmonitor. Dit is een registratiesysteem waarin antecedenten¹² van bestuurders en commissarissen worden vastgelegd. Het gaat daarbij niet alleen om formele maatregelen die door de toezichthouders zijn opgelegd, zoals een bestuurlijke boete, maar ook om informele maatregelen zoals normoverdragende gesprekken en normoverdragende brieven. Wij sluiten niet uit dat een gesprek in het kader van een hertoetsingstraject ook mag rekenen op vastlegging in de bestuurdersmonitor. De bestuurdersmonitor is overigens niet toegankelijk voor derden. Het is wel mogelijk om bij de toezichthouders inzage te vragen in de eigen persoonsgegevens.¹³

Voorts geldt zowel bij de betrouwbaarheids- als de geschiktheidstoets in beginsel: eens geslaagd blijft geslaagd. Hertoetsing is slechts toegestaan indien (een wijziging in de relevante) feiten of omstandigheden daartoe een *redelijke* aanleiding geven.¹⁴ De informatie die aanleiding heeft gegeven tot de hertoetsing kan er tevens toe leiden dat de toezichthouders inlichtingen en gegevens opvragen bij derden. Afhankelijk van de derden waarbij informatie wordt

6 Zittende commissarissen worden op grond van overgangsrecht tot 1 januari 2016 geschikt geacht tenzij zich feiten of omstandigheden voordien die aanleiding vormen voor een tussentijdse beoordeling. Deze overgangsregeling geldt niet voor commissarissen van de vier grootste banken en verzekeraars. Zij zijn inmiddels getoetst.

7 Het betreft de volgende competenties: authenticiteit, besluitvaardigheid, communicatief vermogen, helikopterzicht en oordeelsvorming, klant- en kwaliteitsgerichtheid, leiderschap, loyaliteit, omgevings sensitiviteit, onafhankelijkheid, onderhandelingsvaardigheid, overtuigingskracht, samenwerkingsvermogen, strategische sturing, stressbestendig, verantwoordelijkheid en voorzittersvaardigheid.

8 Zie nader over specifiek de geschiktheidstoets de volgende bijdragen van personen werkzaam bij de AFM respectievelijk DNB: M. Been en R. Miete, 'Van geschiktheid naar vertrouwen', in: *Jaarboek Compliance 2013*, Capelle aan den IJssel: Nederlands Compliance Instituut 2013, p. 173-196; en A.A. van Gelder, 'De geschiktheidseis voor bestuurders en commissarissen': recente ontwikkelingen in Nederland en Europa, in: *Jaarboek Compliance 2012*, Capelle aan den IJssel: Nederlands Compliance Instituut 2012, p. 71-97.

9 Op grond van bijvoorbeeld de Wet toezicht trustkantoren en de Pensioen- en spaarfondsenwet geldt een met de Wft vergelijkbare betrouwbaarheidsnorm. Deze is (echter wel) nader uitgewerkt in een beleidsregel, te weten de "Beleidsregel inzake de betrouwbaarheid van (kandidaat)(mede) beleidsbepalers van en houders van gekwalificeerde deelnemingen in onder toezicht staande instellingen".

10 Dat kunnen strafrechtelijke-, financiële-, toezichts-, fiscaal bestuursrechtelijke en/of overige antecedenten zijn (zie art. 13 Besluit Gedragstoezicht Wft respectievelijk art. 6 Besluit prudentiële regels Wft).

11 Zie art. 16 Besluit Gedragstoezicht Wft en art. 9 Besluit prudentiële regels Wft, waaruit volgt dat de toezichthouder bovendien rekening dient te houden met het onderlinge verband tussen de aan een antecedent ten grondslag liggende gedragingen en de overige omstandigheden van het geval.

12 In het Informatiebulletin Toetsingen AFM en DNB (te vinden op www.afm.nl en www.dnb.nl) is ten aanzien van alle categorieën antecedenten vermeld dat die in de bestuurdersmonitor worden geregistreerd met uitzondering van de categorie 'Overige antecedenten'.

13 Zie het Informatiebulletin Toetsingen AFM en DNB.

14 Zie art. 1.5, onder b Beleidsregel geschiktheid 2012; art. 3:9 lid 2 Wft en art. 4:10 lid 2 Wft.

opgevraagd zijn de toezichthouders gehouden om betrokkene daar vooraf schriftelijk over te informeren.¹⁵

Met hertoetsing is in beginsel de vergunningverlenende toezichthouder belast. Bij bijvoorbeeld banken en verzekeraars is dat DNB en bij beleggingsondernemingen en financiële dienstverleners de AFM. Bij geschiktheidstoetsingen van (aspirant) bestuurders of commissarissen van banken en verzekeraars dient de toetsende toezichthouder (DNB) evenwel steeds de andere toezichthouder (AFM) om advies te vragen en, wanneer hij voornemens is positief te oordelen over de geschiktheid, de andere toezichthouder van zijn oordeel in kennis te stellen. Ook indien de ene toezichthouder voornemens is te oordelen dat de betrouwbaarheid van een (aspirant) bestuurder of commissaris van een financiële onderneming buiten twijfel staat stelt hij de andere toezichthouder daarvan in kennis.¹⁶ In de praktijk wordt de (her)toetsing overigens niet zelden door de AFM en DNB gezamenlijk verricht omdat veel bestuurders van met name banken en verzekeraars (qualitate qua) ook bestuurder of commissaris zijn bij groepsvennootschappen die over een vergunning van de AFM beschikken. Voorts kan de niet-vergunningverlenende toezichthouder tegenwoordig¹⁷ ook een bindende aanbeveling geven aan de vergunningverlenende toezichthouder om bijvoorbeeld over te gaan tot het geven van een aanwijzing, indien hij van oordeel is dat de betrouwbaarheid van een (aspirant) bestuurder of commissaris van een financiële onderneming niet (langer) buiten twijfel staat dan wel, in het geval van bestuurders en commissarissen van banken of verzekeraars, (ook) hun geschiktheid niet langer vaststaat.¹⁸

Zowel bij de betrouwbaarheids- als de geschiktheidsnorm geldt dat er geen duidelijke vastomlijnde criteria voorhanden zijn. In beide gevallen is de norm ingekleurd met tamelijk vage, of op zijn best abstracte, noties. Zo geeft het Besluit Gedragstoezicht Wft weliswaar een opsomming van soorten antecedenten die de AFM dient te betrekken bij de betrouwbaarheidstoetsing, maar hoe zij die antecedenten vervolgens dient te wegen blijft grotendeels ongewis.¹⁹ En wat te denken van de restcategorie 'andere feiten en omstandigheden', waar alle gedragingen onder vallen die voor de toezichthouder redelijkerwijs van belang kunnen zijn bij de beoordeling van de betrouwbaarheid. Dat zet

de deur voor de toezichthouders wel erg ver open.²⁰ Bij de geschiktheidsnorm is het niet veel anders. Hoewel de Beleidsregel geschiktheid 2012 wel enige concrete handvatten biedt²¹ geldt ook hier dat het een vage norm betreft en de toezichthouders de nodige beoordelingsruimte²² hebben bij de vraag of daaraan voldaan is.

Het is begrijpelijk en (deels) onvermijdelijk dat de betrouwbaarheids- en geschiktheidsnormen vaag worden gehouden.²³ De financiële praktijk is weerbarstig, inventief en onderhevig aan snelle veranderingen. Dat vergt een norm waarbij toezichthouders niet al te zeer zijn gebonden aan strakke en limitatieve toetsingsregels. De keerzijde daarvan is echter dat bestuurders en commissarissen vaak het gevoel hebben dat zij zijn overgeleverd aan de willekeurige inzichten van de toezichthouders. Feit is in ieder geval dat het de toezichthouders, indien zij dat willen, op grond van de huidige regelgeving weinig moeite kost om een 'antecedentehaakje' te vinden waar de litigieuze omstandigheid of gedraging van de desbetreffende bestuurder of commissaris aan kan worden opgehangen. Juist om deze reden is het van belang dat aan betrokkene niet alleen op papier maar ook in de praktijk voldoende rechtsbescherming toekomt.

2.1 *Is sprake van een (tijdelijk) beroepsverbod?*

Uit de regelgeving is niet op te maken hoe lang de negatief getoetste bestuurder of commissaris *persona non grata* blijft van de toezichthouders. Toezichthouders geven die duidelijkheid zelf ook niet. Doorgaans komt het er op neer dat betrokkenen niets anders rest dan na verloop van tijd maar weer eens aan te kloppen bij de toezichthouder om langs die weg te vernemen of zijn verbanning is opgeheven. Complicatie daarbij is dat de verbannen bestuurder of commissaris zelf geen (formele) ingang heeft bij de toezichthouders, maar steeds is aangewezen op een onder toezicht staande instelling die hem wil voordragen. Het wekt geen verbazing dat die daar terughoudend in zijn indien niet op voorhand duidelijk is dat de kandidaat weer in genade zal worden aangenomen. Aldus bestaat het risico dat aftoetsing in feite neerkomt op een levenslange verbanning uit de financiële sector. De consequenties van een negatief oordeel kunnen derhalve nog verstrekkender zijn dan bijvoorbeeld een be-

15 Zie art. 7 lid 2 Besluit prudentiële regels Wft en art. 14 lid 2 Besluit Gedragstoezicht Wft.

16 Zie art. 1:47c Wft.

17 Sedert de wijziging van de Wft per 1 juli 2012.

18 Zie art. 1:49 Wft; Zie ook uitgebreid hierover S.M.C. Nuyten en A.J.P. Tillema, 'Geschikt en betrouwbaar', *TFR* 2011/9.

19 Daar is één uitzondering op. In art. 15 lid 1 aanhef en onder a Besluit Gedragstoezicht Wft is bepaald dat de betrouwbaarheid van een persoon niet buiten twijfel staat, indien diegene onherroepelijk veroordeeld is ter zake van een misdrijf, genoemd in onderdeel 1 van bijlage C, waarbij sinds het onherroepelijk worden van de uitspraak minder dan acht jaren zijn verstreken. Zie ook CBB 4 maart 2010, *JOR* 2010/156, m.nt. G.P. Roth, naar aanleiding van welke uitspraak, zo mag wel worden aangenomen, art. 4:10 lid 3 Wft is gewijzigd, teneinde te bewerkstelligen dat de situatie beschreven in art. 15 lid 1 aanhef en onder a Besluit Gedragstoezicht Wft de rechterlijke toets kan doorstaan. Er is ons geen procedure bekend waarin een rechter zich heeft moeten buigen over het gewijzigde art. 4:10 lid 3 Wft.

20 Zie daarover ook in kritische zin: A. de Moor-van Vugt, *Buiten twijfel* (oratie Amsterdam), Amsterdam: Vossiuspers UvA 2010, p. 18-19.

21 Zie de bijlage behorend bij onderdeel 1.2.1. van de Beleidsregel geschiktheid 2012.

22 De termen beoordelingsruimte en beoordelingsvrijheid lijken in de literatuur en rechtspraak door elkaar te worden gebruikt, zie ook R. Stijnen, 'De betrouwbaarheidstoetsing van bestuurders van financiële instellingen door de AFM en DNB', *TFR* 2007/1-2 en R. Stijnen, '(Her)toetsing van geschiktheid en betrouwbaarheid', in: *Onderneming en Sanctierecht*. Deventer: Kluwer 2013, p. 339-365, op p. 347. Het CBB spreekt ten aanzien van de betrouwbaarheidstoetsing over "beoordelingsruimte", zie bijv. CBB 12 september 2006, *JOR* 2007/14, m.nt. Doorenbos (AFM/VPV).

23 De betrouwbaarheids- en geschiktheidstoets vinden overigens beide hun oorsprong in Europese richtlijnen. Zie ook Van Gelder die concludeert dat de term 'deskundigheid' (geschiktheid) in de diverse EU-richtlijnen niet consistent wordt gebruikt. A.A. van Gelder, 'De geschiktheidseis voor bestuurders en commissarissen: recente ontwikkelingen in Nederland en Europa', in: *Jaarboek Compliance 2012*, Capelle aan den IJssel: Nederlands Compliance Instituut, p. 78.

roepsverbod dat kan worden opgelegd door een strafrechter. Daarbij bedraagt de termijn in beginsel namelijk maximaal vijf jaar.²⁴ Ook in het voorontwerp wetsvoorstel voor het civielrechtelijk bestuursverbod is overigens een maximale termijn opgenomen van vijf jaar.²⁵

Toezichthouders willen, met name waar het ongeschiktheid betreft, nog wel eens benadrukken dat een negatieve (her)toetsing alleen maar betekent dat betrokkene gelet op de huidige omstandigheden van het geval niet langer actief mag zijn als bestuurder of commissaris bij de desbetreffende onderneming. Daarmee wordt gesuggereerd dat men dan nog wel bij een andere onderneming aan de slag zou kunnen, al dan niet in een andere functie. Anders dan bij betrouwbaarheidskwesties, kan men zich er inderdaad iets bij voorstellen dat een persoon wellicht niet geschikt is om bij de ene onderneming een bestuursfunctie te vervullen, bijvoorbeeld gelet op de ervaring en aandachtsgebieden van de overige bestuurders, maar dat wel is bij een andere onderneming.²⁶ Het laat zich zelfs heel goed voorstellen dat de persoon die niet geschikt wordt bevonden om bestuursvoorzitter te worden bij een systeemrelevante instelling een uitstekende commissaris zal zijn bij een kleinere vermogensbeheerder. Bij ongeschiktheid wordt er bovendien van uitgegaan dat bijspijkeren mogelijk is.²⁷ Een negatief geschiktheidsoordeel kent derhalve veel meer schakeringen en grijstinten dan een negatief betrouwbaarheidsoordeel. Hier loert echter wel het gevaar dat de gevolgen van een negatieve (her)toetsing op geschiktheid worden gebagatelliseerd. De afgetoetste bestuurder die elders aan de slag wil zal er immers niet aan ontkomen zijn potentiële nieuwe werkgever op te biechten dat hij eerder is afgetoetst. Veel financiële marktpartijen laten de beker dan graag aan zich voorbij gaan, al was het maar om discussie met de toezichthouders te voorkomen. Wellicht dat dogmatisch bezien niet altijd sprake is van een beroepsverbod, maar in de praktijk komt het daar vaak wel op neer.

3. Rechtsbescherming

Autoriteiten die erop worden aangesproken dat zij over wel erg ruime en verreikende bevoegdheden beschikken verwerpen zich graag met het argument dat hun handelen steeds aan de rechter kan worden voorgelegd en dat die het laatste

woord heeft. DNB en de AFM vormen daarop geen uitzondering.²⁸ Voor kwesties die verband houden met de Wft, waaronder ook die met betrekking tot de geschiktheids- of betrouwbaarheidstoets, ligt het primaat, enkele uitzonderingen daargelaten, in eerste aanleg bij de Rechtbank Rotterdam en in hoger beroep bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven ('CBB').²⁹ In beide instanties worden procedures inzake de Wft behandeld door in het financieel recht gespecialiseerde rechters. Toetsing door deze rechters is in beginsel echter alleen mogelijk indien sprake is van een besluit in de zin van art. 1:3 Awb.³⁰ Die observatie is met name bij hertoetsingen bepaald niet zonder betekenis.

3.1 De beslissing om tot hertoetsing over te gaan

De eerste stap in het hertoetsingstraject betreft de beslissing van de toezichthouders om tot hertoetsing over te gaan. Wij signaleerden al dat dit alleen is toegestaan bij een redelijke aanleiding. Dit overigens zonder dat de wetgever nader heeft geduid wanneer daar sprake van is of zou kunnen zijn.³¹ Daarbij bedenke men dat reeds de enkele beslissing om tot hertoetsing over te gaan vaak een zware wissel trekt op de desbetreffende bestuurder of commissaris. Dat is niet alleen het geval omdat hij aldus weet dat de eerste constitutieve stap is gezet om hem uiteindelijk gedwongen te laten vertrekken, maar ook omdat het gehele hertoetsingstraject als zodanig vaak als ingrijpend en belastend wordt beschouwd.³² Bovendien komt de vraag op of de enkele beslissing van de AFM of DNB om tot hertoetsing over te gaan al een toezichtantecedent oplevert dat door hen zal worden geschaard onder de restcategorie 'andere feiten en omstandigheden'.³³ Dat is met name relevant indien de betrokken bestuurder of commissaris ook nog functies vervult bij andere onder toezicht staande instellingen. Van bestuurders en commissarissen wordt immers verwacht dat zij nieuw opgekomen antecedenten daar melden opdat deze instellingen vervolgens de op hen rustende meldings-

24 Zie ook De Moor-van Vugt, *Buiten twijfel* (oratie Amsterdam), Amsterdam: Vossiuspers UvA 2010 en D.R. Doorenbos 'Het bestuursverbod', *Ondernemingsrecht* 2008/124.

25 Art. 106b van het voorontwerp wetsvoorstel civielrechtelijk bestuursverbod. In de toelichting op dit artikel is ten aanzien van deze termijn vermeld: "omdat een bestuursverbod ingrijpt in de vrijheid van ondernemerschap, beperkt de wet de werking van een bestuursverbod tot ten hoogste vijf jaren vanaf de dag van het onherroepelijk worden van de uitspraak".

26 Zie de toelichting op de Beleidsregel geschiktheid 2012, onder 6: "Bij de toetsing wordt rekening gehouden met: de functie van de beleidsbepaler; de aard, omvang, complexiteit en het risicoprofiel van de onderneming waar de beleidsbepaler werkzaam is; de samenstelling en het functioneren van het collectief".

27 Hoewel Been en Miete aantekenen dat zich dat bij het onderdeel 'vaardigheden' lastiger laat voorstellen dan bij het onderdeel 'kennis', zie M. Been en R. Miete, 'Van geschiktheid naar vertrouwen', in: *Jaarboek Compliance 2013*, Capelle aan den IJssel: Nederlands Compliance Instituut 2013, p. 179.

28 Zie FD 23 april 2014, p. 6: 'DNB: partijen kunnen bezwaar aantekenen'.

29 Zie art. 7 en art. 11 van Bijlage 2 'Bevoegdheidsregeling bestuursrecht-spraak' bij de Awb.

30 Dat betekent overigens niet dat in het geheel geen rechtsbescherming zou bestaan indien andere (feitelijke) handelingen van de AFM en DNB in het geding zijn. Alsdan kan steeds de civiele rechter, als restrechter worden geadieerd. Anders dan nog wel eens wordt gedacht zijn, als uitgangspunt, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur ook dan van toepassing (vide de schakelbepaling van art. 3:1 lid 2 Awb), zij het dat de civiele rechter daar wel terughoudender over pleegt te oordelen dan de bestuursrechter. De praktijk leert bovendien dat financiële ondernemingen de drempel om toezichthouders voor een civiele rechter te dagen vaak te hoog vinden.

31 De toezichthouders hebben hierover zelf wel enige duidelijkheid geprobeerd te geven, zie bijvoorbeeld het Informatiebulletin Toetsingen AFM en DNB. Een limitatieve opsomming van dergelijke situaties is echter niet voorhanden, waardoor de toezichthouders veel vrijheid houden om zelf te bepalen wat als een 'redelijke aanleiding' dient te worden beschouwd.

32 Ook door medewerkers van de AFM en DNB wordt onderkend dat hertoetsing een middel is waarnaar niet te snel gegrepen dient te worden omdat dit als een vrij ingrijpend middel wordt ervaren, zie M. Been en R. Miete, 'Van geschiktheid naar vertrouwen', in: *Jaarboek Compliance 2013*, Capelle aan den IJssel: Nederlands Compliance Instituut 2013, p. 188; zie ook de brief van DNB en de AFM d.d. 27 februari 2013 (kenmerk 2013/151311) inzake de geschiktheidstoets van de commissarissen van de vier grote banken en verzekeraars en C. Honée, 'Wie houdt toezicht op de toezichthouder', *Management scope* 2014/2, p. 18-21.

33 Zie onze eerdere opmerkingen over de wel heel ruime reikwijdte die de betrouwbaarheidsnorm door middel van deze restcategorie krijgt.

verplichtingen kunnen nakomen.³⁴ Het melden van wijzigingen in antecedenten is namelijk een verplichting die rust op deze instellingen en niet op de betrokken bestuurder zelf. Dat laat onverlet dat het niet melden door de instelling ook een toezichtantecedent zou kunnen opleveren voor de betrokken bestuurder of commissaris.³⁵ De andere kant van de medaille is dat de persoon die aan een hertoetsing wordt onderworpen er doorgaans, en logischerwijs, weinig behoefte aan heeft om anderen daarvan deelgenoot te maken, zeker niet zo lang de uitkomst nog onduidelijk is. Dat laatste kan overigens geruime tijd duren. In de wet noch in lagere regelgeving is namelijk een termijn opgenomen waarbinnen de toezichthouders bij hertoetsing uitsluitend dienen te geven over de vraag of betrokkene in hun optiek nog voldoende betrouwbaar en/of geschikt is. In de praktijk stellen toezichthouders ernaar te streven om binnen 13 weken een beslissing te nemen. Deze termijn wordt in de praktijk echter dikwijls overschreden. De Wft voorziet niet in enig rechtsmiddel om de beslissing van de toezichthouder te bespoedigen.³⁶

3.2 De gang van zaken tijdens het hertoetsingstraject
Voorgaande leidt ons naar de gang van zaken tijdens het hertoetsingstraject zelf. Daarbij moet vooreerst worden geconstateerd dat de financiële toezichtwetten nauwelijks voorzien in aan de bestuurder of commissaris toekomende rechten of (procedurele) waarborgen, zodat deze het hebben te doen met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en het recht op bijstand of vertegenwoordiging. Indien wordt overgegaan tot hertoetsing dan wordt betrokkene daarvan in kennis gesteld en wordt met hem ten minste één gesprek gevoerd.³⁷ Gelet op de mogelijk verstrekende consequenties is goed voorstelbaar dat de betrokken bestuurder of commissaris er behoefte aan heeft zich tijdens dit gesprek door een advocaat te laten vergezellen. Toezichthouders stellen zich echter vrijwel steeds op het standpunt dat de aanwezigheid van een advocaat niet bijdraagt aan het verlangde 'open en eerlijke' gesprek. Dat diegene er naar aanleiding van een dergelijke mededeling dan voor opteert

om zijn advocaat thuis te laten kan niet verbazen. Het zijn derhalve de toezichthouders die het spel domineren tijdens het hertoetsingstraject. De vraag is of zij daarbij niet de regels van het spel overtreden. Zo verzekert art. 2:1 lid 1 Awb dat eenieder zich ter behartiging van zijn belangen in het verkeer met bestuursorganen kan laten bijstaan of door een gemachtigde kan laten vertegenwoordigen. Die waarborg dreigt illusoir te worden indien bestuursorganen druk uitoefenen op de justitiabele om zich vooral niet te laten bijstaan en daarbij laten doorklinken dat aanwezigheid van een advocaat of andere gemachtigde voor betrokkene geen gunstige invloed zal hebben op de uitkomst van de hertoetsing. Dat klemt te meer nu de toezichthouders groot gewicht toekennen aan het interview met de persoon die wordt hertoetst en een negatieve uitkomst van die toets en het daaropvolgende heenzendingsbesluit niet zelden steunt op tijdens het interview gedane uitlatingen. Niet zonder belang is voorts dat de toezichthouder(s) zich tijdens deze interviews niet zelden door vier of meer personen, in wisselende samenstellingen, laten vertegenwoordigen. De verhoudingen tussen toezichthouders en spelers op de financiële markten zijn al niet gelijk, dat hoeft ook niet, maar op deze wijze wordt een wel erg 'David en Goliath-achtige' setting gecreëerd. Dat toezichthouders in geval van hertoetsing graag een 'open en eerlijk' gesprek voeren valt op zichzelf genomen overigens te begrijpen. Het is logisch dat daarbij geen reciprociteit valt te verwachten en dat het vooral de betrokken bestuurder of commissaris is die wordt geacht openheid van zaken te geven. Dat neemt echter niet weg dat bestuursorganen zoals de AFM en DNB ook in procedureel opzicht behoorlijk hebben te handelen en ook oog dienen te hebben voor de gerechtvaardigde (procedurele) belangen van de persoon die zij op de korrel nemen. Daar kan niet aan afdoen dat aftoetsing met als gevolg heenzending dogmatisch bezien geen punitieve sanctie betreft. In dat verband is bovendien het volgende relevant.

3.3 De samenloop met boete-onderzoeken

Niet zelden houdt de redelijke aanleiding om tot hertoetsing over te gaan verband met het bij de toezichthouder ontstane vermoeden dat één of meer beboetbare voorschriften uit de financiële toezichtwetten zijn geschonden. Vaak wordt dan parallel aan de hertoetsing een boete-onderzoek gestart. Dat kan tot complicaties leiden indien de bestuurder die wordt geïnterviewd in verband met diens hertoetsing ook wordt of is ondervraagd in het kader van dat boete-onderzoek. Dat geldt met name indien hem daarbij de cautie wordt verleend. De vraag komt immers op hoe van een bestuurder nog kan worden verwacht dat hij in verband met zijn hertoetsing een "open en eerlijk" gesprek voert met de toezichthouder, als hij er tegelijkertijd rekening mee moet houden dat alles wat hij zegt kan worden gebruikt in de boeteprocedure. De mouw die de AFM en DNB daaraan plegen te passen is dat de bestuurder dan tijdens het hertoetsingsgesprek nadrukkelijk niet de cautie wordt verleend en de toezichthouders desgevraagd toezeggen dat het verhandelde tijdens deze interviews niet gebruikt zal worden bij het boete-onderzoek. Men kan zich er iets bij voorstel-

34 Zie website DNB waar is vermeld dat beleidsbepalers worden geacht wijzigingen in antecedenten direct te melden bij de ondernemingen. Zie ook M. Been en R. Miete, 'Van geschiktheid naar vertrouwen', in: *Jaarboek Compliance 2013*, Capelle aan den IJssel: Nederlands Compliance Instituut 2013, p. 187.

35 Zie ook A.E. van Lamsweerde, J. de Wolf en A.B. Schoonbeek, 'Meldplicht betrouwbaarheid', in: *Jaarboek Compliance 2014*, Capelle aan den IJssel: Nederlands Compliance Instituut 2014, p. 177-194, op p. 189.

36 Anders dan bij bijvoorbeeld een vergunningaanvraag waarvan betrouwbaarheids- en geschiktheidstoetsingen onderdeel kunnen uitmaken, lijkt het bij hertoetsing niet mogelijk om de toezichthouder aan te sporen door hem in gebreke te stellen en dwangsommen te vorderen. Er is bij een hertoetsing namelijk geen sprake van een 'beschikking op aanvraag'.

37 Dat is althans de bedoeling, zo volgt uit het Informatiebulletin toetsingen van de AFM en DNB. Uit een recente uitspraak van het CbB in een Wtt-zaak (CbB 31 maart 2014, ECLI:NL:CBB:2014:105) die zich overigens afspeelde in een periode waarin het Informatiebulletin nog niet bestond, blijkt dat DNB personen voorheen niet altijd uitnodigde voor een persoonlijk gesprek. Ook het artikel van M. Been en R. Miete, 'Van geschiktheid naar vertrouwen', in: *Jaarboek Compliance 2013*, Capelle aan den IJssel: Nederlands Compliance Instituut 2013, p. 188, geeft aanleiding tot twijfel aangezien zij vermelden dat bij een hertoetsing 'veelal' een persoonlijk gesprek wordt gevoerd met de betrokkene.

len dat degene die onderwerp is van de hertoetsing zijn bedenkingen heeft bij deze laatste mededeling. Die gevoelens worden verder gevoed indien functionarissen van de AFM en/of DNB zowel betrokken zijn bij het hertoetsingstraject als het boete-onderzoek. Dat klemt te meer daar bestuurders die worden onderworpen aan een hertoetsing naar de aard der zaak enige druk zullen ervaren om inzicht en besef te tonen jegens toezichthouders, ook indien zij het inhoudelijk met hen oneens blijven. De gedachte, althans hoop, is dan dat toezichthouders hen het voordeel van de twijfel zullen gunnen en de aan de orde zijnde kwestie als een eenmalige omissie of fout zullen beschouwen. Wordt wel voet bij stuk gehouden, dan bestaat al snel de angst dat de toezichthouder de stelling zal betrekken dat sprake is van een structurele tekortkoming of een structureel gebrek aan vaardigheden, waardoor betrokkene niet langer als geschikt wordt beschouwd om aan te blijven als bestuurder. Is de uitkomst desalniettemin negatief dan laat zich raden dat men het gevoel heeft een ongelijke strijd te hebben gestreden en dat men onder oneigenlijke druk is gezet. Vaak nog frustrerender is dan dat men als gevolg van die conflictmijdende tactiek een onvoordeliger procesdossier heeft opgebouwd dan anders wellicht het geval zou zijn geweest.

3.4 *Het negatieve geschiktheids- en betrouwbaarheidsoordeel/heenzendingsbesluiten*

We gaan een stap verder in het hertoetsingstraject. De interviews zijn afgenomen en de eventuele deskresearch is eveneens afgerond. Stel dat DNB en/of de AFM vervolgens tot de conclusie komt dat de uitkomst van de hertoetsing negatief is. Daarmee is nog niet gezegd dat dit (rechts)gevolgen zal hebben, zodat aangenomen moet worden dat er nog steeds geen sprake is van een besluit³⁸ waar in een bestuursrechtelijke procedure tegen kan worden opgekomen.³⁹ Houdt de negatieve uitkomst verband met twijfels over de betrouwbaarheid dan ligt het voor de hand dat de toezichthouder zal vinden dat betrokkene (vrijwel) direct het veld moet ruimen en wel bij iedere instelling waar hij bestuurder of commissaris is. Het laat zich immers lastig voorstellen dat een persoon vanwege zijn antecedenten onvoldoende betrouwbaar is voor een beleidsbepalende functie bij instelling X maar nog wel voldoende betrouwbaar wordt bevonden om een dergelijke functie te vervullen bij instelling Y. Zoals reeds toegelicht, ligt dat bij de situationeel te bepalen geschiktheid genuanceerder.

Beslist de toezichthouder dat de persoon die negatief door de hertoetsing is gekomen moet vertrekken als bestuurder of commissaris dan krijgt dat vervolgens, in theorie althans, zijn beslag in een schriftelijke beslissing tot heenzen- ding. Deze beslissing kwalificeert zonder meer als een besluit in de zin van art. 1:3 Awb. Aangezien hier niet de desbetreffende bestuurder of commissaris normadressaat is, maar de onder toezicht staande instelling zal het heenzendings-

besluit aan laatstgenoemde worden gericht.⁴⁰ Dat neemt niet weg dat ook de bestuurder of commissaris ter zake zelf bezwaar en beroep kan instellen.⁴¹ Dat is een belangrijk gegeven omdat de praktijk uitwijst dat de onder toezicht staande instelling daar vaak, mede met het oog op de goede verstandhouding met de toezichthouders, vanaf ziet althans daarover niet doorprocedeert tot aan het CBb. Normaal gesproken mag men er overigens van uitgaan dat toezichthouders niet rauwelijks overgaan tot het heenzenden van bestuurders of commissarissen, in die zin dat belanghebbenden eerst de gelegenheid wordt geboden hun zienswijze te geven.⁴²

3.5 *Rechtsbescherming in de praktijk*

De vraag is of het hiervoor beschreven theoretische kader ook in de praktijk wordt gehanteerd in die zin dat na een negatieve (her)toetsing steeds daadwerkelijk een heenzendings- of andersoortig besluit volgt. De praktijk leert dat dit niet het geval is. U zult ze, om voor de hand liggende redenen, niet zo ver krijgen maar veel van de bestuurders en commissarissen die afgetoetst (dreigen te) worden zouden kunnen bevestigen dat het in zaken als deze vrijwel nooit tot een uitgewerkt schriftelijk besluit komt. Dat is met name daarop terug te voeren dat toezichthouders zich er maar al te goed van bewust zijn dat aan verstrekkende besluiten, zoals die tot heenzen- ding van bestuurders of commissarissen, hoge zorgvuldigheids- en motiveringseisen worden gesteld met alle navenante procesrisico's van dien. Bovendien vergen dergelijke besluiten veel capaciteit en is juridische bijstand indien het tot procedures komt kostbaar. Vanuit dat oogpunt bezien is niet onlogisch dat toezichthouders het gewenste resultaat – het vertrek van de desbetreffende bestuurder of commissaris – liever bereiken zonder dat daar een voor bezwaar en beroep vatbaar besluit aan te pas komt. Dat houdt in de praktijk in dat zij de (dreigende) slechte boodschap vrijwel steeds eerst mondeling overbrengen, waarbij de persoon in kwestie zeer nadrukkelijk de gelegenheid wordt geboden om zelf 'terugtrekkende bewegingen' te maken. Gaat het om een toetsing aan de poort dan wordt door de toezichthouders doorgaans onverholven voorgesteld dat de betrokken instelling de voordracht simpelweg intrekt. De praktijk wijst uit dat veel instellingen daar gevolg aan geven en het niet aan laten komen op een (voorgenomen) afwijzingsbesluit. De redenering is dan dat het de relatie met de toezichthouder onnodig onder druk zet om een gemotiveerd besluit te verlangen indien men daar in rechte,

38 Zulks nog daargelaten dat deze beslissing doorgaans mondeling wordt overgebracht.

39 Zie ook R. Stijnen, '(Her)toetsing van geschiktheid en betrouwbaarheid', in: *Onderneming en Sanctierecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 362.

40 Het is de financiële onderneming die er zorg voor dient te dragen dat haar bestuurders en commissarissen geschikt zijn, respectievelijk dat hun betrouwbaarheid buiten twijfel staat. AFM en DNB verstaan dat overigens zo dat de onderneming zich ervan dient te vergewissen dat haar bestuurders en commissarissen geschikt zijn en dat zij de toezichthouder daarvan dienen 'te overtuigen', zo volgt uit het Informatiebulletin Toetsingen van de AFM en DNB (versie 12 mei 2012), te vinden op hun websites. Dat lijkt ons niet juist. Het gaat erom dat voldaan wordt aan de eisen die de wet stelt en niet om de vraag of de toezichthouders overtuigd zijn van de betrouwbaarheid of geschiktheid van de desbetreffende bestuurder of commissaris.

41 Tot 2000 was dit niet mogelijk. In zijn uitspraak van 11 januari 2000, AB 2000/120, m.nt. Van de Veen is het CBb 'om' gegaan.

42 Art. 4:8 Awb. In dit kader is bovendien de algemene zorgvuldigheidsnorm zoals verankerd in art. 3:2 Awb van belang.

om dezelfde reden, toch niet tegen op wil komen. Vanuit het perspectief van de onder toezicht staande instelling is dat (soms) te begrijpen. Voor de afgetoetste en vervolgens teruggetrokken bestuurder of commissaris is deze gang van zaken echter vaak een onverkwikkelijke. Hij weet dat hij door de toezichthouder niet geschikt en/of betrouwbaar wordt gevonden maar ontbeert een gemotiveerd besluit dat hij kan voorleggen aan de bestuursrechter. Een verstandige kandidaat-bestuurder of commissaris doet er onzes inziens dan ook goed aan om tevoren met de voordragende instelling overeen te komen dat de voordracht niet terstond zal worden ingetrokken bij het eerste de beste telefoontje van de toezichthouder waarin wordt gepledeerd op een negatieve toetsingsuitkomst. Welke afspraken dan precies moeten of kunnen worden gemaakt zal uiteraard van geval tot geval verschillen, maar het lijkt niet onredelijk dat de desbetreffende bestuurder of commissaris ten minste de gelegenheid wordt geboden om bezwaar te maken tegen het besluit tot afwijzing eventueel onder het gelijktijdige verzoek tot het treffen van een voorlopige voorziening.⁴³

Betreft het een dreigende negatieve *hertoetsing* dan ligt de zaak voor de toezichthouders vaak gecompliceerder, omdat het probleem dan uiteraard niet valt op te lossen door het simpelweg laten intrekken van de voordracht door de instelling. Dan zal immers een einde moeten worden gemaakt aan een vaak al langer durende rechtsbetrekking tussen de in ongenade gevallen bestuurder of commissaris en de onder toezicht staande instelling, niet zelden met alle arbeidsrechtelijke consequenties van dien.⁴⁴ Het laat zich raden dat de instelling niet altijd bereid is om hiertoe 'vrijwillig' over te gaan, althans niet op stel en sprong. Toch wijst de praktijk uit dat het ook in deze gevallen uiteindelijk maar zelden tot een heenzendingsbesluit komt, bijvoorbeeld omdat de afgetoetste bestuurder of commissaris besluit de eer aan zichzelf te houden omdat hij zich realiseert, dan wel aan hem duidelijk wordt gemaakt, dat een strijd met de toezichthouders niet in het belang is van de instelling want de goede relatie met de toezichthouder op het spel zou kunnen zetten.⁴⁵ Weigert betrokkene toch om zelf op te stappen dan blijken toezichthouders er bovendien niet voor terug te deinzen om, alvorens een heenzendingsbesluit wordt opgesteld, de instelling onder zodanige druk te zetten dat deze de afgetoetste bestuurder zijn congé geeft dan wel degradeert naar een niet (mede)beleidsbepalende functie. Dat proces ver-

loopt vaak volgens hetzelfde stramien, waarbij stevast en veelvuldig contact wordt gezocht met de raad van commissarissen ('RvC') of met een ander toezichthoudend orgaan van de instelling. Deze contacten blijken er in de praktijk vrijwel steeds in te resulteren dat de afgetoetste bestuurder of commissaris het veld ruimt zonder dat de toezichthouders een heenzendingsbesluit of ook maar een voornemen daartoe hebben genomen. Dat geeft te denken. Vorenbedoelde contacten met de RvC zijn vaak informeel van aard en niet inzichtelijk of verifieerbaar voor de op de korrel genomen bestuurder of commissaris. Dat is vanuit het perspectief van laatstgenoemden reeds als zodanig bezwaarlijk. Het is immers wel hun (loop)baan die op het spel staat. Ook wanneer informeel overleg met de commissarissen (of andere functionarissen) niet tot het door de toezichthouders gewenste resultaat leidt gaan zij vaak nog steeds niet direct over tot het nemen van een formeel besluit. Niet zelden worden er dan namelijk (eerst) brieven gestuurd die weliswaar in dwingende bewoordingen tot uitdrukking brengen wat de AFM en/of DNB van de (RvC van de) instelling aan maatregelen of acties verwacht in verband met de negatieve uitkomst van de hertoetsing, maar die zij niet kwalificeren als een aanwijzing of andere formele maatregel en waarin bijgevolg ook geen rechtsgangverwijzing is opgenomen. Gelet ook op een minder bekende uitspraak van het CBb van 27 september 2005⁴⁶ in de bekende VPV-zaak valt inderdaad niet uit te sluiten dat dergelijke brieven doorgaans geen besluiten zijn, waardoor daartegen ook geen bezwaar/beroep open staat. Uiteraard worden bedoelde brieven door de onder toezicht staande instellingen doorgaans wel gepercipieerd als instructies waaraan zij *moeten* voldoen. Wij sluiten niet uit dat toezichthouders zich er inmiddels maar al te goed van bewust zijn dat zij het gewenste resultaat vaak ook kunnen bereiken zonder besluiten te nemen die kunnen worden voorgelegd aan een rechter.⁴⁷

4. Jurisprudentie

Hiervoor is signaleerd dat het bij een negatieve uitkomst van de (her)toetsing maar zelden tot procedures tegen DNB of de AFM komt. Dat neemt niet weg dat op basis van de wel beschikbare openbare jurisprudentie kan worden vastgesteld dat dergelijke procedures voor appellanten bepaald niet kansloos zijn. Het valt buiten het bestek van dit artikel om uitvoerige beschouwingen te weiden aan deze jurisprudentie. Wij verwijzen daartoe graag naar het fraaie overzicht

43 De negatief getoetste bestuurder of commissaris die het daarop gebaseerde besluit wil aanvechten weet dat hij dat (uiteindelijk) zal moeten doen bij de Rb. Rotterdam (vzr.). Hij zal in beginsel weliswaar altijd eerst bezwaar moeten maken tegen het besluit bij de toezichthouder. De ervaring leert echter dat de kans op succes in een dergelijke bezwaarprocedure niet bijzonder groot is. Hetzelfde geldt voor de betrokken onderneming of instelling. Vaak – maar daarom nog niet altijd terecht – wordt voorts verondersteld dat deze procedures in het openbaar plaatsvinden, althans tot een openbare uitspraak leiden. Het is echter onze ervaring dat in ieder geval de voorzieningenrechter bereid is dit soort zaken achter gesloten deuren te behandelen en dat ook de uitspraak lang niet altijd wordt gepubliceerd.

44 Zie ook M.F. Nolen, 'De aanwijzingsbevoegdheid tot ontslag van de bestuurder: veel ruis in vier sectoren', *TAO* 2013/2.

45 Zie bijv. ook het interview met Jan van Walsem in *FD* 2 juli 2014, voorpagina en p. 14-15: 'DNB stuurt voorzitter pensioenfonds weg' en de uitgebreide versie daarvan op www.pensioenpro.fd.nl.

46 CBb 27 september 2005, ECLI:NL:CBB:2005:AU3493.

47 In dit verband dient ten slotte nog te worden gewezen op de per 1 juli 2012 ingevoerde aansprakelijkheidsbeperking opgenomen in art. 1:25d Wft die maakt dat toezichthouders nog slechts aansprakelijk zijn in geval van, kort gezegd, opzet of grove schuld. Daarmee is in ieder geval één mogelijke verklaring voor de hierboven beschreven gedragslijn van de toezichthouder waarbij besluiten ex art. 1:3 Awb zoveel als mogelijk worden voorkomen, komen te vervallen. De toezichthouders dienen het bij een heenzendingsbesluit tegenwoordig immers wel erg bont te maken willen zij daarmee serieuze aansprakelijkheidsrisico's lopen. Daarmee behoren uiteraard niet alle (afbreuk en proces)risico's tot het verleden, maar wij menen dat hiermee toch een belangrijke hindernis voor de toezichthouders zou moeten zijn weggenomen. De praktijk wijst echter uit dat het aantal (formeel) heenzendingsbesluiten desalniettemin zeer gering is.

van Stijnen.⁴⁸ Uit de door Stijnen behandelde uitspraken lijkt overigens te volgen dat het hier steeds langdurige procedures betreft, zoals in de VPV-zaak⁴⁹ en de Quinta-zaak⁵⁰ waar men zelfs tweemaal bij het CBb is uitgekomen. Vaak zijn het ook langdurige procedures, maar zeker niet altijd. Met name in de gevallen die de openbaarheid (of rechtspraak.nl) niet halen komt het ook voor dat de toezichthouders berusten in een voor hen negatief uitgevallen voorlopige voorzieningenprocedure. Alsdan heeft appellant niet veel meer hoeven doen dan bezwaar aantekenen en een voorlopige voorziening te vragen en komt het überhaupt niet tot een bodemprocedure.

5. Conclusies en aanbevelingen

Elk jaar worden er vele bestuurders en commissarissen getoetst of hertoetst op geschiktheid en/of betrouwbaarheid. In deze bijdrage hebben wij toegelicht dat dit proces van (her)toetsing nauwelijks (procedurele) waarborgen biedt aan de betrokkene en grotendeels gedictieerd wordt door de toezichthouders en de macht die zij feitelijk hebben over onder toezicht staande instellingen. In een aanzienlijk aantal gevallen is de uitkomst van de toets negatief met vaak verstrekkende gevolgen voor het individu én de instelling. Toch wordt het oordeel van de AFM en/of DNB maar zelden ter toetsing voorgelegd aan de bestuursrechter. Volgens Smit van DNB komt dat *“omdat mensen vaak wel inzien waarom wij hen ongeschikt hebben gevonden en overtuigd zijn door de argumenten”*. Wij betwijfelen of dit werkelijk de reden is dat afgetoetste personen geen rechtsmiddelen aanwenden tegen het oordeel van de toezichthouder. Dat het relatief weinig gebeurt onderschrijven wij overigens wel, hetgeen ook blijkt uit de schaarse jurisprudentie die hierover voorhanden is. De verklaring lijkt veeleer te zijn gelegen in de praktische gang van zaken tijdens het (her)toetsingstraject en vorenbedoelde machtsverhouding. Feit is voorts dat de aan te leggen criteria minst genomen vaag zijn en de toezichthouders wel erg veel vrijheid toekomt bij de invulling daarvan. Bezwaarlijk is dat toezichthouders in de praktijk vaak proberen het door hen gewenste resultaat – te weten: heenzending van de desbetreffende bestuurder of commissaris – te bereiken zonder een formeel besluit te nemen. Onder toezicht staande instellingen, en met name hun RvC's, wordt in voorkomend geval steevast 'in overweging gegeven' om de desbetreffende bestuurder of commissaris in die gevallen vrijwillig heen te zenden, respectievelijk niet te benoemen. Veel RvC's blijken daar niet ongevoelig voor. Niet per se omdat zij het inhoudelijk eens zijn met de toezichthouder, maar omdat zij de goede verstandhouding met de toezichthouders laten prevaleren. Dat leidt met name bij negatieve hertoetsingen tot voor de betrokken bestuurder of commissaris onverkwikkelijke situaties omdat dan

vanwege het oordeel van de toezichthouder een gedwongen einde wordt gemaakt aan diens vaak al langer durende rechtsbetrekking zonder dat hij dat oordeel kan laten toetsen door de bestuursrechter. Toezichthouders mogen graag benadrukken dat hun handelen ter toetsing kan worden voorgelegd aan de bestuursrechter, maar tezelfdertijd lijken zij precies te weten hoe zij het gewenste resultaat kunnen bereiken zonder formele besluiten te nemen en derhalve zonder betrokkenheid van de bestuursrechter. In de spaarzame gevallen dat het toch tot een (heenzendings)besluit komt dat kan worden aangevochten blijken bestuurders en commissarissen daar vaak vanaf te zien wederom omdat de instelling meent dat zulks niet in haar belang is of de goede verstandhouding met de toezichthouders zou verstoren. Bestuurders en commissarissen blijken het vaak bezwaarlijk te vinden (met name voor de instelling) om solistisch een gang naar de bestuursrechter te maken, zelfs indien zij het hartgrondig oneens zijn met het negatieve betrouwbaarheids- en/of geschiktheidsoordeel.

Wij betwijfelen of te dezer zake in de praktijk sprake is van een adequaat werkend systeem van rechtsbescherming, met name vanuit het perspectief van de na hertoetsing gediskwalificeerde bestuurder of commissaris. Daarbij lijkt de angel er in te zitten dat niet de bestuurder of commissaris zelf normadressaat is in dezen, maar de onder toezicht staande instelling. Dat heeft tot gevolg dat de toezichtrelatie en de machtspositie van de toezichthouder ook bij een hoogstpersoonlijke aangelegenheid als geschiktheid en betrouwbaarheid in iedere fase van het proces de boventoon blijven voeren. De beslissing om een (heenzendings)besluit al dan niet aan te vechten zou idealiter alleen worden genomen op basis van de merites van de zaak, meer in het bijzonder de aan de onbetrouwbaarheid of ongeschiktheid ten grondslag gelegde motivering. De financiële wereld is echter geen ideale. Dat de machtsverhoudingen tussen de toezichthouders en de instelling dikwijls een rol zullen spelen is waarschijnlijk onvermijdelijk. Naar onze mening zou echter wel vermeden moeten worden dat bedoelde machtsverhoudingen doorslaggevend worden. Uiteraard onderkennen ook wij het belang van geschikte en betrouwbare bestuurders (en commissarissen). De financiële sector is er echter ook mee gediend dat er (op termijn) voldoende bestuurders zijn die de kar nog willen en durven trekken. Daaraan hoeft het sterk toegenomen risico op persoonlijke aansprakelijkheid,⁵¹ waaronder ook heenzending vanwege ongeschiktheid en/of onbetrouwbaarheid valt te scharen, op zichzelf genomen niet in de weg te staan, mits ook *in de praktijk* sprake is van adequate rechtsbescherming. In onze optiek zou een oplossing voor vorenbedoelde ongewenste situatie zijn dat het oordeel over de geschiktheid en betrouwbaarheid voortaan wordt toevertrouwd aan de

48 R. Stijnen, '(Her)toetsing van geschiktheid en betrouwbaarheid', in: *Onderneming en Sanctierecht*, Deventer: Kluwer 2013.

49 CBb 27 september 2005, JOR 2006/11 en CBb 12 september 2006, JOR 2007/14, m.nt. Somsen.

50 CBb 28 april 2006, JOR 2006/159 en CBb 12 april 2007, JOR 2007/148, m.nt. J.F. de Groot.

51 Sedert 1 augustus 2009 kunnen de AFM en DNB ook boetes opleggen aan feitelijk leidinggevers of opdrachtgevers. Zie ook G.P. Roth, 'Bedenkingen bij bestuurlijke beboeting bestuurders', *Ondernemingsrecht* 2013/85 en de reactie daarop van E.J. Daalder, 'Reactie op de inleiding van mr. G.P. Roth', *Ondernemingsrecht* 2013/86.

rechter,⁵² zulks eventueel op voordracht of aangifte van de AFM en/of DNB.⁵³ Alsdan zouden veel van de hiervoor beschreven (procedurele) bezwaren kunnen worden ondervangen en wordt voorkomen dat de aan bestuurders en commissarissen toekomende rechtsbescherming in feite afhankelijk wordt gesteld van machtsverhoudingen waar zij zelf geen invloed op hebben. Het zou ons bovendien niet verbazen indien een dergelijk systeem de acceptatiegraad bij bestuurders en commissarissen van een negatief oordeel in substantiële mate zou bevorderen.

52 Het zou voor de hand liggen om de Rb. Rotterdam met het CBb als appellinstantie exclusieve bevoegdheid te geven in dit soort zaken.

53 Een soortgelijk systeem is ook opgenomen in het Voorontwerp wetsvoorstel civielrechtelijk bestuursverbod (art. 106a): "Op verzoek van het openbaar ministerie of op vordering van de curator kan de rechtbank een bestuursverbod uitspreken jegens de bestuurder van een rechtspersoon (...)". Zie ook Honée die pleit voor "een aparte rechtsgang voor bestuurders en commissarissen om bezwaar te maken tegen handhavingsmaatregelen van de toezichthouder met betrekking tot de governance.". C. Honée, 'Wie houdt toezicht op de toezichthouder'. *Management scope* 2014/2.

Toezicht op geschiktheid bestuurders moet anders

Informele druk op bestuurders om te vertrekken blokkeert toegang tot bestuursrechter

Guido Roth en Janice Roepnarain

Jan van Walsem, voormalig voorzitter van het pensioenfonds Schilders, heeft een moedig interview gegeven (FD 2 juli). Zijn verhaal is exemplarisch voor de trend die wij tegenwoordig zien bij het toezicht van de Autoriteit Financiële Markten (AFM) en de Nederlandsche Bank (DNB). Jaarlijks worden er vele bestuurders (en commissarissen) van onder toezicht staande instellingen getoetst of her-toetst op geschiktheid en/of betrouwbaarheid. In een aanzienlijk aantal gevallen is de uitkomst negatief, met vaak verstrekkende gevolgen voor het individu en voor de instelling.

Bij een hertoetsing kan een negatieve uitkomst betekenen dat er een gedwongen einde komt aan een lange rechtsverhouding tussen de bestuurders en de betreffende instelling.

Voor een bestuurder die niet door de toetsing komt en die werkzaam wil blijven in de financiële sector is het in de praktijk bovendien lastig om elders weer een beleidsbepalende positie te bekleden. Daardoor krijgt de negatieve uitkomst van de toetsing het karakter van een (tijdelijk) beroepsverbod.

Uit de toepasselijke regelgeving is niet op te maken hoelang de negatief getoetste bestuurder of commissaris persona non grata blijft in de ogen van de toezichthouders. Doorgaans komt

het erop neer dat de betrokkene niets anders rest dan na verloop van tijd maar weer eens aan te kloppen bij de toezichthouder om langs die weg te vernemen of zijn verbanning al is opgeheven.

Daarbij doet zich de complicatie voor dat de verbannen bestuurder of commissaris zelf geen (formele) ingang heeft bij de toezichthouders, maar steeds is aangewezen op een onder toezicht staande instelling die hem wil voordragen. Die zijn daar begrijpelijkerwijs niet altijd even happig op.

Ondanks de ernstige gevolgen van een negatieve toetsing wordt het oordeel van de toezichthouders maar zelden ter toetsing voorgelegd aan de bestuursrechter. Reden daarvoor is dat toezichthouders in de praktijk vaak proberen het door hen gewenste resultaat — het vertrek van de desbetreffende bestuurder of commissaris — te bereiken zonder een formeel besluit te nemen. Dat laatste is vereist om toegang te verkrijgen tot de bestuursrechter.

Betrokkene krijgt echter vaak simpelweg een mondelinge mededeling dat hij in de optiek van de AFM en/of DNB niet voldoet aan de betrouwbaarheids- of geschiktheidseisen. Daarbij wordt hem

nadrukkelijk de gelegenheid geboden om zelf 'terugtrekkende bewegingen' te maken.

Veel bestuurders en commissarissen doen dat dan ook maar, uit angst voor reputatieschade. De toezichthouders schromen overigens niet om ook bij de betrokken instelling aan te dringen op het vertrek van de betrokken bestuurder, dan wel op intrekking van de voordracht.

Om de goede relatie met de toezichthouder niet op het spel te zetten zijn instellingen in de praktijk geneigd gehoor te geven aan dergelijke 'verzoeken'.

Wij betwijfelen of deze werkwijze van de toezichthouders, waarmee de gang naar de bestuursrechter wordt afgesneden, wenselijk is. Adequate rechtsbescherming is immers een groot goed, zeker indien sprake is van ingrijpende maatregelen.

Uiteraard onderkennen ook wij het belang van geschikte en betrouwbare bestuurders. Maar de financiële sector is er ook mee gediend dat er voldoende bestuurders zijn die de kar nog willen en durven trekken en dat zij niet bang hoeven te zijn dat zij van de ene op de dag worden weggestuurd door de toezichthouder.

Guido Roth en **Janice Roepnarain** zijn voorzitter respectievelijk bestuurslid van de Stichting Waakzaamheid Financieel Toezicht en tevens advocaat bij Simmons & Simmons LLP.



Het Nederlandse fiscale klimaat is essentieel voor ons land en onze rol in de wereld-economie

WIE HOUDT TOEZICHT OP DE TOEZICHTHOUDER?

De nieuwe regels die De Nederlandsche Bank stelt, botsen met het vennootschapsrecht. Er is geen enkele procedurele waarborg en geen onafhankelijk toezicht op de uitgebreide bevoegdheden. Tekst Charles Honée Illustratie Yvonne Kroese

H

et zal niemand ontgaan zijn dat er de laatste jaren veel kritiek is op de financiële toezichthouders in Nederland. Dat is niet zo verwonderlijk, want na de vele incidenten van de afgelopen tijd – denk aan de implosie van ABN Amro, Icesave, het omvallen van DSB en de nationalisatie van SNS – rees bij velen de (terechte) vraag waarom de toezichthouder niet (eerder) ingreep. Zowel De Nederlandsche Bank (DNB) als de Autoriteit Financiële Markten (AFM) kreeg vanuit de politiek, het bedrijfsleven en de maatschappij de wind van voren. En zoals altijd bij ingrijpende gebeurtenissen kwam de roep om structurele maatregelen die de positie van de toezichthouder zouden verstevigen.

Die maatregelen zijn er de laatste jaren gekomen. *Gedragstoezicht* is belegd bij de AFM, die zich richt op het optreden van financiële instellingen op de

financiële markten of in relatie tot consumenten. Op consumentengebied ziet de AFM bijvoorbeeld veel strenger toe op de kosten van financiële producten en de verdienmodellen van tussenpersonen. DNB, die een fundamenteel andere functie heeft dan de AFM, oefent het zogeheten *prudentieel* toezicht uit. Dat is gericht op zowel de gegoedheid van financiële instellingen als de stabiliteit van de sector. Daarbij heeft DNB de laatste jaren allerlei bevoegdheden naar zich toegetrokken die ervoor moeten zorgen dat zij als toezichthouder strenger en daadkrachtiger kan optreden en handhaven.

De vraag is echter of de uitbreiding van die bevoegdheden wel het gewenste effect bereikt en of DNB zich niet te veel mengt in vennootschappelijke aangelegenheden. Kwesties waar een toezichthouder zich terughoudend zou moeten opstellen, bijvoorbeeld omdat

WILLEKEUR
LIGT OP
DE LOER



die al geregeld worden in het vennootschapsrecht, of omdat het middel – zoals ingrijpen door de toezichthouder op bestuurlijk niveau, met alle persoonlijke gevolgen van dien – soms erger is dan de kwaal. In deze analyse wil ik enige kanttekeningen plaatsen bij die nieuwe, machtigere rol van DNB.

GEDRAG EN CULTUUR

Kort samengevat valt de taak van DNB te onderscheiden naar macro- en microprudentieel toezicht. In het recent verschenen onderzoeksrapport van de Evaluatiecommissie Nationalisatie SNS Reaal wordt hiervan een mooi overzicht geschetst. Het macroprudentieel toezicht ziet toe op de stabiliteit van het systeem als geheel. Het microprudentieel toezicht betreft de soliditeit van individuele financiële instellingen. Als onderdeel hiervan ziet DNB primair toe op de kapitaalpositie van Neder-

landse financiële instellingen als banken, pensioenfondsen en verzekeraars, waarbij de criteria voor een groot deel op Europees niveau vastgesteld worden. Daarnaast kijkt DNB naar het eigenaarschap van financiële instellingen. Wie bijvoorbeeld meer dan tien procent van een grote instelling wil bezitten, moet een verklaring van geen bezwaar krijgen van DNB. Maar het microprudentieel toezicht omvat ook, en dat is het thema van deze analyse, toezicht op de governance van de instellingen. Voorheen keek DNB uitsluitend naar 'betrouwbaarheid' en 'deskundigheid' van het bestuur, maar sinds een wijziging van de Wet op het financieel toezicht in 2011 houdt DNB ook toezicht op weinig ingekaderde onderwerpen als 'gedrag en cultuur' van een organisatie en 'geschiktheid' van bestuurders – een veel bredere norm dan voorheen, die DNB handhaaft met de veelbespro-

ken 'geschiktheidstoets', waarover later meer.

PROBLEMATISCH

Ook ziet DNB tegenwoordig toe op een 'evenwichtige en adequate organisatiestructuur en of er bij het bestuur van een organisatie sprake is van een 'evenwichtige en adequate verdeling van taken, bevoegdheden en verantwoordelijkheden.' DNB grijpt deze nieuwe normen aan om allerlei eisen te stellen aan de samenstelling van de raden van bestuur en commissarissen. Zo moet een raad van commissarissen 'evenwichtig' zijn, wat betekent dat de meerderheid formeel en *in mind* onafhankelijk moet zijn van de vennootschap waarop de raad toeziet. Dat kan problematisch zijn, zeker als er sprake is van meerdere vennootschappen binnen één holding – zoals bij financiële instellingen eerder regel dan uitzondering is – waarbij



AANVECHTEN VAN BESLIS- SINGEN IS VAAK ONMOGELIJK

commissarissen zowel bij moeder- als dochterondernemingen in de board zitten. DNB dwingt een raad van commissarissen van een dochteronderneming om 'onafhankelijk' te zijn, maar in de praktijk kan zulke onafhankelijkheid problematisch zijn bij een groep ondernemingen die centraal wordt aangestuurd: het belang van moeder en dochter liggen in elkaars verlengde. Bovendien is het vennootschapsrecht hier heel duidelijk over: natuurlijk heeft een dochteronderneming eigen belangen, maar die worden voor een groot deel ingekleurd door het groepsbelang. Daar moeten bestuurders en toezicht-houders rekening mee houden, maar inmiddels 'moeten' ze van DNB volledig onafhankelijk in hun oordeel zijn.

DOMINANTIE EN TEGENSpraak

Nog een voorbeeld waar bij de 'geschiktheidsnorm' botst met het vennootschapsrecht. DNB doet de laatste jaren met teams van organisatiepsychologen onderzoek naar het functioneren van boards. Eén van de thema's waar de onderzoekers op focussen is tegenspraak. Volgens DNB ging het in het verleden bij veel instellingen mis omdat er sprake was van een (te) dominante leider die geen tegenspraak dulde. Goede bestuurders en commissarissen moeten het hartgrondig met elkaar oneens zijn, zo vindt DNB. Daarom worden bestuurders en commissarissen door de toezichthouder als het ware getoetst op hun vermogen om tegengesteld aan elkaar te zijn.

Nu is er geen strikte regel in de wet – noch in de code corporate governance – die bepaalt dat bestuur en commissarissen gezamenlijk 'eenheid van bestuur' moeten betrachten, maar wel geldt in het vennootschapsrecht het zogenaamde collegialiteitsbeginsel. Sec gesteld: de raad van bestuur is volgens de wet verantwoordelijk voor het besturen van de vennootschap. Dat is een collectieve taak, waaruit het collegialiteitsbeginsel voortvloeit. Bestuurders zullen het om die reden in de praktijk altijd proberen met elkaar eens te worden, zonder dat daarmee is gezegd dat ze niet onder-

ling stevige discussies kunnen hebben. De 'georganiseerde tegenspraak' die DNB zoekt, gaat echter voorbij aan dit beginsel van het vennootschapsrecht. Natuurlijk moeten commissarissen kritisch zijn en tegengeluiden laten horen, maar uiteindelijk zal het streven altijd zijn om tot consensus te komen. Daarnaast is die afkeer van dominant leiderschap in mijn optiek merkwaardig: het is inherent dat een leider voorop loopt, dirigeert. Natuurlijk duldt hij tegenspraak en aanvaardt hij kritiek, maar uiteindelijk moet de leider doen waarvoor hij wordt betaald: leiden.

INDRINGEND EN VASTHOUDEND

Om haar nieuwe, machtigere positie te handhaven heeft DNB een aantal instrumenten in handen. Eén daarvan is de geschiktheidstoets. Een gewichtig gesprek – sommige commissarissen spreken zelfs van een 'examen' – met medewerkers van DNB over bestuurlijke en branchespecifieke kwesties. Uiteindelijk is het de bedoeling dat alle bestuurders en commissarissen van Nederlandse financiële instellingen die onder toezicht van DNB vallen, getoetst worden. Meteen na invoering van de toets in 2012 liet DNB de bestuurders en commissarissen van de vier grote banken en vier grote verzekeraars langskomen. Het resultaat: van de 68 kandidaten hebben er 61 de toets gehaald. Wie de afvallers zijn, is onbekend. Dat is verklaarbaar, want een commissaris of bestuurder die van DNB alleen al de *indicatie* krijgt dat hij te licht is bevonden, zal de eer aan zichzelf houden en opstappen; het is immers zijn reputatie die in de waagschaal wordt gesteld. Er is formeel een mogelijkheid om in bezwaar en beroep te gaan tegen de beslissing van DNB, maar een afgetoetste commissaris of bestuurder zal het wel uit zijn hoofd laten de beslissing van DNB publiekelijk aan te vechten. De reputatieschade is al een feit, en kan alleen maar groter worden. Wie afgetoetst wordt, staat voor een vol-dongen feit.

De vraag rijst daarom of de toetsing door DNB wel evenwichtig is; er is geen enkele procedurele waarborg en geen

DE AANPAK VAN DNB IS SCHADELIJK VOOR EEN GOEDE BESTUURSCULTUUR

onafhankelijk toezicht op de toetsing. De beslissing van DNB wordt daarom bijna nooit *gechallenged*. Dat maakt de toetsing tot een zeer, en misschien zelfs wel buitenproportioneel, machtig instrument. Om nog maar te zwijgen over de vraag of de vaak relatief jonge toetsers van DNB wel over genoeg kennis en ervaring beschikken om een oudere en meer ervaren bestuurder te wegen. Overigens is in dit verband opmerkelijk dat sinds 2010 in de competentieprofielen van functionarissen van DNB 'in-dringend' en 'vasthoudend' kernwoorden zijn.

AFMEN DNB

Die evenwichtigheidsvraag geldt ook voor de zogeheten bestuurdersmonitor die de AFM en DNB hebben opgesteld. Daarin worden de antecedenten geregistreerd van bestuurders en commissarissen die, in de ogen van de toezichthouders, gecorrigeerd moeten worden. Wie een bestuurlijke fout maakt, wordt uitgenodigd voor een 'normoverdragend gesprek' en krijgt een vinkje bij zijn naam. Wie vier vinkjes heeft, krijgt een zwaar middel voor de kiezen: her-toetsing. De bestuurdersmonitor heeft daarom iets van een *self fulfilling prophecy*: een bestuurder kan op zo'n normoverdragend gesprek praten als Brugman, maar het vinkje staat er al. Dat heeft iets Kafkaëks: de betrokken bestuurder kan zich er alleen maar bij neerleggen. Ook hier is aanvechten vrijwel onmogelijk, of – vanwege imago-schade – onwenselijk.

NAMING AND SHAMING

Nu is er op zichzelf weinig mis met toezichthouders die meer bevoegdheden krijgen. Te vaak heeft de toezichthouder zich in het verleden naar de zijlijn laten

paraderen. Alleen zou in een afgewogen systeem – denk aan de trias politica – die uitgebreide macht gecontroleerd moeten kunnen worden door een onafhankelijke buitenstaander. DNB (en in beperkte mate de AFM) houdt inmiddels toezicht op een veel ruimer terrein, met een veel vager begrippenkader – denk aan 'gedrag', 'cultuur', 'dominantie' – en kan dat toezicht handhaven met een zwaar instrumentarium, zonder dat daar enige onafhankelijke controle op is en waarbij willekeur op de loer ligt. De consequentie daarvan zal zijn dat het steeds moeilijker wordt om goede bestuurders en commissarissen voor financiële instellingen te vinden. Er blijft in de nieuwe toezichtsverhoudingen nog maar weinig beleidsruimte over, wat in schril contrast staat met het vennootschapsrecht. Binnen dat normenkader mag een bestuurder inschattingen maken en beslissingen nemen – zelfs als die uiteindelijk verkeerd uitpakken – zonder daarvoor direct gestraft te worden, behalve wanneer er sprake zou zijn van een ernstig verwijtbaar handelen. De toezichthouder lijkt dat niet toe te passen: wie in de ogen van DNB een fout maakt, wordt meteen aangepakt en loopt het risico van *naming and shaming*. Dat is schadelijk voor een goede bestuurscultuur.

BELEIDSVRIJHEID

Wat kan soelaas bieden aan deze situatie? Te denken valt aan een aparte rechtsgang voor bestuurders en commissarissen om bezwaar te maken tegen handhavingsmaatregelen van de toezichthouder met betrekking tot de governance. Waarbij de crux is dat dat beroep standaard achter gesloten deuren plaatsvindt, en waarbij een onafhankelijk oordeel wordt gegeven

over handhavingsmaatregelen van DNB voordat deze worden geëffectueerd, want een openbaar juridisch gevecht kent op reputatiegebied alleen maar verliezers. Als de drempel voor zo'n beroep lager wordt, en als de toezichthouder in zijn praktijk duidelijke procedurele waarborgen inbouwt die een tegenwicht kunnen bieden tegen dreigende machtswillekeur, dan zal het voor (nieuwe) bestuurders en commissarissen aantrekkelijk blijven om te doen waar ze goed in zijn: vanuit eigen inzicht en met een zekere mate van beleidsvrijheid besturen. ●



Charles Honée is partner en advocaat bij advocatenkantoor Allen & Overly. Hij interviewt en schrijft voor Management Scope over corporate governance. Deze bijdragen zijn terug te vinden bij zijn profiel op managementscope.nl/manager/charles-honee.