



Consultatie

Wijzigingswet Financiële Markten 2016

Het ministerie van Financiën stelt voor om de toezichthouders de bevoegdheid te geven om, wanneer er na de eerste geschiktheidstoets bij benoeming van een beleidsbepaler of commissaris gereede twijfel aan zijn geschiktheid ontstaat, de onderneming een (bindende) aanwijzing te geven om de persoon in kwestie te schorsen. Het Ministerie van Financiën vergelijkt dit met dezelfde mogelijkheid die al bestaat bij twijfel aan betrouwbaarheid, maar die vergelijking gaat niet op.

DUFAS¹ is van mening dat in elk geval aan een aantal randvoorwaarden moet worden voldaan:

- De ontstane twijfel aan de geschiktheid moet substantieel en aantoonbaar zijn, zodanig dat zeer waarschijnlijk is dat de persoon in kwestie ongeschikt zal worden bevonden;
- De schorsing moet beperkt zijn tot de periode van het onderzoek;
- De periode van het onderzoek mag maximaal 6 weken bedragen;
- De uitkomst van het onderzoek moet onverwijld na beëindiging ervan worden medegedeeld aan de onderneming en de persoon.

Daarnaast uit DUFAS zorgen omtrent de almaar toenemende formele bevoegdheden van de financiële toezichthouders bij een gebrek aan scheiding van machten (*trias politica*), waardoor de informele macht van de toezichthouders zo sterk groeit, dat zij welhaast op de stoel van de directie van de onderneming komen te zitten. DUFAS stelt daarom voor dat een onafhankelijke (derde) instantie wordt opgericht om sancties en maatregelen vast te stellen.

Het Ministerie van Financiën stelt voor art. 1:75 Wft zo aan te passen dat de toezichthouders AFM en DNB de mogelijkheid krijgen om bij twijfel aan de geschiktheid van een dagelijks beleidsbepaler of een commissaris (bestuurder) van een financiële onderneming, voordat deze (niet-) geschiktheid definitief vaststaat, een aanwijzing te geven tot schorsing van deze persoon. Deze nieuwe bevoegdheid biedt de toezichthouders de mogelijkheid om snel en slagvaardig op te treden tegen een mogelijk niet-geschikte bestuurder omdat zij niet hoeven te wachten tot een onderzoek naar de geschiktheid van die bestuurder volledig is afgerond.

¹ DUFAS, voluit de Dutch Fund and Asset Management Association, is de brancheorganisatie van vermogensbeheerders en beheerders van beleggingsinstellingen (ook wel *asset managers* genoemd) in Nederland. Onze belangenvereniging kent, naast onafhankelijke vermogensbeheerders, leden uit de bankensector, verzekerings-, vastgoed- en pensioensector, alsmede bewaarbedrijven.



In de concept-MvT is hierover opgenomen dat het in de toezichtspraktijk is gebleken dat het wenselijk is om snel op te treden ten aanzien van bestuurders over wiens geschiktheid of betrouwbaarheid twijfel bestaat. Volgens de toelichting signaleren de toezichthouders de prudentiële en reputatierisico's die kunnen ontstaan wanneer een bestuurder over wiens geschiktheid of betrouwbaarheid twijfel bestaat, aanblijft als bestuurder en de mogelijkheid dat het vertrouwen in het financieel systeem hierdoor geschaad wordt.

In de concept Memorie van Toelichting (MvT) wordt niet toegelicht welke situaties zich in de toezichtspraktijk hebben voorgedaan die openen tot dit voorstel. Dit terwijl het voorstel een ingrijpende wijziging behelst. Uit de media² begrijpen wij dat de voormalige voorzitter van de Raad van Commissarissen van ABN-Amro, voor de overname door RBS, Santander en Fortis, een geval is waar de toezichthouder had willen optreden wegens twijfel aan de geschiktheid. De vraag is of in zulke gevallen deze extra bevoegdheid soelaas biedt.

Wij hebben problemen met de ogenschijnlijk vanzelfsprekende aansluiting bij de al bestaande mogelijkheid tot schorsing bij twijfel over betrouwbaarheid en de toelichting op het nieuwe lid 3.

Schorsing bestuurder bij twijfel aan geschiktheid en betrouwbaarheid

In de toelichting wordt opgemerkt dat de geschiktheidsnorm in de artt. 3:8 en 4:9, Wft en het voorgestelde art. 1:75, lid 3, Wft, dezelfde mogelijkheid zal bieden aan de toezichthouder als er is bij twijfel aan de betrouwbaarheid (art. 3:9 en 4:10, Wft) in combinatie met art. 1:75, lid 1, Wft. Het ministerie van Financiën presenteert deze aansluiting bij de betrouwbaarheidsnorm als vanzelfsprekend, maar dat is zij niet.

Moet de geschiktheid van de bestuurder buiten twijfel staan?

De betrouwbaarheidsnorm houdt in dat het beleid wordt bepaald (of toezicht wordt gehouden) door “personen wier betrouwbaarheid buiten twijfel staat”. Zoals in de MvT wordt opgemerkt, biedt deze norm dus zelf al de mogelijkheid om in een vroeg stadium een aanwijzing te geven. Immers, als er twijfel is over de betrouwbaarheid van een persoon, staat deze niet buiten twijfel en wordt de norm overschreden.

Maar de geschiktheidsnorm houdt echter in dat een persoon geschikt moet zijn. Twijfel maakt hem echter niet meteen onggeschikt; de norm wordt dus niet (meteen) geschonden. Door nu in lid 3 de term “bij twijfel” te gebruiken en te verwijzen naar de betrouwbaarheidsnorm wordt o.i. de geschiktheidsnorm indirect veranderd van “een bestuurder dient geschikt te zijn” naar “de geschiktheid van een bestuurder dient buiten twijfel te staan”.

“Bij twijfel” versus “redelijke aanleiding voor hertoetsing”

Mocht het al de bedoeling zijn van de wetgever om aan te sluiten bij “bij twijfel” zoals bij de betrouwbaarheidsnorm, dan vragen wij ons af wat voor relatie de wetgever voor ogen heeft met de term “redelijke aanleiding voor hertoetsing” zoals die in de Beleidsregel Geschiktheid

² Zie bijvoorbeeld Pieter Couwenbergh, *Dilemma's bij DNB*, in het Financieele Dagblad van 8 augustus 2014.



wordt gehanteerd. De mogelijkheid tot schorsen wordt immers ingevoerd om tijdens de periode dat een bestuurder hertoetst wordt, hem van z'n plek te krijgen. Daar mogen dan wel zeer zwaarwegende redenen voor zijn. DUFAS stelt voor dit criterium aan te scherpen.

Geschiktheid afhankelijk van het collectief

Een andere reden waarom de geschiktheidsnorm en betrouwbaarheidsnorm verschillen en de “bij twijfel”-norm o.i. niet één-op-één over te nemen is, is gelegen in het feit dat geschiktheid deels afhankelijk is van de samenstelling van het collectief van het gehele bestuur van de onderneming. Daar wordt expliciet op getoetst (d.m.v. de geschiktheidsmatrix). Wanneer het collectief verandert, ziet DNB daar zelf ook een redelijke aanleiding voor hertoetsing in.

Het lijkt ons niet de bedoeling dat de mogelijkheid tot schorsing in een dergelijk geval net zo makkelijk kan worden ingezet als bij twijfel over betrouwbaarheid. Bij een verandering van het collectief is er normaliter geen negatieve aanleiding voor hertoetsing, terwijl die bij twijfel over betrouwbaarheid er wel altijd is.

Door echter (i) “bij twijfel” niet toe te lichten maar alleen te verwijzen naar de parlementaire geschiedenis van de betrouwbaarheidseis, en (ii) ook geen uitleg te geven over de relatie tot de term “redelijke aanleiding voor hertoetsing”, lijkt – in ieder geval wetstechnisch gezien – ook in dat geval de mogelijkheid tot schorsing open te staan.

Prudentiële en reputatierisico's bij niet-geschiktheid

In de toelichting staat dat de toezichthouders de prudentiële en reputatierisico's signaleren die kunnen ontstaan wanneer een bestuurder over wiens geschiktheid of betrouwbaarheid twijfel bestaat, aanblijft als bestuurder en de mogelijkheid dat het vertrouwen in het financieel systeem hierdoor geschaad wordt. Daaruit kan worden opgemaakt dat toezichthouders de bevoegdheid krijgen bij de eerste signalen over twijfel over geschiktheid – lopende een onderzoek – een bestuurder te schorsen. De vraag is op basis waarvan de toezichthouders dat kunnen vaststellen in een fase dat nog niet is vastgesteld of de bestuurder al dan niet geschikt is.

Niet-geschiktheid brengt niet altijd per definitie dergelijke (grote) risico's met zich mee. Zo zijn er bijvoorbeeld steeds meer en strengere regels over het maximale aantal posities dat een bestuurder mag vervullen. Overtreding van deze regels brengt in beginsel mee dat een bestuurder niet geschikt is. Dat lijkt ons echter een minder ernstige overtreding van de geschiktheidsnorm dan een ernstig gebrek aan kennis.

Als de gesignaleerde prudentiële en reputatierisico's de belangrijkste reden zijn voor invoering van de mogelijkheid tot schorsing, dan is dat een extra reden om een hogere drempel in te voeren voor het soort situaties waarin deze kan worden ingezet. “Bij twijfel” is een te lage drempel. DUFAS is van mening dat de ontstane twijfel substantieel en aantoonbaar moet zijn.

Stigmatiserend effect schorsing

Nog een reden om een bepaalde ondergrens te stellen aan de mate van schending van de geschiktheidsnorm, is het stigmatiserende effect dat van een schorsing kan uitgaan. Een schorsing is onder omstandigheden koersgevoelige informatie die openbaar moet worden gemaakt.



Een schorsing zal met name bij grotere ondernemingen waarschijnlijk gelijk staan aan een aanwijzing tot heenzending: alleen al het signaal dat uitgaat van een schorsing kan maken dat de positie van de geschorste bestuurder onhoudbaar wordt.

Gevolgen

Zo'n voorgestelde schorsing kan ernstige gevolgen hebben voor de continuïteit van de bedrijfsvoering van de financiële onderneming in kwestie. Op een financiële onderneming rust de verplichting om minimaal één (financieel dienstverleners) of twee dagelijkse beleidsbepalers te hebben. Als één van hen geschorst wordt, zou dit betekenen dat de onderneming niet meer voldoet aan dit vereiste. Hoe stelt de wetgever voor dat daarmee wordt omgegaan? Komt er meteen een aanwijzing voor een tweede beleidsbepaler of een stille curator o.i.d.?

Alternatieve werkzaamheden gedurende de schorsing

Volgens art 4:9, Wft moeten dagelijks beleidsbepalers en interne toezichthouders een geschiktheidstoets doorstaan. Geschiktheid bestaat uit kennis, vaardigheden en professioneel gedrag.³ De geschiktheid van een persoon is gekoppeld aan de functie die hij/zij uitoefent.⁴ DUFAS is daarom van mening dat het goed zou zijn om in de MvT duidelijk te maken dat de persoon in kwestie (waarvan niet vaststaat dat hij/zij niet geschikt is) niet alleen niet ontslagen hoeft te worden, maar dat hij/zij wel een andere functie kan uitoefenen, waarvoor de geschiktheidstoets niet geldt, c.q. waarvoor de elementen van geschiktheid waaraan getwijfeld wordt, niet relevant zijn.

Rechtsbescherming

Daarnaast bepleit DUFAS dat zo'n aanwijzing tot schorsing altijd voor een bepaalde tijd moet worden gegeven, namelijk slechts gedurende het onderzoek, en (in verband met de rechtszekerheid) voor een maximale periode van bijvoorbeeld 6 weken (waarin zo'n onderzoek ook moet zijn afgerond). Tevens bepleiten wij dat er beroep tegen de schorsing mogelijk moet zijn.

Ook zal naar de mening van DUFAS moeten worden voorgeschreven dat de beëindiging van zo'n onderzoek met de uitkomst ervan de persoon in kwestie en de onderneming onverwijld moeten worden medegedeeld.

Uit overwegingen van rechtsbescherming zou het ook goed zijn als in de wettekst komt te staan dat het gaat om "gerede twijfel". Immers, uit de beleidsregels blijkt al dat een toetsing na benoeming alleen geschiedt "indien feiten of omstandigheden daartoe redelijke aanleiding geven".⁵

Dergelijke waarborgen verdienen opname in algemeen verbindende voorschriften (hetzij de Wft, danwel een AMvB), in plaats van in beleidsregels.

³ Onderdeel 1.2.1 van de [Beleidsregel geschiktheid 2012](#).

⁴ Zie het onderwerp [Geschiktheidstoets](#) in Open Boek Toezicht van de Nederlandsche Bank.

⁵ Onderdeel 1.5 b) van de [Beleidsregel geschiktheid 2012](#).



Aparte sanctie- en maatregelen autoriteit

De tendens van de laatste jaren is er een van steeds meer bevoegdheden voor de financiële toezichthouders. Daarmee is het risico toegenomen dat de toezichthouder bevoegdheden gebruikt voor doelen waarvoor zij niet gegeven zijn. Onder toezicht staande instellingen passen hun gedrag meer en meer aan aan informele wensen van de toezichthouders, om discussies met hen te vermijden.⁶

De formele rechtsbescherming, waaraan wij ook hierboven refereren, helpt daartegen niet, omdat een financiële instelling vaak eerst en vooral *on speaking terms* wil blijven met de toezichthouder. Hier wreekt zich het feit dat de financiële toezichthouders in toenemende mate zowel regelgever zijn, als toezichthouder, als uitvoerende macht in de financiële sector. Dit is een positie die de financiële toezichthouders expliciet exploiteren wanneer zij de door Malcom Sparrow⁷ gepropageerde toezichthouders-strategie volgen.

Een nadere illustratie van het gebrek aan *trias politica* kan ook worden gevonden in het feit dat de financiële toezichthouder opgelegde boetes en dwangsommen publiceert nog voordat zij definitief zijn geworden, zodat daardoor ook reputatieschade wordt aangericht indien zij later door de rechter worden vernietigd.

Daarom is DUFAS van mening dat de *trias politica*, en daarmee de rechtsstaat, hier enigermate herstel verdient, door het oprichten van een onafhankelijke (derde) instantie⁸ die de door de financiële toezichthouders voorgestelde sanctie of maatregel toetst alvorens die mag worden opgelegd.

Wij zijn gaarne tot nadere toelichting bereid. Daarvoor kunt u contact opnemen met

mr. J.H.M. Janssen Daalen

☎ 070 333 8779, ✉ info@dufas.nl

⁶ Een treffende illustratie hiervan in verband met de bestuurderstoets wordt ook gegeven in G.P. Roth, J.S. Roepnardin, *De toetsing van bestuurders en commissarissen door de AFM en DNB*, Ondernemingsrecht 2014/95, aflevering 10/11, augustus 2014, pp. 479-487), met name in par. 3.3.

⁷ Zie o.a. Malcom K. Sparrow, *The Regulatory Craft, controlling risks, solving problems, and managing compliance*, en *What does it mean to be a risk-based regulator?* in *Beyond finance, Financial Supervision in the 21st Century*.

⁸ Vergelijk ook Frank 't Hart, *Checks and balances, Analyse van de machtspositie van de toezichthouder*, in [Open normen ingevuld, De wetgevende macht van de toezichthouder](#), Erasmus Universiteit, Rotterdam, 2013.