

Geschiktheidstoetsingen: Koorddanses zonder zekering?

Cora Wielenga

Kent u de reclamecampagne van Defensie nog? Geschikt/ongeschikt? In korte spotjes werd duidelijk gemaakt welke kwaliteiten je geschikt maken om bij Defensie succesvol te zijn. Een heerlijke eenvoudige weergave van een selectieproces. De werkelijkheid is minder zwart-wit. Het beoordelingsproces is immers al lastig bij het werven van eigen personeel, laat staan als je dit als externe partij uitvoert. Toch beoordelen DNB en AFM de geschiktheid van bestuurders en commissarissen en kunnen zij besluiten om hen 'heen te zenden'. Dit is een nuttige bevoegdheid bij slecht bestuur of toezicht, maar wanneer is daar sprake van? Toezichthouders moeten balanceren tussen het werven van een ongeschikte bestuurder en het gevaar om onterecht een benoeming van een bestuurder te blokkeren.

Het toetsingsproces is sinds 2011 een aantal veranderd en aangescherpt. Om het toetsingsproces voor organisaties en externe toezichthouders te verbeteren, wordt er nu meer verwacht van onder toezichtstaande instellingen. Ondernemingen moeten nu bijvoorbeeld beter motiveren waarom een bepaalde bestuurder of commissaris geschikt is. In dit artikel behandel ik de huidige regels over geschiktheid en blik ik vooruit op de aanstaande wijzigingen. Waar van toepassing geef ik suggesties.

Huidige regels

Bij het bespreken van de huidige regels behandel ik op wie de regels van toepassing zijn, wat de toetsing inhoudt, wanneer de toetsing uitgevoerd moet worden, wanneer welke toezichthouder moet toetsen en wat de uitkomsten daarvan kunnen zijn. Als laatste licht ik de verplichting van doorlopende geschiktheid toe.

Wie wordt getoetst?

De geschiktheidsregels zijn momenteel van toepassing op de volgende personen¹:

- beleidsbepalers (bestuurders) en overige beleidsbepalers (bijvoorbeeld plaatsvervangende bestuurders);
- leden van organen die belast zijn met het toezicht op het beleid en algemene zaken van een financiële onderneming. Hiermee worden leden van een raad van commissarissen en een raad van toezicht bedoeld. Maar ook de algemeen bestuurders bij onderlinge verzekeraars;

- dagelijkse beleidsbepalers van organisaties die meer dan 10% aandelen- of zeggenschapsbelang houden in een Nederland gevestigde financiële onderneming;
- vertegenwoordiger van een levensverzekeraar of schadeverzekeraar met zetel in Nederland die zijn bedrijf uitoefent door middel van een buiten Nederland gelegen bijkantoor.

Voor de leesbaarheid van het artikel heb ik het vanaf nu over de toetsing van de bestuurders en commissarissen, omdat dit de grootste groep is op wie deze regels van toepassing zijn.

Wat wordt getoetst?

Wat houdt geschiktheid eigenlijk in? Geschiktheid bestaat volgens de Beleidsregel geschiktheid 2012 van DNB en AFM uit kennis, vaardigheden en professioneel gedrag. De geschiktheid van een bestuurder of commissaris blijkt in ieder geval uit de opleiding, werkervaring en competenties van de persoon. In de praktijk moeten bestuurders en commissarissen doorlopend laten zien dat zij kennis, vaardigheden en professioneel gedrag adequaat en zorgvuldig toepassen.

Wanneer wordt getoetst?

De geschiktheidseis is een doorlopende eis. De geschiktheid wordt niet alleen voorafgaand aan de benoeming van de bestuurder of commissaris getoetst, maar ook tijdens het uitoefenen van de functie indien daar aanleiding voor is.

¹ Zie voor een overzicht van het juridisch kader per type onderneming <www.compliance-instituut.nl/pagina/publicaties_medewerkers_nederlands_compliance_instituut>.

Een aanleiding voor een hertoetsing kan zijn dat een bestuurder of commissaris een andere functie binnen de raad krijgt. Bijvoorbeeld op het moment dat een lid voorzitter wordt of dat één van de RvC-leden lid wordt van de auditcommissie.

Een andere aanleiding voor hertoetsing voor DNB en AFM is dat er feiten bekend worden waardoor twijfel ontstaat over de geschiktheid. Bijvoorbeeld bij een fusie of bij zorgen over het bedrijfsmodel of de organisatiecultuur.

Leden van visitatiecommissies van pensioenfondsen worden overigens niet getoetst voorafgaande aan de benoeming. Zij moeten op grond van de Pensioenwet wel deskundig zijn, maar worden alleen getoetst wanneer daar aanleiding voor bestaat. Leden van andere toezichthoudende organen van pensioenfondsen worden wel door DNB voorafgaand aan de benoeming getoetst op geschiktheid.

Attentiepunt:

- Denk bij wijzigingen van rollen van bestuurders of commissarissen aan een melding aan DNB of AFM zodat er zondig een hertoetsing kan plaats vinden.

Hoe wordt getoetst?

Ondernemingen zijn verantwoordelijk voor het aanstellen van geschikte bestuurders en commissarissen. Dit betekent dat zij zelf eerst moeten vaststellen in hoeverre de bestuurders en commissarissen die zij voordagen bij DNB en AFM geschikt zijn en dit gemotiveerd aangeven.

Ondernemingen moeten bij aanvragen een geschiktheidsmatrix² voor de gehele raad invullen. Deze matrix moet de kennis en ervaring van alle bestuurders of commissarissen aangeven. De matrix moet de sterke én de zwakke plekken binnen de raad tonen.

Naast de motivering en de geschiktheidsmatrix moet de onderneming het functieprofiel, het CV en de procedure van werving- en selectie aanleveren. Voor banken geldt daarnaast dat zij de uitkomsten van het assessment moeten meesturen.³ Voor andere ondernemingen wordt dit op prijs gesteld, maar is dit niet verplicht.

DNB en AFM verrichten aan de hand van de ingezonden informatie en de al bij de toezichthouders beschikbare informatie bureauonderzoek. Daarnaast worden referentgesprekken en een interview met de kandidaat gevoerd.

In de toetsing worden de volgende criteria meegenomen:

- kennis, vaardigheden en professioneel gedrag;
- functie bestuurder;
- collectief;
- omvang van de organisatie;
- risicoprofiel van de organisatie.

Doordat bij de toetsing van een bestuurder het collectief wordt beoordeeld, kan het voorkomen dat een bestuurder die op zich geschikt is voor de functie wordt afgewezen, omdat het collectief behoefte heeft aan andere competenties.

Attentiepunt:

- Beoordeel als organisatie niet alleen de geschiktheid van de te benoemen persoon, maar ook de geschiktheid van het collectief en verwoord dit in de motivering richting DNB of AFM.

Welke toezichthouder?

De vergunningverstreckende toezichthouder voert de toetsingen uit. Dat betekent bijvoorbeeld dat DNB bestuurders en commissarissen van een trustkantoor toetst. De AFM toetst bestuurders en commissarissen van bijvoorbeeld een belegginginstelling.

Voor banken en verzekeraars zijn zogenaamde 'dubbele poortjes' ingesteld. Dit betekent dat DNB als vergunningverstreckende toezichthouder de geschiktheid beoordeelt van de bestuurder of commissaris. Wanneer DNB oordeelt dat de persoon geschikt is, wordt de toetsing voorgelegd aan AFM. De AFM heeft de bevoegdheid aan DNB kenbaar te maken dat ze de toetsing steunen of dat zij een 'bindende aanbeveling' afgeven. Een bindende aanbeveling betekent dat de kandidaat op dat moment door AFM niet geschikt wordt bevonden en dat DNB dit vervolgens moet opvolgen.

Uitkomsten

Logischerwijs zijn er als gevolg van de toetsing verschillende uitkomsten mogelijk. Allereerst natuurlijk 'geschikt' en 'niet geschikt'. Daarnaast kan het gebeuren dat de bestuurder of de commissaris besluit zich terug te trekken. Als laatste mogelijkheid kunnen DNB en AFM in uitzonderingsgevallen instemmen met benoemingen waarbij zij een voorschrift afgeven. Dit betekent dat de bestuurder of commissaris binnen een bepaalde periode nog kennis moet opdoen.

² Deze matrix is afgeleid van de Beleidsregel geschiktheid 2012.

³ EBA Guidelines on the assessment of the suitability of members of the management body and key function holders, EBA/GL/2012/06.

Wanneer dit voorschrift niet tijdig wordt opgevolgd, kan de toezichthouder alsnog een negatieve beslissing nemen.

Doorlopende geschiktheid

Meer dan voorheen wordt sinds 2012 actief getoetst op doorlopende geschiktheid. Dit betekent dat voor bestuurders en commissarissen meer aandacht komt te liggen op o.a. de volgende onderwerpen:

- moreel ethische verklaring;
- permanente educatie;
- antecedentmeldingen;
- (zelf)evaluatie;
- beschikbaarheid.

Moreel ethische verklaring

Sinds 2013 zijn alle bestuurders en commissarissen verplicht een moreel ethische verklaring af te leggen, oftewel de eed of belofte. Deze verplichting is in de Wft ondergebracht bij de geschiktheidseis van bestuurders en commissarissen. Wanneer een bestuurder of commissaris zich niet houdt aan de eed of belofte, of deze niet eens aflegt, kunnen DNB en AFM een hertoetsing starten.

Permanente educatie

Bestuurders en commissarissen zijn op grond van verschillende governancecodes⁴ verplicht om een programma van permanente educatie op te zetten en uit te voeren. De educatie heeft betrekking op relevante ontwikkelingen binnen de financiële sector, op corporate governance in de sector, op de zorgplicht jegens de klant, integriteit, het risicomanagement, financiële verslaggeving en audit. Voor banken en beleggingsondernemingen is permanente educatie overigens per 1 augustus 2014 een wettelijke verplichting.⁵

Attentiepunt:

- Waarborg dat een programma van permanente educatie is opgezet en wordt uitgevoerd.

Antecedentmeldingen

Ondernemingen zijn wettelijk verplicht wijzigingen in antecedenten van bestuurders en commissarissen te melden bij DNB of AFM. Dit betreft toezichtantecedenten, strafrechtelijke antecedenten, financiële antecedenten en fiscaal bestuursrechtelijke antecedenten. De bestuurders en commissarissen hebben de plicht om wijzigingen in

persoonlijke antecedenten te melden bij de onderneming. DNB en AFM registeren deze meldingen in de 'bestuurdersmonitor'. Het doel van de bestuurdersmonitor is het verkrijgen van een totaalbeeld van antecedenten om de doorlopende geschiktheid van bestuurders en commissarissen te beoordelen. Sommige antecedenten kunnen leiden tot hertoetsing.

Toezichtantecedenten zijn toezichtmaatregelen die DNB en AFM opleggen. Een toezichtmaatregel die gericht is aan de financiële onderneming wordt geregistreerd bij alle bestuurders en commissarissen van die financiële onderneming, ongeacht welke bestuurder of commissaris feitelijk verantwoordelijk was voor de overtreding.⁶

Antecedenten tellen zwaarder mee in de beoordeling wanneer blijkt dat onderneming het antecedent niet zelf heeft gemeld.⁷ DNB en AFM hebben toegang tot verschillende niet openbare bronnen, zoals de belastingdienst. Een voorbeeld zijn zwartsparenders die gebruik hebben gemaakt van de inkeerregeling. Bestuurders en commissarissen die gebruik hebben gemaakt van de inkeerregeling behoren dit als antecedent te melden bij DNB of AFM. Zo niet, dan krijgen ze te maken met minimaal een hertoetsing.

Attentiepunt:

- Verifieer bij bestuurders en commissarissen of de plicht om antecedenten te melden bekend is. Verifieer minimaal jaarlijks of er zich in het afgelopen jaar wijzigingen in de antecedenten hebben voorgedaan.

(Zelf)evaluatie

Op grond van verschillende governancecodes⁸ zijn bestuurders en commissarissen verplicht periodieke (zelf)evaluatie uit te voeren. DNB en AFM verwijzen hiernaar en mogen bij een hertoetsing de uitkomsten van de periodieke (zelf)evaluatie opvragen en meenemen in de toetsing.

Attentiepunt:

- Waarborg dat bestuurders en commissarissen periodiek (onafhankelijk) geëvalueerd worden.

⁴ Code Banken, Governance Principes en Code Pensioenfondsen.

⁵ Implementatiewet richtlijn en verordening kapitaalvereisten.

⁶ DNB & AFM, Informatiebulletin toetsingen versie mei 2012 A.

⁷ Idem.

⁸ Code Banken, Governance Principes en Code Pensioenfondsen.

Beschikbaarheid

Bestuurders en commissarissen moeten voldoende beschikbaar zijn om de taken goed te kunnen uitoefenen. Per 1 januari 2013 zijn nieuwe regels van kracht, die leiden tot een beperking van het aantal toezichthoudende functies van een bestuurder of commissaris. Een commissaris mag niet meer dan vijf commissariaten bij grote NV's, BV's of stichtingen voeren. Het voorzitterschap van een RvC of een 'one-tier board' telt daarbij dubbel.⁹

Bestuurders van grote NV's, BV's of stichtingen mogen slechts bij twee van dergelijke andere rechtspersonen lid zijn van de RvC. Verder mogen ze geen voorzitter zijn van een RvC of van een one-tier board. Deze verplichtingen zijn van toepassing op de benoemingen en herbenoemingen na 1 januari 2013.

Bovengenoemde verplichtingen zijn overigens niet van toepassing op grote coöperaties. Hoewel het geen wettelijke verplichting is, adviseer ik om deze regels ook voor bestuurders en commissarissen van coöperaties in acht te nemen.

Per 1 augustus 2014 zijn er overigens voor 'significante banken' en 'significante beleggingsondernemingen' nog aanvullende regels in de Wft¹⁰ van kracht geworden. Bestuurders daarvan mogen niet meer dan twee commissariaten vervullen. Deze verplichting is dus alleen nieuw voor een significante bank met de rechtsvorm coöperatie, oftewel de Rabobank. Een andere nieuwe verplichting is van toepassing op de commissarissen van significante banken en beleggingsondernemingen. Zij mogen niet meer dan vier commissariaten voeren. Dit betekent een aanscherping op de huidige regels uit het BW.

Attentiepunt:

- Waarborg dat bestuurders en commissarissen voldoende beschikbaar zijn en verifieer daartoe dat het aantal commissariaten dat zij voeren.

Toekomstige regels

De bestaande geschiktheidseis wordt per 1 januari 2015 uitgebreid naar personen die werkzaam zijn bij een bank of verzekeraar en daar als leidinggevende onder het eerste echelon grote invloed uit kunnen oefenen op het risico-profiel van de financiële onderneming. Te denken valt aan leidinggevendenden die verantwoordelijk zijn voor grote

financiële transacties, juridische zaken, compliance, risicomanagement en audit. Het gaat dus niet om de medewerkers die werkzaam zijn op deze afdelingen.

DNB zal het toezicht op deze groep risicogebaseerd inrichten. Dit betekent dat DNB in eerste instantie alleen toezicht houdt op de interne processen ten aanzien van geschiktheidstoetsingen bij ondernemingen. Pas wanneer DNB signalen krijgt over de onderneming of bepaalde personen, zal DNB de desbetreffende personen uitgebreid toetsen op geschiktheid.

Voor de doorlopende geschiktheidseis is het nog niet helemaal duidelijk wat DNB van ondernemingen verwacht. Is het bijvoorbeeld de bedoeling dat voor deze groep ook een programma van permanente educatie wordt ingericht? Moeten deze functionarissen onverwijld melding maken van wijziging in antecedenten? Het lijkt mij van wel, maar op grond van de memorie wordt dat nog niet duidelijk. Wat wel helder is opgenomen, is dat deze groep functionarissen ook de eed/belofte zal moeten afleggen.

Attentiepunt:

- Organisaties moeten beoordelen of zij met de bestaande screeningsprocedures voldoen aan de aankomende wijzigingen.

Afsluitend

Het is mijn ervaring dat het onderwerp 'geschiktheid' niet in de top-tien-prioriteiten-lijst van compliance officers staat. Dat is op zich niet verbazingwekkend, als we kijken naar wat er allemaal op organisaties afkomt. Toch ben ik van mening dat dit onderwerp meer aandacht behoeft dan het nu krijgt. Geschikt bestuur en intern toezicht is immers ontzettend belangrijk voor organisaties. Zeker met het oog op de recente en aanstaande wijzigingen adviseer ik organisaties hier meer aandacht aan te besteden. Het is overigens helemaal niet noodzakelijk dat dit onderwerp op het bordje van de compliance officers komt te liggen. Waar mogelijk zal het in de meeste organisaties beter thuis horen bij de secretaris van de raad van bestuur. Echter in die organisaties waar er geen secretaris is benoemd, kan het de verantwoordelijkheid van de compliance officer zijn.

Cora Wielenga is directeur van het Nederlands Compliance Instituut. Voor meer informatie kunt u contact met haar opnemen. Tel. 088 99 88 100 of c.wielenga@compliance-instituut.nl.

⁹ BW2.

¹⁰ Door de inwerkingtreding van de Implementatiewet richtlijn en verordening kapitaalvereisten.