

Toetsingscriteria bestuurders en commissarissen

Mr. drs. I.P. Palm-Steyerberg²⁶

1. Inleiding

In de verschillende toezichtwetten worden eisen gesteld aan bestuurders en commissarissen in de financiële sector. Deze eisen liggen op het vlak van deskundigheid en betrouwbaarheid. Recente onderzoeken, onder meer naar aanleiding van de financiële crisis, benadrukken dat er weer een gezonde bedrijfscultuur moet gaan heersen bij financiële ondernemingen en dat, in het verlengde hiervan, bestuurders en commissarissen op hun taak berekend moeten zijn.

Tegen deze achtergrond worden in deze bijdrage de wettelijke toetsingscriteria ten aanzien van betrouwbaarheid en deskundigheid toegelicht en worden de recente ontwikkelingen op dit gebied beschreven. Daarbij komt ook de rol van de toezichthouders aan de orde en de wijze waarop de toezichthouders de toetsingen van beleidsbepalers uitvoeren in de praktijk. De term 'beleidsbepalers' wordt in deze bijdrage ruim gedefinieerd. Hieronder wordt verstaan een ieder die door de AFM of DNB getoetst dient te worden op betrouwbaarheid en/of deskundigheid, zoals bestuurders en commissarissen van financiële ondernemingen en pensioenfondsen.

Hoofdstuk 2 bevat een samenvatting van de in dit verband relevante lessen uit de financiële crisis en de ondergang van de DSB Bank. Daarbij wordt ingegaan op wat moet worden verstaan onder een 'gezonde bedrijfscultuur', en 'beter bestuur'. Hoofdstuk 3 beschrijft de rol van de toezichthouders bij het toetsen van beleidsbepalers in de financiële sector. Beleidsbepalers worden niet alleen getoetst bij aantreden, maar dienen doorlopend aan de gestelde eisen te voldoen en kunnen daarom, als daar aanleiding voor is, worden hertoetst. Hoofdstuk 4 gaat in op de deskundigheidseisen, en de recente ontwikkelingen in wet- en regelgeving op dit gebied. In hoofdstuk 5 wordt het systeem van betrouwbaarheidstoetsingen toegelicht. Voor zowel deskundigheids- als betrouwbaarheidstoetsingen geldt dat steeds een individuele afweging en beoordeling wordt gemaakt. Hoe deze afweging wordt gemaakt, en welke factoren daarbij een rol spelen, wordt toegelicht in hoofdstuk 6. Hoofdstuk 7 gaat daarbij specifiek in op de vraag hoe gedragingen van de rechtspersoon ('zakelijke antecedenten en informatie') van invloed kunnen zijn op toetsingen van individuele bestuurders en commissarissen. In hoofdstuk 8 wordt aangegeven welke maatregelen kunnen volgen op een negatief oordeel, en hoe de beide toe-

26 Mr. drs. I.P. Palm-Steyerberg is manager Juridische Zaken bij de AFM. Dit artikel is op persoonlijke titel geschreven. De standpunten in deze bijdrage mogen dus niet worden toegerekend aan de AFM.

zichhouders daarbij met elkaar samenwerken. Hoofdstuk 9 sluit af met een aantal slotopmerkingen en conclusies.

2. Lessen uit de financiële crisis: belang van deskundige en integere beleidsbepalers

Een van de belangrijkste lessen van de financiële crisis is dat voor herstel van vertrouwen in de financiële sector structurele aanpassingen nodig zijn bij alle financiële instellingen. Centraal staat daarbij de *corporate governance* van financiële ondernemingen en de (terugkeer naar) een 'gezonde' bedrijfscultuur. Parallel hieraan wordt gesproken van 'beter bestuur'. Wat hieronder moet worden verstaan wordt hieronder -kort- toegelicht.

Gezonde bedrijfscultuur

In een gezonde bedrijfscultuur is, om te beginnen, (weer) voldoende oog voor de beheersing van risico's. De parlementaire onderzoekscommissie De Wit, die onderzoek heeft gedaan naar de oorzaken van de financiële crisis, constateert dat er in het verleden te weinig sprake is geweest van een gezonde balans in de afweging tussen risico en rendement. Risico's zijn onderschat, niet gezien of bewust genomen. Gevolg is geweest, volgens de commissie, dat zowel de belangen van de financiële instellingen, van de financiële sector als geheel als van de samenleving ernstig zijn geschaad.²⁷ In vergelijkbare zin wijst de commissie Frijns in haar onderzoek naar de Nederlandse pensioenfondsen op een gebrek aan balans tussen rendement en risico. Volgens de commissie Frijns is het beleggingsbeleid van pensioenfondsen vaak teveel rendementgedreven geweest.²⁸ Ook de Europese Commissie heeft gewezen op het belang van adequate risicohebeersing in de gehele financiële sector²⁹, en dit belang wordt ook door het kabinet onderschreven. Volgens het kabinet is falend risicomanagement een belangrijke oorzaak van de problemen van de financiële crisis.³⁰

In een gezonde bedrijfscultuur staan voorts de belangen van spaarders en klanten centraal. Hierop wijst onder meer de commissie Maas, die aanbevelingen heeft opgesteld ter

27 Parlementair onderzoek financieel stelsel, uitgevoerd door de Tijdelijke commissie onderzoek financieel stelsel onder voorzitterschap van de heer J. de Wit ('de Commissie De Wit'), TK 2009-2010, 31 980, nr. 4 Rapport 'Verloren krediet', pagina 97 en 100.

28 Rapport "Pensioen: "Onzekere zekerheid" van 19 januari 2010, opgesteld door de Commissie Beleggingsbeleid en Risicobeheer onder leiding van Prof. Dr. J.M.G. Frijns (de Commissie Frijns). Het rapport is opgesteld op verzoek van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.

29 Groenboek corporate governance bij financiële ondernemingen van de Europese Commissie, 21 juni 2010, COM (2010)284, definitief.

30 Kabinetsreactie van 23 juli 2010 op het Groenboek corporate governance bij financiële ondernemingen van de Europese Commissie.

verbetering van de Nederlandse bancaire sector.³¹ Volgens de commissie moeten banken het evenwicht herstellen tussen commerciële belangen en de belangen van de klant. Dit uitgangspunt is onderschreven door de minister van Financiën in zijn reactie op het rapport van de commissie Maas.³² Volgens de minister is het goed dat banken weer ouderwets en degelijk gaan bankieren en het belang van spaarders en klanten voorop stellen. De aanbeveling is daarnaast terug te vinden in de Code Banken van 9 september 2009.³³ De code bepaalt dat de klant te allen tijde zorgvuldig dient te worden behandeld, en dat het centraal stellen van de klant een noodzakelijke voorwaarde betreft voor de continuïteit van de bank. De commissie Scheltema, die onderzoek heeft gedaan naar de ondergang van de DSB Bank, adviseert in diezelfde lijn.³⁴ De commissie acht een casus als die van DSB alleen te voorkomen als in de financiële onderneming het klantbelang niet ondergeschikt wordt gemaakt aan het streven naar winst en omzet.³⁵

Een gezonde bedrijfscultuur is tevens een integriteitbewuste cultuur. Binnen de onderneming dient een normgerichte en compliance-bewuste instelling te heersen, gericht op het voldoen aan wet-en regelgeving en de ratio achter deze regels. Op het belang van integer gedrag en een integriteitbewuste cultuur bij financiële ondernemingen wijst bijvoorbeeld DNB in haar recente beleidsvisie 2010-2014.³⁶ DNB sluit zich onder meer aan bij het Bazel's comité, dat heeft opgemerkt: *'Compliance starts at the top. It will be most effective in a corporate culture that emphasises standards of honesty and integrity and in which the board of directors and senior management lead by example.'*³⁷

'Beter bestuur'

Herstel van een gezonde bedrijfscultuur vergt een cultuuromslag en een gedragsverandering in de gehele financiële sector.³⁸ Hierbij speelt de top van de onderneming, bestaande uit bestuurders, commissarissen en senior management, een zeer belangrijke rol. Beleidsbepalers zijn immers in de eerste lijn verantwoordelijk voor het waarborgen van compliance-gericht gedrag en, waar nodig, voor het bewerkstelligen van de cultuuromslag gericht op een gezonde afweging van risico's en het zorgdragen voor het belang van de

31 Rapport "Naar herstel van vertrouwen" (2009) van de Adviescommissie Toekomst Banken onder leiding van Cees Maas ('de Commissie Maas'), pagina 13. De commissie Maas heeft op verzoek van de Nederlandse Vereniging van Banken aanbevelingen opgesteld ter verbetering van het functioneren van de Nederlandse bancaire sector en zo handvatten te bieden voor het herstel van het vertrouwen in de banken.

32 Reactie van Minister Bos op Rapport Commissie Maas, 8 april 2009 (www.minfin.nl).

33 Code Banken van 9 september 2009, Stcrt. 2009, nr. 20060, 23 december 2009. Zie met name bepaling 3.2.1. en 3.2.2.

34 Rapport van de Commissie van Onderzoek DSB Bank, opgesteld onder leiding van Michiel Scheltema ('Commissie Scheltema'), 23 juni 2010, pagina 269.

35 Rapport van de Commissie Scheltema, pagina 256.

36 "De 7 elementen van een integere cultuur, Beleidsvisie en aanpak gedrag en cultuur bij financiële ondernemingen 2010-2014", DNB, november 2009 (beschikbaar via www.dnb.nl).

37 Basel Committee on Banking Supervision, "Compliance and the compliance function in banks", april 2005.

38 Vergelijk aanbeveling 7 van de Commissie Maas, de Kamerbrief van de Minister van Financiën over de implementatie hervormingen financiële sector van 18 mei 2010, en het rapport van de Commissie De Wit, pagina 15. De Commissie De Wit geeft overigens aan dat ook bij de toezichthouders zelf veranderingen en verbeteringen noodzakelijk zijn.

klant. Een juiste 'tone at the top', goed voorbeeldgedrag, en het promoveren van medewerkers met de juiste houding, worden gezien als belangrijke hefboomen voor cultuurverandering.³⁹

Het gedrag van de top van de onderneming is in sterke mate bepalend voor de in de onderneming heersende bedrijfscultuur. Een goed voorbeeld hiervan is de casus DSB.⁴⁰ De commissie Scheltema wijst er op dat indien de leiding niet berekend is op het voeren van een prudent bancaire beleid in wisselende omstandigheden, of indien zij het klantbelang ondergeschikt maakt aan het streven naar groei en winst, het voor een toezichthouder haast onmogelijk is om voldoende corrigerend op te treden.⁴¹ De wijze waarop de onderneming wordt geleid is volgens de commissie doorslaggevend.

Dit alles stelt nogal wat eisen aan de kwaliteit van bestuurders en commissarissen. Zij kunnen hun (niet geringe) taken alleen naar behoren te vervullen, als zij beschikken over –in ieder geval –voldoende deskundigheid en integriteit. Daarbij heeft het in het verleden te vaak aan de vereiste deskundigheid en kwaliteit ontbroken.⁴² Een belangrijke les van de financiële crisis is dan ook dat het niveau van bestuurders en commissarissen in de financiële sector dient te worden opgeschroefd⁴³ ('beter bestuur').

3. Rol van de toezichthouders: toetsen op deskundigheid en betrouwbaarheid

Het is in de eerste plaats de verantwoordelijkheid van de financiële ondernemingen zelf om, waar nodig, de omslag te maken naar een gezonde bedrijfscultuur en *corporate governance*. Ook zijn de ondernemingen zelf verantwoordelijk voor het aanstellen en aanhouden van deskundige en integere beleidsbepalers. Maar ook de toezichthouders willen gevolg geven aan de lessen uit de verschillende onderzoeken en commissies. Op hen rust de wettelijke taak om de deskundigheid en betrouwbaarheid van beleidsbepalers te toetsen.⁴⁴ Deze taak verdient, zeker in het huidige tijdsgewricht, serieuze aandacht.

39 'Naar een duurzame financiële sector', Speech van Hans Hoogervorst, bestuursvoorzitter van de AFM, tijdens de NVB Ledenvergadering op 30 juni 2010.

40 Zie onder meer pagina 256 van het rapport van de Commissie Scheltema.

41 Rapport van de Commissie Scheltema, pagina 25.

42 Zie het rapport van de Commissie Maas, pagina 13, het rapport van de Commissie De Wit, pagina 98, 100 en 168, het rapport van de Commissie Frijns, hoofdstukken 5 en 6, Groenboek van de Europese Commissie en de kabinetsreactie op dit Groenboek. Ook de Commissie Scheltema plaatst kritische kanttekeningen bij de deskundigheid van het voormalige bestuur en de raad van commissarissen van DSB (paragraaf 3.4).

43 Aldus letterlijk de commissie Maas (hoofdstuk 1).

44 Zie voor deskundigheid artikel 3:8, 3:271, 4:9, eerste lid, en 5:29, eerste lid Wet op het financieel toezicht (Wft), artikel 105, derde lid, Pensioenwet (Pw), artikel 110, derde lid Wet verplichte beroepspensioenregeling (Wvb), de artikelen 29 en 30 van het Besluit uitvoering Pw en Wvb en artikel 4, aanhef en onderdeel b Wet toezicht trustkantoren (Wtt), en voor betrouwbaarheidseisen: artikel 3:9, 3:99, 3:272, 4:10, 5:29, tweede lid, artikel 5 tot en met 9 en bijbehorende Bijlage A van het Besluit prudentiële regels Wft (Bpr), artikel 12 tot en met 16 en bijbehorende Bijlage C van het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft (BGfo), artikel 105, derde lid, Pw, artikel 110, vijfde lid, Wvb, de artikelen 29 en 31 tot en met 35 en bijbehorende Bijlage van het Besluit uitvoering Pw en Wvb, artikel 2 Wet inzake de geldtransactiekantoren (Wgt) en de artikelen 4, aanhef en onderdeel a Wtt.

Toetsing aan de poort en hertoetsing

Om te beginnen dienen alle beleidsbepalers bij hun aantreden zorgvuldig te worden getoetst. Dit gebeurt bijvoorbeeld bij vergunningverlening of bij een bestuurderswisseling en wordt ook wel de 'toetsing aan de poort' genoemd. Beleidsbepalers dienen echter *doorlopend* over de vereiste deskundigheid en betrouwbaarheid te beschikken. Toezicht-houders kunnen daarom ook overgaan tot een 'hertoetsing' van zittende bestuurders of commissarissen.⁴⁵ Toezichthouders zijn hiertoe bevoegd als een wijziging in de relevante feiten of omstandigheden daartoe een redelijke aanleiding geeft. Op grond van het bestuursrecht zijn er immers goede gronden nodig voordat kan worden afgeweken van een eerder, positief besluit.

Relevante feiten en omstandigheden kunnen bijvoorbeeld zijn gelegen in het functioneren van de betrokken bestuurder of commissaris, of in gegevens omtrent de expertise of integriteit van betrokkene. Ook de situatie waarin de financiële onderneming zich bevindt kan aanleiding zijn voor een onderzoek. Een voorbeeld is een neergang van de resultaten van de onderneming. Maar ook het (veelvuldig) begaan van wetsovertredingen door een onderneming, kan een indicatie zijn dat de deskundigheid en/of betrouwbaarheid van de betrokken beleidsbepalers niet langer in orde is.

Bestuurdersmonitor

Om beter zicht te krijgen op de staat van dienst van de betrokken beleidsbepalers, heeft de AFM een zogenaamde 'bestuurdersmonitor' in ontwikkeling. Doel hiervan is om op een meer systematische manier na te gaan of bepaalde bevindingen bij de financiële instelling, niet ook redelijke aanleiding zouden moeten vormen voor een hertoetsing van de betrokken beleidsbepalers.⁴⁶ Daarnaast kan de monitor eerder aan het licht brengen of er iets schort aan de beheerste en integere bedrijfsvoering van de onderneming en de vraag onder de aandacht brengen of de overtredingen in de hand worden gewerkt door de bij de financiële onderneming heersende cultuur. De monitor komt hiermee onder meer tegemoet aan een van de belangrijkste aanbevelingen van de Commissie Scheltema.⁴⁷

4. Deskundigheid

Op het gebied van deskundigheidstoetsingen zijn er op dit moment twee recente ontwikkelingen het vermelden waard. In de eerste plaats worden er binnenkort ook aan commissarissen deskundigheidseisen gesteld. In de tweede plaats hebben de toezichthouders

45 Artikel 3:9, tweede lid, artikel 4:10, tweede lid Wft, artikel 105, negende lid Pw en artikel 110, negende lid Wvb. Zie ook het Wetsvoorstel aanpassing en terugvordering van bonussen en de bijbehorende toelichting, waaruit blijkt dat ook deskundigheid 'doorlopend' wordt getoetst (TK 2009-2010, 32 512, nr. 3, p.11).

46 Jaarverslag AFM 2009, www.afm.nl. Hans Hoogervorst, bestuursvoorzitter van de AFM, sprak tijdens de verhoren door de Commissie De Wit op 29 januari 2010 van het bijhouden van een 'kerfstok'.

47 Rapport van de Commissie Scheltema pagina 25 en 269.

de wijze waarop zij hun deskundigheidstoetsingen uitvoeren uitgewerkt in een (concept) beleidsregel. Deze beleidsregel hebben zij ter consultatie voorgelegd aan de markt. Beide onderwerpen worden in dit hoofdstuk toegelicht.

Deskundige bestuurders en commissarissen

Op dit moment stelt de wet de deskundigheidseisen alleen aan de bestuurders (dagelijks beleidsbepalers) van de onderneming.⁴⁸ Maar deskundigheid is natuurlijk niet alleen voor bestuurders van belang. Ook commissarissen in de financiële sector dienen over voldoende kennis en expertise te beschikken om hun toezicht- en adviestaak goed uit te kunnen voeren.

Daarbij is de nadruk steeds meer komen te liggen op de toezichtstaak. Om met de commissie De Wit te spreken: toezicht begint binnen ondernemingen zelf. Het zijn de interne checks and balances die in de eerste plaats zorg moeten dragen voor een goede en gezonde gang van zaken binnen de onderneming.⁴⁹ De raden van commissarissen vervullen hierbij een belangrijke rol. Zij moeten zorgen voor het benodigde tegenwicht binnen de financiële instelling. Dit kan alleen als zij beschikken over voldoende deskundigheid.

Codes

Al in 2003 werden in de Nederlandse corporate governance code (de code Tabaksblat) best practice-bepalingen opgesteld met als doel de raden van commissarissen te professionaliseren.⁵⁰ Deze bepalingen zijn in de code van 2008 aangescherpt, onder meer ten aanzien van de vereiste deskundigheid.⁵¹

De commissie Maas heeft in haar rapport uit april 2009 sterk gepleit voor meer specifieke kennis en ervaring in de raden van commissarissen. Commissarissen dienen in staat te zijn diepgaand in het bedrijfsproces te duiken, bijvoorbeeld door producten te beoordelen en kritisch naar het risicomanagement te kijken.⁵²

Dit pleidooi heeft weerslag gekregen in de Code Banken van september 2009.⁵³ De code bepaalt onder meer dat commissarissen dienen te beschikken over een gedegen kennis van de maatschappelijke functies van de bank en van de belangen van alle bij de bank betrokken partijen. Ieder lid van de raad moet in staat zijn om de hoofdlijnen van het

48 Zie artikel 3:8, 3:271, 4:9, eerste lid, en 5:29, eerste lid Wft, artikel 105, derde lid, Pw, artikel 110, derde lid Wvb, de artikelen 29 en 30 van het Besluit uitvoering Pw en Wvb en artikel 4, aanhef en onderdeel b Wtt. Deskundigheid is overigens iets anders dan vakbekwaamheid. Vakbekwaamheidvereisten (diploma-eisen) worden uitsluitend gesteld aan financiële dienstverleners, ter waarborging van de kwaliteit van de financiële dienstverlening door degenen die direct contact onderhouden met de klant. Zie artikel 4:9, tweede lid, Wft.

49 Rapport Commissie De Wit, pagina 160.

50 Nederlandse corporate governance code (2003).

51 Nederlandse corporate governance code (2008).

52 Rapport Commissie Maas, hoofdstuk 1.

53 Code Banken van 9 september 2009, Stcrt. 2009, nr. 20060, 23 december 2009. Zie met name bepaling 2.1.3, 2.1.4 en 2.1.8. De Code Banken is per 1 januari 2010 in werking getreden en is (met terugwerkende kracht) per die datum via een AMvB wettelijk verankerd.

totale beleid van de bank te beoordelen en zich een afgewogen en zelfstandig oordeel te vormen over de basisrisico's die daarbij worden gelopen. Daarnaast dient iedere commissaris te beschikken over specifieke deskundigheid die noodzakelijk is voor de vervulling van zijn rol binnen de raad. De code voorziet voorts in een programma van permanente educatie voor de leden van de raad van commissarissen, dat tot doel heeft de deskundigheid van de commissarissen op peil te houden en waar nodig te verbreden. De educatie heeft in ieder geval betrekking op relevante ontwikkelingen binnen de bank en de financiële sector, op corporate governance in het algemeen en die van de financiële sector in het bijzonder, op de zorgplicht jegens de klant, integriteit, het risicomanagement, financiële verslaggeving en audit.

Wettelijke deskundigheidseis

Een van de aanbevelingen van de Commissie Maas was om de deskundigheidseisen voor commissarissen zo spoedig mogelijk in de wet te verankeren, inclusief een verplichte toetsing door de toezichthouder.⁵⁴ Dit dus in plaats van te volstaan met codes en zelfregulering. Deze aanbeveling is door de wetgever (versneld) overgenomen.⁵⁵ Aan het wetsvoorstel 'claw-back' is toegevoegd dat ook de leden van het orgaan dat belast is met het toezicht op het beleid en de algemene gang van zaken van de onderneming, deskundig moeten zijn.⁵⁶ Dit orgaan zal doorgaans een raad van commissarissen zijn maar kan ook een raad van toezicht zijn.⁵⁷ De deskundigheidseis geldt voor commissarissen bij alle financiële ondernemingen. Commissarissen spelen, aldus de toelichting op het wetsvoorstel, immers een belangrijke rol bij de koers die de onderneming vaart.

Overgangsperiode

Het wetsvoorstel is op 20 september 2010 ingediend in de Tweede Kamer. Inwerkingtreding van de wet is (vooralsnog) voorzien op 1 januari 2011. Wanneer een commissaris na die datum wordt benoemd, vindt in ieder geval op dat moment een deskundigheidstoetsing plaats. Voor zittende commissarissen geldt een overgangsregime van vier jaar. In die periode worden zij alleen getoetst op deskundigheid bij herbenoeming, of wanneer er aanleiding is voor een hertoetsing. Is hiervan geen sprake, dan worden worden zij geacht deskundig te zijn als bedoeld in de Wft tot uiterlijk 1 januari 2015. Vanaf die datum geldt voor alle financiële ondernemingen dat de deskundigheid van de commissarissen moet zijn getoetst.

54 Rapport van de Commissie Maas, hoofdstuk 1.

55 Zie de kabinetsreactie code banken van 24 november 2009.

56 Wetsvoorstel wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek en de Wet op het financieel toezicht in verband met de bevoegdheid tot aanpassing en terugvordering van bonussen en winstdelingen van bestuurders en dagelijks beleidsbepalers en deskundigheidstoetsing van commissarissen, TK 2009-2010, 32 512, nr. 2.

57 TK 2009-2010, 32 512, nr. 3, p.12.

Beleidsregel deskundigheid

Anders dan bij betrouwbaarheid (zie hierna) geeft de regelgeving geen nadere invulling aan de term deskundigheid, noch aan de wijze waarop de toezichthouders de deskundigheid dienen vast te stellen. De wet volstaat met de vermelding dat beleidsbepalers deskundig dienen te zijn in verband met de uitoefening van het bedrijf (een 'open norm').

In het verleden heeft alleen de AFM een beleidsregel opgesteld waarin zij nader toelicht hoe zij de deskundigheid van beleidsbepalers toetst.⁵⁸ Op dit moment wordt echter door beide toezichthouders, AFM en DNB, gewerkt aan een gezamenlijke Beleidsregel Deskundigheid.⁵⁹ Deze beleidsregel is op 1 september 2010 ter consultatie voorgelegd aan de markt. Doel van de beleidsregel is te verduidelijken welke eisen DNB en de AFM stellen aan de deskundigheid van beleidsbepalers van de onder hun toezicht staande instellingen en welke aspecten zij bij de toetsing in aanmerking nemen. Met de beleidsregel kleuren de toezichthouders de open norm dus nader in.

De beleidsregel zal van toepassing zijn op beleidsbepalers van alle instellingen die onder de Wet op het financieel toezicht (Wft), de Pensioenwet (Pw), de Wet verplichte beroepspensioenregeling (Wvb) en de Wet toezicht trustkantoren (Wtt) vallen. Het gaat om ondernemingen die ofwel onder toezicht staan van DNB, ofwel onder toezicht staan van de AFM, ofwel onder gezamenlijk toezicht staan. Met invoering van het deskundigheidsvereiste in de Wft voor leden van toezichthoudende organen, zoals commissarissen (zie hiervoor), zal de beleidsregel ook op hen van toepassing zijn.

De vereiste deskundigheid

De concept-beleidsregel gaat uit van een breed deskundigheidsbegrip. Deskundigheid bestaat uit kennis, vaardigheden en professioneel gedrag en kan onder meer blijken uit de opleiding, werkervaring en competenties van de beleidsbepaler en de toepassing daarvan in de praktijk.

Beleidsbepalers dienen doorlopend deskundig te zijn met betrekking tot (A) bestuur, organisatie en communicatie, waaronder het aansturen van processen, taakgebieden en medewerkers en het naleven en handhaven van algemeen aanvaarde sociale, ethische en professionele normen, waaronder het tijdig, juist en duidelijk informeren van klanten en de toezichthouder, (B) producten, diensten en markten waarop de onderneming actief is, inclusief relevante wet- en regelgeving en financiële (en actuariële) aspecten, (C) beheerste en integere bedrijfsvoering, waaronder de administratieve organisatie en interne controle, de waarborging van deskundigheid en vakbekwaamheid binnen de onderneming, de zorgvuldige behandeling van klanten, het risicomanagement, compli-

58 Beleidsregel deskundigheid van de AFM, Strct. 2008, nr. 69, pag. 21.

59 Beleidsregel van De Nederlandsche Bank N.V. (DNB) en de Stichting Autoriteit Financiële Markten (AFM) inzake de toetsing van deskundigheid van beleidsbepalers bedoeld in de Wet op het financieel toezicht, de Pensioenwet, de Wet verplichte beroepspensioenregeling en de Wet toezicht trustkantoren (Beleidsregel deskundigheid).

ance en de uitbesteding van werkzaamheden en (D) evenwichtige en consistente besluitvorming, waarbij onder meer de belangen van klanten en andere stakeholders een centrale positie innemen.⁶⁰

In deze eisen klinkt de echo van de verschillende hiervoor genoemde commissies en hun aanbevelingen. Met onder A tot en met D genoemde onderwerpen wordt immers invulling gegeven aan de vereiste deskundigheid van beleidsbepalers ten aanzien van onder meer risicobeleid en de zorgvuldige behandeling van klanten, twee belangrijke elementen voor de gewenste, gezonde bedrijfscultuur.

Deskundigheid is context-afhankelijk

Niet aan elke beleidsbepaler hoeven in dit verband dezelfde deskundigheidseisen te worden gesteld. De mate van deskundigheid die is vereist is afhankelijk van de situatie en context. Van belang daarbij zijn zowel de functie van de beleidsbepaler, als de aard, omvang, complexiteit en het risicoprofiel van de onderneming. Voor een CEO zullen andere eisen gelden dan voor een CFO. Als een 'all-round' bankier nodig is, zullen er andere deskundigheidseisen gelden dan voor een commercieel directeur.⁶¹ Voor een commissaris kan uitmaken aan welke subcommissie hij of zij deelneemt, zoals een risicocommissie of een auditcommissie.⁶² En een (grote) bank of verzekeraar stelt andere deskundigheidseisen aan haar beleidsbepalers dan een financiëldienstverlener-eenmanszaak. Bij de deskundigheidstoetsing worden deze aspecten in acht genomen.

Collectiviteit

Daarnaast worden ook de samenstelling en het functioneren van het collectief in de toetsing betrokken. Anders dan bij betrouwbaarheidstoetsingen, wordt de vereiste deskundigheid afgezet tegen de reeds aanwezige deskundigheid in het collectief. Dit is overigens in lijn met de huidige, door de AFM gehanteerde beleidsregel deskundigheid. Ook het Hof Den Haag volgde eerder deze lijn.⁶³

Ook de commissie De Wit heeft aanbevolen dat er binnen de raad van commissarissen van financiële instellingen als geheel voldoende kennis en expertise aanwezig moet zijn van het bancaire bedrijf en de financiële sector, maar dat dit daarmee niet automatisch voor elke commissaris geldt.⁶⁴ Dit onder meer ter waarborging van een gezonde diversiteit in achtergrond, kennis en expertise (in plaats van het 'old boys network'). Dit heeft ook de instemming van de commissie Scheltema. Het gaat er om dat de leiding als col-

60 Voor beleidsbepalers bij pensioenfondsen en beroepspensioenfondsen geldt het (afwijkende) regime van artikel 30, derde lid van het Besluit uitvoering Pw en Wvb.

61 Uitspraak van het Hof 's-Gravenhage van 21 juli 2009, JOR 2009/264.

62 Vergelijk de Code Banken (2009), bepaling 2.2.2. Hierop wijst ook de Commissie De Wit.

63 Uitspraak van het Hof 's-Gravenhage van 21 juli 2009, JOR 2009/264 met kritische noot van mr. G. Roth.

64 Aanbeveling 6 van de Commissie De Wit, TK 2009-2010, 31 980, nr. 4, pagina 15.

lectief goed moet kunnen functioneren en de cultuur van de onderneming moet kunnen uitdragen.⁶⁵

Ook de Code Banken benadrukt het belang van complementariteit en collegiaal bestuur voor zowel de raad van commissarissen als de raad van bestuur, zij het dat voor bankbestuurders wel geldt dat ieder lid dient te beschikken over gedegen kennis van de financiële sector in het algemeen en het bankwezen in het bijzonder. Ook geldt voor alle leden van de raad van bestuur en de raad van commissarissen dat zij over permanente grondige kennis dienen te beschikken om de hoofdlijnen van het totale beleid van de bank te kunnen beoordelen en zich een zelfstandig en afgewogen oordeel moeten kunnen vormen van de risico's die daarbij worden gelopen.⁶⁶

De uitgangspunten van de beleidsregel, zoals hier weergegeven, worden volledig onderschreven door het kabinet.⁶⁷

Inwerkingtreding

De beoogde datum van inwerkingtreding is 1 januari 2011. Beleidsbepalers die aantreden na inwerkingtreding van de beleidsregel, zullen op basis van de beleidsregel op deskundigheid worden getoetst. Beleidsbepalers die voor inwerkingtreding van deze beleidsregel al eerder getoetst zijn op deskundigheid en al werkzaam zijn als beleidsbepaler, worden na inwerkingtreding van deze beleidsregel niet opnieuw getoetst. Een hertoetsing van deze beleidsbepalers vindt alleen plaats op het moment dat zich feiten en omstandigheden voordoen die een redelijke aanleiding geven tot hertoetsing. De hertoetsing gebeurt in dat geval met toepassing van de beleidsregel.

5. Betrouwbaarheid

In dit hoofdstuk wordt het systeem van betrouwbaarheidstoetsingen -kort- toegelicht.

Betrouwbaarheid moet 'buiten twijfel' staan

Doel van de toetsing van betrouwbaarheid is de borging van de integriteit van en het vertrouwen in de financiële markten.⁶⁸ Volgens de wetgever is de integriteit van de personen en ondernemingen die actief zijn op de financiële markten van groot belang voor het maatschappelijk vertrouwen in deze markten en de ondernemingen die hierop actief zijn. Over de betrouwbaarheid van degenen die het beleid (mede)bepalen en personen die toezicht houden op het beleid en de algemene gang van zaken van de financiële

65 Rapport Commissie Scheltema, pagina 270.

66 Code Banken, bepaling 2.1.1., 3.1.1 en 3.1.2 en bijbehorende toelichting.

67 Kabinetsreactie van 23 juli 2010 op het Groenboek corporate governance bij financiële ondernemingen van de Europese Commissie.

68 Staatsblad 2006, 520, 29708, nr. 19, p. 322 -325.

onderneming, zoals bestuurders en leden van de raad van commissarissen, mag daarom geen twijfel bestaan.⁶⁹

De wet bepaalt dan ook dat de betrouwbaarheid van (mede)beleidsbepalers 'buiten twijfel' dient te staan. Deze eis geldt zowel voor bestuurders als commissarissen van banken, verzekeraars, (beroeps-)pensioenfondsen, beleggingsondernemingen, beheerders, bewaarders, beleggingsmaatschappijen, financiële dienstverleners, geldtransactiekantoren, trustkantoren en accountantsorganisaties.⁷⁰

Betrouwbaarheidsregime: antecedenten en weging

Hoewel de betrouwbaarheidseisen zijn neergelegd in verschillende wetten en wetsartikelen, geldt voor alle betrokkenen hetzelfde 'betrouwbaarheidsregime'. Dit regime en wijze waarop de betrouwbaarheid wordt vastgesteld is destijds neergelegd in de Beleidsregel Betrouwbaarheid⁷¹ en deze beleidsregel is door de wetgever, met invoering van de Wft, grotendeels ongewijzigd overgenomen.⁷²

Toetsing vindt plaats aan de hand van relevante voornemens, handelingen en antecedenten (hierna tezamen te noemen: antecedenten).⁷³ Hieronder vallen in ieder geval de antecedenten genoemd in de bij de relevante besluiten behorende bijlage. In de bijlage worden deze antecedenten onderverdeeld in strafrechtelijke antecedenten, financiële antecedenten, toezichtantecedenten, fiscaal bestuursrechtelijke antecedenten en overige antecedenten.⁷⁴

De toezichthouder stelt op basis van de antecedenten vast of de betrouwbaarheid van betrokkene buiten twijfel staat. Onder betrouwbaarheid wordt verstaan dat betrokkene zich onthoudt van gedragingen die in de weg staan aan het vervullen van zijn of haar (toekomstige) functie. Onder gedragingen wordt zowel een doen als een nalaten begrepen.⁷⁵ Uit bepaalde feiten en omstandigheden kan blijken dat het vertoonde gedrag van betrokkene niet in overeenstemming is met een integere invulling en uitoefening van de functie. Dit zijn bijvoorbeeld niet de waarheid spreken, geen openheid geven over voor

69 TK 29 708, nr. 3, p. 499 en de toelichting bij het Bpr (Stb. 2006, 519, p.74).

70 Artikel 3:8, 3:271, 4:9, eerste lid, en 5:29, eerste lid Wft, artikel 105, derde lid, Pw, artikel 110, derde lid Wvb, de artikelen 29 en 30 van het Besluit uitvoering Pw en Wvb, artikel 2 Wgt en artikel 4, aanhef en onderdeel a Wtt, artikel 15 Wta en de artikelen 5 tot en met 7 Bta.

71 Beleidsregel inzake de betrouwbaarheidstoetsing van (kandidaat) (mede) beleidsbepalers en houders van gekwalificeerde deelnemingen in onder toezicht staande instellingen, Staatscourant 28 januari 2005, nr 20 (Beleidsregel Betrouwbaarheid). De beleidsregel is nog steeds van toepassing bij toetsingen uit hoofde van de Wgt en de Wtt, nu deze wetten niet zijn opgegaan in de Wft. Bij de toetsingen van beleidsbepalers bij accountantsorganisaties hanteert de AFM de Beleidsregel inzake de betrouwbaarheidstoetsing van (kandidaat) (mede) beleidsbepalers van accountantsorganisaties van 19 september 2006 (Stcrt. 2006, 190).

72 TK 29 708, nr. 19 en de toelichting bij het Bpr (Stb. 2006, 519, p. 75) en Stb. 2006, 520, p. 124.

73 Zie artikel 12 BGfo, artikel 5 Bpr, artikel 31 Besluit uitvoering Pw en Wvb.

74 Zie artikel 13 BGfo en bijbehorende Bijlage C, artikel 6 Bpr en bijbehorende Bijlage A, en artikel 32 van het Besluit uitvoering Pw en Wvb en de bijbehorende bijlage.

75 Zie Toelichting bij Bpr (Stb 2006, 519, p. 101).

het toezicht relevante onderwerpen, niet discreet omgaan met vertrouwelijke informatie, zich niet houden aan afspraken, het op een onverantwoordelijke wijze optreden in de beroepsuitoefening.⁷⁶

De Beleidsregel Betrouwbaarheid bepaalde in dit verband dat getoetst werd of betrokkene gedragingen heeft vertoond die blijf geven van het niet hebben van eigenschappen als waarheidslievendheid, verantwoordelijkheidszin, wetsgetrouwheid, openheid, oprechtheid, prudentie, punctualiteit, onkreukbaarheid, discretie en rechtschapenheid. als waarheidslievendheid, verantwoordelijkheidszin, wetsgetrouwheid, openheid, oprechtheid, prudentie, punctualiteit, onkreukbaarheid, discretie en rechtschapenheid.

Of het gedrag van betrokkene inderdaad aan het vervullen van de (beoogde) functie als (mede) beleidsbepaler in de weg staat, wordt door de toezichthouder pas vastgesteld na een zorgvuldige (belangen)afweging. Iedere toetsing vergt een individuele afweging en beoordeling.

6. Individuele afweging en beoordeling

Iedere toetsing is maatwerk en vergt een individuele beoordeling en afweging van belangen. Hieronder wordt toegelicht hoe deze afweging plaatsvindt en welke factoren daarbij een rol spelen.

Wegingsfactoren

De toezichthouders verrichten hun toetsing op basis van feiten en antecedenten die relevant (kunnen) zijn voor de toetsing van de deskundigheid en/of betrouwbaarheid. De toezichthouders 'wegen' deze informatie en antecedenten. Bij deze weging kan de toezichthouder onder meer rekening houden met de zwaarte (ernst) van het antecedent/de informatie, in het licht van de door de betreffende toezichtwet te beschermen belangen. Daarnaast kan rekening gehouden worden met de ouderdom van het antecedent. Door tijdsverloop zal een antecedent over het algemeen minder zwaar gaan wegen. Voorts speelt mee de 'hoedanigheid' waarin de persoon verantwoordelijkheid draagt voor het antecedent, en daarmee samenhangend de mate van verwijtbaarheid. Denk aan een 'jeugdsonde' of aan het verschil tussen bestuurders en commissarissen.

Antecedenten en informatie worden steeds in onderlinge samenhang en in combinatie gezien. Daarbij wordt belang gehecht aan 'recidive', het herhaaldelijk plegen van antecedenten of het bestaan van een patroon van antecedenten. Van belang is ook de houding, motivering en toelichting van de te toetsen persoon ten aanzien van het antecedent of de informatie. Hieruit kan worden opgemaakt of de persoon het door hem gepleegde antecedent zelf ook ernstig vindt, begrijpt dat hij het antecedent niet had mogen plegen en

76 Zie Toelichting bij Bpr (Stb 2006, 519, p. 75) en de Toelichting bij het BGfo (Stb. 2006, 520, p.168).

of hij heeft geleerd van de eventuele consequenties van het antecedent ten aanzien van zijn persoon.

Belangrijk is ook of het antecedent, zoals is vereist, aan de toezichthouder is gemeld of dat de toezichthouder hier door eigen onderzoek 'achter komt'. Beoogde beleidsbepalers dienen antecedenten op het betrouwbaarheidsformulier te vermelden. 'Nieuwe' antecedenten, die pas na de poort-toetsing opkomen, dienen eveneens bij de toezichthouders te worden gemeld. Van belang voor de beoordeling is of betrokkene in redelijkheid op de hoogte had kunnen zijn van het antecedent dat gemeld had moeten worden. Dit zal niet altijd het geval zijn, bijvoorbeeld ingeval van een sepot of een aangifte. Ook stelt de toezichthouder zich de vraag of het antecedent in redelijkheid door de beleidsbepaler kan zijn vergeten.⁷⁷

Belangenafweging

Bij de belangenafweging neemt de toezichthouder zowel het onderlinge verband in aanmerking tussen de aan een antecedent of de informatie ten grondslag liggende gedraging of gedragingen en de overige omstandigheden van het geval, als de belangen die de wet beoogt te beschermen. Ook weegt de toezichthouder de overige belangen van de financiële onderneming of het pensioenfonds en, uiteraard, de belangen van betrokkene zelf. Bij betrouwbaarheidstoetsingen is dit neergelegd in de wet.⁷⁸ De thans in voorbereiding zijnde Beleidsregel Deskundigheid gaat uit van eenzelfde systematiek.

Negatieve toetsing bij één enkel antecedent?

In de toetsing zullen alle relevante antecedenten en informatie worden betrokken. In het verleden is er nog wel eens discussie geweest over de vraag of een negatief (betrouwbaarheids-)oordeel zijn grondslag mag vinden in één enkel antecedent.⁷⁹ Met de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam in de zaak Dijsselbloem lijkt deze vraag bevestigend te zijn beantwoord.⁸⁰ Het negatieve betrouwbaarheidsoordeel berustte hier op één antecedent, namelijk een onherroepelijke strafrechtelijke veroordeling wegens valsheid in geschrifte. Het betrof een accountant die opzettelijk de belastingaangifte voor een cliënt had geantedateerd. De rechtbank overwoog hierbij dat het niet ging om een geringe overtreding, maar om een misdrijf, welk misdrijf verband hield met de werkzaamheden van betrokkene op de financiële markt. In het kader van de belangenafweging werd mede in aanmerking genomen dat de gedraging had plaatsgevonden binnen een beroepsmatige context en dat deze onverenigbaar is met de door de Wta te beschermen doelen.

77 Voor een meer uitgebreide bespreking van de wegingsfactoren in het kader van betrouwbaarheids-toetsingen verwijs ik graag naar het artikel van mijn college mr. M.E.J. Verrest, *De betrouwbaarheids-toetsing: een kernwaarde in het financieel recht*, Jaarboek Compliance 2009, p. 15 ev.

78 Zie artikel 9 Bpr en artikel 16 BGfo.

79 Zie bijvoorbeeld R. Stijnen, *De betrouwbaarheidstoetsing van bestuurders van financiële instellingen door de AFM en DNB*, Tijdschrift voor financieel recht, nr. 1/2, pagina 13 e.v. en J.F. de Groot in zijn noot bij CBB 12 april 2007, AWB 06/683, JOR 2007/148.

80 Rechtbank Rotterdam, 2 september 2010, AWB 09/777 BC-T2 (Dijsselbloem/AFM).

Nu het betrouwbaarheidssysteem, neergelegd in de Wta, identiek is aan die van de overige toezichtswetten moet mijns inziens worden aangenomen dat ook bij deze toetsingen één enkel antecedent tot een negatief oordeel kan leiden. Wel dient dit antecedent dan zodanig ernstig te zijn dat, gezien ook de door de desbetreffende toezichtwet te beschermen belangen, het oordeel redelijkerwijs moet luiden dat de betrouwbaarheid niet meer buiten twijfel staat.

Ook bij een hertoetsing wegen alle antecedenten mee

Bij een hertoetsing worden alle relevante informatie en antecedenten van betrokkene zorgvuldig geïnventariseerd en gewogen. Hieronder vallen ook 'oude' antecedenten, die dateren van vóór de eerste toetsing aan de poort. Deze antecedenten zullen reeds bij de eerste toetsing bekend zijn geweest en destijds ook door de toezichthouders zijn beoordeeld. Dergelijke oude antecedenten worden opnieuw in de beoordeling betrokken, tezamen met 'nieuwe' antecedenten die zijn ontstaan in de periode tussen de toetsing aan de poort en het moment van hertoetsing. Het is namelijk mogelijk dat de bij de poorttoetsing bekende antecedenten (net) niet zodanig zwaar werden bevonden, dat dit tot een negatieve beoordeling moest leiden. Hetzelfde feitencomplex, in combinatie met een nieuw antecedent, kan echter tot een ander oordeel leiden. Het CBb heeft dit expliciet overwogen in de zaak Quinta.⁸¹ Het is dus niet zo dat de reeds eerder meegewogen antecedenten met het positieve oordeel van de toezichthouders zijn komen te vervallen. Wel is het zo dat die oude antecedenten door het tijdsverloop waarschijnlijk minder zwaar zullen wegen.

7. Gedragingen van de rechtspersoon kunnen gevolgen hebben voor de toetsing

De beoordeling van de betrouwbaarheid en deskundigheid wordt uitgevoerd op basis van alle relevante antecedenten en informatie. Zowel persoonlijke als zakelijke antecedenten wegen daarbij mee. Persoonlijke antecedenten zijn bijvoorbeeld het in privé handelen met voorwetenschap, of het 'zelf' plegen van uitkeringsfraude of belastingontduiking. Met zakelijke antecedenten wordt bedoeld op gedragingen van de rechtspersoon. Zo worden een faillissement of een surcéance van betaling van de rechtspersoon, of door de rechtspersoon gepleegde overtredingen van toezichtregelgeving en naar aanleiding daarvan getroffen toezichtmaatregelen, meegewogen bij de toetsing van de bij de rechtspersoon betrokken beleidsbepalers. Dit geldt zowel voor de betrouwbaarheidstoets als voor de deskundigheidstoets.⁸²

Op deze manier kunnen gedragingen van de rechtspersoon gevolgen hebben voor het betrouwbaarheids- en/of deskundigheidsoordeel van de betrokken beleidsbepalers. In dit

81 CBb 12 april 2007, JOR 2007/148.

82 Zie Bijlage A, Bpr en bijlage C, BGfo. De concept Beleidsregel Deskundigheid volgt dezelfde lijn.

hoofdstuk wordt, zoveel mogelijk aan de hand van relevante rechtspraak, toegelicht hoe dergelijke zakelijke antecedenten en informatie worden meegewogen bij een individuele toetsing.

Toerekenbaarheid

Bij de weging van zakelijke antecedenten en informatie is uiteraard de vraag cruciaal in hoeverre deze antecedenten en informatie aan de beleidsbepaler in kwestie kunnen worden toegerekend. Bij de beantwoording van die vraag spelen alle wegingsfactoren een rol, zoals die in de vorige paragraaf zijn besproken. Rekening wordt gehouden met alle omstandigheden van het geval.

Uit de rechtspraak kan worden afgeleid dat daarbij groot gewicht toekomt aan de ernst van de door de rechtspersoon gepleegde overtredingen enerzijds, en de mate van verantwoordelijkheid van de beleidsbepaler bij deze overtredingen anderzijds (verwijtbaarheid).

Verantwoordelijkheid en verwijtbaarheid

Het is niet de bedoeling beleidsbepalers een verwijt te maken van fouten, misrekeningen of achteraf beschouwd onjuiste beoordelingen van feiten en omstandigheden die voor het bepalen van het bestuursbeleid van belang zijn. Handelingen waarvan achteraf blijkt dat die voor de onderneming nadelig uitpakken, terwijl dat tevoren niet te verwachten was of terwijl tevoren bewust gekozen was voor een nemen van een op zichzelf verantwoord risico, hoeven op zichzelf niet tot een negatief oordeel te leiden. Zo is in de rechtspraak wel bepaald dat een commercieel minder geslaagd gebleken strategie niet zonder meer de conclusie rechtvaardigt dat X en Y de vereiste deskundigheid missen.⁸³ Ook bij een eenmalige overtreding die te wijten is aan een 'beoordelingsfout' van de bestuurders, is een negatief betrouwbaarheidsoordeel een te zware maatregel.⁸⁴

Aan de andere kant van het spectrum bevinden zich de beleidsbepalers die willens en wetens leiding geven aan de overtredingen en daarbij de belangen die de wet beoogt te beschermen ernstige schade toebrengen. Een voorbeeld uit de rechtspraak is de zaak Direct Invest.⁸⁵ Deze onderneming handelde in strijd met artikel 7, eerste lid, van de Wte 1995 en de STE (thans AFM) had de bestuurders op deze ernstige overtreding gewezen. De bestuurders hadden daarop aan de STE toegezegd de overtreding te beëindigen. In plaats daarvan werd de gewraakte praktijk door de bestuurders echter onverminderd voortgezet. Willens en wetens, zo oordeelde het CBb, en dit rechtvaardigde de conclusie dat de bestuurders onvoldoende deskundig en betrouwbaar waren.

Er zijn dus, analoog aan het strafrecht, verschillende gradaties te onderscheiden van schuld en opzet. Met opzet wordt bedoeld dat de beleidsbepalers bewust -willens en wetens- de overtreding hebben gepleegd. Van voorwaardelijk opzet is sprake als de

83 CBb 19 juni 2001, JOR 2001/191.

84 CBb 12 april 2007, JOR 2007/148 (Quinta).

85 CBb 30 januari 2001, AWB 99/253, LJN: AA9858.

beleidsbepalers willens en wetens de aanmerkelijke kans hebben aanvaard dat de overtreding zich zou voordoen. Men heeft de gevolgen bewust voor lief genomen. Er wordt in dit verband ook wel gesproken van roekeloosheid. Lichtere vormen van schuld zijn de bewuste en de onbewuste schuld. Bij bewuste schuld heeft betrokkene er wel over nagedacht, maar heeft hier (te) laconiek of nonchalant op gereageerd. Risico's zijn bijvoorbeeld niet goed ingeschat. Bij onbewuste schuld heeft betrokkene er niet bewust bij stilgestaan. Had hij of zij dat wel gedaan, dan had hij of zij anders gereageerd.

Als er sprake is van opzet of roekeloosheid van de beleidsbepalers bij overtredingen van de vennootschap, wijst dit meer in de richting van een betrouwbaarheidsgebrek, terwijl bij lichtere vormen van schuld dit mogelijk betekent dat er sprake is van een tekort aan deskundigheid.

Ernst van de informatie en de antecedenten

Minstens even relevant als de verwijtbaarheid is de ernst van de zakelijke antecedenten, het aantal en de omvang ervan en de mate waarin de overtredingen inbreuk maken op de door de betreffende toezichtwet te beschermen belangen. Zijn de zakelijke antecedenten zeer ernstig, dan worden in de rechtspraak minder zware eisen gesteld aan de verwijtbaarheid om toch tot een negatief (betrouwbaarheids-)oordeel te concluderen.

Zo oordeelde de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam in 2003 over een zaak waarbij de onderneming onder andere artikel 7, eerste lid, van de Wte 1995 had overtreden.⁸⁶ Onder meer werd een beleggingsproduct aangeboden zonder de benodigde vergunning. Naar het oordeel van de Voorzieningenrechter betrof het hier, vanuit het oogpunt van beleggersbescherming, ernstige feiten. De AFM had hier terecht vastgesteld dat de betrouwbaarheid van de twee beleidsbepalers niet langer buiten twijfel stond. Dat de overtredingen (waarschijnlijk) niet willens en wetens waren gepleegd stond daar niet aan in de weg. Voor de Voorzieningenrechter volstond dat niet gezegd kon worden dat de beleidsbepalers 'geen enkel verwijt' trof: zij hadden zich, toen zij zich op de markt begaven, immers moeten vergewissen van hun wettelijke mogelijkheden en beperkingen. De lat voor verwijtbaarheid wordt hier dus erg laag gelegd. In combinatie met de ernst van de overtredingen was het negatieve betrouwbaarheidsoordeel echter terecht.

Ander voorbeeld is de zaak A/b Financiën uit 2008, waar sprake was van herhaalde overtreding van artikel 6 en 82 van de Wtk 1992 (aantrekken en uitzetten van krediet buiten besloten kring).⁸⁷ De Voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam was van oordeel dat de AFM deze overtredingen terecht als zeer ernstig had aangemerkt. De antecedenten leidden tot een negatief betrouwbaarheidsoordeel ten aanzien van de beleidsbepaler

86 Voorzieningenrechter Rechtbank Rotterdam, 20 juni 2003, JOR 2003/235 (Concept Vermogensadvies). Artikel 7, eerste lid, van de Wte 1995 luidt: "Het is verboden zonder vergunning als effectenbemiddelaar of vermogensbeheerder in of vanuit Nederland diensten aan te bieden of te verrichten."

87 Voorzieningenrechter Rechtbank Rotterdam 11 februari 2008, LJN BC 4396.

die de feitelijke leiding had in de krediet aantrekking en –uitzetting. Maar ook van de overige twee beleidsbepalers stond de betrouwbaarheid niet langer buiten twijfel. Ook als zij niet aan de opgezette constructie hadden meegewerkt, dan nog gold dat zij op geen enkele wijze hadden ingegrepen. Daarmee hadden zij er, naar het oordeel van de Voorzieningenrechter, blijk van gegeven dan zij niet over het noodzakelijke verantwoordelijkheidsgevoel beschikten waar het de naleving van de toepasselijke wet- en regelgeving betrof. Wel speelde hierbij nog een persoonlijk antecedent een rol, nu zij allebei het formulier Betrouwbaarheidsonderzoek 'evident onjuist' hadden ingevuld.

Gebreken in de bedrijfsvoering

Ernstige overtredingen, vanuit de bescherming van belangen die de wet beoogt te beschermen, zijn in ieder geval het overtreden van de in de wet neergelegde verbodsbepalingen zoals het handelen zonder de vereiste (Wft-)vergunning. Maar ook gebreken in de bedrijfsvoering kunnen zodanig ernstig zijn dat dit invloed heeft op het betrouwbaarheids- en deskundigheidsoordeel.

Zo oordeelde het CBb in 2007 over een zaak die betrekking had op een geldtransactie-kantoor.⁸⁸ Het kantoor deed stelselmatig te laat aangifte voor de omzetbelasting en de loonbelasting, en hiervoor had de belastingdienst al tientallen verzuimboeten opgelegd. Ook had het kantoor opzettelijk onjuiste aangifte gedaan in de omzetbelasting en had het de schulden bij zowel het UWV als de belastingdienst zo hoog laten oplopen dat dit uiteindelijk leidde tot een faillissementsaanvraag door het UWV. Daarnaast was ten onrechte nagelaten om het vertrek van een van de (mede)beleidsbepalers aan DNB te melden.

Het College stelde vast dat deze gedragingen structureel waren en ernstig van aard. Er was sprake van een 'patroon van tekortkomingen' binnen de organisatie. Hieruit kon worden afgeleid dat de administratieve organisatie en bedrijfsvoering binnen de onderneming ernstig tekortschoot. Naar het oordeel van het College hadden de vier personen die feitelijk het beleid (mede) bepaalden, dit tekortschieten moeten opmerken en hierin aanleiding moeten zien in te grijpen. Zij hadden echter niets gedaan om de situatie te verbeteren, waardoor het kon gebeuren dat de problemen met de belastingdienst verergerden. Terecht had DNB dan ook tot een negatief betrouwbaarheidsoordeel ten aanzien van deze vier personen geconcludeerd.

Waar sprake is van (een patroon van) ernstige overtredingen en de AO/IC van de onderneming ernstig tekortschiet, lijkt uit deze uitspraak te volgen dat actieve betrokkenheid, of zelfs wetenschap met de overtredingen niet hoeft te worden vastgesteld om tot een negatief betrouwbaarheidsoordeel te komen. Zulke ernstige tekortkomingen hadden door bestuurders opgemerkt moeten worden en zij hadden zich vervolgens moeten inspannen om de situatie te verbeteren.

88 CBb 31 juli 2007, JOR 2007/273.

Overigens ligt het voor de hand dat gebreken in de AO/IC eerder zullen bijdragen aan een negatief deskundigheidsoordeel, dan een negatief betrouwbaarheidsoordeel. Dit lijkt ook de opvatting te zijn van het CBB. Deze oordeelde dat de door de AFM geconstateerde gebreken in de AO/IC van de onderneming (ordertickets werden niet doorlopend genummerd, het tijdstip van orderaannee werd niet ingevuld en futures bij collect-orders werden niet tijdig toegewezen, zodat het risico ontstond van een onjuiste toewijzing van orders) terecht konden bijdragen aan het oordeel dat twee bestuurders van de vennootschap niet langer beschikten over de vereiste deskundigheid en niet zozeer aan het oordeel dat de betrouwbaarheid van de beleidsbepalers niet langer buiten twijfel stond.⁸⁹

In lijn met de andere hiervoor genoemde uitspraken, achtte het College gezien de ernst van de overtredingen de schuldvraag ook hier een stuk minder relevant. De bestuurders hadden aangevoerd dat niet was onderzocht in hoeverre zij persoonlijk betrokken waren bij of op de hoogte waren van de gebreken in de AO/IC. Het College achtte dit echter niet van belang: bestuurders waren verantwoordelijk voor de gebreken en zelfs als zij nimmer zouden hebben nagegaan of de AO/IC al dan niet adequaat was, dan nog zou dit niet pleiten voor hun deskundigheid als bestuurder van een effecteninstituting.

Conclusie

Nalaten in te grijpen bij misstanden in de eigen organisatie kan dus van invloed zijn op zowel het betrouwbaarheids- als het deskundigheidsoordeel. Daarbij lijkt de lijn te zijn dat hoe ernstiger de misstanden zijn, des te minder vast hoeft te staan dat er sprake is van opzet of persoonlijke betrokkenheid van de beleidsbepalers.

8. Gevolgen van een negatief deskundigheids- of betrouwbaarheidsoordeel

Bij een negatieve uitkomst van de toetsing kunnen de toezichthouders maatregelen nemen. Dit hoofdstuk beschrijft de verschillende handhavingsmogelijkheden van de toezichthouders en de wijze waarop de beide toezichthouders daarbij met elkaar samenwerken.

Handhavingsmogelijkheden

Als de toetsing negatief uitvalt, zal de toezichthouder op grond van de bevindingen afwegen welke maatregel het meest doeltreffend is. Bij gebreken in de deskundigheid kan soms een termijn worden gesteld voor herstel van de geconstateerde gebreken. Herstel kan bijvoorbeeld bestaan uit het volgen van een opleiding, het wijzigen van een het takenpakket van de betrokken beleidsbepaler of het aanstellen van een extra (interim) beleidsbepaler, die wel over de vereiste deskundigheid beschikt. In ernstige gevallen, waarbij de deskundigheid niet meer 'reparabel' wordt geacht, kan de toezichthouder een

⁸⁹ CBB 10 maart 2005, AWB 02/1825, JOR 2005/100.

aanwijzing geven met als doel het vertrek van de betrokken beleidsbepaler (vergelijk artikel 1:75, eerste lid, onderdeel a, Wft).

Een negatief betrouwbaarheidsoordeel leidt in beginsel steeds tot een dergelijke aanwijzing. Een betrouwbaarheidsgebrek kan immers niet zomaar worden opgelost. Wel is het zo dat door tijdsverloop de antecedenten steeds minder zwaar zullen gaan wegen, waardoor een terugkeer als beleidsbepaler in de financiële sector na verloop van tijd niet onmogelijk is.

In sommige gevallen kan daarnaast ook de vergunning van de onderneming worden ingetrokken. Denk aan de financiële dienstverlener- eenmanszaak. Maar ook in de kwestie Direct Invest (zie hiervoor), werden niet alleen de bestuurders heengezonden wegens onvoldoende deskundigheid en betrouwbaarheid maar leidde dit, in combinatie met vele en veelal wezenlijke tekortkomingen in de administratieve organisatie en interne controle van de onderneming, ook tot intrekking van de vergunning van de onderneming.

Samenwerking toezichthouders

In kennis stellen

In het Nederlandse Twin peaks-model voert DNB het prudentieel toezicht uit en de AFM het gedragstoezicht. Als het gaat om het toetsen van beleidsbepalers is de vergunningverlenende toezichthouder exclusief bevoegd ('één loket-benadering'). Toetsingen bij banken, verzekeraars en pensioenfondsen worden dus uitgevoerd door DNB, en de toetsingen bij beleggingsondernemingen, beheerders, bewaarders, beleggingsmaatschappijen en financiële dienstverleners worden uitgevoerd door de AFM.

De toezichthouders werken echter wel samen, met name daar waar ondernemingen aan de eisen van beide toezichthouders dienen te voldoen. Stuiten zij, bij het uitvoeren van hun eigen toezichtstaak, op relevante feiten en omstandigheden ten aanzien van personen die bij de collega-toezichthouder onder toezicht staan, dan kunnen zij elkaar hiervan op de hoogte stellen. Zowel de Wft als het tussen de AFM en DNB gesloten Convenant bieden de mogelijkheid om dergelijke informatie uit te wisselen.⁹⁰ Indien er reden bestaat om in te grijpen, kan dit daarom altijd door de ene toezichthouder bij de andere toezichthouder (informeel) worden bepleit.

Zienswijze

Daarnaast bevat de wet ook enkele specifieke bepalingen die de samenwerking tussen de toezichthouders bij het uitvoeren van betrouwbaarheids- en deskundigheidstoetsingen regelen. Zo volgt uit artikel 1:47 Wft dat de toezichthouder geen besluit neemt tot het doen van een aanwijzing tot heenzenden van een beleidsbepaler voordat hij aan de andere toezichthouder een redelijke termijn heeft geboden om daarover zijn zienswijze te

90 Afdeling 1.3.1 Wft.

geven. Hierdoor wordt gewaarborgd dat de vergunningverlenende toezichthouder, daar waar noodzakelijk, de andere toezichthouder betreft en diens oordeel meeweegt bij zijn beslissing.

Aanbeveling

Tot slot bepaalt artikel 1:49, eerste lid, Wft dat als een toezichthouder constateert dat de betrouwbaarheid van een beleidsbepaler niet langer buiten twijfel staat, terwijl de andere toezichthouder bevoegd is om in dit verband maatregelen te treffen, hij de andere toezichthouder in kennis stelt en daarbij een aanbeveling doet voor te treffen maatregel als bedoeld in afdeling 1.4.2. Deze afdeling ziet op de handhavingsmaatregelen die de toezichthouders kunnen treffen, zoals de hiervoor genoemde aanwijzing tot heenzending. Artikel 1:49, tweede lid, Wft bevat een vergelijkbare bepaling voor een geconstateerd gebrek aan deskundigheid.

De toelichting op artikel 1:49 Wft vermeldt dat het in de aangegeven gevallen *noodzakelijk* is dat de niet-vergunningverlenende toezichthouder de vergunningverlenende toezichthouder hierover informeert en een aanbeveling doet voor een te treffen toezichtmaatregel. Desondanks heeft de minister, naar aanleiding van kritische kanttekeningen van de heer Scheltema⁹¹, met de toezichthouders een terughoudende opstelling afgesproken ten aanzien van het gebruik van dit instrument.⁹² Dit is niet zonder kritiek gebleven.⁹³ Recent heeft de minister echter aangegeven dat het van belang is dat de toezichthouder die het voortouw heeft de andere toezichthouder op passende wijze betreft bij zijn oordeelsvorming. Hiervoor kent de Wft verschillende gradaties, variërend van al dan niet formele raadpleging en zienswijze tot een aanbeveling. De minister acht het niet nodig om de Wft op dit punt te herzien.⁹⁴

In diezelfde brief verwijst de minister overigens ook naar recent onderzoek naar de samenwerking tussen de toezichthouders, uitgevoerd in opdracht van het Ministerie van Financiën.⁹⁵ Dit onderzoek heeft uitgewezen dat de samenwerking tussen de toezichthouders op het terrein van de financiële markten in het algemeen en structureel gezien op orde is. Dit is ook opgemerkt door de Commissie Scheltema.⁹⁶

91 Rapport Scheltema van 26 februari 2010.

92 Brief van (demissionair) minister van Financiën Jan Kees de Jager, 10 maart 2010.

93 Zie bijvoorbeeld F.F. Nagelkerke, "Werken de toezichthouders wel goed samen?", Juridisch up to date nr. 6, 25 maart 2010.

94 Brief van (demissionair) minister van Financiën Jan Kees de Jager, 24 augustus 2010.

95 "De samenwerking tussen DNB en AFM op basis van de Wft, Twin-peaks in de praktijk", Instituut voor Onderzoek van Overheidsuitgaven, 11 juni 2010.

96 Rapport van de commissie Scheltema, pagina 257 e.v.

9. Slotopmerkingen

Een van de lessen van de financiële crisis is dat, om het vertrouwen in de financiële sector te herstellen, financiële onderneming moeten (gaan) beschikken over een gezonde bedrijfscultuur waar zaken als integriteit, risicobeheersing en klantbelangen centraal staan. Dit valt alleen te realiseren als de beleidsbepalers op hun taak zijn berekend en beschikken over de nodige deskundigheid en integriteit. Dit te bereiken is primair de verantwoordelijkheid van de financiële instellingen zelf. Maar ook toezichthouders willen gevolg geven aan deze les. Toezichthouders zijn verantwoordelijk voor het toezicht op de beheerste en integere bedrijfsvoering en voor de toetsingen van beleidsbepalers op deskundigheid en betrouwbaarheid. In de nabije toekomst zullen ook commissarissen op deskundigheid getoetst gaan worden.

Toezichthouders realiseren zich dat een toetsing voor een beleidsbepaler een uiterst gevoelige en belangrijke aangelegenheid is. De toezichthouders voeren hun toetsingen dan ook zeer zorgvuldig uit. Daarbij wordt altijd een individuele afweging gemaakt met inachtneming van alle relevante feiten en omstandigheden van dat specifieke geval en de te respecteren belangen. Hieronder vallen ook de belangen van de betrokken beleidsbepaler.

Hoe de toezichthouders invulling geven aan de deskundigheidstoetsing wordt nader toegelicht in de in voorbereiding zijnde Beleidsregel Deskundigheid. Toezichthouders wegen onder meer mee of de betrokken beleidsbepaler beschikt over de nodige deskundigheid ten aanzien van de beheerste en integere bedrijfsvoering. Hieronder verstaan de toezichthouders onder meer risicobeheer en klantbelangen. Beleidsbepalers dienen (afhankelijk van onder meer de functie van de beleidsbepaler en de aard, omvang en complexiteit van de onderneming) op dit punt te beschikken over de nodige kennis, vaardigheden en professioneel gedrag.

Voert de onderneming een gebrekkige bedrijfsvoering, en heeft dit bijvoorbeeld Wft-overtredingen en/of toezichtmaatregelen tot gevolg, dan kan dit redelijke aanleiding vormen voor de toezichthouder om een hertoetsing uit te voeren bij de betrokken beleidsbepalers. Uit de rechtspraak kan worden afgeleid dat gebreken in de bedrijfsvoering eerder zullen meewegen bij het deskundigheidsoordeel dan bij het betrouwbaarheidsoordeel. Maar als er sprake is van ernstige gebreken in de bedrijfsvoering, en er bijvoorbeeld sprake is van een patroon van tekortkomingen in de organisatie, kan dit ook gevolgen hebben voor het betrouwbaarheidsoordeel. Cruciaal is steeds de vraag in hoeverre dergelijke gebreken aan de beleidsbepalers kunnen worden toegerekend. Zoals hiervoor is toegelicht is niet altijd vereist dat beleidsbepalers actief bij de overtredingen betrokken zijn geweest. Niet ingrijpen, waar ingrijpen geboden was, kan bij ernstige misstanden in de organisatie al voldoende zijn.

Als de feiten en omstandigheden tot een negatief oordeel moeten leiden, staan de toezichthouders verschillende formele en informele mogelijkheden ten dienste om de onderneming in kwestie tot verbetering te bewegen. De formele handhavingsmaatregelen moeten in dit verband beschouwd worden als 'sluitstuk' van de toezichtpraktijk. De toezichthouders zullen immers, als het gaat om het bevorderen van een op integriteit, deskundigheid en compliance gerichte cultuur binnen financiële ondernemingen, hun inspanningen met name richten op informele interventies en preventie. Hieronder valt bijvoorbeeld het in overleg treden met de top van de onderneming en gezamenlijk nadenken over wat een gewenste cultuur is, wat het betekent om te handelen in het belang van de klant (zonder dat het winst oogmerk van de onderneming verloren gaat), wat toezichthouders verwachten van de top van de onderneming en wat beleidsbepalers daarin kunnen betekenen. Daarbij zullen de beide toezichthouders ook steeds meer samenwerken, met elkaar en met de sector, ter bevordering van de noodzakelijke veranderingen in cultuur- en gedrag.