

(Her)toetsing op geschiktheid als drukmiddel

mr. G.J. Brugman*

Trefwoorden: Delta Lloyd, bestuursrecht, geschiktheidstoetsing, hertoetsing DNB, Roozen

De vete tussen DNB en Delta Lloyd N.V. (Delta Lloyd) en Delta Lloyd Levensverzekering (Delta Lloyd Leven) heeft de gemoederen het afgelopen jaar behoorlijk bezighouden. Uit persberichten blijkt de relatie tussen DNB en Delta Lloyd Groep sinds de financiële crisis te zijn vertroebeld. Eind vorig jaar kwam het echter tot een publieke confrontatie toen DNB Delta Lloyd Leven een forse boete oplegde voor het handelen op basis van vertrouwelijke informatie. Het betrof informatie over het voornemen van DNB om de rekenrente (Ultimate Forward Rate (UFR)) voor verzekeraars aan te passen. Deze rekenrente wordt door verzekeraars gebruikt om hun langlopende verplichtingen te ramen. Delta Lloyd en Delta Lloyd Leven kregen lucht van het voornemen van DNB. Kort daarna heeft Delta Lloyd Leven bepaalde transacties verricht waardoor haar renteaafdekking fors werd verminderd. In het verlengde van deze gebeurtenissen heeft DNB (onder meer) één van de topfunctionarissen van Delta Lloyd en Delta Lloyd Leven (Emiel Roozen) als bestuurder respectievelijk commissaris onderworpen aan een hertoetsing op geschiktheid in verband met de uitoefening van het bedrijf van desbetreffende verzekeraars. Naar aanleiding van deze hertoetsing oordeelde DNB dat Roozen niet geschikt is in de zin van art. 3:8 lid 1 Wet op het financieel toezicht (Wft) om het dagelijks beleid van Delta Lloyd te bepalen en om toezicht te houden op het beleid en de algemene gang van zaken bij Delta Lloyd Leven. In het kader daarvan heeft DNB bij besluit van 18 augustus 2014 vervolgens een aanwijzing gegeven aan Delta Lloyd en Delta Lloyd Leven. Deze aanwijzing luidt dat Delta Lloyd zo spoedig mogelijk, maar uiterlijk met ingang van 1 januari 2016, Roozen heenzendt als bestuurder en dat Delta Lloyd Leven zo spoedig mogelijk, maar uiterlijk met ingang van 1 januari 2016, Roozen heenzendt als commissaris. Nadat de bezwaren van Delta Lloyd, Delta Lloyd Leven en Roozen tegen dit besluit ongegrond zijn verklaard, hebben zij uiteindelijk daartegen beroep ingesteld.

In dit artikel staat de uitspraak van de rechtbank Rotterdam¹ centraal die volgde op het door Delta Lloyd, Delta Lloyd Leven en Roozen ingestelde beroep tegen het besluit van DNB tot aanwijzing om Roozen heen te zenden. Om die reden is de focus van het artikel de (her)toetsing op geschiktheid door DNB en zal niet ingegaan worden op de (her)toetsing op geschiktheid door de AFM. In dit artikel zal eerst kort ingegaan worden op het wettelijk kader van de toetsing op geschiktheid, waarna voornoemde uitspraak zal worden besproken. Vervolgens wordt ingegaan op de toetsing en hertoetsing in de praktijk, de kritiek die bestaat op de gang van zaken rondom (her)toetsing en de vraag of de uitspraak van de rechtbank Rotterdam over de aanwijzing tot heenzending van Roozen op enigerlei wijze tegemoet komt aan die kritiek. Het artikel sluit af met een conclusie.

Beleidsregel geschiktheid 2012

Met de 'Wet introductie geschiktheidseis'² is per 1 juli 2012 de deskundigheidseis in de Wft vervangen door de geschiktheidseis. Dit is uitsluitend tekstueel en betekent geen verzwaring van de eisen. De term geschiktheid, zo vindt de wetgever, dekt de lading beter. Zo kan een bestuurder deskundig genoeg, maar toch niet geschikt zijn omdat hij zoveel nevenactiviteiten heeft dat hij niet voldoende beschikbaar is voor de functie. Ook is de term geschiktheid meer passend met het oog op het feit dat het niet alleen om de kandidaat als individu gaat, maar ook als onderdeel van het collectief, waarbij het zowel om de samenstelling als het daadwerkelijk functioneren van het collectief gaat. Tot slot geeft de term 'geschikt' beter aan dat, wanneer een kandidaat geschikt is voor onderneming A, dat niet per se betekent dat hij ook geschikt is voor onderneming B.

* Gidget Brugman is advocaat te Den Haag.

¹ Rb. Rotterdam, 31 juli 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:5634.

² Wet van 22 december 2011 tot wijziging van de Wet op het financieel toezicht, de Wet financiële markten BES en de Wet toezicht trustkantoren in verband met de introductie van de geschiktheidseis en de versterking van de samenwerking tussen de toezichthouders in het kader van de geschiktheidstoets en de betrouwbaarheidstoets, *Stb.* 2012, nr. 7.

Dit laatste is afhankelijk van de aard, omvang, complexiteit en het risicoprofiel van de onderneming.³ De achterliggende gedachte van de invoering van de geschiktheidstoets is dat uit verschillende onderzoeken is gebleken dat problemen bij financiële ondernemingen veelal samenhangen met een bedrijfscultuur die gericht is op kortetermijnbelangen en een grote risicobereidheid.⁴

In art. 3:8 lid 1 Wft is dan ook neergelegd dat het dagelijks beleid van een verzekeraar wordt bepaald door personen die *geschikt* zijn in verband met de uitoefening van het bedrijf van de onderneming. Hetzelfde geldt voor personen die belast zijn met het toezicht op de verzekeraar. In Nederland is ervoor gekozen om de norm geschiktheid niet in te vullen met regels in de Wft, maar dat over te laten aan de toezichthouders. Volgens de Memorie van toelichting is het werken met open normen van belang omdat het mogelijk maakt om op maat toegesneden eisen te stellen, afhankelijk van het concrete geval.⁵

In de Beleidsregel geschiktheid 2012 hebben de toezichthouders verduidelijkt wat zij verstaan onder geschiktheid en welke aspecten bij de toetsing van een beleidsbepaler in aanmerking worden genomen. Hoewel de Beleidsregel wel enige concrete handvatten geeft, blijven de normen vaag en heeft de toezichthouder aanzienlijke beoordelingsruimte om te zien of aan die normen wordt voldaan. De hoofdregel is dat geschiktheid bestaat uit kennis, vaardigheden en professioneel gedrag. Dit blijkt in ieder geval uit opleiding, werkervaring en competenties van de beleidsbepaler en de doorlopende toepassing daarvan, aldus art. 1.2 Beleidsregel geschiktheid 2012. Beleidsbepalers zijn geschikt met betrekking tot (a) bestuur, organisatie en communicatie, (b) producten, diensten en markten waarop de onderneming actief is, (c) beheerste en integere bedrijfsvoering en (d) evenwichtige en consistente besluitvorming.

De toetsing vindt plaats vóór het aantreden van een beleidsbepaler, bij een vergunningaanvraag of registratie, of bij het voornemen tot aantreden als nieuwe beleidsbepaler bij een onderneming die beschikt over een vergunning dan wel geregistreerd is. Hertoetsing, dus na het aantreden van de beleidsbepaler, vindt slechts plaats indien feiten of omstandigheden daartoe redelijke aanleiding geven.

Uitspraak rechtbank Rotterdam

Op 3 augustus 2015 heeft de rechtbank Rotterdam uitspraak gedaan in de beroepszaak tussen Delta Lloyd, Delta Lloyd Leven en Roozen enerzijds en DNB anderzijds over de door DNB gegeven aanwijzing tot heenzending van Roozen. In de hertoetsing door DNB is Roozen namelijk ongeschikt bevonden.

De rechtbank stelt allereerst vast waarop DNB haar standpunt baseert dat Roozen ongeschikt is als bestuurder van Delta Lloyd en als commissaris van Delta Lloyd Leven. DNB heeft gesteld dat zij bij haar oordeel over de geschiktheid van Roozen diens betrokkenheid bij de transacties rondom de invoering van de UFR in ogenschouw heeft genomen. Gedoeld wordt op de betrokkenheid van Roozen bij het verrichten van bepaalde transacties ten aanzien van de derivatenposities van Delta Lloyd en Delta Lloyd Leven, welke transacties – aldus DNB – gebaseerd waren op de vertrouwelijke informatie omtrent de invoering van de UFR. DNB heeft die betrokkenheid van Roozen gezien als de bevestiging van een al langer bestaand patroon van gebrek aan professioneel gedrag en gebrek aan bepaalde vaardigheden die Roozen als beleidsbepaler van DL en medebeleidsbepaler van DL Leven heeft laten zien. DNB noemt de twee toetsingsgesprekken die DNB met Roozen heeft gevoerd en de jarenlange toezichtshistorie, zoals de waarschuwingen van DNB in 2011 en 2012 vanwege de langdurig te scherpe risicohouding van de Delta Lloyd Groep en de daarop onvoldoende afgestemde risicobeheersing alsmede de normoverdragende gesprekken met het bestuur van Delta Lloyd in 2011 en 2012. Volgens DNB toonden Delta Lloyd en Delta Lloyd Leven zich niet ontvankelijk voor kritiek en werkten zij onvoldoende mee aan onderzoeken en informatieverstrekking. Delta Lloyd, Delta Lloyd Leven en Roozen hebben aangevoerd dat deze verwijten te algemeen van aard zijn en in de bestreden besluiten onvoldoende geconcretiseerd. De rechtbank gaat daarin mee. Zij overweegt dat mede gelet op het belastende karakter van de aanwijzing en de verstreckende gevolgen daarvan voor Delta Lloyd, Delta Lloyd Leven en Roozen het DNB niet vrij stond ter onderbouwing van haar standpunt over het risicobeleid en risicomangement van DL en DL Leven vooral te verwijzen naar andere stukken waaruit dit zou volgen, zonder in de bestreden besluiten voldoende te concretiseren uit welke feiten en omstandigheden volgt dat het risicobeleid en het

³ M. Been & R. Miete, 'Van geschiktheid naar vertrouwen', *Jaarboek Compliance 2013*, p. 175; *Kamerstukken II*, 32 786, nr. 3 (MvT), p. 1 t/m 3.

⁴ M. Been & R. Miete, 'Van geschiktheid naar vertrouwen', *Jaarboek Compliance 2013*, p. 173.

⁵ *Kamerstukken II*, 32 786, nr. 3 (MvT), p. 3.

risicomanagement van DL en DL Leven niet toereikend waren. Zo kan de rechtbank uit de bestreden besluiten niet opmaken uit welke feiten en omstandigheden volgens DNB blijkt dat het beleggingsbeleid van Delta Lloyd onverantwoord was. Voor zover DNB zich op het standpunt stelt dat het risicomanagement van Delta Lloyd onvoldoende was omdat de Chief Risk Officer (CRO) geen zitting had in het bestuur van Delta Lloyd en onvoldoende tegenwicht bood aan de activistische managementstijl van het bestuur van Delta Lloyd, stelt de rechtbank vast dat DNB ook dit standpunt in de bestreden besluiten niet heeft toegelicht.

Naar het oordeel van de rechtbank heeft DNB evenmin deugdelijk gemotiveerd waarom deze feiten en omstandigheden uit de toezichtshistorie met Delta Lloyd en Delta Lloyd Leven bijdragen aan de conclusie dat Roozen ongeschikt is als bestuurder van Delta Lloyd en commissaris van Delta Lloyd Leven. Delta Lloyd en Delta Lloyd Leven hebben binnen de grenzen van de wet en eventuele aanwijzingen van DNB de vrijheid zelf te bepalen welk beleggingsbeleid zij willen voeren. Bovendien geldt, aldus de rechtbank, dat Delta Lloyd en Delta Lloyd Leven niet gehouden waren de verzoeken van DNB om een Chief Risk Officer te benoemen in het bestuur in te willigen. De rechtbank ziet niet hoe dit conflict over de benoeming van de Chief Risk Officer afbreuk doet aan de geschiktheid van Roozen in de zin van art. 3:8 lid 1 Wft.

De rechtbank komt dan ook tot het oordeel dat de beroepen gegrond zijn en de bestreden besluiten zullen worden vernietigd.

Een van de standpunten van DNB is ook dat het handelen van Roozen rondom de invoering van de UFR en de verrichte transacties door Delta Lloyd de aanwijzing tot heenzending van Roozen zelfstandig kan dragen. De vraag die daardoor rijst is of dit standpunt aanleiding vormt om te bepalen dat met toepassing van art. 8:72 lid 3 sub a Algemene Wet bestuursrecht (Awb) de rechtsgevolgen van de bestreden besluiten in stand blijven. De rechtbank is van oordeel dat een tweetal omstandigheden er aan in de weg staan dat de rechtsgevolgen van de bestreden besluiten in stand blijven. De eerste betreft het terechte standpunt van Delta Lloyd, Delta Lloyd Leven en Roozen dat een aanwijzing tot heenzending van Roozen wegens ongeschiktheid die uitsluitend is gebaseerd op zijn handelen rondom de invoering van de UFR moeilijk valt te rijmen met het standpunt van DNB dat zijn betrouwbaarheid ondanks dit handelen buiten twijfel staat. Het verwijt dat Roozen wordt gemaakt van zijn handelen rondom de invoering van de UFR raakt immers tenminste zozeer aan zijn betrouwbaarheid als aan zijn geschiktheid. De rechtbank overweegt in dat kader dan ook dat het niet zonder meer in de rede ligt om de rechtsgevolgen van de bestreden besluiten uitsluitend op grond van het handelen van Roozen rondom de invoering van de UFR, in stand te laten. Daarnaast is de rechtbank van oordeel dat de toetsing van de geschiktheid met inachtneming van het collectief er eveneens aan in de weg staat om te bepalen dat de rechtsgevolgen van de bestreden besluiten in stand blijven. Gedoeld wordt op art. 1.4 Beleidsregel geschiktheid 2012. Dit artikel luidt dat indien er sprake is van een collectief de toetsing van geschiktheid plaatsvindt met inachtneming van de samenstelling en het functioneren van het collectief. Het is weliswaar zo dat een gebrek aan geschiktheid niet snel wordt gecompenseerd door het collectief, maar dit neemt niet weg dat DNB voldoende had moeten onderbouwen waarom de gewijzigde samenstelling van het bestuur van Delta Lloyd in de periode na de invoering van de UFR de beweerdelijke ongeschiktheid van Roozen niet zou compenseren. Een dergelijke onderbouwing ontbreekt in de bestreden besluiten. De rechtbank is, anders dan DNB, niet van oordeel dat de ongeschiktheid van Roozen zo evident is dat een toetsing op basis van het collectief zoals art. 1.4 Beleidsregel geschiktheid 2012 voor staat, nimmer tot een gunstig resultaat voor Roozen zou leiden. In dat licht valt bovendien niet in te zien waarom het in een dergelijk buitengewoon ernstig geval van ongeschiktheid in het belang van Delta Lloyd en Delta Lloyd Leven zou zijn dat Roozen tot 1 januari 2016 mag aanblijven als bestuurder, respectievelijk commissaris.

De rechtbank is, gezien het vorenstaande, dan ook van oordeel dat DNB met inachtneming van deze uitspraak opnieuw moet beslissen op de bezwaren van Delta Lloyd, Delta Lloyd Leven en Roozen. De rechtbank schorst het (primaire) besluit tot aanwijzing om Roozen heen te zenden, tot drie maanden na de datum van bekendmaking van de nieuwe besluiten van DNB op de bezwaren van Delta Lloyd, Delta Lloyd Leven en Roozen.

Naar aanleiding van de uitspraken van Rechtbank Rotterdam⁶ heeft Roozen besloten terug te treden en zijn functies bij Delta Lloyd en Delta Lloyd Leven per direct neer te leggen.

⁶ Rechtbank Rotterdam heeft op 3 augustus 2015 ook uitspraak gedaan over de door DNB aan Delta Lloyd opgelegde boete van € 22.800.000 (ECLI: NL:RBROT:2015:5635) en de publicatie daarvan (ECLI:NL:RBROT:2015:5633).

Toetsing in de praktijk

In 2012 is DNB begonnen met het toetsen op geschiktheid van circa 2000 commissarissen bij financiële ondernemingen.⁷ Van de eerste 68 getoetste commissarissen van grote banken en verzekeraars zakte 10 procent. Vorig jaar werd 13 procent van de voorgedragen bestuurders en commissarissen ongeschikt bevonden door DNB. Hoeveel procent van de tweede lichter van commissarissen die vanaf deze zomer worden getoetst de lat niet zal halen zal benieuwen.

In het algemeen zal niemand het nut van de toetsing op geschiktheid betwisten. Maar al enige tijd is er kritiek op DNB⁸ over de wijze waarop zij omgaat met (her)toetsing van geschiktheid.⁹ Eén van de vragen die is gerezen, is of DNB haar bevoegdheid om te toetsen op geschiktheid ook niet gebruikt om druk uit te oefenen. Bijvoorbeeld als zij probeert iets te veranderen binnen een instelling. DNB wordt gezien als regelgever, aanklager en rechter tegelijk.¹⁰ En in de praktijk blijkt dat weinig afgekeurde personen bezwaar maken tegen de uitkomst van de (her)toetsing. Zij zien het als een kansloze weg, nu DNB zelf ook op het bezwaar beslist. Daarnaast ervaren veel bestuurders en commissarissen de negatieve uitkomst van een (her)toetsing als een beroepsverbod voor de financiële wereld.

De openlijke confrontatie tussen Delta Lloyd, Delta Lloyd Leven en Roozen over (de negatieve uitkomst van) de (her)toetsing op geschiktheid, is dan ook bijzonder. Er verschenen zelfs steunbetuigingen aan hen in de kranten.¹¹ Niet alleen werd gesproken over het oneigenlijk gebruik door DNB van haar bevoegdheid om te toetsen, maar ook of DNB in geval van een negatieve uitkomst van een hertoetsing heenzending van de desbetreffende persoon mag eisen via een aanwijzing, terwijl de betrouwbaarheid van Roozen nu juist niet ter discussie staat. Vooralsnog is er slechts duidelijkheid over de bevoegdheid van DNB om bij twijfel over de betrouwbaarheid van een bestuurder of commissaris deze gedurende het hertoetsingstraject te schorsen en uiteindelijk heen te zenden.¹² Er werd dan ook met spanning gewacht op de uitspraak van Rechtbank Rotterdam over de bevoegdheid van DNB ten aanzien van de geschiktheidstoetsing.

Uiteindelijk is de uitspraak van Rechtbank Rotterdam teleurstellend voor wie had gehoopt op een principieel (inhoudelijk) oordeel over tenminste de wijze van (her)toetsing door DNB, het gebruik van die (her)toetsing of de consequenties daarvan. Zoals hiervoor reeds besproken, ziet de uitspraak voornamelijk op het ontbreken van een deugdelijke motivering van DNB voor haar besluit. Daarbij komt dat de rechtbank Rotterdam in haar uitspraak het volgende heeft overwogen.¹³

Gelet hierop [het in stand houden van de boete, red.] ziet de rechtbank geen reden op voorhand uit te sluiten dat DNB erin slaagt de aanwijzing heenzending van Roozen alsnog deugdelijk te motiveren in een ook overigens rechtmatig besluit, waarbij de rechtbank in aanmerking neemt dat het DNB vrij staat de motivering van het primaire besluit aan te vullen of te wijzigen. De rechtbank ziet dan ook geen aanleiding het primaire besluit te herroepen.

Dat lijkt er op te duiden dat zo lang DNB haar besluit deugdelijk kan motiveren, zij alle vrijheid heeft voor wat betreft het gebruik van die toetsing op geschiktheid en het bepalen van de ingrijpende consequenties daarvan, ongeacht het feit of er twijfel bestaat over de betrouwbaarheid van de op geschiktheid afgewezen bestuurder. Met als basis de vage normen waaraan een geschikte (aspirante) bestuurder of (aspirante) commissaris moet voldoen, kost het weinig moeite om een reden te vinden waaraan de desbetreffende (aspirant) bestuurder of (aspirant) commissaris kan worden opgehangen. Deze personen lijken aldus overgeleverd aan de willekeurige beoordeling van de toezichthouders. Maar dat betekent ook dat als DNB het nodig vindt om bepaalde veranderingen teweeg te brengen binnen een financiële onderneming die eigenlijk behoren tot het domein van de onderneming zelf, zij

⁷ H. Chin-A-Fo & C. Hensen, 'Pas op, of we gaan je toetsen!', *NRC Handelsblad* 4 april 2015.

⁸ In het kader van dit artikel wordt voor het gemak alleen gesproken over DNB als toetsende toezichthouder. Bij bepaalde financiële ondernemingen voert Autoriteit Financiële Markten deze toets echter ook uit.

⁹ In het kader van dit artikel wordt voor het gemak alleen gesproken over de toets op geschiktheid. Er bestaat ook een soortgelijke toets op betrouwbaarheid.

¹⁰ De weg naar de bestuursrechter in Rotterdam (beroep tegen het afgewezen bezwaar) en het College van Beroep voor het Bedrijfsleven (hoger beroep) wordt als lang ervaren.

¹¹ H. van Gunsteren, 'Wie er bij DNB uitligt, kan het wel schudden', *Volkskrant* 28 januari 2015; P. Fentrop, 'Het wordt tijd dat iemand eens opkomt voor die geteisterde bankiers', *NRC Handelsblad* 7 februari 2015; maar ook C. Honée, *DNB walst over Governance heen*, www.managementscope.nl, 10 november 2014; C. Honée, *Wie houdt toezicht op de toezichthouder*, www.managementscope.nl, 20 maart 2014.

¹² Zie uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven, 31 maart 2014, ECLI:NL:CBB:2014:2015.

¹³ Rechtsoverweging 6.1.

betrekkelijk eenvoudig deze veranderingen kan forceren. Via de geschiktheidstoets (en dan met name de hertoetsing) kan DNB dus op de stoel van de financiële ondernemer zitten. Ook na de uitspraak van de rechtbank Rotterdam over het besluit van DNB om aan Delta Lloyd en Delta Lloyd Leven een aanwijzing te geven tot heenzending van Roozen blijven twee vragen ten aanzien van het oneigenlijk gebruik van de toetsingsbevoegdheid en het mogen nemen van een dermate ingrijpend besluit als heenzending van een betrouwbaar geachte bestuurder en/of commissaris vooralsnog onbeantwoord. Deze beide onbeantwoorde vragen raken tevens de rechtsbescherming van de (aspirant) bestuurder en de (aspirant) commissaris die door één van de toezichthouders getoetst of hertoetst wordt op geschiktheid. In het grootste deel van de gevallen dat een negatieve uitkomst dreigt bij het voornemen tot een benoeming van een nieuwe bestuurder, komt het niet tot een besluit in de zin van art. 1:3 Awb. In de praktijk brengt DNB de negatieve uitkomst mondeling over aan de betrokken financiële onderneming, waarbij DNB aan haar voorstelt dat zij de voordracht intrekt.¹⁴ Veel ondernemingen willigen dit voorstel van DNB in en laten het niet aankomen op een afwijzingsbesluit. De onderneming wil haar relatie met DNB niet in de waagschaal plaatsen door een gemotiveerd besluit te verlangen en gaat op zoek naar een volgende kandidaat. Voor de afgekeurde aspirant bestuurder of aspirante commissaris is deze gang van zaken echter een zeer frustrerende. Hij weet immers dat hij niet voldoet aan de geschiktheidseis, maar beschikt niet over een deugdelijk gemotiveerd besluit. Roth en Roepnarain¹⁵ geven aan dat een verstandige aspirant bestuurder of aspirant commissaris er goed aan doet om voorafgaand aan de toetsing met de betrokken financiële onderneming overeen te komen dat de voordracht niet terstond zal worden ingetrokken als DNB lijkt voor te sorteren op een negatieve uitkomst. Een afspraak die gemaakt zou kunnen worden is bijvoorbeeld dat de aspirant bestuurder of aspirant commissaris de mogelijkheid krijgt om bezwaar te maken tegen de negatieve toetsingsuitkomst. Navraag onder een aantal compliance officers¹⁶ leert dat dergelijke afspraken eigenlijk amper worden gemaakt. Ook hebben compliance officers aangegeven dat zij het als moeilijk ervaren om de aspirant bestuurder of aspirant commissaris voor te bereiden op het toetsingsgesprek en dat vaak geen enkele voorbereiding plaatsvindt. Er zitten uiteindelijk te veel arbitraire aspecten aan de toetsing waardoor de beoordelingen vaak te subjectief zijn. Dat maakt het lastig om een aspirant bestuurder of aspirant commissaris gedegen voor te bereiden. De toetsing op geschiktheid van aspirant bestuurders of aspirant commissaris wordt veelal ervaren als een tombola.

Hertoetsing in de praktijk

Op grond van art. 1.5 Beleidsregel geschiktheid 2012 mag DNB overgaan tot het hertoetsen van een zittende bestuurder of commissaris, indien feiten of omstandigheden daartoe redelijke aanleiding geven. Er bestaat geen wettelijke bepaling die invulling geeft aan het vereiste van een redelijke aanleiding. DNB mag deze norm dus geheel vrij invullen. DNB en AFM hebben wel getracht om dat te verduidelijken in het Informatiebulletin Toetsingen.¹⁷ Daarin wordt benadrukt dat het steeds afhangt van de omstandigheden van het geval of er sprake is van een redelijke aanleiding. De toezichthouders geven vervolgens een aantal voorbeelden van een redelijke aanleiding om over te gaan tot hertoetsen op geschiktheid (geen limitatieve opsomming), zoals onder meer een onverwachte verandering in de resultaten, snelle groei van de onderneming, zorg over de integere en beheerste bedrijfsvoering, een uitbreiding van ondernemingsactiviteiten naar het buitenland, uitbesteding van taken, het structureel niet of niet tijdig reageren op verzoeken om informatie van de toezichthouders en een groot verloop van medewerkers. Kortom, een redelijke aanleiding om over te gaan tot het hertoetsen op geschiktheid van een zittende bestuurder of commissaris is al snel te vinden. De beslissing om een hertoetsing te verrichten wordt door de zittende bestuurder of commissaris veelal gezien als 'het opbouwen van een dossier' om zo te komen tot een vrijwillig gedwongen vertrek. Daarnaast geldt dat het hertoetsingstraject vaak wordt ervaren als ingrijpend en belastend. Ook is de vraag of de beslissing van DNB om tot hertoetsing over te gaan een toezicht-santecedent oplevert.¹⁸ Dit kan immers relevant zijn voor bestuurders die bij een andere financiële onderneming een commissarisfunctie bekleden. Zij dienen een nieuw antecedent of een wijziging daarin te melden aan de desbetreffende onderneming. Deze onderneming is immers verplicht om dergelijke wijzigingen in antecedenten te melden. Voor wat betreft het hertoetsingstraject geldt dat de Wft niet voorziet in bepaalde rechten voor de bestuurder of

¹⁴ G.P. Roth & J.S. Roepnarain, 'De toetsing van bestuurders en commissarissen door de AFM en DNB', *Ondernemingsrecht* 2014/95.

¹⁵ G.P. Roth & J.S. Roepnarain, a.w., paragraaf 3.5.

¹⁶ Informele navraag.

¹⁷ Versie 1 mei 2012.

¹⁸ G.P. Roth & J.S. Roepnarain, a.w., paragraaf 3.1.

commissaris die de hertoetsing ondergaat, of in bepaalde waarborgen aangaande de procedure. De enige (rechts)bescherming die de bestuurders en de commissarissen in een dergelijk geval genieten bestaat uit de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en het recht op bijstand of vertegenwoordiging. De meest relevante algemene beginselen van behoorlijk bestuur kunnen onder meer zijn het zorgvuldigheidsbeginsel, gelijkheidsbeginsel, motiveringsbeginsel, verbod van *detournement de pouvoir*, verbod van willekeur en het 'fair play' beginsel. Aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur zal de bestuurder of commissaris gedurende het traject echter weinig houvast hebben. De bestuurder of commissaris zal er voorlopig gedurende het traject op moeten vertrouwen dat DNB zich daar ook aan houdt. De eventuele toetsing daarvan vindt immers alleen plaats in geval van bezwaar tegen het genomen afwijzingsbesluit en dus achteraf. Ook het recht op bijstand of vertegenwoordiging tijdens het interview met DNB blijkt in de praktijk een wassen neus. Toezichthouders ontmoedigen actief bijstand of vertegenwoordiging tijdens het toetsingstraject. Zij menen dat het niet bijdraagt aan een open en eerlijk gesprek. Gelet op de machtige positie van de toezichthouder in een dergelijke situatie is dat een kwalijke zaak. Aan de interviewende kant onderwerpen er vaak meerdere medewerkers van DNB. De bestuurder of commissaris die onderworpen wordt aan de toetsing is voorts geheel afhankelijk van hetgeen deze interviewers vastleggen. Er wordt geen bandopname van het interview gemaakt. En vaak blijkt de negatieve uitkomst van de hertoetsing gebaseerd te zijn op uitlatingen en gedragingen van de bestuurder of commissaris tijdens het bewuste interview. Wat dat betreft is de bestuurder of commissaris die wordt hertoetst, in zekere zin overgeleverd aan de goden.

Conclusie

Alhoewel er met spanning werd gewacht op de uitspraak van rechtbank Rotterdam inzake het besluit van DNB tot aanwijzing om Roozen als bestuurder van Delta Lloyd en Delta Lloyd Leven heen te zenden, zal deze uitspraak weinig veranderen. Zelfs indien een bestuurder of commissaris nog steeds betrouwbaar wordt geacht, is het ongeschikt bevinden voor een toezichthouder voldoende om hem heen te zenden. Alle kritiek ten spijt is het voor DNB nog steeds betrekkelijk eenvoudig om via de weg van de (her)toetsing bepaalde veranderingen in een financiële onderneming te forceren, zelfs als deze besluiten in een vrije markteconomie toekomen aan de financiële ondernemer zelf. Ook heeft de uitspraak van rechtbank Rotterdam geen bijdrage geleverd aan een versterking van de rechtsbescherming voor de (aspirant) bestuurder of (aspirant) commissaris. Zij moeten er op vertrouwen dat DNB gedurende het (her)toetsingstraject zich zal houden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en een eventuele toetsing daaraan zal slechts achteraf plaatsvinden als het überhaupt al komt tot een afwijzingsbesluit in de zin van de Awb. Bovendien zal een (aspirant) bestuurder of (aspirant) commissaris in de praktijk veelal afzien van zijn recht op bijstand of vertegenwoordiging gedurende het interview voor de toetsing, door de ontmoediging van de zijde van DNB om daar gebruik van te maken. De suggestie die daarbij wordt gewekt dat dat wel eens een negatieve invloed zou kunnen hebben op de uitkomst van de (her)toetsing is voor de (aspirant) bestuurder of (aspirant) commissaris voldoende om zich te conformeren aan de wensen van DNB. 'Pas op, of we gaan je toetsen!'¹⁹ lijkt helaas nog steeds het credo dat geldt. ■

¹⁹ H. Chin-A-Fo & C.Hensen, a.w.