
AAN: DNB/AFM

PAGINA'S: 4

INZAKE: Reactie consultatie Beleidsregel geschiktheid

Graag maak ik van de gelegenheid gebruik om vanuit de ervaring in de praktijk als advocaat enkele punten van aandacht aan u over te brengen.

1. Behoeftte aan meer transparantie rondom het toetsingsproces

Navraag bij financiële instellingen, (kandidaat-) bestuurders en advocaten / adviseurs leert dat in de markt nog steeds¹ behoefte bestaat aan meer duidelijkheid over het toetsingsproces en de werkwijze van AFM/DNB.

Een voor de zomer door DNB georganiseerde online informatiesessie trok veel belangstellenden en gaf op onderdelen meer informatie maar liet ook een aantal vragen over het toetsingsproces open.

Concreet gaat hierbij om vragen zoals:

- Wat zijn de doorlooptijden waar een instelling/kandidaat rekening mee moet houden?
- Welke informatie bevat het met het oog op de toetsing samengestelde dossier, en wat zijn de inzage mogelijkheden?

¹ Zie externe evaluatie uit 2016, <https://www.uu.nl/nieuws/commissie-onder-leiding-van-annetje-ottow-toetsingsproces-dnb-en-afm-moet-transparanter>

-
- Op basis van welke criteria wordt in aanvulling op de schriftelijke stukken ook een gesprek als onderdeel van het proces ingepland?
 - Hoe wordt de verkregen informatie gewogen? Bijvoorbeeld, de indruk tijdens een gesprek versus staat van dienst/ referenties?

Daarnaast bestaat de indruk dat de gepubliceerde statistieken over al dan niet met positief resultaat afgeronde toetsingen geen volledig beeld geven omdat toetsingsprocessen in de praktijk wanneer twijfel over geschiktheid van een bestuurder blijkt te bestaan niet worden afgerond.

Ook blijft het zaak dat de toezichthouders betrokkenen actief informeren over het bestaan van een vertrouwenspersoon omdat het bestaan van deze waarborg nog weinig bekend is. In het kader van een de volgens de Beleidsregel geschiktheid 2012 voorziene periodieke evaluatie van het toetsingsproces (zie hierna onder 2) lijkt het gewenst om de aangewezen vertrouwenspersonen te vragen om een rapportage met bijbehorende aanbevelingen zodat deze met de markt kunnen worden gedeeld.

Ten slotte is niet duidelijk hoe de periodieke evaluatie die reeds was voorzien in de Beleidsregel nu wordt vorm gegeven en welke de bevindingen zijn van het panel vanuit beide toezichthouders dat met het oog op de consistentie bevindingen in dit kader zou moeten delen.²

2. Beheersmaatregelen ter bevordering van consistentie

In de praktijk bestaat de indruk dat het verloop en de uitkomst van een toetsingsproces sterk afhangt van de individuele personen betrokken vanuit de toezichthouders. Navraag wijst uit dat in de praktijk zeer verschillend wordt omgegaan met de onder 1 genoemde vragen over doorlooptijden, toegang tot het dossier, verslaglegging en het al dan niet voeren van gesprekken.

Dit is niet wenselijk omdat dit een risico van willekeur met zich brengt, leidt tot (rechts-)onzekerheid en afbreuk doet aan het vertrouwen in het toezicht.

Een externe evaluatie zoals eerder uitgevoerd door de Commissie Ottow, waarbij gesproken werd met meerdere stakeholders, zou naar verwachting waardevolle inzichten kunnen brengen om het door AFM en DNB gevoerde beleid nader uit te werken en te komen tot adequate (beheers-)maatregelen ter bevordering van een consistente aanpak.

Om te komen tot meer consistentie en voorspelbaarheid (zie ook hiervoor onder 1) lijkt het in ieder geval wenselijk dat gebruik gemaakt van geüniformeerde werkprocessen zodat iedere kandidaat (ongeacht of deze zich laat bijstaan door een advocaat) dezelfde mogelijkheden tot inzage en informatie wat betreft verslaglegging krijgt. Hierbij zou

² Zie 1.8 lid 2: "Met het oog op de consistente toepassing door de toezichthouders van deze beleidsregel wordt een gezamenlijk panel samengesteld. Dit gezamenlijke panel beoordeelt periodiek toetsingen op basis van deze beleidsregel. De bevindingen van het gezamenlijke panel worden gebruikt in de periodieke evaluatie van de beleidsregel, bedoeld in onderdeel 3.1.

aangesloten kunnen worden bij de praktijk in de bezwaarfase wat betreft dossiervorming, inzage en verslaglegging.

Ook leeft in de markt de vraag hoe de deskundigheid c.q. ervaring van beoordelaars binnen de toezichthouder wordt geborgd. Nu het concept beleid veel ruimte laat aan deze beoordelaars is van wezenlijk belang dat deze voldoende geëquipeerd zijn om te beoordelen of een kandidaat geschikt is.

Hierbij lijkt het wenselijk dat het team dat de toetsing ter hand neemt voldoende bagage heeft om met een bredere blik te oordelen over geschiktheid van (kandidaat) bestuurders. Daarnaast blijft goed voorstelbaar dat in gevoelige trajecten zoals hertoetsing externe expertise wordt ingezet wanneer degene(n) die toetsen zelf onvoldoende kennis hebben van fundamentele rechten en strafrechtelijke waarborgen.

Ten slotte komt het mij voor dat er ruimte is voor een *efficiency* slag wanneer de beschikbare informatie over het toetsingsproces op de sites van AFM/DNB gestroomlijnd wordt. Zo is nu enkel op de site van AFM bij FAQ te lezen wanneer sprake is van een mede-beleidsbepaler.³

3. Meer aandacht voor fundamentele rechten en waarborgen

In de toelichting op het gewijzigd beleid wordt onder meer verwezen naar aanleiding tot de per 31 december 2021 in werking getreden herziene EBA/ESMA-richtsnoeren voor het beoordelen van de geschiktheid van leden van het leidinggevend orgaan en medewerkers met een sleutelfunctie van banken en beleggingsondernemingen.

Het is goed te zien dat AFM/DNB op deze wijze kenbaar maken dat zij rekening willen houden met deze Europese *guidance* en gezien de Europese loyaliteitsverplichting mag dat ook van de toezichthouder verwacht worden. Aldus komt uit de voorgestelde aanpassingen naar voren dat diversiteitsdoelstellingen onder meer wat betreft gender en nadrukkelijk meetellen. Ook is begrijpelijk dat er in het kader van de toetsing meer aandacht is gekomen voor Wwft-compliance en risico's zodat sleutelfiguren zich bewust zijn van hun verantwoordelijkheid op dit gebied.⁴

Daarbij wordt aangetekend dat desbetreffende stukken vanuit de EBA/ESMA nadrukkelijk op meerdere plaatsen vermelden dat geen afbreuk mag worden gedaan aan fundamentele rechten met de onschuldpresumptie en in dat kader meer stringent randvoorwaarden stellen aan het besluit tot hertoetsing en de vraag of gesproken kan worden van een 'redelijke aanleiding'. Vanuit de praktijk bestaat een zorg dat dit soort waarborgen nog onvoldoende aandacht hebben gekregen.

Hierbij valt op dat de concept toelichting extra ruimte lijkt te willen geven voor hertoetsing in het kader van Wwft onderzoeken – reeds in het bestaan van vermoedens van overtreding van de Wwft zou een redelijke aanleiding voor herbeoordeling worden gevonden?- terwijl in de EBA/ESMA richtsnoeren mede gelet op de onschuldpresumptie er op wordt gewezen dat van belang is dat feiten in voldoende mate zijn vast komen te

³ <https://www.afm.nl/nl-nl/professionals/veelgestelde-vragen/adv-bem-betrouwbaar-geschikt/kwalificaties>

⁴ <https://www.nrc.nl/nieuws/2018/09/04/niemand-bij-ing-voelde-zich-verantwoordelijk-voor-het-geheel-a1615215>

staan en waaruit volgt dat bij hertoetsing in beginsel de uitkomst van rechterlijke toetsing moet worden afgewacht en in ieder geval moet worden meegewogen in welke fase een procedure is.

De formulering in de concept wijziging van de beleidsregel als zou in enkele vermoedens reeds een redelijke aanleiding voor hertoetsing kunnen worden gevonden doet onvoldoende recht aan deze uitgangspunten en dient derhalve te worden bijgesteld.

Nu ervoor is gekozen, ondanks eerdere kritiek, ook de hertoetsing ‘inhouse’ binnen DNB/AFM te blijven doen, is het van belang dat dat voorkomen wordt dat processen worden ingezet vanuit een ‘waar rook is, is vuur’ gedachte. Een insteek waarbij het aan de bestuurder wordt gelaten om maar toe te lichten waarom geen sprake is geweest van overtredingen, strookt in situaties waarin een onderzoek of procedure nog loopt niet met de onschuldpresumptie.

Bovendien blijft er in de huidige opzet een spanningsveld bestaan omdat bij de toetsing door AFM/DNB ‘eigen’ interventies door de toezichthouder als antecedenten in aanmerking worden genomen, ook wanneer dit optreden nog niet is onderworpen aan een rechterlijke toets. Daar waar nog procedures lopen die punitieve sancties betreffen, blijkt het voeren van het zogenaamde ‘open gesprek’ met de toezichthouder - die in die procedures optreedt als verweerder - in de praktijk geen sinecure.

Aandacht voor fundamentele rechten en waarborgen is in deze context te meer van belang omdat het slechts zelden komt tot een rechterlijke toets van het toetsingsproces; in de praktijk wordt informeel, - zonder verslaglegging van het eerdere gesprek en zonder uitgebreide motivering aan de hand van de in de Beleidsregel geschiktheid geformuleerde criteria - een voornemen tot afwijzing gecommuniceerd waarna de kandidaat (al dan niet onder druk van de instelling) eieren voor zijn of haar geld kiest en afziet van een vervolg van de procedure.

Het is gezien deze situatie wenselijk dat ook de niet afgeronde zaken geëvalueerd worden en dat in de situaties zoals hiervoor geschetst niet te snel wordt verondersteld dat er sprake is van een redelijke aanleiding om over te gaan tot herbeoordeling.

Ten slotte wordt opgemerkt dat de toegenomen aandacht voor Wwft compliance en impact op de maatschappij een bruikbaar handvat biedt om (kandidaat) bestuurders meer bewust te maken van hun (collectieve) verantwoordelijkheid om uitwassen met maatschappelijke impact in de vorm van *de-risking* en ongebreideld delen van klantgegevens tegen te gaan. Wat betreft de tendens tot vergaande gegevensverzameling onder verwijzing naar compliance doelen is het zaak het fundamentele recht op bescherming van persoonsgegevens niet uit het oog te verliezen.
