

# 344. Noot bij uitspraak rechtbank Rotterdam 16 september 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:11948

MR. S. RAMSANJHAL

**Geschiktheids- en betrouwbaarheidstoetsingen van bestuurders, commissarissen of andere hogere leidinggevenden door DNB en de AFM komen vaak voor in de financiële sector. Wat ik minder vaak tegen kom, zijn hertoetsingen en nog minder vaak hertoetsingen met een negatief eindoordeel. Dat betrokkenen in het kader van een toetsing procederen tegen DNB of de AFM is helemaal zeldzaam. Alleen daarom al is deze uitspraak interessant. Maar ook inhoudelijk is deze uitspraak van belang voor de praktijk, omdat de rechtbank oordeelt wanneer DNB in redelijkheid tot hertoetsing kan overgaan, wat deze toets inhoudt en welke omstandigheden DNB moet meewegen in het kader van een hertoetsing.**

Deze zaak ziet op besluiten van De Nederlandsche Bank ('DNB') die betrekking hebben op twee oud-bestuurders van DeGiro B.V. ('DeGiro', inmiddels FlatexDeGiro Bank AG). De uitspraak is van 16 september 2022, maar werd pas gepubliceerd op 17 februari 2023. Het gaat hier om negatieve betrouwbaarheidsoordelen van DNB ten aanzien van deze twee oud-bestuurders. Deze oordelen van DNB waren (mede) gebaseerd op handhavingsbesluiten van de Autoriteit Financiële Markten ('AFM'). De rechtbank Rotterdam vernietigde de bestreden besluiten van DNB en bepaalde dat DNB nieuwe besluiten op bezwaar diende te nemen. De uitspraak is inmiddels onherroepelijk. DNB heeft ook al beslist op de bezwaren en heeft geconcludeerd dat onvoldoende aanknopingspunten bestaan voor het handhaven van de negatieve betrouwbaarheidsoordelen. DNB heeft daarom de primaire besluiten herroepen.

De gepubliceerde uitspraak is geanonimiseerd. Bovendien vond het onderzoek ter zitting achter gesloten deuren plaats. De uitspraak beschrijft het feitencomplex daarom slechts summierlijk. Uit de gepubliceerde uitspraak blijkt bijvoorbeeld niet waarom DNB een hertoetsing startte. Gelet op het feit dat DeGiro (primair) onder toezicht stond van de AFM, vermoed ik dat het hier ging om een hertoetsing door DNB in het kader van een eerder door DNB verleende 'verklaring van geen bezwaar' ('vvgb') die DNB verleent aan houders van gekwalificeerde deelnemingen in bijvoorbeeld een beleggingsonderneming zoals DeGiro (art. 3:95 lid 1 onder d van de Wet op het financieel toezicht ('Wft')). In het kader van de beoordeling van een vvgb-aanvraag, beoordeelt DNB onder meer of de betrouwbaarheid van de houder van de gekwalificeerde deelneming buiten twijfel staat (art. 3:99 Wft).

Deze procedure, en de besluiten waarop deze betrekking heeft, betreft veel (procedurele) onderwerpen gedurende een periode van meerdere jaren. Ik beperk mij verder tot de toezichtrechtelijke aspecten van deze uitspraak inzake de hertoetsing door DNB.

Geschiktheids- en betrouwbaarheidstoetsingen van bestuurders, commissarissen of andere hogere leidinggevenden door DNB en de AFM komen vaak voor in de financiële sector. Hetzelfde geldt voor betrouwbaarheidstoetsingen verricht door DNB ten aanzien van houders van gekwalificeerde deelnemingen. Wat ik minder vaak tegenkom, zijn hertoetsingen en nog minder vaak hertoetsingen met een negatief eindoordeel. Dat betrokkenen in het kader van een toetsing procederen tegen DNB of de AFM is helemaal zeldzaam. Alleen daarom al is deze uitspraak interessant. Maar ook inhoudelijk is deze uitspraak van belang voor de praktijk, omdat de rechtbank oordeelt wanneer DNB in redelijkheid tot hertoetsing kan overgaan, wat deze toets inhoudt en welke omstandigheden DNB moet meewegen in het kader van een hertoetsing.

**Het oordeel van de rechtbank dat DNB over had mogen gaan tot de hertoetsing betekent echter nog niet dat DNB in redelijkheid heeft kunnen oordelen dat de betrouwbaarheid van de eisende partijen niet langer buiten twijfel staat**

De rechtbank stelt vast dat DNB beoordelingsruimte toekomt bij de vaststelling of de betrouwbaarheid buiten

twijfel staat (r.o. 23.2).<sup>1</sup> De lagere regelgeving schrijft voor welke antecedenten DNB kan betrekken.<sup>2</sup> Gelet op de door DNB in aanmerking genomen antecedenten is de rechtbank van oordeel dat DNB in redelijkheid heeft kunnen overgaan tot een hertoetsing van de betrouwbaarheid van de eisende partijen. Dat beide voormalige dagelijks beleidsbepalers geen strafrechtelijke misstappen hebben begaan, maakt dit niet anders. Hierbij is relevant dat DNB bij haar betrouwbaarheidstoets belang heeft toegekend aan de omstandigheid dat de verwijten geen incidenten betreffen, maar structureel van aard waren en hebben geleid tot het oordeel van de AFM dat een beheerste en integere bedrijfsvoering van DeGiro niet was geborgd. In een dergelijk geval ligt het volgens de rechtbank in de rede dat DNB overgaat tot een hertoetsing van de betrouwbaarheid van de dagelijks beleidsbepalers, mede gelet op het argument van DNB dat het stelselmatig nalaten om wetgeving na te leven raakt aan de eigenschappen die relevant zijn voor de betrouwbaarheid, zoals wetsgetrouwheid.

Het oordeel van de rechtbank dat DNB over had mogen gaan tot de hertoetsing betekent echter nog niet dat DNB in redelijkheid heeft kunnen oordelen dat de betrouwbaarheid van de eisende partijen niet langer buiten twijfel staat. Dit laatste is de relevante wettelijke toets die DNB, of de AFM, moet verrichten: staat de betrouwbaarheid buiten twijfel?<sup>3</sup> De toezichthouder hoeft niet aan te tonen dat de *onbetrouwbaarheid* vaststaat.

De rechtbank overweegt dat de beoordelingsruimte van DNB niet geldt voor het onderzoek naar de relevante feiten (r.o. 23.3). DNB moet haar oordeel baseren op het beschikbare feitenmateriaal. De rechtbank merkt op dat een negatieve uitkomst van de hertoetsing van de betrouwbaarheid niet zonder gevolgen zal blijven en zal uitmonden in één of meer voor de betrokkenen belastende besluiten. Dit kan ook gevolgen hebben voor potentieel toekomstige functies in de financiële sector waarbij een eerder negatief oordeel betrokkenen kan worden tegengeworpen. De eisende partijen stellen dat het in feite gaat om een beroepsverbod. De gevolgen raken niet alleen rechtstreeks aan eigendomsrechten van eisende partijen als bedoeld in art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM, maar ook aan het fundamentele recht op arbeid, dat een zelfstandig belang oplevert (vgl. ECLI:NL:RVS:2016:1481). Daarom, maar ook gelet op de wettelijke aansprakelijkheidsbeperking die DNB geniet onder art. 1:25d Wft, dient de (her)toetsing van de betrouwbaarheid gepaard te gaan met de nodige waarborgen. Hierbij moeten hoge eisen worden gesteld aan de vaststelling en weging van antecedenten door het bestuursorgaan.

In deze zaak ging het uitsluitend om toezichtantecedenten en ‘andere feiten of omstandigheden’ zoals bedoeld in art. 6 en Bijlage A van het Besluit prudentiële regels Wft. Volgens DNB stonden de toezichtantecedenten in rechte vast, omdat de AFM al had vastgesteld dat de instelling overtredingen had begaan en daarvoor handhavingsmaatregelen had opgelegd. De rechtbank oordeelt dat DNB een zelfstandige beoordeling en weging van de antecedenten had moeten verrichten (r.o. 25.2). Per antecedent moet DNB beoordelen welk gewicht daaraan toekomt in het kader van een betrouwbaarheidstoetsing. DNB hoeft echter geen eigen onderzoek te doen naar de door de AFM in het kader van de antecedenten in aanmerking genomen feiten en omstandigheden. DNB mag in beginsel afgaan op de expertise van de AFM. Wel zal DNB, als de gronden van bezwaar daartoe aanleiding geven, moeten beoordelen of de van de AFM afkomstige antecedenten op kennelijke misslagen berusten. Op DNB rust de plicht zich ervan te vergewissen dat de onderzoeken van de AFM op zorgvuldige wijze hebben plaatsgevonden. Eisende partijen moeten ook uiteraard (de relevantie van) (toezicht)antecedenten kunnen betwisten.

### Mocht een toezichthouder toch tot een negatief betrouwbaarheidsoordeel komen, dan toont deze uitspraak aan dat procederen nuttig kan zijn

In deze zaak heeft DNB verschillende antecedenten meegevoerd in haar heroverweging van de betrouwbaarheid van de betrokkenen. Een groot deel hiervan bestaat uit gedragingen die hebben geleid tot de last onder dwangsom van de AFM aan DeGiro van 23 april 2018, waarvan de betrokkenen toen bestuurders waren (r.o. 31-32.3). Deze gedragingen hebben betrekking op de beheerste en integere bedrijfsvoering (zoals bedoeld in art. 4:11 en art. 4:14 Wft) en zien specifiek op:

- a. het ontbreken van een duidelijke, evenwichtige en adequate organisatiestructuur;
- b. het niet op eerlijke, billijke en professionele wijze inzetten voor de belangen van cliënten;
- c. het niet voldoende in acht nemen van de vermogensscheidingseisen;
- d. het nalaten van het doen van voldoende cliëntenonderzoek in het kader van de Wwft;
- e. het onvoldoende op orde hebben van de compliancefunctie;
- f. het niet aanmelden van een dagelijks beleidsbepaler, terwijl deze wel als zodanig functioneerde;
- g. het niet hebben van een adequaat beleid dat belangenverstremming tegengaat; en
- h. het niet hebben van een adequaat beleid ter zake van het voorkomen en beheersen van belangenconflicten.

De rechtbank is het eens met DNB dat de eisende partijen niet met succes kunnen aanvoeren dat zij bepaalde bestuurlijke keuzes niet (bewust) hebben gemaakt. Zij waren, gelet

1 De rechtbank verwijst hierbij naar twee arresten van het College van Beroep voor het bedrijfsleven, ECLI:NL:CBB:2006:AZ3578 en ECLI:NL:CBB:2019:498.

2 Zie bijv. art. 6 en Bijlage A van het Besluit prudentiële regels Wft.

3 Zie o.a. art. 3:9, 3:99, 3:100 en 4:10 Wft.

op hun specifieke verantwoordelijkheden, betrokken bij de feiten en omstandigheden en kunnen hiervoor verantwoordelijk worden gehouden. Daar komt bij dat een deel van de dwangsommen is verbeurd, terwijl de eisende partijen nog aan het roer stonden. De rechtbank overweegt echter ook dat de volgende zes feiten en omstandigheden door DNB niet konden worden meegewogen als antecedent of daaraan minder gewicht moest toekennen:

- a. Een normoverdragende brief van de AFM met betrekking tot het overtreden van het cluster munitieverbod (art. 21a lid 1 Besluit Marktmissbruik Wft), omdat niet vol te houden is dat DeGiro geen adequate maatregelen had getroffen gericht op het voorkomen dat dergelijke verboden transacties zouden worden doorgevoerd (r.o. 35.1-35.2).
- b. Een normoverdragende e-mail van de AFM met betrekking tot onverplichte informatieverstrekking aan cliënten, omdat – onder andere – de AFM zelf gecommuniceerde dat geen actie vereist is.
- c. Het boetevoornemen van de AFM aan de eisende partijen als feitelijk leidinggevend. Het gaat immers om een boetevoornemen dat is gebaseerd op dezelfde overtredingen. De intrekking van het boetevoornemen is overigens door de rechtbank geen reden dat DNB terug zou moeten komen op haar betrouwbaarheidsoordelen, omdat de AFM niet om inhoudelijke redenen heeft afgezien van de boetes maar om opportuiniteitsredenen.
- d. Een overtreding van art. 2:96 lid 1 Wft (het zonder een door de AFM verleende vergunning verlenen van beleggingsdiensten of verrichten van beleggingsactiviteiten).
- e. Een overtreding van art. 7:17 lid 2 aanhef en onder d Nrgfo (activiteiten van de bewaarinstantie).
- f. Het niet voldoen aan de transactierapportageverplichting zoals bedoeld in art. 4:90e Wft (r.o. 34.1-34.2), omdat DeGiro zelf melding heeft gedaan van het niet rapporteren van deze transacties.

De rechtbank gaat niet mee met het argument van de eisende partijen dat als één van de antecedenten waarop het betrouwbaarheidsoordeel is gestoeld sneuvelt, de bestreden besluiten reeds om die reden geen stand zouden kunnen houden (vgl. ECLI:NL:CBB:2008:BG1630). De rechtbank oordeelt desalniettemin dat de bestreden besluiten van DNB toch geen standhouden en vernietigt deze op grond van de volgende redenen:

- a. Zes van de antecedenten die door DNB in aanmerking waren genomen bij de hertoetsing van de betrouwbaarheid van de eisende partijen vallen weg of komt minder gewicht toe (zie hierboven).
- b. DNB moet daarom een nieuwe betrouwbaarheidstoetsing verrichten en bezien of dit gevolgen heeft voor haar oordeelsvorming.
- c. Bij deze nieuwe toets moet DNB ook de volgende omstandigheden betrekken (r.o. 42):
  - i) Het tijdsverloop van de antecedenten, waarbij geldt dat hoe verder een gedraging in het verleden ligt, hoe eerder het onevenredig is om die

gedraging aan de betrokkenen in de oordeelsvorming te blijven tegenwerpen.

- ii) Het is niet enkel relevant of er overtredingen hebben plaatsgevonden, maar ook is relevant hoe ernstig deze overtredingen zijn. DNB zal bij haar beoordeling moeten meenemen of de overtredingen een negatief betrouwbaarheidsoordeel rechtvaardigen.
- iii) Hierbij zal DNB ook moeten betrekken in hoeverre de (vermeende) overtredingen hebben geleid tot wezenlijke risico's voor klanten.
- iv) DNB moet hierbij ook betrekken in hoeverre eisende partijen ten opzichte van de AFM transparant zijn geweest over de werkwijze van de (vermeende) overtreder en in hoeverre de AFM daarmee reeds bekend was.

In het kader van betrouwbaarheidstoetsingen moeten betrokkenen hun antecedenten melden. Indien sprake is van een nieuw antecedent nadat iemand positief is getoetst, dient de onder toezicht staande instelling hiervan een melding te doen aan DNB of de AFM (voor beleggingsondernemingen: art. 4:26 Wft jo. art. 94 Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft). Van belang is dat een antecedent uit het verleden niet per definitie leidt tot een negatief betrouwbaarheidsoordeel, tenzij er sprake is van de situaties genoemd in art. 8 van het Besluit prudentiële regels Wft of art. 15 van het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft. Een nieuw antecedent leidt ook niet per definitie tot een hertoetsing. En een hertoetsing leidt niet per definitie tot een negatief betrouwbaarheidsoordeel. Mocht een toezichthouder toch tot een negatief betrouwbaarheidsoordeel komen, dan toont deze uitspraak aan dat procederen nuttig kan zijn. De toezichthouder zal een (her)toetsing zorgvuldig moeten beoordelen met het oog op het bevorderen van de integriteit van de financiële sector en zal de overwegingen uit deze uitspraak in aanmerking moeten nemen. Het is interessant te bezien wat dit concreet betekent voor de praktijk van hertoetsingen, mede gelet op het feit dat DNB na deze uitspraak de eerdere besluiten heeft herroepen.

### Kortom, in hoeverre blijft er praktisch nog iets over van de huidige hertoetsingspraktijken van DNB en AFM?

Het feit dat toezichthouders factoren als het tijdsverloop, de ernst van de (vermeende) overtreding(en) in het licht van de rechtvaardiging van een negatief oordeel, de wezenlijke risico's voor derden (zoals klanten) en transparantie jegens de toezichthouder in aanmerking moeten nemen, levert een strengere toetsingsmaatstaf voor toezichthouders op. Maar deze factoren brengen ook vragen met zich mee. Hoe verhouden wezenlijke risico's voor klanten zich tot andere belangen die de Wft beoogt te beschermen? Denk bijvoorbeeld aan de integriteit van het financiële stelsel als geheel.

En in welke gevallen en in welke mate leidt transparantie jegens DNB of AFM tot meer coulance met betrekking tot het betrouwbaarheidsoordeel? Kortom, in hoeverre blijft er praktisch nog iets over van de huidige hertoetsingspraktijken van DNB en AFM?

De overwegingen van de rechtbank leveren voldoende mogelijkheden voor DNB en de AFM om in de praktijk te besluiten tot een hertoetsing. Daar was de rechtbank duidelijk over. Een negatief betrouwbaarheidsoordeel zal echter uitvoeriger gemotiveerd moeten worden. In deze zaak ging het uitsluitend om toezichtantecedenten en ‘andere feiten of omstandigheden’ met betrekking tot een onderneming waar de betrokkenen bestuurders waren. Indien de antecedenten zouden zien op (ernstige) overtredingen die meer dan in de *DeGiro*-zaak toe te rekenen waren aan hen in

persoon, zouden de zaken wellicht anders kunnen hebben uitgepakt. Uiteindelijk zal de toezichthouder dit per geval moeten beoordelen, zorgvuldiger dan voorheen.

Ten slotte vraag ik mij af waarom de AFM met betrekking tot de feiten en omstandigheden uit deze zaak niet zelf tot een hertoetsing van de betrokkenen is overgegaan. En als de AFM dit had overwogen, maar niettemin besloot dit niet te doen, waarom is DNB dan wel overgegaan tot hertoetsingen? Deze vragen blijven helaas onbeantwoord.

*Dit artikel is afgesloten op 30 maart 2023.*

#### Over de auteur

**Mr. S. (Soeradj) Ramsanjhal**

Advocaat te Amsterdam bij Stibbe.