

# Geschied en betrouwbaar?

mr. S.M.C. Nuyten en mr. A.J.P. Tillema\*

## 1. Inleiding

Na de val van DSB Bank N.V. (hierna: DSB) in 2009 dienden de Stichting Autoriteit Financiële Markten (hierna: AFM) en De Nederlandsche Bank N.V. (hierna: DNB) de betrouwbaarheid en deskundigheid van voormalige DSB-bestuurders en -commissarissen opnieuw te beoordelen voor zover zij nog functies bij financiële ondernemingen vervulden. Hoewel toetsingen normaal gesproken in beslotenheid worden verricht, was dat dit keer niet het geval: de Minister van Financiën (hierna: de Minister) gaf prof. mr. M. Scheltema opdracht de door DNB en AFM verrichte toetsingen te controleren en daarvan verslag te doen. De vier door Scheltema opgestelde verslagen deelde de Minister in de loop van 2010 - in een aantal gevallen volledig - met de Tweede Kamer. Scheltema, Minister en Kamer constateerden dat DNB en AFM in deze onderzoeken twee maal verschillend oordeelden. In beide gevallen was DNB de toezichthouder die de vergunning had verleend aan de financiële onderneming waarbij de getoetste persoon ten tijde van de toetsing een functie vervulde, zodat het oordeel van DNB in beide gevallen de doorslag gaf.

Het gebleken verschil van inzicht tussen DNB en AFM vormde voor de Minister aanleiding een voorstel tot wijziging van de Wet op het financieel toezicht (hierna: Wft)<sup>1</sup> in te dienen: om de samenwerking tussen DNB en AFM te versterken<sup>2</sup> wordt voorgesteld te bepalen dat niet langer de vergunningverlenende toezichthouder een doorslaggevend stem heeft, maar de negatief oordelende toezichthouder. Daartoe krijgt de niet-vergunningverlenende toezichthouder de bevoegdheid bij een voorgenomen positief oordeel van de vergunningverlenende toezichthouder, dan wel eigener beweging, een bindende aanbeveling te doen aan de vergunningverlenende toezichthouder ten aanzien van de inhoud van het betrouwbaarheids- en/of geschiktheidsoordeel of ten aanzien van het op grond daarvan te nemen besluit of de te nemen maatregel.

Hoewel de Minister van Financiën veel voorstellen ter consultatie aan de markt voorlegt<sup>3</sup> is de markt over dit wetsvoorstel niet geconsulteerd. De Raad van State heeft overwegende bezwaren tegen het wetsvoorstel en ziet de noodzaak niet in van het doorkruisen van de huidige taakverdeling tussen de toezichthouders.<sup>4</sup> DNB en AFM hebben bij consultatie nut en noodzaak van het wetsvoorstel ter discussie gesteld en opgemerkt dat het wetsvoorstel zich slecht verhoudt met de uitgangspunten van het Nederlandse toezichtmodel. Toch heeft de Minister het voorstel tot wijziging van de Wft<sup>5</sup> op 24 mei 2011 aan de Tweede Kamer gezonden.<sup>6</sup> Blijkens de Memorie van Toelichting is beoogd het wetsvoorstel op 1 januari 2012 in werking te doen treden.<sup>7</sup> In dit artikel zullen wij eerst kort de voorgestelde wijziging bespreken en enkele andere onderdelen van het wetsvoorstel aanstippen die door ons in dit bestek niet nader kunnen worden besproken. Vervolgens bespreken wij de noodzaak van het wetsvoorstel en de daarvan bij invoering te verwachten effecten op onder meer de samenwerking tussen de toezicht-

houders, besluitvorming, rechtsbescherming en enige andere onderwerpen. Wij menen dat diverse vraagtekens te stellen zijn bij de 'geschiktheid en betrouwbaarheid' van de voorgestelde wijzigingen, meer dan tot op heden in de Kamerbehandeling aan de orde kwamen.

## 2. Inhoud wetsvoorstel

Het wetsvoorstel voorziet in een viertal wijzigingen:

1. de bestaande deskundigheidstoets wordt vervangen door een geschiktheidstoets;
2. commissarissen van financiële ondernemingen dienen voortaan evenals dagelijks beleidsbepalers<sup>8</sup> aan geschiktheidseisen te voldoen;
3. een aantal strafrechtelijke antecedenten zal van rechtswege, zonder nadere belangenafweging, tot de vaststelling leiden dat de betrouwbaarheid van de getoetste persoon niet buiten twijfel staat; en

---

\* Beiden advocaat te Amsterdam en als zodanig regelmatig optredend voor DNB. Dit artikel is op persoonlijke titel geschreven. De auteurs danken mr A.J. Haasjes voor zijn commentaar op een concept van dit artikel.

1. *Kamerstukken II* 2010/11, 32 786, nr. 2.
2. *Kamerstukken II* 2010/11, 32 786, nr. 3, p. 1.
3. Van de negen eind augustus lopende internetconsultaties over concept-voorstellen zijn er vijf gebaseerd op een voorstel van het Ministerie van Financiën, zie <http://internetconsultatie.nl>.
4. *Kamerstukken II* 2010/11, 32 786, nr. 4.
5. Het wetsvoorstel wijzigt ook de Wet financiële markten BES en de Wet toezicht trustkantoren, maar deze wijzigingen worden in dit artikel buiten beschouwing gelaten.
6. Voorstel 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 (*Kamerstukken II* 2010/11, 32 786, nrs. 1, 2 en 3).
7. *Kamerstukken II* 2010/11, 32 786, nr. 3, p. 5. Indien de wet niet tijdig in het Staatsblad kan worden gepubliceerd voor inwerkingtreding per 1 januari 2012 dan zou de datum van inwerkingtreding verschoven moeten worden naar 1 juli 2012 op grond van de Systematiek van Vaste Veranderingen uit het Kabinetsplan aanpak administratieve lasten (*Kamerstukken II* 2009/10, 29 515, nr. 309, p. 2 en 3). De Minister heeft op 2 september 2011 de Kamervragen beantwoord in de Nota naar aanleiding van het verslag (*Kamerstukken II* 2010/11, 32 786, nr. 6), zodat een plenaire behandeling op korte termijn zou kunnen plaatsvinden.
8. De toevoeging 'dagelijks' laten we in het vervolg voor de leesbaarheid achterwege.

4. de niet-vergunningverlenende toezichthouder (DNB of AFM, afhankelijk van het type financiële onderneming) kan een bindende aanbeveling doen over de betrouwbaarheid van (mede)<sup>9</sup> beleidsbepalers en commissarissen van een financiële onderneming aan de vergunningverlenende toezichthouder. Bij banken en verzekeraars kan de niet-vergunningverlenende toezichthouder (AFM) verder een bindende aanbeveling doen over de geschiktheid van (mede)<sup>10</sup> beleidsbepalers en commissarissen van die onderneming aan de vergunningverlenende toezichthouder (DNB).

Met de eerste wijziging, het vervangen van deskundigheid door geschiktheid, is blijkens de toelichting geen wijziging beoogd ten opzichte van de bestaande situatie.<sup>11</sup> De bestaande deskundigheidseis brengt reeds eisen aan kennis en ervaring met zich, maar ook aan de vaardigheden en het professionele gedrag van de betrokkene. Toch meent de Minister dat een wijziging van de term is aangewezen omdat de term 'niet geschikt' beter op zijn plaats is dan 'niet deskundig' in het geval een persoon over gedegen kennis beschikt, maar zich niet professioneel gedraagt door bijvoorbeeld onvoldoende bereikbaar te zijn of onvoldoende tijd beschikbaar te hebben voor de uitoefening van de functie waarvoor die persoon wordt getoetst. Voorts zou het begrip 'geschikt' beter dan 'deskundig' duidelijk maken dat bij de toets wordt gekeken naar de samenstelling van het orgaan waarvan de persoon deel uitmaakt als geheel, zo overweegt de Minister. Met deze laatste overweging wordt aangesloten bij een aanbeveling van de Commissie Scheltema.<sup>12</sup>

De tweede wijziging, de invoering van een geschiktheids-toets voor commissarissen, is blijkens de Memorie van Toelichting<sup>13</sup> een uitvloeisel van een in het rapport Maas<sup>14</sup> opgenomen advies. Vanwege de rol die commissarissen spelen bij de koers die de onderneming vaart, wordt hun geschiktheid van groot belang geacht. Om die geschiktheid te bevorderen wordt een geschiktheidstoets ingevoerd voor leden van organen belast met het toezicht op het beleid en de algemene gang van zaken van de financiële onderneming.<sup>15</sup>

De derde wijziging leidt ertoe dat in het Besluit prudentiële regels Wft (hierna: Bpr) en het Besluit gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft (hierna: Bgfo) kan worden bepaald dat de betrouwbaarheid van een te toetsen persoon niet buiten twijfel staat indien deze persoon is veroordeeld ter zake van specifiek genoemde misdrijven, tenzij sinds het onherroepelijk worden van de uitspraak acht jaren of meer zijn verstreken. Een dergelijke bepaling is thans reeds in het Bpr en het Bgfo opgenomen, maar in een uitspraak van 4 maart 2010<sup>16</sup> heeft het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CBB) geoordeeld dat die bepaling in het Bgfo onverbindend is omdat dit artikel de beoordelingsruimte die art. 4:10, lid 2 Wft biedt, wegneemt. Door de grondslag voor het Bpr en het Bgfo te verruimen wil de Minister de verbandendheid van de relevante bepalingen herstellen. Dit artikel gaat over de laatste hiervoor beschreven wijziging:<sup>17</sup> de introductie van de bindende aanbeveling om de negatief oordelende toezichthouder bij betrouwbaarheids- en geschiktheidstoetsen de doorslaggevende stem te geven.

### 3. Het voorstel voor een bindende aanbeveling

Onder het kopje 'Samenwerking AFM en DNB' licht de Minister de keuze voor de bindende aanbeveling toe. Overwogen wordt dat uit de evaluatie van het functioneren van

9. Ten aanzien van medebeleidsbepalers wordt slechts de betrouwbaarheid getoetst en niet de geschiktheid. Dat maakt het niet altijd duidelijke onderscheid tussen beleidsbepaler en medebeleidsbepaler van belang. Zie in dat verband de wetsgeschiedenis bij de Wft (*Kamerstukken II* 2004/05, 29 708, nr. 10, p. 238): 'De bestuurders en de directieleden zijn normaal gesproken personen die het beleid bepalen. Onder het beleid bepalen wordt verstaan: beleid en besluitvorming gericht op de langetermijnstrategie van de financiële onderneming. Het bepalen van het dagelijks beleid (= beleid- en besluitvorming gericht op het dagelijks daadwerkelijk uitoefenen van het bedrijf) valt daar ook onder. Dat betekent dat degenen die het dagelijks beleid bepalen van een financiële onderneming zowel op deskundigheid als betrouwbaarheid worden getoetst. Bij mede beleidsbepalers kan bijvoorbeeld worden gedacht aan leden van raden van commissarissen. Het wetsartikel is bewust ruim geformuleerd om ook personen te kunnen toetsen die buiten de gebruikelijke structuren vallen, maar die wel substantiële invloed uitoefenen op het beleid of de besluitvorming gericht op de langetermijnstrategie van de clearinginstelling, de kredietinstelling of de verzekeraar. Dit zou kunnen blijken uit de statuten, reglementen of interne afspraken. Onder die personen kunnen bijvoorbeeld ook personen vallen van de holding van een groep. Indien deze holding niet onder toezicht staat dan worden deze personen (indien ze het beleid van de desbetreffende financiële onderneming bepalen of mede bepalen) getoetst door de toezichthouder die toezicht houdt op de desbetreffende financiële onderneming die deel uitmaakt van de groep'.
10. Ten aanzien van medebeleidsbepalers wordt slechts de betrouwbaarheid getoetst en niet de geschiktheid.
11. *Kamerstukken II* 2010/11, 32 786, nr. 3, p. 2. Ook uit de Beleidsregel deskundigheid 2011 van 15 december 2010 (*Stcrt.* 2010, nr. 20810) van DNB en AFM volgt dat de vervanging van de term deskundigheid door geschiktheid niet is ingegeven door een wens de toetsing inhoudelijk te verbreden, maar primair door de wens ook in de terminologie tot uitdrukking te brengen dat de bestaande deskundigheidstoets sinds jaar en dag niet alleen ziet op kennis en ervaring maar ook op vaardigheden en professioneel gedrag. In de Nota naar aanleiding van het verslag (*Kamerstukken II* 2010/11, 32 786, nr. 6, p. 3) expliciteert de Minister dat de wijziging van de term deskundigheid in geschiktheid geen extra wettelijke eisen met zich brengt.
12. *Rapport van de Commissie van Onderzoek DSB Bank*, Den Haag, 23 juni 2010, p. 269, bijlage bij *Kamerstukken II* 2009/10, 32 432, nr. 1.
13. *Kamerstukken II* 2010/11, 32 786, nr. 3, p. 5.
14. *Rapport van de Adviescommissie Toekomst Banken*, 7 april 2009, bijlage bij *Kamerstukken II* 2008/09, 31 371, nr. 163.
15. Daaronder vallen niet alleen leden van een Raad van Commissarissen, maar bijvoorbeeld ook leden van een Raad van Toezicht bij een stichting of vereniging.
16. CBB 4 maart 2010, *LJN* BL9360; *JOR* 2010, 156, m.nt. G. Roth.
17. Zie voor een bespreking van de overige onderdelen C.M. Grundmann-van de Krol, 'Geschiktheid, betrouwbaarheid en de beoordeling daarvan: het 'twin peaks'-toezichtmodel wankelt', *Ondernemingsrecht* 2011, 68.

DNB en AFM<sup>18</sup> blijkt dat de samenwerking tussen de toezichthouders in het algemeen goed verloopt, maar dat in een concrete situatie verschil van inzicht kan bestaan over de betrouwbaarheid of geschiktheid van een persoon. Als voorbeeld wordt gewezen op het vierde en laatste bestuurdersonderzoek bij DSB, waarin DNB en AFM verschillend oordeelden over een bepaald feit.<sup>19</sup>

Ten aanzien van de betrouwbaarheid acht de Minister het onwenselijk dat een (mede)beleidsbepaler of commissaris in functie kan komen of blijven, terwijl één van de toezichthouders onvoldoende vertrouwen in deze persoon stelt. Bij banken en verzekeraars acht de Minister het verder onwenselijk dat een beleidsbepaler of commissaris in functie kan komen of blijven indien één van de toezichthouders deze persoon onvoldoende geschikt acht. Om die reden wordt een bindende aanbeveling geïntroduceerd die de niet-vergunningverlenende toezichthouder kan doen aan de vergunningverlenende toezichthouder.

### 3.1 Huidig stelsel

In de Wft is uitgangspunt dat steeds sprake is van slechts één vergunningverlenende toezichthouder, te weten de toezichthouder op het terrein waar voor de desbetreffende categorie instellingen het zwaartepunt van het toezicht ligt. Die toezichthouder beslist over de vergunningaanvraag.<sup>20</sup> Dit is een uitvloeisel van het zogenaamde Twin-Peaks model, waarbij prudentieel toezicht en gedragstoezicht in gelijke mate belangrijk, nevensgeschikt, zijn en elk het best gediend wordt indien de beide toezichtdomeinen niet in één hand komen.

De wetgever heeft ten tijde van de invoering van de Wft diverse mogelijkheden overwogen om de betrokkenheid van de niet-vergunningverlenende toezichthouder bij de vergunningverlening vorm te geven:

1. de andere toezichthouder geeft een voor bezwaar en beroep vatbare verklaring van geen bezwaar zonder welke de vergunning niet kan worden verleend<sup>21</sup>;
2. zowel AFM als DNB verleent een vergunning aan een instelling die onder toezicht van beide staat;
3. de andere toezichthouder geeft de vergunningverlenende toezichthouder advies.

In de Wft is uiteindelijk gekozen voor deze laatste variant. De wetgever schreef over de eerste variant (verklaring van geen bezwaar): *'Marktpartijen hadden grote bezwaren tegen dit voorstel. Met name de opeenstapeling van voor beroep en bezwaar vatbare procedures werd als onnodig belastend ervaren. Hetzelfde zou gelden voor de tweede mogelijkheid die de Raad schetst, namelijk twee vergunningen voor de bankbeleggingsonderneming.'*<sup>22</sup>

Het bovenstaande uitgangspunt geldt ook bij betrouwbaarheids- en deskundigheidstoetsen als onderdeel van de vergunningaanvraag: de vergunningverlenende toezichthouder verricht de toetsen en betreft daarbij het advies over de beslissing op de vergunningaanvraag van de andere toezichthouder (art. 1:48 Wft). Indien een financiële onderneming over een vergunning beschikt en aanleiding bestaat tot het opnieuw beoordelen van de betrouwbaarheid of deskundigheid van reeds getoetste personen, vraagt de toetsende toezichthouder de andere toezichthouder een zienswijze te geven indien het voornemen bestaat op grond van een negatief oordeel een besluit te nemen tot heenzending (art. 1:47 Wft). Indien een financiële onderneming een nieuwe (mede)beleidsbepaler wil aanstellen, zal ook deze persoon aan de betrouwbaarheids- en deskundigheidseisen moeten voldoen.

Daarnaast biedt art. 1:49 Wft de niet-vergunningverlenende toezichthouder de bevoegdheid de andere toezichthouder in kennis te stellen van een negatief oordeel over betrouwbaarheid of deskundigheid dat eerstbedoelde toezichthouder heeft gevormd op basis van haar eigen constateringen. De niet-vergunningverlenende toezichthouder kan in dat geval een - niet bindende - aanbeveling doen voor het treffen van een maatregel.<sup>23</sup> De wetsgeschiedenis van de Wft vermeldt dat van zo'n aanbeveling alleen gemotiveerd kan worden afgeweken en dat in de praktijk de aanbeveling meestal gevolgd zal worden, tenzij zwaarwegende redenen bestaan er vanaf te wijken.<sup>24</sup>

### 3.2 Voorstel

In het wetsvoorstel wordt de niet-bindende aanbevelingsbevoegdheid voor de niet-vergunningverlenende toezichthouder, die thans in art. 1:49 Wft is opgenomen, afgeschaft. Deze wordt vervangen door een bindende aanbevelingsbevoegdheid ten aanzien van oordelen over betrouwbaarheid en bij banken en verzekeraars eveneens ten aanzien van oordelen over geschiktheid. Bij andere financiële ondernemingen dan banken en verzekeraars heeft de niet-vergunningverlenende toezichthouder geen enkele aanbevelingsbevoegdheid meer ten aanzien van de geschiktheid, noch bindend, noch niet-bindend.

Bij een voorgenomen positief oordeel over de betrouwbaarheid of (bij banken en verzekeraars) geschiktheid van de vergunningverlenende toezichthouder, krijgt de niet-vergunningverlenende toezichthouder de bevoegdheid een bindende aanbeveling te doen omtrent de inhoud van een te geven oordeel, een te nemen besluit of een te treffen maatregel. Wordt van deze bevoegdheid gebruik gemaakt, dan is de vergunningverlenende toezichthouder verplicht de aanbeveling op te volgen en op grond daarvan negatief te oordelen. Dat kan ertoe leiden dat hij gedwongen is een maatregel te treffen (zoals een aanwijzing tot heenzending van de beleidsbepaler op grond van art. 1:75 Wft). De niet-vergunningverlenende toezichthouder heeft verder de bevoegdheid uit eigen beweging een bindende aanbeveling te geven over de inhoud van een te geven oordeel of te nemen besluit dan wel te treffen maatregel.

Met een voorbeeld wordt verduidelijkt hoe het beoogde stelsel zou moeten werken.<sup>25</sup> Een instelling verzoekt DNB een vergunning te verlenen. Die vergunning mag DNB slechts

18. *Doelmatigheid en doeltreffendheid van de toezichthouders DNB en de AFM, Verslag op basis van artikel 1:44 lid 1 van de Wft*, Ministerie van Financiën, augustus 2010, bijlage bij *Kamerstukken II* 2009/10, 32 466, nr. 1.
19. *Kamerstukken II* 2010/11, 32 432, nr. 14, p. 1.
20. *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 20, p. 16.
21. Dit voorstel was opgenomen in de oorspronkelijke consultatieversie van de Wft.
22. *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 20, p. 16-17.
23. Zo heeft de AFM een aanbeveling aan DNB gedaan op grond van de beoordeling van de deskundigheid van een oud-DSB bestuurder (*Kamerstukken II* 2010/11, 32 432, nr. 15, p. 7).
24. *Kamerstukken II* 2005/06, 29708, nr. 19.
25. Het voorbeeld ziet op een vergunning voor een bank of verzekeraar. Bij andere financiële ondernemingen heeft de niet-vergunningverlenende toezichthouder niet de bevoegdheid een bindende aanbeveling te doen ten aanzien van de geschiktheid.

verlenen als door de aanvrager (onder meer) wordt aange- toond dat (mede)beleidsbepalers en commissarissen ge- schikt en betrouwbaar zijn. DNB moet dan op grond van het nieuwe art. 1:47c Wft de AFM specifiek<sup>26</sup> vragen om advies omtrent de geschiktheid van de betrokken personen.<sup>27</sup> Ver- volgens oordeelt DNB over de geschiktheid en betrouwbaar- heid met inachtneming van dat advies. Indien DNB voorne- mens is de te toetsen personen in voldoende mate geschikt te achten en te oordelen dat hun betrouwbaarheid buiten twijfel staat, moet de AFM daarvan in kennis worden ge- steld. Vervolgens kan de AFM, indien de AFM ten aanzien van de geschiktheid of betrouwbaarheid ondanks intensie- ve afstemming met DNB ernstige bezwaren blijft hebben, een bindende aanbeveling aan DNB doen over de inhoud van het oordeel of te nemen besluit. De aanbeveling kan bij spoed ook mondeling zijn, als die later schriftelijk wordt be- vestigd. DNB moet aan de bindende aanbeveling zo spoed- igit mogelijk uitvoering geven; als de AFM geen bindende aanbeveling doet 'kan de toezichthouder het oordeel of een daarmee samenhangend besluit aan de financiële onderne- ming bekendmaken.' zo bepaalt het voorgestelde art. 1:47c Wft. Dit stelsel zal gaan gelden in alle drie hiervoor aange- duidde situaties waar een toetsing van betrouwbaarheid of deskundigheid aan de orde kan zijn, te weten bij een vergun- ningaanvraag, een hertoetsing of een toetsing van een nieuw voorgestelde (mede) beleidsbepaler.

#### 4. Bindende aanbeveling: betrouwbaar en geschikt?

Zoals uit het voorgaande blijkt vormt de bindende aanbe- veling een breuk met de keuzes die de wetgever enkele ja- ren geleden bij inwerkingtreding van de Wft heeft gemaakt. De wetgever heeft de niet-vergunningverlenende toezicht- houder in de Wft destijds bewust slechts de bevoegdheid ge- geven een niet-bindende aanbeveling, advies of zienswijze te geven, zodat slechts één voor bezwaar en beroep vat- baar besluit zou bestaan. Uit de hiervoor beschreven vari- anten die de wetgever bij introductie van de Wft heeft over- wogen, blijkt dat de wetgever de niet-vergunningverlenende toezichthouder slechts dwingende invloed op de besluitvor- ming wilde geven indien de handeling van die toezichthou- der zelfstandig onderwerp van bezwaar en beroep zou zijn. Dat uitgangspunt is in het thans voorliggende wetsvoorstel niet terug te vinden: de niet-vergunningverlenende toezicht- houder kan bepalen wat de vergunningverlenende toezicht- houder moet besluiten, maar de Minister heeft in het wets- voorstel niet voorzien in de mogelijkheid van bezwaar en beroep tegen het oordeel van de niet-vergunningverlenen- de toezichthouder. Belanghebbenden kunnen volgens de toe- lichting op het wetsvoorstel<sup>28</sup> slechts over dat oordeel kla- gen in hun zienswijze of bezwaar en beroep tegen het door de vergunningverlenende toezichthouder op basis van dat oordeel en/of de aanbeveling te nemen besluit.

In het navolgende gaan wij eerst in op de - ook door de Raad van State gestelde vraag - in hoeverre een noodzaak bestaat het huidige systeem te veranderen. Vervolgens wordt ingegaan op de vraag of de door de Minister beoogde wijzi- ging ook feitelijk tot stand zal komen met dit wetsvoorstel en ten slotte worden enige nadere knelpunten besproken.

##### 4.1 Noodzaak?

Het doel van de invoering van de bindende aanbeveling is blijkens de Memorie van Toelichting een verbetering van de samenwerking tussen DNB en AFM. De Minister is er ech-

ter niet helemaal zeker van dat dit doel met het wetsvoorstel zal worden bereikt: in de Nota naar aanleiding van het ver- slag schrijft hij dat zal moeten worden gezien of de intro- ductie van de bindende aanbeveling zal leiden tot een bete- re samenwerking.<sup>29</sup>

De vraag kan echter worden gesteld of een noodzaak bestaat voor de wijziging van de bepalingen over 'samenwerking' bij de betrouwbaarheids- en geschiktheidstoetsen. De Raad van State stelde die vraag ook. De Raad van State wees erop dat uit een recente evaluatie blijkt dat de samenwerking tus- sen de toezichthouders goed is en dat in die evaluatie wordt opgemerkt: 'Enkele respondenten hebben aangegeven dat er naar hun mening een grote discrepantie is ontstaan tus- sen enerzijds de maatschappelijke perceptie over de samen- werking die gevoed wordt door uitzonderlijke omstandighe- den rond de DSB-bank en anderzijds de dagelijkse praktijk, waarin de beide toezichthouders elkaar op de werkvloer goed en ook steeds beter weten te vinden.'<sup>30</sup> De Raad van State vraagt zich mede daarom af of sprake is van incident- wetgeving.<sup>31</sup>

Of de situatie die het wetsvoorstel probeert te verhelpen zich vaak voordoet, is op basis van openbare gegevens niet te be- oordelen. Indien de vergunningverlenende toezichthouder, ondanks het negatieve advies van de andere toezichthouder, positief oordeelt over betrouwbaarheid en/of deskundigheid, zal dit oordeel immers niet naar buiten (hoeven te) komen nu geen besluit op grond van dat oordeel wordt genomen. In het door de Raad van State aangehaalde recente onafhanke- lijk onderzoek over de samenwerking tussen DNB en AFM is evenwel geconcludeerd dat die in de regel goed verloopt. De vrees van de Raad van State dat sprake is van inciden- tenwetgeving - gebaseerd op enkel de DSB-casus - lijkt dan ook terecht. De Minister neemt deze vrees in de Nota naar aanleiding van het verslag niet weg: hij bevestigt expliciet onder verwijzing naar de bestuurdersonderzoeken in het ka- der van oud-DSB bestuurders, dat dit beperkt aantal geval- len - om meer precies te zijn: twee - tot de introductie van de bindende aanbeveling heeft geleid.

In zijn reactie op de kritiek heeft de Minister geantwoord dat ook goede samenwerking voor verbetering vatbaar kan zijn. De onderliggende gedachte van het wetsvoorstel dat de in- troductie van de bevoegdheid een bindende aanbeveling te geven zal leiden tot meer samenwerking en - dat zal toch be- doeld zijn - betere oordeelsvorming, is echter voor discus- sie vatbaar. Dat de ene toezichthouder het oordeel van de andere kan overrulen is nu ook al zo - de vergunningverle-

26. In het huidige stelsel kan het advies over een te verlenen vergunning mede betrekking hebben op de betrouwbaar- heids- of deskundigheidsoordelen, maar dat hoeft niet het geval te zijn.

27. Alleen over de geschiktheid, omdat de geschiktheid door DNB en AFM uit verschillend perspectief zal worden beoordeeld (*Kamerstukken II 2010/11, 32 786, nr. 3, p. 3*). Over de betrouwbaarheid behoeft dus geen advies te worden ingewonnen.

28. *Kamerstukken II 2010/11, 32 786, nr. 4, p. 4*.

29. *Kamerstukken II 2010/11, 32 786, nr. 6, p. 3*.

30. *De samenwerking tussen DNB en AFM op basis van de Wft, Twin-peaks in de praktijk*, Instituut voor Onderzoek van Overheidsuitgaven, Zoetermeer 11 juni 2010, p. 38, bijlage bij *Kamerstukken II 2009/10, 32 466, nr. 1*.

31. *Kamerstukken II 2010/11, 32 786, nr. 4, p. 2*.

nende instantie beslist - en heeft niet voorkomen dat men het ondanks samenwerking soms oneens blijft. Niet elk meningsverschil kan als gebrekkige samenwerking worden afgedaan.<sup>32</sup> In de regel blijven dergelijke verschillen van inzicht thans echter buiten de openbaarheid<sup>33</sup> gezien de op de toezichthouders rustende geheimhoudingsplichten. Daarmee wordt een effectieve samenwerking en een goed toezicht beter geborgd dan het doen beslechten van een geschil door de niet-vergunningverlenende toezichthouder en het vervolgens publiekelijk voor de rechter voortzetten van het debat over de wenselijkheid van de getroffen maatregel.<sup>34</sup>

De Minister stelt in zijn reactie op de kritiek van de Raad van State verder dat de noodzaak voor wetwijziging zou liggen in de - beleidsmatige - wens te bepalen dat de betrouwbaarheid of (bij banken en verzekeraars) geschiktheid, reeds onvoldoende moet worden geacht indien één van beide toezichthouders daarover een negatief oordeel heeft.<sup>35</sup>

De Minister licht in de Memorie van Toelichting toe dat betrouwbaarheid naar haar aard een ondeelbaar begrip is. Iemand is betrouwbaar of niet, is de gedachte en beide toezichthouders moeten positief over de betrouwbaarheid oordelen. De geschiktheid is volgens de Minister weliswaar geen ondeelbaar begrip, maar daar is het ten aanzien van banken en verzekeraars van belang dat de te toetsen persoon zowel over de door DNB als over de door de AFM verlangde geschiktheid beschikt.<sup>36</sup>

Deze overwegingen hebben allereerst niet veel met samenwerking van doen. Feitelijk komt het wetsvoorstel er immers op neer dat elke toezichthouder zelfstandig oordeelt over de betrouwbaarheid en - ten aanzien van banken en verzekeraars - geschiktheid van beleidsbepalers en commissarissen van financiële ondernemingen en de toezichthouder die negatief oordeelt kan zijn oordeel opleggen aan de andere toezichthouder. Indien thans op basis van de bestaande samenwerkingsbepalingen in de Wft de niet-vergunningverlenende toezichthouder overwegende bezwaren heeft ten aanzien van de betrouwbaarheid of geschiktheid van een beleidsbepaler of commissaris, terwijl de vergunningverlenende toezichthouder dit oordeel niet deelt, zal de niet-vergunningverlenende toezichthouder de keuze van de vergunningverlenende toezichthouder moeten accepteren. Die omstandigheid heeft echter meer te maken met de relatie tussen de negatief oordelende toezichthouder en de onder toezicht staande onderneming dan die tussen de toezichthouders. Hoewel een situatie waarin beide toezichthouders de betrouwbaarheid en geschiktheid van te toetsen personen buiten twijfel achten te prefereren is, valt met die omstandigheid te werken indien het oordeel van de negatief oordelende toezichthouder, zoals de regel is, niet naar buiten komt.

De Minister signaleert, zoals hiervoor aan de orde kwam, dat betrouwbaarheid 'ondeelbaar' is. Wat daar ook mee bedoeld is<sup>37</sup>, het betekent niet dat over de vraag of iemands betrouwbaarheid buiten twijfel staat en hoe de daarvoor relevante antecedenten geïdentificeerd moeten worden, niet van mening kan worden verschillend.<sup>38</sup> De bekende VPV-zaak is daar een goed voorbeeld van.<sup>39</sup> Dat een begrip ondeelbaar is betekent niet dat de uitleg daarvan eenduidig is, dat daarover gelijk moet worden gedacht of dat degene die negatief oordeelt over betrouwbaarheid het bij het rechte eind heeft. Door te doen alsof een term als betrouwbaarheid binair is wordt de indruk gewekt dat indien een van de twee toezichthouders iemand niet betrouwbaar vindt, het wel zo moet zijn dat die persoon dat inderdaad niet is; dat is logisch niet consistent.

Verder kan ten aanzien van vele begrippen uit de Wft worden betoogd dat het een 'ondeelbaar begrip' betreft. Zo is bijvoorbeeld sprake van een integere en beheerste bedrijfsvoering, of niet. Toch heeft de Minister geen aanleiding gezien de niet-vergunningverlenende toezichthouder een bindende aanbevelingsbevoegdheid te geven ten aanzien van maatregelen die gericht zijn op het behouden of bereiken van een beheerste en integere bedrijfsvoering.

De enige aanleiding waarop dit onderdeel van het wetsvoorstel is gebaseerd, zijn de hertoetsingen bij oud-DSB-beleidsbepalers.<sup>40</sup> Hoewel positieve oordelen normaal gesproken niet worden geopenbaard is dat bij de DSB-bestuurdersonderzoeken, soms met naam en toenaam, wel gebeurt. Die openbaarmaking vond niet plaats door de toezichthouders maar door de Minister. De Minister had, zoals hiervoor ver-

32. De Minister stelt dat de samenwerking geïntensiveerd zal worden omdat de toezichthouders de ongemakkelijke situatie van een bindende aanbeveling zullen willen vermijden (*Kamerstukken II* 2010/11, 32 786, nr. 6, p. 6). Hij lijkt daarmee te impliceren dat meer samenwerking tot een eensluidend oordeel zal leiden. In de huidige situatie is echter reeds gebleken dat dat niet altijd het geval is.
33. De Minister schrijft dat verschillen van inzicht zelfs voor de betrokken onderneming in de huidige situatie niet kenbaar zijn (*Kamerstukken II*, 32 786, nr. 6, p. 6). Dat is echter niet in alle gevallen juist. Als op grond van een negatief oordeel een besluit wordt genomen, zal het aan dat besluit ten grondslag liggende oordeel aan de belanghebbende(n) bekend worden gemaakt. De zienswijze van de andere toezichthouder ten aanzien van het besluit, vormt een integraal onderdeel van het besluit (art. 1:47, lid 3 Wft). Indien de andere toezichthouder het negatieve oordeel over de betrouwbaarheid of deskundigheid niet deelt, zal dat uit het besluit blijken. Dit artikel blijft op grond van het voorgestelde artikel bestaan. In de huidige situatie blijft een meningsverschil buiten de openbaarheid als uiteindelijk geen maatregel wordt getroffen: als de niet-vergunningverlenende toezichthouder negatief oordeelt maar de vergunningverlenende toezichthouder dit oordeel niet deelt, wordt het verschil van mening niet bekend. In de nieuwe situatie zal in dat geval een maatregel worden getroffen of besluit worden genomen op basis van een bindende aanbeveling, zodat het meningsverschil wel bekend zal worden.
34. Terecht merkt de Raad van State dan ook op dat bij een handhaving van de huidige verdeling van verantwoordelijkheden moet worden gewaarborgd dat de uitwisseling van opvattingen te allen tijde onderdeel blijft van de toezichtvertrouwelijkheid. *Kamerstukken II* 2010/11, 32 786, nr. 4.
35. *Kamerstukken II* 2010/11, 32 786, nr. 4, p. 4.
36. *Kamerstukken II* 2010/11, 32 786, nr. 3, p. 4.
37. Het is de vraag hoe de opvatting van de Minister zich verhoudt tot de huidige toetsingssystematiek in het Bpr waarin uitdrukkelijk rekening wordt gehouden met de mogelijkheid dat iemand aan wiens betrouwbaarheid twijfel bestaat, toch na een belangafweging niet wordt heengezonden. Zie *Stb.* 2006, 519, p. 75 en 103.
38. Zie daarover uitgebreider A.J.P. Tillema, 'Enkele opmerkingen over betrouwbaarheid, deskundigheid en integriteit', in: *Koersen rondom Christel*, Kluwer 2011, p. 239-248.
39. Zie (onder andere) CBb 12 september 2006, *JOR* 2007, 14, en recent HR 5 juli 2011, *LJN* BP2551 en BP2620.
40. *Kamerstukken II* 2010/11, 32 786, nr. 6, p. 6.



meld, Scheltema verzocht de door DNB en AFM verrichte toetsingen te beoordelen. Scheltema rapporteerde aan de Minister en de Minister deed daarvan verslag aan de Kamer. Bij twee van de vier door de heer Scheltema beoordeelde toetsingen verschilden DNB en AFM van mening, eenmaal met betrekking tot de deskundigheid, eenmaal met betrekking tot de betrouwbaarheid van betrokkene. Toch tonen deze gevallen niet een noodzaak voor wetwijziging aan, noch dat met het wetsvoorstel betere oordelen tot stand zullen komen.

Uit het verslag van de Minister over de eerste hertoetsing<sup>41</sup> blijkt dat DNB daar kwam tot een positieve beoordeling van de deskundigheid van betrokkene. De AFM kwam tot een ander oordeel, maar DNB was de vergunningverlenende toezichthouder. Scheltema concludeerde dat dit eindoordeel aan de te stellen eisen voldeed en dat de andersluidende aanbeveling van de AFM dat niet deed. In het voorbeeld waarnaar het wetsvoorstel verwijst<sup>42</sup>, de vierde hertoetsing, oordeelden DNB en AFM verschillend over een bepaald feit (niet verband houdend met DSB). DNB had de doorslaggevende stem en oordeelde positief. Scheltema oordeelde niet over dit feit maar stelde vast dat DNB en AFM beide in redelijkheid met betrekking tot DSB antecedenten tot het oordeel konden komen dat daarin geen reden lag tot aftoetsing.<sup>43</sup> Hoewel bij deze gevallen derhalve sprake was van een verschil van inzicht kan moeilijk gezegd worden dat hieruit een noodzaak volgt tot wetwijziging.

De in het wetsvoorstel gemaakte keuze roepen verder vragen op over de noodzaak tot samenwerking bij maatregelen die niet onder het wetsvoorstel vallen. Zo wordt in het wetsvoorstel de bindende aanbeveling ten aanzien van een oordeel over de geschiktheid, voorbehouden aan oordelen over personen bij banken en verzekeraars 'omdat hier de aanwezigheid van zowel gedrags- als prudentiële deskundigheid bij beleidsbepalers en commissarissen van evident belang is.'<sup>44</sup> De door de Minister genoemde evidentie kan worden onderschreven. Voor elke financiële onderneming die zowel onder gedrags- als onder prudentieel toezicht staat is geschiktheid op beide terreinen echter van belang; ook beleggingsondernemingen kunnen failleren wanneer in de onderneming onvoldoende prudentiële kennis in huis is. DNB kan daar echter geen bindende aanbeveling doen. De Memorie van Toelichting motiveert de keuze voor alleen banken en verzekeraars verder niet.

Evenmin wordt duidelijk gemaakt waarom voor een wijziging ten aanzien van enkel betrouwbaarheids- en geschiktheidsoordelen is gekozen, maar de overige instrumenten waarbij de Wft thans reeds samenwerking voorschrijft, buiten beschouwing zijn gelaten. De Minister schrijft slechts dat er geen aanleiding is wijzigingen in de samenwerking aan te brengen bij andere overkoepelende onderwerpen.<sup>45</sup> Ook ten aanzien van het oordeel over bijvoorbeeld de beheerste en integere bedrijfsvoering kan immers worden gesteld dat het 'ondeelbaar' is, terwijl ten aanzien van maatregelen die daarop zijn gericht geen bindende aanbevelingsbevoegdheid wordt gegeven. Voorts lijkt niet minder van belang dat bijvoorbeeld bij de al dan niet aanstelling van een stille curator of het aanvragen van een noodregeling goed wordt samengewerkt, of bij de vraag of een boete moet worden gepubliceerd, of een onderzoek moet worden gestart, enz.

## 4.2 Effecten

Het wetsvoorstel beoogt de niet-vergunningverlenende toezichthouder een doorslaggevende stem te geven, maar de besluitvorming en daartegen gericht bezwaar en beroep te blijven concentreren bij de vergunningverlenende toezichthouder. Het is maar de vraag of het voorliggende wetsvoorstel daartoe zal leiden, zo blijkt uit jurisprudentie over het besluitbegrip van art. 1:3 Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb). Te wijzen valt bijvoorbeeld op recente jurisprudentie op grond van de Leerplichtwet 1969.

De Awb kent een materieel besluitbegrip: elke schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling is een besluit. Een publiekrechtelijke rechtshandeling is een handeling gericht op rechtsgevolg en gebaseerd op een publiekrechtelijke bevoegdheid. Een besluit is gericht op een bepaald rechtsgevolg indien dat beoogde rechtsgevolg door het objectieve recht wordt toegerekend aan het nemen van dat besluit zelf.<sup>46</sup> Van rechtsgevolg is sprake (a) indien er een verandering optreedt in de bestaande rechten, verplichtingen of bevoegdheid van een of meer rechtssubjecten, of (b) wanneer er een verandering optreedt in de juridische status van een persoon of object of wanneer een rechtssubject in het leven wordt geroepen, dan wel (c) wanneer het bestaan van zekere rechten, verplichtingen, bevoegdheden of status bindend wordt vastgesteld.<sup>47</sup> Een advies is geen besluit<sup>48</sup>, tenzij bijvoorbeeld het advies een noodzakelijke voorwaarde is voor handelen van een burger.<sup>49</sup> Dat is anders als dat advies een vaststelling inhoudt die andere organen bindt bij de aanwending van hun bevoegdheden.<sup>50</sup> Zo was een brief van een Minister waarin de classificatie van een gebouwenbestand werd medegedeeld een besluit, omdat een ander bestuursorgaan bij zijn besluitvorming deze classificatie als vaststaand gegeven moest aannemen.<sup>51</sup>

In lijn met deze uitspraken heeft de Afdeling bestuursrecht-spraak van de Raad van State (hierna: ABRS) recent geoordeeld dat een bindend advies waarin in de Leerplichtwet 1969 is voorzien als appellabel besluit moet worden aangemerkt. Op grond van art. 1a1, lid 2 van de Leerplichtwet 1969 zijn Burgemeester en Wethouders verplicht een door de inspectie gegeven advies over de vraag of een onderwijs-

41. *Kamerstukken II* 2009/10, 31 371, nr. 319, p. 1.

42. *Kamerstukken II* 2010/11, 32 786, nr. 3, p. 3.

43. *Kamerstukken II* 2010/11, 32 432, nr. 14, p. 1.

44. In de Nota naar aanleiding van het verslag herhaalt hij de stelling dat bij banken en verzekeraars de beleidsbepalende en toezichthoudende organen over kennis over gedragsgebied en prudentieel gebied moeten beschikken zonder uiteen te zetten waarom dat bij andere financiële ondernemingen niet het geval zou zijn (*Kamerstukken II* 2010/11, 32 786, nr. 6, p. 5).

45. *Kamerstukken II* 2010/11, 32 786, nr. 6, p. 4.

46. CBb 7 juli 1994, *AB* 1995, 79.

47. Zie Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, 14e druk, Den Haag 2008, p. 161 en verder, onder verwijzing naar diverse jurisprudentie.

48. Zie bijvoorbeeld ABRS 12 januari 2004, *AB* 2004, 61.

49. Zie bijvoorbeeld CRvB 19 december 2000, *JB* 2001, 39.

50. M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, 4e druk, Deventer 2011, p. 120 en verder en met name p. 129.

51. ABRS 27 oktober 2004, *JB* 2004, 392.

voorziening een school als bedoeld in art. 1, onderdeel b, sub 3 Leerplichtwet 1969 is, te volgen. In een uitspraak van 20 juli 2011<sup>52</sup> overwoog de ABRS dat door deze bepaling met het advies van de inspectie vaststaat of een onderwijsvoorziening een school is. De ABRS oordeelde op grond daarvan dat het bindend advies van de inspectie gericht was op een rechtsgevolg, zodat het als besluit moet worden aangemerkt. Daar stond dus bezwaar en beroep tegen open. Voor de bindende aanbeveling die in het wetsvoorstel is opgenomen kan op grond van de jurisprudentie eveneens worden betoogd dat deze als besluit moet worden aangemerkt, waartegen bezwaar en beroep openstaat: omdat de vergunningverlenende toezichthouder verplicht is de bindende aanbeveling te volgen, staat met de aanbeveling, die niet alleen op het oordeel maar ook op het te nemen besluit kan zien,<sup>53</sup> vast dat de betrokken persoon niet geschikt dan wel onvoldoende betrouwbaar wordt geacht en dat de in de bindende aanbeveling omschreven maatregel moet worden getroffen dan wel de vergunning niet kan worden verleend. Op grond hiervan kan goed worden betoogd dat bezwaar en beroep tegen de bindende aanbeveling open staat. Die conclusie zou ook niet vreemd zijn: het bestuursorgaan dat beslissingen neemt die de rechtspositie van een onder toezicht staande persoon en/of onderneming beïnvloeden, zal hierover zelf in bezwaar en beroep verantwoording moeten afleggen. Blijkens de parlementaire geschiedenis is de Minister aan het hiervoor beschrevene voorbij gegaan. Hij overweegt immers<sup>54</sup> dat de bindende aanbeveling geen besluit is en dat slechts bezwaar tegen het door de vergunningverlenende toezichthouder te nemen besluit kan worden ingesteld. In het voorgestelde nieuwe art. 1:49, lid 4 Wft wordt dan ook bepaald dat de bindende aanbeveling integraal onderdeel uitmaakt van het besluit waarin daaraan uitvoering wordt gegeven. Apart bezwaar en beroep tegen het oordeel van de niet-vergunningverlenende toezichthouder wordt onwenselijk geacht omdat het:

'het huidige evenwicht in het Twin Peaks systeem teveel [zou] verstoren en de taakverdeling teveel [zou]doorkruisen. Bovendien zou dit leiden tot een substantiële stijging in de toezichtkosten omdat er dan tweemaal hetzelfde getoetst zou moeten worden.'<sup>55</sup>

De bedoeling van de Minister is derhalve duidelijk en dat zal door een rechter zeker worden meegewogen bij het vormen van een oordeel over de vraag of sprake is van een besluit. Nu de vraag of iets een besluit is aan de orde komt bij de vraag of een bezwaar of beroep ontvankelijk is en de ontvankelijkheid een kwestie van openbare orde is, is aannemelijk dat de opvatting van de Minister op grond van de hiervoor aangehaalde jurisprudentie onjuist zal worden geacht. Indien bezwaar en beroep tegen het oordeel van de niet-vergunningverlenende toezichthouder onwenselijk wordt geacht moet het wetsvoorstel zo worden aangepast dat de aanbeveling niet bindend is.

#### 4.3 Belangenafweging

In de brief over de hiervoor genoemde vierde hertoetsing van een oud-DSB-beleidsbepaler zet de Minister uiteen waarom het kan voorkomen dat toezichthouders een verschillende opvatting over de geschiktheid of betrouwbaarheid van een persoon hebben. Hij wees er op dat dit verschil veroorzaakt kan worden door de brede belangenafweging die de vergunningverlenende toezichthouder moet maken:

'Ik merk daarbij wel op dat er in abstracto een verschil in weging van een bepaald feit door de toezichthouders kan plaatsvinden: de lead-toezichthouder is op grond van de wettelijke systematiek gehouden tot een brede afweging van belangen waarbij het in beginsel mogelijk is dat die toezichthouder tot de conclusie komt dat het bestaan van een bepaald feit niet leidt tot een doorslaggevende twijfel over de betrouwbaarheid van een persoon. De niet-lead toezichthouder is niet gehouden tot het maken van dergelijke brede belangenafweging bij het geven van een zienswijze. Deze systematiek kan er in zijn algemeenheid toe leiden dat de uitkomst van de betrouwbaarheidstoets als gevolg van de te maken totale weging door de lead-toezichthouder een andere is dan de zienswijze van de niet-lead toezichthouder.'

Juist voor deze belangenafweging biedt de bestaande wettekst een goed kader: pas als wordt overwogen een besluit te nemen op grond van een negatief oordeel wordt de andere toezichthouder een zienswijze gevraagd. De wetgever schreef dat in de Wft bewust voor de term 'zienswijze' is gekozen: '*Een zienswijze wordt verlangd in gevallen waarin de toezichthouder die een bepaald besluit wil nemen zelf ook voldoende deskundig is, maar waarin het meewegen van het oordeel van de andere toezichthouder (gegeven vanuit diens specifieke taak en verantwoordelijkheid) van belang wordt geacht.*'<sup>56</sup> Op grond van de eigen beoordeling en de zienswijze van de andere toezichthouder op het voorgenomen besluit, neemt het bestuursorgaan vervolgens met inachtneming van alle betrokken belangen een besluit. In het huidige model verricht de niet-vergunningverlenende toezichthouder de belangenafweging derhalve niet, zoals de AFM ten tijde van de eerste hertoetsing waarover de heer Scheltema rapporteerde ook heeft benadrukt: de algemene afweging of op grond van het oordeel dat betrokkene niet deskundig was een maatregel moest worden getroffen - waartoe de aanbeveling van de AFM strekte - werd aan DNB overgelaten.<sup>57</sup> Ook na inwerkingtreding van het wetsvoorstel dient een belangenafweging plaats te vinden alvorens op grond van een negatief oordeel een besluit kan worden genomen: de toezichthouder die op grond van een oordeel over de betrouwbaarheid een besluit dient te nemen, dient zo'n belangenafweging te verrichten gezien art. 9 van het Bpr. Ook uit art. 3:4 Awb volgt een plicht tot het afwegen van belangen. Bij een belangenafweging moet bijvoorbeeld betrokken wor-

52. ABRS 20 juli 2011, *LJN* BR2291. In *Vz Rb Utrecht* 30 september 2008 (*LJN* BF3819) was reeds een zelfde oordeel gegeven over de typering van het bindend advies op grond van de Leerplichtwet.

53. Bij een aanvraag tot vergunningverlening zal de bindende aanbeveling steeds als besluit aangemerkt kunnen worden omdat in dat geval met de aanbeveling vast staat dat de vergunning niet kan worden verleend. Bij een herbeoordeling van betrouwbaarheid en/of geschiktheid zal de bindende aanbeveling als besluit aangemerkt kunnen worden indien deze niet alleen op het oordeel maar ook op de te treffen maatregel ziet.

54. *Kamerstukken II* 2010/11, 32 786, nr. 3, p. 4.

55. *Kamerstukken II* 2010/11, 32 786, nr. 4, p. 4.

56. *Kamerstukken II* 2006/07, 30 419, nr. 19, p. 398.

57. *Kamerstukken II* 2009/10, 31 371, nr. 325, p. 4.

den dat een heenzending van een beleidsbepaler die wellicht vanuit gedragstoezicht bezien wenselijk wordt geacht, op prudentieel gebied ongewenste gevolgen zou kunnen hebben. Daarbij kan worden gedacht aan de heenzending van een op gedragsaspecten onvoldoende geschikt geachte bestuurder van een systeemrelevante bank, terwijl die bank vanuit het oogpunt van financiële stabiliteit niet gebaat is bij een wisseling van de wacht aan de top. Juist om deze aspecten in de besluitvorming te doen meewegen en daardoor ook een evenwicht te bereiken tussen de twee toezichtdomeinen, is de verplichting een brede belangenafweging te verrichten thans aan de vergunningverlenende toezichthouder toegekend nu daar het zwaartepunt van het toezicht ligt.

Het wetsvoorstel maakt niet duidelijk of de niet-vergunningverlenende toezichthouder voorafgaande aan het doen van een bindende aanbeveling zelf de brede belangenafweging moet gaan verrichten en dus moet handelen alsof zij de vergunningverlenende toezichthouder is en of de vergunningverlenende toezichthouder ook aan deze belangenafweging is gebonden in die zin dat zij die tot de zijne moet maken. Enerzijds staat in het wetsvoorstel dat de niet-vergunningverlenende toezichthouder een brede belangenafweging moet verrichten voordat een bindende aanbeveling wordt gegeven,<sup>58</sup> anderzijds wordt opgemerkt dat de niet-vergunningverlenende toezichthouder zich bewust moet zijn van het feit dat de vergunningverlener eindverantwoordelijk is voor een brede belangenafweging.<sup>59</sup> Die laatste opmerking doet meer recht aan de op ieder bestuursorgaan rustende verplichting door haar te treffen maatregelen steeds te doen voorafgaan door zorgvuldig onderzoek naar de relevante feiten en belangen en te voorzien van een deugdelijke motivering.<sup>60</sup>

Indien de vergunningverlenende toezichthouder echter verplicht is de belangenafweging en het feitenonderzoek van de niet-vergunningverlenende toezichthouder te volgen, kan aan de hiervoor bedoelde eisen niet worden voldaan. Immers, indien de niet-vergunningverlenende toezichthouder bovenbedoelde belangenafweging niet hoeft te verrichten, zoals ook thans het geval is, en de vergunningverlenende toezichthouder de belangenafweging vanwege de bindende aanbeveling niet meer kan verrichten, wordt de wettelijk verplichte belangenafweging niet verricht. Indien de niet-vergunningverlenende toezichthouder die belangenafweging wel dient te verrichten, dient zij precies dezelfde beoordeling te verrichten als thans de vergunningverlenende toezichthouder. De vraag kan echter gesteld worden of de niet-vergunningverlenende toezichthouder het evenwicht tussen de twee toezichtdomeinen voldoende kan en zal bewaken. Het is ook geen logisch uitgangspunt dat de AFM de prudentiële aspecten vol mee gaat wegen bij financiële ondernemingen waar DNB vergunningverlener is, of DNB de gedragsaspecten bij financiële ondernemingen waar de AFM vergunningverlener is. Ten eerste niet omdat de expertises nu eenmaal verdeeld zijn (daarom zijn er twee toezichthouders en heet het Twin Peaks) en ten tweede niet omdat de ene toezichthouder de persoonlijke ervaringen en de contacten van de andere toezichthouder met een beleidsbepaler niet goed kan meewegen. Het is verder niet logisch de niet-vergunningverlenende toezichthouder het laatste woord te geven over een aan de vergunning gestelde eis terwijl het zwaartepunt van het toezicht elders ligt. Met de uitgangspunten van het Twin Peaks-model heeft dat weinig te maken.<sup>61</sup> De Minister stelt dat het uitgangspunt van het

Twin Peaks-model inhoudt dat de toezichthouders zelfstandig kunnen opereren in hun toezichtdomein en waar nodig het oordeel van de andere toezichthouder in hun oordeelsvorming betrekken en dat dit uitgangspunt in stand blijft omdat de vergunningverlenende toezichthouder het besluit neemt.<sup>62</sup> Die stelling kan echter reeds daarom niet worden onderschreven nu de vergunningverlenende toezichthouder verplicht wordt het besluit te nemen of oordeel te vellen dat de andere toezichthouder voorschrijft.

#### 4.4 Rechtsbescherming en aansprakelijkheid

Hiervoor is uiteengezet dat aannemelijk is dat zelfstandig bezwaar en beroep kan worden ingesteld tegen een bindende aanbeveling. Daarvan gaat de Minister echter niet uit. Dat geeft aanleiding de mogelijke gevolgen voor de rechtsbescherming en eventuele aansprakelijkheid van het door de Minister bedoelde stelsel - alleen bezwaar en beroep tegen het op grond van een bindende aanbeveling genomen besluit - te bespreken.

De Raad van State merkt op dat de toelichting bij het wetsvoorstel voorbij gaat aan de gevolgen van een bindende aanbeveling voor de rechtsbescherming in bezwaar. Het bestuursorgaan dat een besluit neemt op basis van een betrouwbaarheids- of geschiktheidsoordeel zal dit besluit en de daaraan ten grondslag liggende procedure voor zijn rekening moeten nemen. De Raad van State merkt terecht op dat dit de toezichthouder die het besluit neemt in een ongemakkelijke positie brengt en tot spanning tussen de toezichthouders kan leiden indien het besluit gebaseerd is op een oordeel van de andere toezichthouder, dat door de toezichthouder die het besluit moet nemen niet wordt gedeeld. In zijn reactie schrijft de Minister dat dit gevolg in de overwegingen die tot het wetsvoorstel hebben geleid is meegenomen en niet heeft geleid tot procedurele voorschriften over beroep en dat de niet-vergunningverlenende toezichthouder bij het bezwaar betrokken zal moeten worden.

Met deze reactie heeft de Minister niet onderbouwd waarom het door de Raad van State geconstateerde gevolg niet onwenselijk is, of waarom die onwenselijkheid voor lief moet worden genomen. De gevolgen van de keuze voor een niet zelfstandig appellabele bindende aanbeveling zijn echter divers en strekken verder dan de Raad van State omschreef. De gevolgen zullen zich voordoen bij de voorbereiding van een besluit (in het bijzonder het geven van een zienswijze), bij het behandelen van bezwaren, bij beroepsprocedures en bij eventuele aansprakelijkstellingen.

Om te beginnen de voorbereiding van het besluit. Allereerst moet worden opgemerkt dat de voorgestelde procedure tot langere besluitvormingstermijnen zal kunnen leiden. Beide toezichthouders dienen zich ten aanzien van elke betrokken (mede)beleidsbepaler een oordeel te vormen over de betrouwbaarheid en geschiktheid. Het wetsvoorstel regelt niet hoe de vergunningverlenende toezichthouder ervoor kan zorgen dat het oordeel van de niet-vergunningverlenen-

58. *Kamerstukken II* 2010/11, 32 786, nr. 3, p. 4.

59. *Kamerstukken II* 2010/11, 32 786, nr. 3, p. 10.

60. Zie bijvoorbeeld CBb 12 september 2006, *JOR* 2007, 14.

61. Zo ook C.M. Grundmann-van de Krol, 'Geschiktheid, betrouwbaarheid en de beoordeling daarvan: het 'twin peaks'-toezichtmodel wankelt', *Ondernemingsrecht* 2011, 68.

62. *Kamerstukken II* 2010/11, 32 786, nr. 6, p. 4.



de toezichthouder tijdig wordt verkregen. Als de niet-vergunningverlenende toezichthouder de besluitvormingstermijn overschrijdt die geldt voor de vergunningverlenende toezichthouder bij het oordelen over de vraag of een bindende aanbeveling wordt gegeven, zal deze termijnoverschrijding aan de vergunningverlenende toezichthouder worden toegerekend.

Voorts bestaan gevolgen voor de zienswijze. De Awb koppelt het geven van een zienswijze aan een voorgenomen besluit. Het oordeel over betrouwbaarheid of deskundigheid is geen voorgenomen besluit<sup>63</sup>, zodat geen verplichting bestaat daarover reeds een zienswijze te vragen. De vergunningverlenende toezichthouder zal belanghebbenden de gelegenheid moeten geven een zienswijze te geven op een voorgenomen besluit tot bijvoorbeeld heenzending van een beleidsbepaler, of weigering van een vergunning op grond van de betrouwbaarheid of geschiktheid van een beleidsbepaler. De vergunningverlenende toezichthouder kan vervolgens echter niets doen met die zienswijze als hij is gebonden aan een bindende aanbeveling van de andere toezichthouder. De zienswijze tegen het besluit lijkt in die situatie dan ook zinloos. De niet-vergunningverlenende toezichthouder zou, zonder dat de Awb daartoe expliciet verplicht, een zienswijze kunnen vragen tegen een voorgenomen bindende aanbeveling.<sup>64</sup> In het wetsvoorstel is echter geen plicht opgenomen een zienswijze ter zake van een voorgenomen bindende aanbeveling te vragen. Zou desalniettemin zo'n zienswijze worden gevraagd, dan kan de betrokkene geen rechtsmiddelen aanwenden als zijn zienswijze niet door het bestuursorgaan wordt overgenomen: de uiteindelijke aanbeveling is immers geen besluit.<sup>65</sup> Overigens is niet ondenkbaar dat de betrokkene ook in geval van een positief oordeel zijn reactie zal willen geven op de - wellicht deels negatieve - overwegingen die tot een positief oordeel leiden. Ook daarvoor biedt het wettelijk kader geen aangrijpingspunt.<sup>66</sup>

Daarmee komen we bij de volgende fase: bezwaar. Het bezwaar kan slechts worden gericht tegen een op grond van het oordeel te nemen besluit dat door de vergunningverlenende toezichthouder moet worden genomen. Art. 7:11 Awb bepaalt dat op grondslag van het bezwaar een heroverweging van het bestreden besluit plaatsvindt. De toezichthouder die het besluit heeft genomen kan echter niets heroverwegen: hij is gebonden aan de bindende aanbeveling. De Minister schrijft dat de niet-vergunningverlenende toezichthouder bij het bezwaar betrokken moet worden. Het lijkt er dan ook op dat de Minister ervan uitgaat dat het bezwaar dient voor heroverweging van de bindende aanbeveling. Een bezwaar leidt op grond van art. 7:11 Awb echter slechts tot een heroverweging van het bestreden besluit en niet van aan dat besluit ten grondslag liggende aanbeveling. Deze aanbevelingen zijn immers in het uitgangspunt van het wetsvoorstel niet zelfstandig aan bezwaar en beroep onderhevig. Het bestuursorgaan kan zich normaliter op grond van een bezwaar wel afvragen of een aanbeveling terecht is gevolgd, maar die ruimte is in het wetsvoorstel door de dwingendheid van de aanbeveling weggenomen. Als het wenselijk wordt geacht op basis van een bezwaar tot heroverweging van de aanbeveling te komen, dan moet expliciet worden bepaald dat bezwaar tegen de bindende aanbeveling kan worden ingesteld, leidend tot heroverweging van de aanbeveling, en moet de niet-vergunningverlenende toezichthouder het bezwaar tegen zijn aanbeveling behandelen. Hoewel wij, zoals hiervoor uiteengezet, menen dat uit de jurisprudentie

over art. 1:3 Awb lijkt te volgen dat bezwaar en beroep tegen een bindende aanbeveling (meestal) mogelijk moet worden geacht, is het gezien de verstrekkende gevolgen voor de betrokken persoon en onderneming onwenselijk onduidelijkheid te laten bestaan over de vraag of al dan niet rechtstreeks tegen de aanbeveling kan worden opgekomen.

Tijdens bezwaar zou verder een voorlopige voorziening gevraagd kunnen worden, die strekt tot schorsing van het besluit van de vergunningverlenende toezichthouder. De voorzieningenrechter zal in dat geval (onder meer) moeten beoordelen of naar voorlopig oordeel het bestreden besluit in stand zal blijven. De rechter zal dan constateren dat het bestuursorgaan geen enkele vrijheid heeft bij de keuze al dan niet de bindende aanbeveling van de andere toezichthouder te volgen, maar die bindende aanbeveling is zelf niet het onderwerp van de procedure. De vergunningverlenende toezichthouder heeft dan ook conform de wet gehandeld, zelfs als inhoudelijke bezwaren tegen de aanbeveling bestaan, zodat het maar de vraag is of de voorzieningenrechter zal kunnen oordelen dat te verwachten is dat het bestreden besluit niet in stand blijft.

Indien, ten slotte, beroep wordt ingesteld tegen een besluit op grond van een bindende aanbeveling, zal de vergunningverlenende toezichthouder zich slecht kunnen verweren. Voor de rechter zal meestal wel duidelijk zijn dat deze toezichthouder het standpunt van de betrokkene appellant deelt. De andere toezichthouder heeft geen formele positie in de procedure, maar zal wellicht als derdebelanghebbende door de rechtbank worden gehoord. Als de rechter al tot een inhoudelijke beoordeling van de aanbeveling kan komen,<sup>67</sup> zal de rechtbank gedwongen worden het geschil tussen de toezichthouders te beslechten in de door de getoetste persoon of betrokken financiële onderneming aangespannen procedure. Daarmee zal het meningsverschil in de openbaarheid komen: zowel de uitspraak als de behandeling ter zitting zijn in beginsel openbaar.<sup>68</sup> Het zal overigens duidelijk zijn dat

63. Zie bijvoorbeeld Rb Rotterdam 18 mei 2006, *LJN* AX6804, zoals bevestigd in CBb 28 december 2007, *JOR* 2008, 48. In die jurisprudentie is uiteengezet dat het oordeel in de huidige Wft geen besluit is in de zin van art. 1:3 Awb.
64. Scheltema lijkt dat zelfs als een verplichting te zien. Bij de beoordeling van de eerste hertoetsing inzake DSB, merkte hij op dat het ongewenst was dat betrokkene zijn mening niet had kunnen uiten aan de AFM over de door de AFM gedane aanbeveling, maar dat hij zijn kritiek via DNB moest uiten. *Kamerstukken II* 2009/10, 31 371, nr. 325, p. 12.
65. Zoals blijkt uit de in voetnoot 63 aangehaalde jurisprudentie wordt het oordeel in de huidige Wft niet als besluit in de zin van art. 1:3 Awb aangemerkt.
66. Dat geldt te meer nu het voorgestelde art. 1:47c, lid 4 Wft bepaalt dat als de niet-vergunningverlenende toezichthouder geen aanbeveling doet 'de toezichthouder het oordeel of een daarmee samenhangend besluit aan de financiële onderneming [kan] bekendmaken.'
67. Zoals hiervoor uiteengezet, moet de rechter oordelen over het besluit van de vergunningverlenende toezichthouder en die heeft geen bevoegdheid van de aanbeveling af te wijken.
68. De Minister lijkt dan ook ten onrechte aan te nemen (*Kamerstukken II* 2010/11, 32 786, nr. 6, p. 6) dat de uitkomst

dergelijke openbare debatten over welke toezichthouder het juist heeft niet zullen bijdragen aan het vertrouwen van de justitiabele in de soliditeit van het toezicht, of aan de goede samenwerking tussen beide toezichthouders. De vraag is verder of de niet-vergunningverlenende toezichthouder in hoger beroep kan gaan tegen de uitspraak van de rechtbank. Waarschijnlijk zal worden geoordeeld dat deze toezichthouder niet rechtstreeks in een eigen belang wordt geraakt. De vergunningverlenende toezichthouder zal naar verwachting geen hoger beroep willen instellen indien de rechtbank het besluit heeft vernietigd.<sup>69</sup>

Niet alleen in bestuursrechtelijke procedures, maar ook in eventuele civiele aansprakelijkheidsprocedures zal de door het wetsvoorstel gecreëerde verhouding tussen de toezichthouders gevolgen hebben. Als het besluit op basis van een bindende aanbeveling wordt vernietigd wegens rechtmatigheidsgebreken, zal de getoetste persoon en wellicht de betrokken financiële onderneming kunnen trachten de door het besluit veroorzaakte schade vergoed te krijgen. Daartoe zal het bestuursorgaan worden aangesproken dat het vernietigde besluit heeft genomen. Uit vaste jurisprudentie volgt immers dat met de vernietiging van een besluit de onrechtmatigheid van dat besluit in beginsel is gegeven.<sup>70</sup> Dat bestuursorgaan had echter geen andere mogelijkheid dan de aanbeveling van de andere toezichthouder volgen. Voor die toezichthouder ontstaat daarmee feitelijk een risico-aansprakelijkheid nu die toezichthouder niet veel verweer zal hebben tegen de stelling dat sprake is van een onrechtmatig besluit; dat besluit had hij zelf immers ook niet willen nemen.<sup>71</sup>

## 5. Slotopmerkingen

Zoals blijkt uit het voorgaande zijn wij van oordeel dat het 'samenwerkingsvoorstel' van de Minister geschikt noch betrouwbaar kan worden geacht:

- De bindende aanbeveling zal naar verwachting niet bijdragen aan het door de Minister genoemde doel: verbetering van de samenwerking tussen DNB en AFM. Het zou in tegendeel juist tot een formalisering en verscherping van de verhoudingen tussen beide toezichthouders kunnen leiden;
- Niet aannemelijk is dat implementatie van het voorstel van de bindende aanbeveling tot betere betrouwbaarheids- of geschiktheidsoordelen zal leiden. Door het doorbreken van het evenwicht tussen de twee toezichtdomeinen zou de kwaliteit van de eindoordelen zelfs kunnen verslechteren;
- De juistheid van de uitgangspunten over de rechtsbescherming is voor discussie vatbaar en het door de Minister voorziene stelsel lijkt getoetste personen en betrokken financiële ondernemingen onvoldoende rechtsbescherming te bieden.

Wij concluderen dan ook dat van een onvoldoende doordacht wetsvoorstel sprake is, waarvan de noodzaak onvoldoende is aangetoond en waarbij de indringende opmerkingen van de Raad van State ten onrechte zijn genegeerd. De Minister merkte in een brief aan de Kamer, waarin hij het wetsvoorstel begin dit jaar aankondigde, op dat hij teleurgesteld is in het verschil in beleid tussen de toezichthouders bij de betrouwbaarheidstoetsing.<sup>72</sup> De Minister kan evenwel binnen het bestaande wettelijk kader stimuleren dat DNB en AFM gezamenlijk gemeenschappelijk beleid opstellen over de wijze waarop de betrouwbaarheid wordt ge-

toetst. Daartoe is geen wetswijziging nodig.<sup>73</sup> Art. 1:46 Wft bepaalt immers reeds dat DNB en AFM samenwerken met het oog op de vaststelling van beleidsregels over betrouwbaarheid. Voor deskundigheid, straks te noemen geschiktheid, hebben DNB en AFM reeds gemeenschappelijk beleid vastgesteld.<sup>74</sup> Voor betrouwbaarheid is dat ook mogelijk en tot de invoering van de Wft was dat ook het geval.<sup>75</sup> Een dergelijke route is te prefereren boven dit wetsvoorstel. Het beleidsmatige kader zou in gemeenschappelijk beleid verduidelijkt en gesynchroniseerd kunnen worden, bijvoorbeeld ten aanzien van de weging van bepaalde anteceden-ten, in lijn met de kennelijke wens van de Minister. Evenwel moet onderkend worden dat met gemeenschappelijk beleid niet definitief kan worden voorkomen dat de toezichthouders het soms oneens zijn. Zo lang gekozen wordt voor twee toezichthouders op het financiële terrein met elk een eigen toezichtgebied, moet worden geaccepteerd dat die in individuele gevallen verschillend kunnen oordelen. Dat dan een

van een betrouwbaarheids- of geschiktheidstoets niet in de openbaarheid zal komen.

69. De vraag is vervolgens waartoe een vernietiging moet leiden. Na vernietiging van het besluit van de vergunningverlenende toezichthouder is de bindende aanbeveling in stand gebleven; deze kan niet door de rechter worden vernietigd. Op grond van het wettelijk kader is de vergunningverlenende toezichthouder dan wederom verplicht de aanbeveling op te volgen; ook de wettelijke verplichtingen worden door de vernietiging van het besluit immers niet aangetast. Zo zou een ongewenste vicieuze cirkel kunnen ontstaan indien de niet-vergunningverlenende toezichthouder de aanbeveling zou willen handhaven.
70. Zie onder meer HR 31 mei 1991, *NJ* 1993, 112; *AB* 1992, 290 (Van Gog/Nederweert).
71. Dat risico kan zich in de bestuursrechtelijke procedure tegen het besluit op grond van het oordeel reeds verwezenlijken indien de betrokkene op de voet van art. 8:73 Awb de bestuursrechter verzoekt bij gegrondverklaring van het beroep de vergunningverlenende toezichthouder te veroordelen tot vergoeding van de geleden schade. Dan is het die toezichthouder ook niet mogelijk de niet-vergunningverlenende toezichthouder die de aanbeveling gaf in vrijwaring op te roepen.
72. *Kamerstukken II* 2010/11, 32 432, nr. 14, p. 2. In de brief van 14 januari 2011 verwoordt de Minister ook dat Scheltema signaleert dat het verschil van inzicht tussen DNB en AFM met betrekking tot de besproken vierde hertoetsing teruggaat op een onvoldoende afstemming van beleid tussen de toezichthouders, ondanks pogingen tot gelijke inzichten te komen.
73. Zo merkt de Minister in de Nota naar aanleiding van het verslag (*Kamerstukken II* 2010/11, 32 786, nr. 6, p. 5) op dat de toezichthouders een gezamenlijk panel in het leven hebben geroepen om de communicatie op dit vlak te verbeteren en om specifieke situaties te bespreken zodat consistentie in standpuntbepaling beter wordt bereikt.
74. Zie de Beleidsregel deskundigheid 2011 van 15 december 2010.
75. Laatstelijk Beleidsregel betrouwbaarheid, *Stcrt* 28 januari 2005, nr. 20, p. 22 e.v. De inhoud van die beleidsregels is bij inwerkingtreding van de Wft echter neergelegd in het Bpr en Bgfo.
76. *Kamerstukken II* 2010/11, 32 786, nr. 4, p. 4.

heel enkele keer wellicht een beleidsbepaler tegen de wens van de niet-vergunningverlenende toezichthouder blijft zitten omdat de vergunningverlenende toezichthouder - waar het zwaartepunt van het toezicht ligt - daar (zwaarwegende) redenen voor heeft, is naar ons oordeel een te accepteren onderdeel. De diverse bezwaren die het wetsvoorstel oproept wegen daar in ieder geval niet tegen op.

In reactie op de kritische opmerkingen van de Raad van State schreef de Minister dat bij de opstelling van het wetsvoorstel een aantal alternatieven is overwogen om te voorkomen dat beleidsbepalers en commissarissen in functie kunnen blijven wanneer één van de toezichthouders twijfelt over hun betrouwbaarheid. De Minister noemt twee alternatieven:

1. Een dubbele toets, waarbij de toezichthouder die negatief oordeelt, het daarop gebaseerde besluit zelf aan de financiële onderneming bekend maakt;
2. De niet-vergunningverlenende toezichthouder krijgt de bevoegdheid een aanbeveling uit te brengen die alleen wegens zwaarwegende redenen genegeerd kan worden.

Een zelfstandig appellabele bindende aanbeveling heeft de Minister kennelijk niet overwogen.

De Minister schrijft dat het tweede alternatief feitelijk niets aan de bestaande situatie wijzigt, terwijl het eerste alternatief tot te hoge toezichtkosten zou leiden en het evenwicht in het Twin Peaks systeem te veel zou verstoren.<sup>76</sup>

Wij menen dat de nadelen die de Minister ziet bij het eerste alternatief ook aan het thans gekozen model kleven. Bij elke geschiktheidstoets bij banken en verzekeraars moet de andere toezichthouder om advies worden gevraagd en bij elke betrouwbaarheidstoets en - bij banken en verzekeraars - elk geschiktheidstoets die voor betrokkene goed afloopt, dient de niet-vergunningverlenende toezichthouder te bezien of een bindende aanbeveling wordt uitgebracht die daar tegenin gaat. Over vele toetsingen oordelen derhalve beide toezichthouders. Verder is de verstoring van het evenwicht in het Twin Peaks model niet op te lossen door het oordeel van de ene toezichthouder op naam van de andere te stellen, zoals in het wetsvoorstel gebeurt. Het risico dat in een concreet geval het ene toezichtdomein de overhand krijgt boven het andere blijft daarbij bestaan. Verder lijkt uit de jurisprudentie te volgen dat ook in het door de Minister gekozen stelsel bezwaar en beroep tegen de bindende aanbeveling openstaat.

Daartegenover staat dat bovengenoemde alternatieven, evenals het alternatief van een in de wet duidelijk omschreven zelfstandig appellabele bindende aanbeveling, het voorkomen dat wordt voorkomen dat een toezichthouder een besluit moet verdedigen dat niet zijn besluit is en waartegen hij overwegende bezwaren heeft. Als ervan wordt uitgegaan dat een wijziging van het systeem noodzakelijk is omdat zoveel als mogelijk moet worden voorkomen dat een persoon in functie kan blijven terwijl een van de twee toezichthouders twijfel heeft aan de betrouwbaarheid en/of geschiktheid van die persoon, dan zou wat ons betreft het tweede alternatief de voorkeur hebben. Dat alternatief is in lijn met de bij 3 beschreven huidige situatie, maar zou dan zijn gebaseerd op een wettelijke bepaling in plaats van op een toelichting in de wetsgeschiedenis.

Bij handhaving van het wetsvoorstel zou ook nog het volgende moeten worden bezien. Algemeen uitgangspunt bij besluitvorming op grond van een advies is dat het bestuurs-

orgaan een vergewisplicht heeft. Zo bepaalt art. 3:9 Awb over een besluit op grond van een bij of krachtens wettelijk voorschrift ingestelde adviseur dat het bestuursorgaan 'zich ervan dient te vergewissen dat dit onderzoek op zorgvuldige wijze heeft plaatsgevonden.' Aan een dergelijke bepaling bestaat ook in het wetsvoorstel indien dat zou worden gehandhaafd, behoefte. Indien de vergunningverlenende toezichthouder constateert dat de bindende aanbeveling op onzorgvuldige wijze tot stand is gekomen en bijvoorbeeld feitelijke of juridische onjuistheden bevat, kan hij toch niet verplicht worden geacht dit oordeel zonder meer over te nemen.