

JOR 2019/37

□ JOR 2019/37, Gerechtshof Amsterdam, 16-10-2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:3716, 200.235.993/01 (annotatie)

Enquêteprocedure financiële onderneming, Geen gegronde redenen om aan juist beleid en juiste gang van zaken te twijfelen, Afwijzing verzoek

GEGEVENS

| | |
|---------------------|---|
| Instantie | Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) |
| Datum uitspraak | 16-10-2018 |
| Publicatie | JOR 2019/37 (Sdu Jurisprudentie Onderneming & Recht), aflevering 2, 2019 |
| Annotator | mr. M.H.C. Sinninghe Damsté |
| ECLI | ECLI:NL:GHAMS:2018:3716 |
| Zaaknummer | 200.235.993/01 |
| Overige publicaties | ECLI:NL:GHAMS:2018:3716 ARO 2019/7 OR-Updates.nl 2018-0172 |
| Rechtsgebied | Bankenrecht, Effectenrecht |
| Rubriek | Bank- en effectenrecht |
| Rechters | mr. Broekhuijsen-Molenaar mr. Tillema mr. Wolfs prof. dr. mr. Van der Wel RA mr. Aleman MBA |
| Partijen | Turdus BV te Culemborg verzoekster, advocaat: mr. B.A. Boer, tegen Castanje Vermogensbeheer BV te Den Bosch, verweerster, advocaten: mr. F.M.A. 't Hart en mr. S.C.S. Rijpkema, en tegen 1. Vinhof BV te Tilburg 2. B. Kifkum BV te Oosterhout, belanghebbenden, advocaten: mr. F.M.A. 't Hart en mr. S.C.S. Rijpkema. |
| Regelgeving | - - Wft - 4:9 |

SAMENVATTING

Aan het enquêteverzoek ligt de stelling ten grondslag dat indirect (mede)aandeelhouder en bestuurder Burink niet voldoet aan de wettelijke vakbekwaamheidseisen die aan vermogensbeheerders worden gesteld door de richtlijn MiFID II. Een oordeel hierover is niet aan de OK. Dat Burink niet voldeed aan de geldende wettelijke vereisten is niet deugdelijk gemotiveerd onderbouwd, zodat de gronden die hierop zijn geënt geen reden vormen geen reden voor twijfel aan een juist beleid of een juiste gang van zaken.

Niet in geschil is dat de verstandhouding tussen enerzijds Teulings en anderzijds Burink en Hoffmans slecht is en dat dit de samenwerking tussen hen bemoeilijkt. Dit is op zichzelf geen gegronde reden om aan een juist beleid of een juiste gang van zaken te twijfelen. Het leidt niet tot een patstelling in het bestuur en gesteld noch gebleken is dat in de ava besluitvorming voorligt die stagneert.

De enkele omstandigheid dat partijen van mening verschillen over de inhoud van beleggingsbeleid van Castanje en over de vraag wie er wel en niet aan dit beleid voldoet, is op zichzelf geen reden om aan een juist beleid of een juiste gang van zaken van Castanje te twijfelen.

De stelling dat sprake is van een datalek en dat persoonsgegevens worden blootgesteld aan verlies of onrechtmatige verwerking is onvoldoende onderbouwd. Ook is verzoekster niet nader ingegaan op het verweer van Castanje c.s. dat Burink in zijn functie van compliance officer toegang dient te hebben tot de mailboxes van de medewerkers.

De slotsom is dat niet gebleken is van gegronde redenen om aan een juist beleid of een juiste gang van zaken van Castanje te twijfelen.

UITSpraak

1. Het verloop van het geding

1.1. In het vervolg zullen partijen en andere (rechts)personen als volgt worden aangeduid:

- verzoekster: Turdus;
- verweerster: Castanje;
- belanghebbende sub 1: VinHof;
- belanghebbende sub 2: Kijkurn;
- verweerster en belanghebbenden gezamenlijk: Castanje c.s.;
- J.A.F.J. Teuling: Teulings;
- F.J. Burink: Burink;
- V.J.F. Hoffmans: Hoffmans.

(...; red.)

2. De feiten

2.1. Castanje drijft een onderneming die zich bezig houdt met het beheren van vermogens voor derden, met name particulieren en vennootschappen.

2.2. Castanje is op 19 maart 2009 opgericht door Turdus en Kijkurn. In januari 2013 is Castanje gefuseerd met Finaltrust Vermogensbeheer B.V. waarvan VinHof aandeelhouder en bestuurder was. De aandelen in Castanje worden sindsdien (afgerond) gehouden door Turdus (40,8%), VinHof (32%) en Kijkurn (27,2%), die gezamenlijk het bestuur vormen van Castanje. De facto wordt het bestuur uitgeoefend door de respectievelijke enig aandeelhouders/bestuurders van deze vennootschappen zijnde Teulings (Turdus), Hoffmans (VinHof) en Burink (Kijkurn).

2.3. Teulings, Hoffmans en Burink zijn, naast middellijk bestuurders van Castanje, werkzaam bij Castanje als relatie- en vermogensbeheerder. Ieder van hen heeft een eigen portefeuille met klanten.

2.4. Artikel 6.5 lid 2 van de statuten van Castanje luidt:

“De algemene vergadering besluit met volstrekte meerderheid van de uitgebrachte stemmen – deze meerderheid dient minimaal drie vierde van het geplaatste kapitaal te vertegenwoordigen –, voor zover de statuten of de wet geen andere meerderheid voorschrijven.”

2.5. Castanje heeft in de jaren tot 2017 gestreefd naar autonome groei en niet-autonome groei (samenwerking met een andere marktpartij teneinde schaalgrooite te bewerkstelligen). Er zijn in dat kader gesprekken gevoerd met mogelijk geïnteresseerde marktpartijen over samenwerking dan wel overname van de vennootschap.

2.6. Begin 2017 is tussen de bestuurders onenigheid ontstaan over de wijze waarop de groei diende te worden nagestreefd. In een brief van 1 maart 2017 heeft Hoffmans aan Teulings het volgende geschreven:

“Zoals je weet hebben recent drie partijen kenbaar gemaakt interesse te hebben in een fusie cq overname van Castanje. (...)

Een aantrekkelijk voorstel wat mij betreft. Vooral nu wij, de huidige aandeelhouders en bestuurders van Castanje, als we willen, nog jaren werkzaam kunnen blijven voor Castanje. Niet alleen ikzelf maar ook [Burink] zijn bereid dit scenario verder te onderzoeken. Voor jou geldt dat niet. Echter, tegelijk heb je aangegeven niet bereid te zullen zijn aandelen van mij en eventueel [Burink] over te nemen voor eenzelfde prijs, noch ben jij bereid in te stemmen met verkoop van aandelen aan derden. Je zou wel bereid zijn in te stemmen met een vertrek van mij en eventueel [Burink], waarbij wij klanten meenemen en jij als enig aandeelhouder achterblijft in Castanje. Ook heb je geopperd dat een kostenmaatschap voor jou een optie zou zijn.

Jouw uitlatingen geven er blijk van dat jij niet langer een voorkeur lijkt te hebben voor de huidige structuur met drie aandeelhouders, waarbij jij niet individueel kan opereren. Zo heb je aangegeven het liefst je eigen lijnen uit te willen zetten, dat je nu te veel concessies moet doen en dat je niet onder een aandeelhouder wilt werken. Bovendien spreek je van ‘mijn zaak’. Dit terwijl je 40,8% van de aandelen hebt. Gelet op de noodzakelijke meerderheid van 75% van de stemmen kun je noch alleen, noch met [Burink], noch met mij alleen iets bereiken.”

2.7. Bij brief van 31 maart 2017 heeft Hoffmans aan Teulings verzocht kennis te maken met een marktpartij die interesse heeft in overname van/samenwerking met Castanje. Hierop heeft Teulings bij brief van 12 april 2017 geantwoord:

“Ik denk dat we beiden een gelijke visie hebben op het gegeven dat de huidige situatie in de branche en de toekomstige ontwikkelingen een adequaat antwoord vragen. Zo zijn er organisatorische en professionele veranderingen noodzakelijk. Echter wij verschillen van mening op welke wijze deze gerealiseerd moeten worden.

Ik denk dat een overname door een derde niet in het belang van de onderneming is. Ik ga dan ook niet op deze wijze samenwerken. Sterker nog, ik ben er van overtuigd dat het klantenbelang en ondernemingsbelang beter gediend zijn met voorzetting van de onderneming met de juiste aanpassingen. (...)

Een aantal maatregelen die naar mijn mening noodzakelijk zijn.

(...)

2. (...)

Momenteel wordt de onderneming onvoldoende bestuurd door de verschillende zienswijzen en persoonlijke doelstellingen van de drie bestuurders, terwijl de omvang van de onderneming niet zodanig is dat een uitgebreide directie nodig is. Door een eenhoofdige leiding komt ook meer ruimte vrij voor relatiemanagement. In eerste instantie ben ik bereid om de functie van Algemeen Directeur op me te nemen. (...)

Als AFM-bestuurders lijken [Burink] en ikzelf het meest aangewezen om deze functie te blijven vervullen. (...).

4. (...)

Naast eindverantwoordelijkheid denk ik mij te blijven toeleggen op marketing en daarnaast de contacten met toezichhouders en brancheverenigingen te intensiveren alsmede de ondernemingsstrategie. Compliance wordt uitbesteed aan een extern bureau conform het advies neergelegd in de richtsnoeren van ESMA.

Teulings heeft in de brief zeven maatregelen genoemd en toegelicht.

Teulings heeft vervolgens, in juni 2017, zijn visie op de toekomst en de te treffen maatregelen en aanpassingen uiteengezet in een document genaamd "Strategische heroriëntatie Castanje".

2.8. Burink en Hoffmans zijn niet akkoord gegaan met de door Teulings voorgestelde aanpassingen waaronder zijn benoeming als algemeen directeur.

2.9. Op het beleggingsoverleg op 4 september 2017 heeft Teulings verklaard, kort samengevat, dat:

- hij blij is met het idee om eindelijk vorm te geven aan een gezamenlijk beleggingsbeleid;*
- dit onderwerp niet op een beleggingsoverleg maar op een managementoverleg thuis hoort en hij dit onderwerp zal agenderen en een notitie zal voorbereiden;*
- als Hoffmans/Burink het beleid willen bepalen, het voor Teulings geen zin heeft om aan het overleg deel te nemen;*
- hij zich niet gebonden voelt aan hetgeen Hoffmans/Burink zonder zijn instemming besluiten;*
- er is afgesproken dat eenieder eigen modelportefeuilles hanteert;*
- hij in de geest en traditie van het oorspronkelijke Castanje beleid zijn beleggingsbeleid zal voortzetten en gedooft dat Hoffmans/Burink een afwijkend beleid voeren.*

2.10. De notulen van het beleggingsoverleg van 18 september 2017 luiden, voor zover hier van belang:

"De voorzitter geeft aan het geagendeerde agendapunt 'concept beleggingsbeleid Castanje Vermogensbeheer vanaf 1 januari 2018' naar voren te halen ter bespreking nu dit al drie keer eerder is uitgesteld en het onderwerp voor de organisatie van groot belang is. Hierop verlaat [Teulings] de vergadering zonder aan te geven waarom dit voor hem bezwaarlijk is.

De vergadering stelt vast dat aan [Teulings] genoegzaam in en buiten vergadering gelegenheid is gegeven om zich inhoudelijk over het nieuwe onder MiFID 2 te voeren beleggingsbeleid uit te laten maar er kennelijk voor kiest om hierover niet van gedachten te wisselen. Nu het belang van de onderneming met zich brengt dat een nieuw beleid wordt vastgesteld dat ook over 3,5 maanden kan worden geïmplementeerd, wordt het geagendeerde voorstel aanvaard. Daarbij komt dat het voorgestelde beleid een nadere precisering inhoudt van het bestaande beleggingsbeleid van [Castanje].

2.11. In de bestuursvergadering van 22 november 2017 heeft Teulings zich op het standpunt gesteld dat de notulen van de voorgaande vergadering aangepast dienen te worden, maar, daarnaar gevraagd, geweigerd aan te geven in welke zin. In de notulen is voorts het volgende opgenomen:

8. wat verder ter tafel komt

(...)

[Teulings] vraagt of hoe het (door hem ervaren) incident [bedoeld is het door Hoffmans niet melden aan de medebestuurders van het feit dat hij is gezakt voor het examen 'Vaardigheden', opmerking Ondernemingskamer] door Castanje aan AFM gemeld moet worden: met of zonder toelichting dat een eigen onderzoek wordt gestart. Hierop wordt door de andere deelnemers aangegeven dat vorige week door het bestuur van de vennootschap is besloten dat er geen reden bestaat om te twijfelen aan de compliancefunctie of de complianceofficier binnen Castanje. Derhalve is er geen grond om een melding aan AFM te doen. De voorzitter merkt daarenboven op dat hij inmiddels kennis heeft genomen van de inhoudelijke onderbouwing die [Teulings] hanteert als motief voor het moeten doen van een incidentmelding, en dat hij (de voorzitter) ook in die onderbouwing geen enkel motief ziet voor twijfel en dus geen reden voor het doen van een incidentmelding. Het bestuur besluit dat geen sprake is van een incident en besluit daarom dat er door Castanje geen melding van een incident aan AFM gedaan kan worden. Dit besluit wordt genomen met twee stemmen voor en 1 stem tegen."

2.12. [D] (hierna: [D]), compliance consultant bij Charco & Dique, een adviesbureau voor beleggingsinstellingen en vermogensbeheerders, heeft op 30 november 2017 desgevraagd Castanje advies gegeven over de kennis en vakbekwaamheid onder MiFID II van Hoffmans. [D] heeft in dit advies geschreven:

"De leden van de directie van [Castanje] geven thans invulling aan de eisen van de kennis en bekwaamheid door – onder meer – een registratie bij het Dutch Securities Institute (hierna: DSI) en de bijbehorende opleidingen (via een systeem van permanente educatie). [Hoffmans], een van de directieleden, staat sinds de oprichting van Castanje ingeschreven bij het [DSI], als senior beleggingsadviseur en senior vermogensbeheerder particulier. Sinds het moment van de inschrijving heeft [Hoffmans] telkens zijn certificering up-to-date gehouden en telkens alle toetsen en examens met goed gevolg afgelegd, behoudens het onderdeel 'vaardigheden', één van de onderdelen binnen de Periodieke Toets DSI. (...)

Het verzoek van Castanje is advies omtrent de vraag hoe dient te worden omgegaan met het ontbreken van het onderdeel 'vaardigheden' bij [Hoffmans], in het licht van de eisen van MiFID II.

(...)

Artikel 25, lid 1, van de [MiFID II Richtlijn] schrijft voor dat beleggingsondernemingen waarborgen en op verzoek van de bevoegde autoriteiten kunnen aantonen dat natuurlijke personen die beleggingsadvies of informatie over financiële instrumenten verstrekken, of beleggingsdiensten of nevendiensten aan cliënten verlenen namens de beleggingsonderneming, over de nodige kennis en bekwaamheid beschikken om hun verplichtingen overeenkomstig artikel 24 en onderhavig artikel na te komen. (...).

De ESMA Richtsnoeren voor de beoordeling van kennis en bekwaamheid (...) bevatten de minimumnormen die gelden voor de hierboven genoemde criteria en beoordeling van de kennis en bekwaamheid. (...) In voornoemde richtsnoeren wordt kortgezegd aangegeven dat een medewerker met klantcontact moet beschikken over een passende kwalificatie (lees: opleiding of examen met goed gevolg afgerond) en passende ervaring op basis waarvan kan worden aangetoond dat men aan de criteria voldoet. Passende ervaring wordt gedefinieerd als de omstandigheid dat een personeelslid door uitgevoerde eerdere werkzaamheden heeft aangetoond dat hij in staat is de diensten te verlenen. (...)

De normen uit de ESMA Richtsnoeren zijn minimumvereisten en laten ruimte voor de nationale toezichhouder om additionele eisen te stellen aan de kennis en vakbekwaamheid. In Nederland heeft de [AFM] de normen op de volgende punten aangevuld:

– de AFM heeft besloten de criteria uit de richtsnoeren over te nemen en geen lijst met specifieke passende kwalificaties te publiceren.

– voor de kenmerken van de passende kwalificatie sluit de AFM aan bij de definitie in de richtsnoeren, met de toevoeging dat het personeel aantoonbaar een kwalificatie of andere toets of opleiding met succes behaald moet hebben. De AFM stelt dus geen aanvullende eisen aan de passende kwalificatie, anders dan dat deze aantoonbaar moet zijn.

– (...) de AFM [heeft] besloten de vereiste periode om passende ervaring op te doen vast te stellen op 12 maanden op voltijds basis. (...)

3. Oordeel

(...)

Onder MiFID II worden de eisen die verband houden met kennis en vakbekwaamheid ingevuld door de vereisten van (...) de ESMA Richtsnoeren. Deze eisen zien met name op de inhoud van de dienstverlening, zoals inzicht van de risico's van de producten, economische werking van de producten en waarderingmethoden, marktmisbruik, informatieverplichtingen etc. De module 'Vaardigheden' ziet vooral op gesprekstechnieken en niet zozeer op vakinhoudelijke kennis. Betoogd kan worden dat de module 'Vaardigheden' dan ook niet relevant is in het licht van de vereisten die ESMA heeft geformuleerd ter invulling van de eisen omtrent kennis en bekwaamheid uit MiFID. (...)

Naar het oordeel van Charco & Dique voldoet [Hoffmans] enerzijds aan de eis van (...) de ESMA Richtsnoeren en kan dit ook aantoonbaar worden gemaakt naar de toezichhoudende autoriteit middels diploma's en certificaten van cursussen die met goed gevolg zijn afgelegd. Anderzijds voldoet [Hoffmans] aan de eis van ervaring. (...) Dit oordeel staat overigens los van de eventuele wens van Castanje om haar vermogensbeheerders DSI-geregistreerd te laten zijn.

Terzake van de DSI-registratie geldt namelijk het volgende.

DSI geeft aan dat de personen die thans DSI-gecertificeerd zijn en voldoen aan de eisen op het gebied van kennis, vaardigheden en integriteit onder de nieuwe ESMA-eindtermen per januari 2018 worden omgezet naar 'DSI gecertificeerd' in het betreffende openbare DSI-ESMA register. (...)

Vanwege het ontbreken van de module 'Vaardigheden' wordt [Hoffmans] in het register van DSI opgenomen als 'kandidaat gecertificeerde' en dient hij voor de registratie 'DSI gecertificeerd' alsnog de module 'Vaardigheden' succesvol af te ronden. (...)

2.13. Teulings heeft, als (indirect) bestuurder van Castanje, op 1 december 2017 een incidentmelding gedaan bij de AFM, die het volgende inhoudt:

"Ik heb twijfel over de onafhankelijkheid van de Compliance Officer (CO) [Hoffmans, OK], zijn kwaliteiten voor deze functie en over de wijze van invulling van deze functie. De CO is een medebestuurder, waardoor een eigen onderzoek door Castanje omtrent mijn twijfel niet mogelijk is.

De CO onthoudt de directie voor het bedrijf van belang zijnde informatie, dan wel verstrekt hij deze informatie op een laat moment, overtreedt hij privacyregels m.b.t. de medewerkers, en gebruikt hij zijn positie in een conflict tussen de aandeelhouders."

Teulings heeft op verzoek van de AFM het incident nader toegelicht bij e-mail van 11 december 2017. In deze mail staan acht punten vermeld ter onderbouwing van de twijfel aan de compliance en de compliance officer van Castanje.

Bij de brief zijn geen bijlagen gevoegd. De AFM heeft geen gevolg gegeven aan de incidentmelding.

2.14. Op 3 januari 2018 is de richtlijn 2014/65/EU van 15 mei 2014 (richtlijn betreffende markten voor financiële instrumenten, kortweg: MiFID II) in de Wet op het Financieel Toezicht geïmplementeerd.

2.15. Op een vraag van Teulings over het advies van Charco & Dique van 30 november 2017 (zie hiervoor onder 2.12), heeft [D] bij e-mail van 25 januari 2018 geantwoord:

"De vraag of wordt voldaan aan de eisen van DSI is een andere: met een DSI registratie wordt in ieder geval voldaan aan de ESMA vereisten (en dus aan de AFM eisen) op het gebied van vakbekwaamheid onder MiFID II. Terzijde merk ik graag nog op dat een DSI registratie niet de enige manier is om te voldoen aan de eisen die MiFID II/ESMA stelt aan de vakbekwaamheid."

2.16. De notulen van de algemene vergadering van aandeelhouders van Castanje op 29 januari 2018, waarop alle aandeelhouders aanwezig waren, vermelden:

"De voorzitter (Burink, OK) vraagt of eenieder zich verder in de begroting kan vinden zodat deze goedgekeurd kan worden. Hierop reageert [Teulings] door aan te geven dat hij tegen de begroting stemt omdat hij het niet eens is met de beloningen. Desgevraagd geeft [Teulings] aan dat hij van mening is dat [Hoffmans]

1 – niet deskundig is

2 – onder supervisie geplaatst moet worden

en dat daar een andere beloning bij hoort.

Dit betekent dat de begroting 2018 niet goedgekeurd wordt (...)."

2.17. Eind 2017/begin 2018 hebben de aandeelhouders van Castanje gesproken over overname van de aandelen van Turdus door Kijkurn/VinHof. Teulings heeft bij brief van 13 februari 2018 een voorstel hiervoor geformuleerd.

2.18. Een brief van 22 februari 2018 van Burink en Hoffmans aan Teulings bevat onder meer de volgende passages:

"In het eerste kwartaal van 2017 begonnen twee kwesties te spelen. Het opjagen van [Hoffmans] in zijn hoedanigheid van compliance officer en het niet langer willen meewerken aan de strategie van de niet-autonome groei. De kont werd tegen de krib gegooid. De gesprekken die wij in die periode hierover hebben gevoerd gaven geen duidelijkheid. Gesprekken met andere partijen konden ook niet worden voortgezet. (...)

Jouw opstelling in de eerste maanden van 2017 resulteerde in een gespannen situatie op de werkvloer. De brief uit april maakte duidelijk hoe jij tegen ons aankijkt. Het laat het beeld zien van iemand die zichzelf beter vindt dan zijn medebestuurders en die op Trumpiaanse wijze het belang van de onderneming in grote mate met zichzelf verenigt. (...)

Wij hebben jou (...) opgeroepen jouw standpunten te herzien – mede gelet op de verstrekkende consequenties – en om een open gesprek aan te gaan zonder dat bepaalde onderwerpen bij voorbaat zijn uitgesloten. In plaats van het gesprek aan te gaan, heb jij ervoor gekozen het gaspedaal nog verder in te drukken door in juli 2017 ons te confronteren met een document onder de titel 'Strategische heroriëntatie Castanje'. (...)

Wij hebben kenbaar gemaakt deze voorstellen niet te zien zitten. (...)

Beleggingsbeleid

Een belangrijke aangelegenheid was de waarborging van een uniform beleggingsbeleid, mede met het oog op de naderende introductie van MiFID 2. Wij waren onaangenaam verrast door jouw stellingname dat geen sprake zou zijn geweest van een uniform beleggingsbeleid, waarbij het nota bene zo is dat jij degene bent die afwijkt van het beleggingsbeleid, een eigen modelportefeuille op onze website plaatst en je vervolgens voordoet als bewaker van gezamenlijk beleggingsbeleid. (...)

Bestuursvergadering

Sinds de zomer hebben wij geen ordentelijke bestuursvergaderingen kunnen voeren, dit vanwege meerdere redenen.

- 1. Een aantal vergaderingen heb jij niet willen bijwonen of heb jij na een kort statement vroegtijdig verlaten (...);*
- 2. Een aantal vergaderingen heeft geen doorgang gevonden of is ernstig verhinderd doordat jij opnames wilde maken, een onafhankelijke notulist wilde hebben, weigerde om commentaar te leveren op de concept notulen en soortgelijke bezwaren, zonder dat overigens ooit gebleken is dat die bezwaren terecht zouden zijn. (...)*
- 3. Meermaals heb jij verklaard jou niet te zullen houden aan bestuursbesluiten en heb jij jou feitelijk niet naar bestuursbesluiten gedragen (...).*

Het moge duidelijk zijn (...) dat tussen ons als aandeelhouders ook geen zakelijke relatie meer goed mogelijk is. (...) het is duidelijk dat we uit elkaar moeten."

2.19. De notulen van de algemene vergadering van aandeelhouders van Castanje van 13 april 2018 luiden, voor zover hier van belang:

"[Kijkurn/VinHof] vraagt [Turdus] of er nog altijd bezwaren zijn om de begroting goed te keuren. [Turdus] geeft aan geen bezwaren meer te hebben tegen goedkeuring van de begroting aangezien inmiddels een volledige DSI certificering voor [Hoffmans] geldt."

Over de incidentmelding aan de AFM vermelden de notulen dat de voorzitter vraagt naar een onderbouwing/bijlagen. Teulings deelt daarop mede dat er bijlagen zijn maar dat hij die pas zal verstrekken als de AFM daar om vraagt.

2.20. De concept-notulen van de bestuursvergadering van 16 april 2018 vermelden dat de besluitenlijst en de bijlage beleggingsbeleid van 9 maart 2018 "conform het voorstel" unaniem zijn goedgekeurd en dat Teulings ervoor heeft gekozen om aan de behandeling van het agendapunt "Analyse portefeuilles van beheerders op aansluiting op het officiële beleggingsbeleid" niet deel te nemen.

2.21. [D] heeft bij brief van 28 april 2018, in verband met de onderhavige procedure, verklaard dat:

– Charco & Dique nog achter de inhoud van het advies van 30 november 2017 staat; en

– de totstandkoming van het advies onafhankelijk heeft plaatsgevonden, op basis van de feitelijke informatie verstrekt door Castanje omtrent het ontbreken van de module vaardigheden op het cv van Hoffmans.

3. De gronden van de beslissing

3.1. Turdus heeft aan haar verzoek ten grondslag gelegd dat er gegronde redenen zijn voor twijfel aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van Castanje en dat er gelet op de toestand van de vennootschap onmiddellijke voorzieningen dienen te worden getroffen. Ter toelichting heeft Turdus – kort samengevat – het volgende naar voren gebracht.

a. Het vermogensbeheer bij Castanje wordt deels uitgevoerd door een vermogensbeheerder (Hoffmans) die niet aan wettelijk vereiste kwalificaties voldoet. Hoffmans had op de datum van inwerkingtreding van MiFID II niet het DSI-diploma Vaardigheden behaald. Daardoor stond hij destijds (en tevens bij raadgeving van het register op 6 maart 2018) in het DSI-register als kandidaat-vermogensbeheerder geregistreerd en was hij niet bevoegd zelfstandig klanten van Castanje te adviseren. Hoffmans heeft dit, ondanks protesten en waarschuwingen van Teulings, wel gedaan en heeft daardoor bewust de regels van de toezichhouders overtreden en de bedrijfsactiviteiten van Castanje op het spel gezet.

b. Bij Castanje ontbreekt een vastgestelde begroting terwijl er wel uitgaven worden gedaan, waaronder betaling van de management fee aan Hoffmans terwijl – wegens het niet voldoen aan de kwaliteitseisen zoals voornoemd – hij geen werkzaamheden als vermogensbeheerder mag verrichten.

c. De compliance bij Castanje is niet op orde. Hoffmans is compliance officer van Castanje maar hij overtreedt zelf de wet. Ook belet hij dat directievergaderingen objectief genoteerd worden en gebruikt hij zijn functie als compliance officer om zich met de portefeuille van Teulings te bemoeien.

d. Hoffmans /VinHof en Burink /Kijkurn sluiten Teulings /Turdus uit als bestuurder: Hoffmans en Burink nemen effectenposities in zonder formeel bestuursbesluit, de inbreng van Teulings in directievergaderingen wordt genegeerd en de notulen van dergelijke vergaderingen worden gemanipuleerd. Ook wordt Teulings informatie en correspondentie onthouden die voor hem als bestuurder relevant zijn om zijn taak naar behoren uit te voeren. Tot slot hebben Burink en Hoffmans bij de functie- en taakverdeling in het handboek van Castanje geen kernfunctie of -taak aan Teulings toebedeeld.

e. Hoffmans heeft adviesbureau Charco & Dique een onjuist advies laten geven ten aanzien van zijn bevoegdheid om werkzaamheden als vermogensbeheerder/adviseur uit te voeren.

f. Hoffmans en Burink nemen effectenposities in die strijdig zijn met het door de bestuurders gezamenlijk vastgestelde beleggingsbeleid. De portefeuilles van Hoffmans en Burink zijn dan ook niet in overeenstemming met dit beleid, terwijl zij in directievergaderingen beleggingsposities voor de portefeuille van Teulings voorschrijven en voor hem willen uitvoeren. Hoffmans en Burink brengen aldus de continuïteit van Castanje in gevaar door hun eigen belangen na te streven in plaats van het belang van Castanje voorop te stellen.

g. Het privacybeleid van Castanje deugt niet. Hoffmans heeft zichzelf toegang gegeven tot de e-mailboxen van medewerkers van Castanje, waaronder ook die van Teulings, en schendt zo de privacy van de medewerkers. Burink laat, ongeacht het onderwerp en de adressant, e-mails systematisch doorsturen naar de server van zijn privé-provider, zonder dat met deze privé-provider beveiligingsmaatregelen zijn overeengekomen. Er is aldus sprake van een datalek doordat persoonsgegevens zonder toestemming buiten de beveiligde omgeving van Castanje worden gebracht, zonder dat daartoe noodzaak bestaat en beleid voor bestaat. Bovendien is Castanje niet voorbereid op de AVG-regelgeving. De bedrijfsvoering van Castanje wordt aldus in gevaar gebracht.

3.2. Castanje c.s. hebben gemotiveerd verweer gevoerd. De Ondernemingskamer zal dit verweer hierna betrekken bij de beoordeling van het verzoek van Turdus.

3.3. De Ondernemingskamer oordeelt als volgt.

Wettelijke vakbekwaamheidseisen MiFID II

3.4. Aan de in 3.1 sub a, b, c en e genoemde gronden van het verzoek, ligt de stelling van Turdus ten grondslag dat Hoffmans niet voldoet aan de wettelijke vakbekwaamheidseisen die aan vermogensbeheerders worden gesteld door de richtlijn MiFID II. Een oordeel hierover is niet aan de Ondernemingskamer. In het kader van de beoordeling van het onderhavige verzoek, overweegt de Ondernemingskamer echter het volgende. In artikel 25 van deze richtlijn, zoals neergelegd in artikel 4:9 Wft, is bepaald dat een beleggingsonderneming zorg draagt voor de vakbekwaamheid van haar werknemers en andere natuurlijk personen die onder haar verantwoordelijkheid cliënten informeren over financiële instrumenten, beleggingsdiensten of nevendiensten of zich rechtstreeks bezighouden met het adviseren van cliënten over financiële instrumenten. Om aan de eisen die worden gesteld aan de kennis en vakbekwaamheid invulling te geven, heeft de European Securities & Markets Authority (ESMA) richtsnoeren opgesteld. De AFM is in Nederland verantwoordelijk voor het toezicht op naleving van deze richtsnoeren. De AFM een convenant gesloten met de stichting DSI om het naleven van de richtsnoeren te vergemakkelijken. Laatstgenoemde neemt examens af en houdt een register bij. Dat niet ook op andere wijze dan door het behalen van de DSI-examens en/of registratie in het DSI register aan de vereisten van MiFID II kan worden voldaan, zoals Turdus betoogt, volgt niet uit de wet- of regelgeving. Castanje c.s. hebben – onder verwijzing naar het advies van Charco & Dique aangevoerd dat Hoffmans aantoonbaar (door middel van diploma's en certificaten) voldoet aan de eis van de ESMA-richtsnoeren, terwijl hij eveneens voldoet aan de door de AFM gestelde aanvullende eis van meer dan twaalf maanden werkervaring. Het niet behalen van de module "vaardigheden" (met name gericht op gesprekstechnieken) leidt er volgens Charco & Dique niet toe dat Hoffmans niet bekwaam zou zijn, temeer nu de criteria van de ESMA richtsnoeren niet de component "vaardigheden" kennen. Dat, zoals Turdus stelt (zie hiervoor onder 2), de opinie van Charco & Dique (deels geciteerd onder 2.11) niet klopt of zou zijn gemanipuleerd door Hoffmans acht de Ondernemingskamer niet aannemelijk en een concrete onderbouwing daarvan ontbreekt. Turdus heeft geen andersluidende opinie van een onafhankelijk derde overgelegd dan wel anderszins deugdelijk gemotiveerd onderbouwd dat Hoffmans niet voldeed aan de wettelijke vereisten. Overigens, zo voeren Castanje c.s. aan, heeft Hoffmans op 23 januari 2018 het vaardigheidendiploma behaald, voordat Turdus het enquêteverzoek heeft ingediend. De Ondernemingskamer merkt nog op dat het ontbreken van dat diploma – onderdeel van de incidentmelding van 1 december 2017 – voor de AFM geen reden is geweest om in te grijpen. De gronden die zijn geënt op het gestelde gebrek aan vakbekwaamheid van Hoffmans zijn in het licht van het voorgaande geen reden voor twijfel aan een juist beleid of een juiste gang van zaken van Castanje.

Ontbreken van een begroting

3.5. Uit de stukken blijkt dat de conceptbegroting is besproken in de aandeelhoudersvergadering op 29 januari 2018. Teulings heeft bezwaar gemaakt tegen vaststelling/goedkeuring van de begroting op de grond dat Hoffmans niet gekwalificeerd is, onder supervisie dient te werken en dat daar een andere beloning bij hoort. Dit had tot gevolg dat de begroting niet kon worden vastgesteld aangezien de statuten unanieme besluitvorming voorschrijven. Nu Teulings zelf – op onjuiste gronden (zie hiervoor onder 3.4) – tegen de begroting heeft gestemd, gaat het niet aan dat hij de overige twee bestuurders verwijt uitgaven te doen zonder begroting, met name niet omdat aldus aan lopende betalingsverplichtingen jegens derden dient te worden voldaan, hetgeen Teulings in een mail van 1 februari 2018 aan Hoffmans en Burink ook heeft onderkend. Overigens is de begroting op de aandeelhoudersvergadering van 13 april 2018 alsnog vastgesteld.

Compliance

3.6. De stelling dat Hoffmans niet voldoet als compliance officer omdat hij zich niet houdt aan de "geldende wetgeving" is door Turdus niet nader onderbouwd. Voor zover wordt gedoeld op de vereisten ingevolge MiFID II wordt naar het voorgaande verwezen. Voorts is niet gebleken dat directievergaderingen niet objectief worden genoteerd dan wel dat Hoffmans deze functie gebruikt om zich met de portefeuille van Teulings te bemoeien. Dat, zoals ter zitting nog naar voren is gebracht, sprake zou zijn van ontoelaatbare belangenverstremming (doordat korting wordt gegeven op werkzaamheden voor de zus van Hoffmans en een vennootschap waarmee zij verbonden is), is niet voldoende geconcretiseerd. Turdus laat zich er bijvoorbeeld niet over uit wanneer deze afspraak is gemaakt, of dit is overlegd met de overige partners in Castanje en of hierover binnen Castanje afspraken bestaan. Ook de overgelegde stukken bieden geen verder inzicht. De enkele stelling dat Hoffmans werkzaamheden verricht voor zijn zus en een aan haar verbonden vennootschap voor een lager tarief, kan, zonder nadere toelichting, geen grond vormen voor het aannemen van gegronde redenen voor twijfel aan een juist beleid of een juiste gang van zaken van Castanje.

Uitsluiten Turdus als bestuurder

3.7. Niet in geschil is dat de verstandhouding tussen enerzijds Teulings en anderzijds Hoffmans en Burink slecht is en dat dit de samenwerking tussen hen bemoeilijkt. Dit is op zichzelf geen gegronde reden om aan een juist beleid of een juiste gang van zaken te twijfelen. Het leidt niet tot een patstelling in het bestuur en gesteld noch gebleken is dat in de algemene vergadering van aandeelhouders besluitvorming voorligt die stagneert. Dat er informatie voor Turdus wordt achtergehouden, hem de toegang tot de vergaderingen wordt ontzegd dan wel de notulen van de bestuursvergaderingen zijn gemanipuleerd, is evenmin gebleken. Overigens volgt uit de als onderdeel van productie 30 door Castanje c.s. overgelegde lijst dat Teulings vanaf juli 2017 bij ongeveer de helft van de bestuursvergaderingen afwezig is geweest.

Beleggingsbeleid

3.8. De enkele omstandigheid dat partijen van mening verschillen over de inhoud van beleggingsbeleid van Castanje en over de vraag wie er wel en niet aan dit beleid voldoet, is op zichzelf geen reden om aan een juist beleid of een juiste gang van zaken van Castanje te twijfelen. Dit onderwerp is – zo blijkt uit de stukken – op meerdere bestuursvergaderingen besproken. Het beleggingsbeleid is, volgens de overgelegde concept-notulen, in de bestuursvergadering van 16 april 2018 unaniem goedgekeurd. Het is vervolgens de eigen keuze geweest van Teulings om niet met zijn medebestuurders/-vermogensbeheerders de dossiers tijdens deze vergadering te analyseren.

Privacybeleid

3.9. De stelling van Turdus dat sprake is van een datalek en dat persoonsgegevens worden blootgesteld aan verlies of onrechtmatige verwerking is, mede in het licht van een door Castanje c.s. overgelegde opinie van Sec.Juur B.V. met betrekking tot dit punt, onvoldoende onderbouwd. Ook is Turdus niet nader ingegaan op het verweer van Castanje c.s. dat Hoffmans in zijn functie van compliance officer toegang dient te hebben tot de mailboxen van de medewerkers.

3.10. De slotsom is dat niet gebleken is van gegronde redenen om aan een juist beleid of een juiste gang van zaken van Castanje te twijfelen. De Ondernemingskamer zal het verzoek van Turdus daarom afwijzen en haar veroordelen in de kosten van het geding aan de zijde van Castanje, VinHof en Kijkurn.

3.11. Nu de Ondernemingskamer het verzoek van Turdus tot het gelasten van een onderzoek afwijst, behoeft het voorwaardelijke verzoek van Castanje c.s. tot het treffen van (andere) onmiddellijke voorzieningen geen bespreking.

4. De beslissing

De Ondernemingskamer:

wijst het verzoek van Turdus B.V. af;

veroordeelt Turdus B.V. in de kosten van het geding (...; red.);

verklaart deze beschikking wat de kostenveroordeling betreft uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

1. *Inleiding.* Deze beschikking geeft aanleiding tot enige observaties over de vraag of en zo ja op welke wijze de schending van toezichtwetgeving de conclusie kan opleveren dat er sprake is van gegronde redenen om te twijfelen aan een juist beleid en een juiste gang van zaken bij de vennootschap. Ik beperk mij hier tot de gezichtspunten vanuit het enquêterecht. Daarnaast sta ik kort stil bij de stelling of een gebrek aan privacybeleid van een vennootschap grond zou kunnen zijn voor toewijzing van een enquêteverzoek.

2. *Feiten.* Castanje Vermogensbeheer BV beheert het vermogen van particulieren en vennootschappen. Castanje heeft hiervoor een vergunning van de AFM. De aandelen in Castanje worden gehouden door Turdus (40,8%), VinHof (32%) en Kifkurn (27,2%), die ook gezamenlijk het (formele) bestuur vormen van Castanje. De facto wordt het bestuur gevormd door de enig aandeelhouders/bestuurders van deze vennootschappen, in de beschikking aangeduid als Teulings (Turdus), Hoffmans (VinHof) en Burink (Kifkurn). Teulings, Hoffman en Burink zijn, naast middellijk bestuurder van Castanje, ook werkzaam bij Castanje als relatie- en vermogensbeheerder (r.o. 2.2 en 2.3).

3. Tussen de bestuurders/aandeelhouders is onenigheid ontstaan over de toekomst van de onderneming, zelfs in zo een ernstige mate dat de samenwerking tussen de bestuurders binnen de bestuursvergadering en op de werkvloer ernstig lijkt te worden bemoeilijkt. In een brief van 22 februari 2018 schrijven Hoffmans (VinHof) en Burink (Kifkurn) aan Teulings (Turdus) “*Het moge duidelijk zijn (...) dat tussen ons als aandeelhouders ook geen zakelijke relatie meer goed mogelijk is. (...) het is duidelijk dat we uit elkaar moeten.*” Tegen deze achtergrond heeft Turdus de OK verzocht een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken bij Castanje en – bij wijze van onmiddellijke voorziening – gevraagd om zijn medebestuurders te schorsen.

4. De OK wijst het verzoek van Turdus af. De OK overweegt dat Turdus onvoldoende heeft onderbouwd dat door Burink niet is voldaan aan de vakbekwaamheidseisen gesteld door MIFID II (r.o. 3.4). Hiermee vallen de stellingen van Turdus, bijvoorbeeld dat het compliancebeleid niet deugt omdat wordt gehandeld in strijd met de wet, voor het overige als een kaartenhuis in elkaar. Het enkele feit dat de verstandhouding tussen aandeelhouders/bestuurders slecht is en de samenwerking wordt bemoeilijkt is op zichzelf onvoldoende om te twijfelen aan een juist beleid. Van de overige verwijten (achterhouden informatie, manipuleren van de notulen en het ontzeggen van toegang tot bestuursvergaderingen) is niet gebleken (r.o. 3.7). De enkele omstandigheid dat partijen van mening verschillen over de inhoud van het beleggingsbeleid en over de vraag wie hieraan wel of niet voldoet, is op zichzelf ook geen reden om aan een juist beleid te twijfelen, aldus nog steeds de OK (r.o. 3.8). Het verwijt dat sprake is van een datalek, is – mede in het licht van een door Castanje overgelegde opinie van een deskundige derde – onvoldoende onderbouwd (r.o. 3.9).

5. *Strijd met toezichtwetgeving.* De OK stelt voorop dat een oordeel over de schending van toezichtwetgeving niet aan haar is (r.o. 3.4). Terecht; dit is aan de bestuursrechter. Het voorgaande neemt echter niet weg dat de OK de stellingen met betrekking tot schending van toezichtwetgeving van belang acht bij de beoordeling van het enquêteverzoek. Ook dit lijkt mij juist. Castanje houdt een vergunning als vermogensbeheerder en staat onder toezicht van de AFM. (Flagrante) schending van toezichtwetgeving kan materiële negatieve impact hebben op de onderneming, bijvoorbeeld door ingrijpen van de toezichthouder via een aanwijzing of boete, het “aftoetsen” van bestuurders wegens het niet voldoen aan de wettelijke (betrouwbaarheids- en/of geschiktheids)eisen of – in zeer ernstige gevallen – intrekking van de vergunning. Blootstelling aan een dergelijk risico zou onder omstandigheden kunnen kwalificeren als gegronde redenen om te twijfelen aan een juist beleid.

6. In eerdere uitspraken heeft de OK ook voor deze lijn gekozen, zie bijvoorbeeld OK 30 april 2018, «JOR» 2018/211, m.nt. Leijten (*De Seizoenen*). In deze zaak toetste de OK de door de aandeelhouders van de zorgonderneming gekozen juridische constructie op strijd met toepasselijke toezichtwetgeving en overtreding van het in de zorg geldende verbod op winstuitkering. Net als in de onderhavige zaak, werd ook in *De Seizoenen* door de OK meegewogen dat de relevante toezichthouders (NZA en IGZ/IGJ) hadden nagelaten om in te grijpen hoewel zij waren ingelicht door verzoekster (r.o. 3.22-3.25). In de uitspraak inzake *De Seizoenen* vaart de OK, evenals in deze casus, op adviezen van (onafhankelijke) deskundigen die door partijen zijn ingeschakeld bij de beoordeling van de vraag of er een schending van toezichtwetgeving kan worden aangenomen. Hierin schuilt wellicht ook iets van een risico, te weten dat de OK op dit punt niet altijd voldoende “eigen” expertise in huis heeft – hetgeen gelet op de vele ontwikkelingen in de verschillende takken van sport ook niet goed mogelijk lijkt – maar zich moet verlaten op externe (partij)deskundigen.

7. Overigens zou ik menen dat niet elke schending van toezichtwetgeving gegronde redenen oplevert. De schending die ook eenmalig zou kunnen zijn, zou dusdanig ernstig moeten zijn dat deze materiële impact heeft of kan hebben op het beleid en de gang van zaken van de onderneming. Een punt van aandacht hierbij is ook wat de toezichtwetgeving nu precies vereist en op wie de verplichting uit hoofde van de toezichtwetgeving rust. De verplichting uit hoofde van MIFID II is zorg te dragen voor vakbekwaamheid van werknemers en andere natuurlijke personen die onder verantwoordelijkheid van de vermogensbeheerder cliënten informeren over financiële instrumenten, beleggingsdiensten of nevendiensten of zich rechtstreeks bezighouden met adviseren van cliënten over financiële instrumenten (art. 4:9 lid 3 Wft). Deze verplichting rust op de ondertoezichtstaande vermogensbeheerder, in dit geval Castanje. Indien Burink vervolgens zelf niet vakbekwaam zou zijn, omdat de passende kwalificatie zou ontbreken (hetgeen Burink zelf betwist), zou dit aanleiding moeten zijn geweest voor Castanje – ingevolge de ESMA Richtsnoeren inzake kennis en bekwaamheid – om Burink onder toezicht zijn diensten te laten verlenen, totdat de passende kwalificatie is verkregen (uiterlijk binnen 4 jaar). Het betoog van Turdus gaat derhalve uit van een onjuiste opvatting. Hoewel de OK hier niet inhoudelijk op ingaat (mogelijk omdat zij het handelen van Burink, die ook bestuurder is, impliciet toerekent aan Castanje), is de uitkomst dat dit geen reden vormt voor twijfel aan een juist beleid of een juiste gang van zaken van Castanje wat mij betreft juist.

8. Kritiek op de toetsing door de OK bij schending van het effectenrecht is er ook, zie bijvoorbeeld M.J.G.C. Raaijmakers en G.J.H. van der Sangen, ‘Beleggersbescherming tussen Wft en NV-recht’, *Ondernemingsrecht* 2015/112. Zij menen dat de toepassing van het enquêterecht ter handhaving van effectenrechtelijke normen wezensvreemd is aan en op gespannen voet staat met de in de rechtspraak ontwikkelde doeleinden van het enquêterecht (openheid van zaken, sanering en herstel gezonde verhoudingen en vaststelling verantwoordelijkheid mogelijk wanbeleid) en het gevaar herbergt dat de kwalificatie wanbeleid – mede gebaseerd op de redelijkheid en billijkheid – een prejudiciërende werking heeft op de aansprakelijkheid van bestuurders. Als voorbeeld wordt hierbij genoemd

de (tweedefase-uitspraak) OK 5 april 2012, «JOR» 2013/41, m.nt. Bulten (*Fortis*) waarin schending van verplichtingen om koersgevoelige informatie tijdig naar buiten te brengen mede werd gebruikt als grond voor het vaststellen van wanbeleid. Ik kan mij niet vinden in de kritiek van Raaijmakers en Van der Sangen. De OK beziet schending van toezichtsregelgeving door haar eigen (enquêterechtelijke) bril, welke een andere is dan de bril van de bestuursrechter. Wel zou het ongelukkig zijn als de bestuursrechter op het punt van de schending van toezichtswetgeving tot een ander oordeel komt dan de OK, bijvoorbeeld dat er geen schending is terwijl de OK een schending van toezichtswetgeving juist aannemelijk acht en om die reden een enquêteverzoek toewijst. Ik troost mij met de gedachte dat het zo'n vaart waarschijnlijk allemaal niet zal lopen en dat er in zo'n geval vaak meer aan de hand zal zijn dan enkel het niet naleven van toezichtswetgeving. Bovendien zal het te scherp aan de wind varen in dit kader onder omstandigheden ook gegronde redenen kunnen opleveren, teneer als de onderneming hiermee wordt blootgesteld aan aanzienlijke, onnodige, risico's.

9. Ook in andere uitspraken lijkt de OK zich op het standpunt te stellen dat er – naast het toezichtsrechtelijke kader – (altijd) een enquêterechtelijk kader zal zijn dat ter toetsing kan worden voorgelegd aan de OK. In dit kader is ook relevant OK 4 april 2017, «JOR» 2017/199, m.nt. Theissen (*Conservatrix*). In deze uitspraak ging het om een vennootschap die onder toezicht stond van DNB en te maken kreeg met allerlei toezichtsmaatregelen. De vennootschap voerde aan dat verzoekster oneigenlijk gebruik maakte van de enquêteprocedure omdat deze procedure door verzoekster werd ingezet als middel in haar geschil met DNB. DNB voerde aan dat het enquêterecht niet was bedoeld om de voorbereiding door DNB van het overdrachtsplan te doorkruisen en dat de Rechtbank Amsterdam exclusief bevoegd was. Verzoekster was daarom volgens DNB niet-ontvankelijk in haar enquêteverzoek. De OK verwierp dit verweer, kort gezegd, door te wijzen op het feit dat het verzoek ziet op het beleid en de gang van zaken van de vennootschap en het feit dat dit beleid (ook) ziet op bestuursrechtelijke kwesties daaraan niet afdoet. Voor zover de stellingen van verzoekster slechts zien op het handelen van DNB laat de OK deze onbesproken (r.o 3.9). Hoewel de overwegingen van de OK in deze uitspraak mij juist lijken, kan een samenloop van ingrijpen door een toezichthouder en de OK wel in ingewikkelde situaties resulteren. Hoe zou het Castanje zijn vergaan als er daadwerkelijk sprake was geweest van handelen in strijd met MIFID II, ingrijpen door AFM, alsmede ingrijpen van de OK middels het toewijzen van een onderzoek en het schorsen van bestuurders Hoffmans en Burink? Zou de onderneming door het ingrijpen van de OK dan niet (nog) verder van huis geraken? Hier zal ook de discretionaire bevoegdheid van de OK een belangrijke rol spelen. Bovendien is het in dat geval interessant om te weten welke impact een dergelijke schorsing zou kunnen hebben op de beoordeling van de geschiktheid en/of betrouwbaarheid van dergelijke bestuurders door de AFM, hetgeen vervolgens weer impact kan hebben op de enquête. Al in OK 15 februari 2013, «JOR» 2013/102, m.nt. Strik (*VDM*) oordeelde de OK dat het op grond van de Wft ontoelaatbaar is dat een persoon waarvan de betrouwbaarheid niet is vastgesteld door de AFM, functioneert als feitelijk beleidsbepaler van een financiële onderneming, hetgeen (mede) grond was om wanbeleid vast te stellen bij VDM.

10. *Privacybeleid*. Interessant is dat een van de verwijten ziet op het vermeende gebrekkige privacybeleid en het feit dat er sprake was van een datalek. Ik ben dit eerder nog niet tegengekomen in de jurisprudentie van de OK. Sinds 25 mei 2018 is de Algemene verordening gegevensbescherming (AVG, Verordening (EU) 2016/679) van toepassing. De AVG bepaalt onder meer dat een “datalek”, zijnde een inbreuk op de beveiliging die per ongeluk of op onrechtmatige wijze leidt tot bijvoorbeeld verlies, vernietiging of ongeoorloofde verstrekking van persoonsgegevens (art. 4 sub 12 AVG), dient in veel gevallen te worden gemeld aan de Autoriteit Persoonsgegevens en soms aan de personen wier persoonsgegevens het betreffen. Dit dient te geschieden zonder onredelijke vertraging maar uiterlijk binnen 72 uur nadat een redelijke mate van zekerheid is verkregen dat sprake is van een inbreuk die tot een risico voor persoonsgegevens leidt (art. 33 AVG). De AVG komt met een forse verhoging van handhavingsboetes. Overtreding van de AVG kan leiden tot boetes van maximaal € 20 miljoen of 4% van de totale wereldwijde jaaromzet, als dat bedrag hoger is (art. 83 AVG). Ook moet iedere onderneming een intern register bijhouden van datalekken. Het bestuur dient er – onder toezicht van de raad van commissarissen – zorg voor te dragen dat een en ander goed op orde is, zie bijvoorbeeld ook C.D.J. Bulten en C.J.H. Jansen, ‘De taak van de commissaris in een digitale wereld: de noodzaak van awareness van cyber security’, *Ondernemingsrecht* 2016/74. Ik zou mij kunnen voorstellen dat een (ernstig) nalaten in dit kader met in potentie materiële impact voor de onderneming onder omstandigheden inderdaad gegronde redenen zou kunnen opleveren.

mr. M.H.C. Sinnighe Damsté, advocaat bij Loyens & Loeff te Amsterdam