

Hart Advocaten: feitelijk leidinggeven, waar let ik op?

Door Anka Langedijk - Vandaag

Bij een gebrekkige naleving worden niet alleen financiële ondernemingen, maar ook steeds vaker bestuurders en andere leidinggevers daarop aangesproken. Het vorige week gegeven bevel van het Hof Den Haag om oud ING-topman Ralph Hamers te vervolgen is een sprekend voorbeeld daarvan.



In dat geval ging het om strafvervolging, maar ook hertoetsingen en bestuurlijke boetes worden door leidinggevers geriskeerd. Hieronder tien aandachtspunten voor iedere leidinggever:

1. Individuele verantwoordelijkheden verankerd in de wet

In het financieel toezichtrecht worden verantwoordelijkheden steeds vaker op individueel niveau belegd. Zo is het sinds juli 2018 verplicht om één bestuurder aan te wijzen die verantwoordelijk is voor de naleving van de Wwft.

Ten aanzien van duurzaamheid geldt hetzelfde: voor fondsbeheerders is er wetgeving in de maak die vereist dat (iemand van) het senior management verantwoordelijk is voor integratie van duurzaamheidsrisico's. Doordat bekend is wie waarvoor verantwoordelijk is, kan bij een overtreding sneller op de man worden gespeeld.

2. Niet alleen bestuurders: alle feitelijk leidinggevers

Om als feitelijk leidinggever aangesproken te worden, dient aan drie cumulatieve voorwaarden te zijn voldaan.

De persoon:

- (i) was op de hoogte van de verboden gedraging, dan wel aanvaardde bewust de aanmerkelijke kans dat die verboden of soortgelijke gedraging zich zou voordoen;
- (ii) was bevoegd en redelijkerwijs gehouden de overtreding te voorkomen en/of te beëindigen; en,
- (iii) liet maatregelen daartoe achterwege.

In de praktijk zijn dit dus niet alleen bestuurders. Ook personen op andere posities komen in het vizier. Zo heeft DNB een controller beboet voor het nemen van initiatief tot het opzetten van een investeringsstructuur waardoor het verbod tot het uitoefenen van bankbedrijf werd overtreden.

3. Feitelijk handelen geeft doorslag

Voor de vraag of iemand als feitelijk leidinggever kwalificeert, geeft feitelijk handelen de doorslag. De formele functie en verantwoordelijkheden vormen (slechts) het uitgangspunt. Het gaat daarbij om het leidinggeven aan de verboden gedraging en niet per se om het leidinggeven aan de onderneming.

4. Geen dingen op z'n beloop laten

Bij signalen of wetenschap van een overtreding dient een feitelijk leidinggever in te grijpen. Wordt pas actie ondernomen nadat de toezichthouder of het OM contact heeft opgenomen of een onderzoek is gestart, dan is dat al te laat. Ook jezelf expres onwetend houden of weggijken door bijvoorbeeld geen onderzoek te verrichten gaat niet op. Verder kan het nalaten van het treffen van effectieve maatregelen om de Wft na te leven een leidinggever worden verweten.

DNB legde een bestuurlijke boete op aan een bestuurder die had nagelaten te verifiëren of adequaat juridisch advies was ingewonnen dat de Wft niet werd overtreden. Dan neem je op de koop toe dat de Wft wordt overtreden.

5. Neem rapportages serieus

Van bestuurders wordt verwacht dat zij serieus omgaan met rapportages en/of alarmeringen van compliance, legal of andere belangrijke functionarissen. Als structurele tekortkomingen worden aangekaart, dan is het aan de verantwoordelijk bestuurder om dit adequaat op te volgen. Zo wordt in

het bevel tot strafvervolgning van Hamers onder meer verwezen naar een ‘alarmerend e-mailbericht’ van het hoofd juridisch zaken alsook rapportages van de general manager interne audit waaruit ‘structurele problemen’ bleken.

Ook interessant is een uitspraak van het Hof Amsterdam waarin een enquête werd gelast, onder meer omdat het hoogste management niets deed met veelvuldig door de compliance officer aangekaarte compliance- en integriteitsissues.

6. Compliance functie

Bij onderzoeken door toezichthouders naar de integere en beheerste bedrijfsvoering wordt vaak ook gekeken naar het functioneren van de compliance functie. Een adequaat functionerende compliance functie is van belang met het oog op de waarborging van de integriteit binnen een financiële onderneming. Onafhankelijkheid en een rechtstreekse rapportagelijijn naar het bestuur zijn basisvereisten die aan een compliance functie worden gesteld. Een goed functionerende compliance functie draagt ook bij aan het verweer van een individuele bestuurder dat eventuele gebreken in de bedrijfsvoering op de koop toe zijn genomen.

7. Managementvergaderingen

Bij managementvergaderingen is het verstandig om belangrijke compliance onderwerpen standaard op de agenda te vermelden. Zo is de kans kleiner dat compliance onderwerpen - wellicht onbedoeld - van de radar verdwijnen. Hierdoor wordt aantoonbaar aandacht gegeven aan compliance en aanverwante onderwerpen. Ook vergroot dit de mogelijkheden om de voortgang van de opvolging aan aanbevelingen op compliance gebied, te monitoren (en om zo nodig in te grijpen).

8. Gevolgen (bestuursrechtelijk)

Bestuursrechtelijke afwikkeling geschiedt door toezichthouders (AFM of DNB). Vroeger maakte toezichthouders met name gebruik van de mogelijkheid tot het doen van hertoetsingen. Het is een publiek geheim dat in de DSB affaire bestuurders en commissarissen de mogelijkheid werd geboden om af te treden en de eer aan zichzelf te houden. Pas als zij hier niet aan voldeden, werden zij afgetoetst. Tegenwoordig zien we ook dat het middel van bestuurlijke boetes wordt aangewend.

In 2019 bijvoorbeeld, heeft de AFM zes boetes opgelegd, waarvan vijf aan feitelijk leidinggevers. Een bestuurlijke boete kan vergaande impact hebben: naast het betalen van een geldsom, wordt het boetebesluit in beginsel gepubliceerd en kwalificeert de boete als toezichtincident voor de betrouwbaarheids- en geschiktheidstoetsingen. Men kan dus worden afgetoetst.

9. Integere bedrijfsuitoefening

Het waarborgen van een integere en beheerste bedrijfsvoering is een belangrijk aandachtspunt. Hieronder valt ook de verplichting om zorg te dragen voor adequaat beleid ter voorkoming van belangenverstremgeling. Bestuurders en andere feitelijk leidinggevers zullen meer dan ooit rekening moeten houden hierop (persoonlijk) te worden aangesproken.

Bijvoorbeeld legde de AFM eind 2018 boetes op van 100.000, 20.000 en 10.000 euro aan drie dagelijks beleidsbepalers van De Waerdt Vermogensbeheer. Twee dagelijks beleidsbepalers van Goedkopehypotheek.nl kregen in 2019 hogere boetes, namelijk van 500.000 en 125.000 euro. Overigens is in drie van de vijf gevallen de boetehoogte in bezwaar gematigd.

10. Gevolgen (strafrechtelijk)

In plaats van bestuursrechtelijke vervolging kan ook voor strafrechtelijke vervolging worden gekozen. Strafrechtelijke vervolging geschiedt door het Openbaar Ministerie. Dit vindt in de praktijk alleen plaats bij zware overtredingen. Oud ING-bestuurder Hamers is de eerste bestuurder van een systeembank die strafrechtelijk wordt vervolgd. Het vervolgen van Hamers is daarom een duidelijk signaal aan de sector en wij vermoeden dat strafrechtelijke handhaving van feitelijk leidinggevers in de toekomst sneller zal worden overwogen.

Daar waar bestuursrechtelijke vervolging niet kan leiden tot gevangenisstraf, kan dat bij strafrechtelijke vervolging wel. In Nederland is dat naar mijn weten nog niet voorgekomen. In het buitenland, daarentegen, wel. Zo zijn in IJsland meerdere gevangenisstraffen opgelegd aan bankiers voor de fraude rondom onder meer Landsbanki en Icesave, waarvan de hoogste opgelegde straf 5,5 jaar was.

Tot slot: leidinggevers doen er goed aan om zorg te dragen voor hun individuele verantwoordelijkheden. De aloude gedachte dat besturen een collectieve verantwoordelijkheid is, betekent echter niet dat personen worden aangesproken op hun individuele verantwoordelijkheden. Niet alleen bij grootbanken, maar ook bij kleinere financiële ondernemingen.

Anka Langedijk is advocaat bij Hart Advocaten in Amsterdam, dat zich richt zich op de financiële markt. Cliënten zijn banken, verzekeraars, beleggingsinstellingen, beursfondsen, pensioenuitvoerders en trustkantoren.

Hart Advocaten is één van de kennispartners van Fondsnieuws en schrijft maandelijks een bijdrage over uiteenlopende thema's. De andere kennispartners zijn AF Advisors, Ortec Finance en Willis Towers Watson.

[Opinie \(/categorie%C3%ABn/opinie\)](/categorie%C3%ABn/opinie)

[Kennisexperts \(/categorie%C3%ABn/kennisexperts\)](/categorie%C3%ABn/kennisexperts)

➔ [Deel dit artikel](#)

💬 [Reageer op dit artikel](#)