

## Hart Advocaten: do's and don'ts voor leidinggevenden

Felix Wolthuis Scheeres - 19 oktober 2022



**Leidinggevenden worden in toenemende mate ter verantwoording geroepen. Toezichtsrechtelijk (door AFM of DNB), strafrechtelijk (door het OM) of civielrechtelijk (door klanten). Dit jaar zijn drie belangrijke uitspraken gedaan over de verantwoordelijkheid van leidinggevenden. In deze column een paar praktische do's and don'ts aan de hand van een civiele, straf- en toezichtsrechtelijke zaak.**

### **Tip 1: Twee bestuurders is niet altijd twee beleidsbepalers**

Het wettelijk vereiste van een tweehoofdige leiding is een materieel begrip: er moeten twee personen zijn die kwalificeren als "dagelijks beleidsbepaler" in de zin van de Wft. De Rechtbank Rotterdam overwoog in een boetezaak van de AFM dat de enkele KvK inschrijving van twee bestuurders niet toereikend is.

Uit onderzoek bleek dat een bestuurder zich onvoldoende bezighield met het dagelijks beleid op grond waarvan de instelling dus niet voldeed aan het vereiste van een tweehoofdige leiding. Ook kan zich de spiegelbeeldige situatie voordoen: een persoon die geen statutair bestuurder is, kan een dagelijks beleidsbepaler zijn. Vergeet een financiële instelling deze persoon voorafgaand

te laten toetsen door de toezichthouder, dan is dit een overtreding.

Verder kan een persoon ook dagelijks beleidsbepaler zijn als hij niet rechtstreeks, maar via een door hem gecontroleerde vennootschap werkzaamheden verricht voor een onder toezicht staande instelling.

Kortom, zorg dat alle personen die zich bezighouden met het dagelijks beleid getoetst zijn en waarborg dat andere personen geen materiële invloed kunnen hebben op het dagelijks beleid.

### **Tip 2: Checks & Balances DGA**

Na de deconfiture van DSB Bank wordt kritisch gekeken of voldoende intern tegenwicht bestaat bij DGA constructies. Dit tegenwicht dient niet enkel uit het beleid maar ook uit de praktijk te volgen. De Rechtbank Rotterdam overwoog dat de tweede persoon die door de financiële instelling als dagelijks beleidsbepaler was aangemerkt, niet als zodanig functioneerde. Weliswaar bleek uit de geschiktheidsmatrix dat deze persoon verantwoordelijk was voor commercie, compliance, financiën, audit en risicomangement. Maar uit de AO/IC bleek zijn verantwoordelijkheid beperkt te zijn tot bedrijfsvoering en personeelszaken. Daarom was naar het oordeel van de Rechtbank Rotterdam niet voldaan aan het vier-ogen principe.

### **Tip 3 : Eigen vermogen**

De Rechtbank Rotterdam oordeelde dat een instelling in strijd met de (doorlopende) eigen vermogens eis handelde door vlak voor ieder toetsingsmoment van DNB zorg te dragen voor agio stortingen om die stortingen na de toetsing weer ongedaan te maken. Ook dit werd de leidinggevende aangerekend.

**Tip 4: Incident**

“Incidenten” moeten gemeld worden aan de toezichthouder. Een incident is een gebeurtenis die ‘een ernstig gevaar vormt voor de integere uitoefening van het bedrijf’. In de zaak over de vermogensseis werd de Wft tweemaal overtreden, eenmaal door niet aan deze eis te voldoen en daarnaast door dit niet te melden. Ook een negatieve Kifid-uitspraak kan kwalificeren als een incident. Of daarvan sprake is, hangt af van de inhoud van de uitspraak. In een van de drie uitspraken was aan de orde of een veroordeling tot een betaling van schade een incident was, nu dit een bedreiging zou vormen van de continuïteit van de instelling.

**Tip 5: Adequate klachtenbehandeling**

Een interne klachtenprocedure alleen, is niet toereikend. Klachten moeten ook adequaat worden afgehandeld. Dit betekent dat klachten verifieerbaar geadministreerd moeten worden, klagers tijdig een ontvangstbevestiging moeten ontvangen en dat klachten binnen een redelijk termijn moeten worden afgehandeld. Daarnaast dienen klachten zorgvuldig, verifieerbaar en consistent te worden behandeld. De Rechtbank Rotterdam hield de bestuurder, die wist dat dit alles niet op orde was, hiervoor verantwoordelijk.

**Tip 6: Belangenconflicten**

Een adequaat belangenconflictenbeleid is een kernverplichting. Om hiertoe te komen zal een financiële instelling eerst potentiële belangenconflicten moeten identificeren en analyseren. Daaruit volgt het beleid en vervolgens de maatregelen. Tip: leg vast hoe en op welke wijze potentiële belangenconflicten zijn geïdentificeerd en welke analyse vervolgens is uitgevoerd. Is sprake van (geschreven) beleid zonder dat een dergelijke analyse aantoonbaar is, dan kan dit een overtreding zijn waarvoor een leidinggevende verantwoordelijk is.

**Tip 7: Verantwoordelijk voor medebestuurder?**

Het Hof Den Haag heeft overwogen dat een bestuurder op basis van groepsaansprakelijkheid (artikel 6:166 BW)

aansprakelijk kan zijn voor zijn medebestuurders. Beleggers hadden geld toevertrouwd aan een stichting en haar bestuurder van deze stichting zou deze gelden anders hebben besteed dan aan de beleggers was voorgehouden.

In de procedure ging het om de vraag of ook andere bestuurders hiervoor jegens de stichting aansprakelijk waren. Het Hof overweegt dat andere bestuurders aansprakelijk zijn indien bewezen wordt dat sprake is van een zodanige samenwerking tussen de desbetreffende bestuurders dat deze kunnen worden aangemerkt als gedragingen in groepsverband. Het Hof heeft de stichting toegelaten om hiervoor bewijs te leveren. Einduitspraak volgt nog.

Medebestuurders doen er verstandig aan om zicht te houden op de aanwending van gelden verkregen van klanten of derden, ongeacht of dat tot hun portefeuille behoort. Ook uit andere jurisprudentie blijkt dat bestuurders kunnen worden aangesproken voor het handelen van hun medebestuurders. Hoe kleiner de onderneming, hoe groter het juridische risico daarop.

**Tip 8: Vrijstellingen zijn niet vrijblijvend**

De prospectusplicht geldt niet voor uitgaven van financiële instrumenten aangeboden aan minder dan 150 personen. Het begrip ‘aanbieden’ wordt weleens verkeerd geïnterpreteerd, omdat het niet gaat om hoeveel personen zich inschrijven. Een illustratief voorbeeld hiervan is de beleggingsvereniging Fibonacci (Binck Bank). Als 140 personen zeggen niet geïnteresseerd te zijn, dan mag de uitgifte nog slechts aan 10 personen worden aangeboden.

De stichting Rente Certificaten Nederland bood aan meer dan 150 personen aan en overtrad daarmee de prospectusplicht. De bestuurder werd strafrechtelijk vervolgd. Echter, de Rechtbank Amsterdam ontsloeg de bestuurder van alle rechtsvervolging omdat het Openbaar Ministerie had verzuimd het bestanddeel “publiek” in de telastlegging op te nemen. Dat laatste is interessant omdat deze uitspraak laat zien dat bij strafvervolging formele aspecten zwaarder wegen dan wanneer de kwestie bestuursrechtelijk zou zijn afgewikkeld middels een bestuurlijke boete van de AFM.

Voor bestuurders en leidinggevenden is het belangrijk om deze “lessons learned” ter harte te nemen.

Felix Wolthuis Scheeres is junior associate bij Hart Advocaten, één van de kennisexperts van Investment Officer die maandelijks een bijdrage levert.

Dit artikel is afkomstig van Investment Officer, een journalistiek platform voor professionals werkzaam in de beleggingsindustrie.

[www.investmentofficer.com](http://www.investmentofficer.com)