

## LEGAL UPDATE

### Beleidsbepaler, let op!

Datum: 12 maart 2018

Op 6 maart 2018 heeft de AFM twee boetebesluiten gepubliceerd op haar website met betrekking tot dagelijks beleidsbepalers. Dagelijks beleidsbepalers van een financiële dienstverlener moeten voorafgaand aan hun benoeming door de AFM worden getoetst op hun geschiktheid en betrouwbaarheid. Voorliggende boetebesluiten geven een mooi inkijkje in de wijze waarop de AFM omgaat met de kring van de te toetsen personen. Daarnaast blijkt uit deze boetebesluiten dat de AFM niet schuwt door te pakken naar de “feitelijk leidinggevende” en “medeplegers”.

In de kern komt het in onderhavige kwestie op het volgende neer. Binnen de betrokken financieel dienstverlener was sprake van een formeel (statutair) bestuurder en een grootaandeelhouder, die veel in de melk te brokkelen had. De grootaandeelhouder beschikte via een holding over 29,04% van de aandelen in de financieel dienstverlener. Dit percentage was overigens onvoldoende om “automatisch” als medebeleidsbepaler van een financieel dienstverlener te worden getoetst op betrouwbaarheid door de AFM. Feitelijk had de formeel bestuurder weinig tot niets te zeggen binnen de onderneming van de financieel dienstverlener; de formeel bestuurder was slechts het gezicht richting de AFM. De grootaandeelhouder was degene die de bestuurlijke taken op zich nam.

AFM heeft onderzoek verricht naar de financieel dienstverlener en tevens naar degene(n) die het dagelijks beleid van de financieel dienstverlener bepaalden. Vooropgesteld moet worden dat een formeel bestuurder door de AFM per definitie wordt aangemerkt als *dagelijks beleidsbepaler*, ongeacht de portefeuille en ongeacht of gebruik wordt gemaakt van de bij een functie als formeel bestuurder behorende bevoegdheden. Daarnaast hanteert de AFM een *look-through* benadering. Dat wil zeggen dat de AFM (eveneens) als dagelijks beleidsbepaler kwalificeert degene die *feitelijk* het *beleid* bepaalt. Of dit het geval is kan blijken uit statuten, reglementen, aandeelhoudersovereenkomsten en uit alle overige feiten en omstandigheden.

Uiteindelijk is in onderhavig geval de grootaandeelhouder als *feitelijk beleidsbepaler* aangemerkt. Daarbij neemt de AFM in overweging dat de grootaandeelhouder in de praktijk optrad als directeur van de onderneming en niet de formeel bestuurder. Ook werd in overweging genomen dat de grootaandeelhouder feitelijk de algemene gang van zaken alsook de strategie van de financieel dienstverlener bepaalde en daardoor de vennootschap bestuurde. Dat de grootaandeelhouder op basis van zijn positie als grootaandeelhouder en de aan hem verleende volmacht een zekere rol toekwam binnen de onderneming, maakt dit volgens de AFM niet anders. Doordat de grootaandeelhouder “feitelijk leiding heeft gegeven” aan deze gedraging (en daarmee overtreding van de Wft) heeft de AFM de grootaandeelhouder zelf beboet. Dus (groot)aandeelhouder: gaan jouw taken verder dan de taken die passen bij de rol als aandeelhouder van de onderneming, wees je dan bewust van een eventuele kwalificatie als *feitelijk beleidsbepaler*!

Ook opvallend aan voorliggende kwestie betreft het boetebesluit dat is opgelegd aan de formeel bestuurder. De formeel bestuurder wordt namelijk beboet voor het “medeplegen” van de overtreding die door de grootaandeelhouder is begaan. De bestuursrechtelijke norm uit de Algemene wet bestuursrecht wordt ingevuld aan de hand van het strafrechtelijke begrip “medeplegen”.

Voor een kwalificatie als medepleger is het noodzakelijk dat er sprake is van een nauwe en bewuste samenwerking met een ander. De kwalificatie is slechts gerechtvaardigd indien de intellectuele en/of materiële bijdrage van de betrokkene aan het feit van voldoende gewicht is. De nauwe en bewuste samenwerking wordt gevonden in het feit dat zij (mede) heeft bewerkstelligd dat zij op papier de dagelijks beleidsbepaler was, wat feitelijk de grootaandeelhouder had moeten zijn. Daardoor heeft zij (mede) de situatie gecreëerd dat de onderneming werd geleid door een niet door de AFM goedgekeurde beleidsbepaler. De AFM lijkt de kwalificatie als medepleger voldoende gerechtvaardigd te vinden, omdat de persoon in kwestie als formeel bestuurder een cruciale rol vervulde. De AFM overweegt namelijk dat zonder de medewerking van de formeel bestuurder de financieel dienstverlener de overtreding niet had kunnen begaan.

Uit het voorgaande volgt een gentle reminder voor instellingen om goed op het netvlies te hebben *wie* het dagelijks beleid van de onderneming bepaalt. Dit kan de beleidsbepalers zelf een hoop narigheid besparen. De AFM schuwt kennelijk niet om door te pakken naar de “feitelijk leidinggevende” van de overtreding en de “medeplegers”. Daarnaast is het voor formele bestuurders van een financiële instellingen belangrijk de taken die horen bij die van een formeel bestuurder onder zich (of zijn medebestuurders) te houden. Doen zij dit niet en laten zij deze taken uitvoeren door iemand die niet als beleidsbepaler is getoetst door de AFM, dan kan dat hen duur komen te staan.

Dit is een Legal Update van Nellemarie Staal en Danielle Martens.

Voor meer informatie:

Nellemarie Staal  
+31 30 259 5652  
[nellemariestaal@vbk.nl](mailto:nellemariestaal@vbk.nl)

Danielle Martens  
+31 30 259 5652  
[daniellemartens@vbk.nl](mailto:daniellemartens@vbk.nl)