

Nieuwe invulling van corporate governance-beginselen met betrekking tot de leden van het 'leidinggevend orgaan' onder het MiFID II-regime

Conceptrichtsnoeren van ESMA en EBA

mr. W. Cruccu en mr. O.S. Elsenga*

Trefwoorden: corporate governance, leidinggevend orgaan, betrouwbaarheid, geschiktheid

Aangezien het ontbreken van doeltreffende controlemechanismen bij een aantal financiële instellingen wordt beschouwd als een factor die aan het ontstaan van de financiële

crisis heeft bijgedragen, is de Markets in Financial Instruments Directive ('MiFID I') herzien en wordt het regelgevend kader in de herziene Markets in Financial Instruments Directive (hierna: 'MiFID II') op dat punt met gedetailleerdere beginselen en minimumnormen aangevuld. Enkele van deze beginselen en minimumnormen zien op het zogenoemde 'leidinggevend orgaan' van beleggingsondernemingen (en kredietinstellingen). Op deze beginselen en minimumnormen wordt in dit artikel ingegaan, waarbij veelvuldig de governance-bepalingen uit de vierde Richtlijn Kapitaalvereisten (hierna: 'CRD IV') zullen worden aangehaald.

* Walter Cruccu en Olga Elsenga zijn werkzaam bij Holland van Gijzen Advocaten en Notarissen LLP, te Amsterdam en zijn gespecialiseerd in wet- en regelgeving betreffende het toezicht op de financiële markten en compliance vraagstukken.

¹ Richtlijn 2014/65/EU van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 betreffende markten voor financiële instrumenten en tot wijziging van Richtlijn 2002/92/EG en Richtlijn 2011/61/EU, *PbEU L 173*.

² ESMA en EBA hebben op 28 oktober 2016 gezamenlijk richtsnoeren ter consultatie aan de markt voorgelegd (Esma and EBA, 'Joint ESMA and EBA Guidelines on the assessment of the suitability of members of the management body and key function Holders under Directive 2013/36/EU and Directive 2014/65/EU', Consultation Paper (ESMA/2016/1529), 28 October 2016, hierna: de 'Conceptrichtsnoeren'). Tezamen met de bedoelde Conceptrichtsnoeren bracht EBA een consultatiedocument met conceptrichtsnoeren met betrekking tot interne governance: EBA, 'Draft Guidelines on internal governance', Consultation Paper (EBA/CP/2016/16), 28 October 2016. Het strekt tot aanbeveling beide documenten in samenhang te lezen.

1. Inleiding

Met MiFID II¹ beoogt de Europese wetgever onder meer de rol van het 'leidinggevend orgaan' te versterken met het doel om potentiële schadelijke effecten van de geïdentificeerde tekortkomingen in corporate governance-regelingen tegen te gaan. In het op 28 oktober jl. gepubliceerde consultatiedocument van de European Securities Market Authority (hierna: 'ESMA') en de European Banking Authority (hierna: 'EBA') gezamenlijk, worden conceptrichtsnoeren (hierna: de 'Conceptrichtsnoeren') voorgesteld die nuttige inzichten bieden in de interne organisatie van de corporate governance en de concrete eisen die aan de leden en de samenstelling van het 'leidinggevend orgaan', en het daarmee samenhangende beleid worden gesteld.² De bedoelde Conceptrichtsnoeren zijn onder meer aan de bevoegde autoriteiten van lidstaten (zoals DNB en de AFM), beleggingsondernemingen en kredietinstellingen gericht en geven concreet weer welke feiten en omstandigheden beleggingsondernemingen en kredietinstellingen doorlopend in acht dienen te nemen

om doorlopend aan de governance-regelingen te voldoen. De Conceptrichtsnoeren geven tevens een beter beeld van de wijze waarop DNB en de AFM hun algemene beleid aangaande geschiktheidstoetsing en betrouwbaarheidstoetsing van, onder meer, dagelijks (mede) beleidsbepalers nader zullen inkleden.³ Aan de hand van deze Conceptrichtsnoeren wordt in dit artikel beschreven hoe de verschillende corporate governance-beginselen en normen met betrekking tot (de leden van) het 'leidinggevend orgaan' door ESMA en EBA zijn ingevuld. Daarbij wordt de nadruk gelegd op de bepalingen die zien op de eisen aan het beleid ten aanzien van het 'leidinggevend orgaan', en de interne monitoring van de naleving van de voorschriften die daar betrekking op hebben. We merken hierbij op dat wij in Nederland reeds een 'Beleidsregel geschiktheid' en de 'Beleidsregel betrouwbaarheid' hebben van DNB en de AFM die samen een algemeen kader vormen waaraan leden van het 'leidinggevend orgaan' worden getoetst. De Conceptrichtsnoeren bestrijken echter een breder terrein en vormen een meer gedetailleerde uitwerking van de relevante feiten en omstandigheden die bij de toetsing van zowel individuele leden van het 'leidinggevend orgaan' als het 'leidinggevend orgaan' als collectief in acht kunnen worden genomen.

2. MiFID II verklaart governance bepalingen uit CRD IV van toepassing op alle beleggingsondernemingen

Uit de considerans bij MiFID II blijkt dat de corporate governance vereisten van MiFID II zoveel mogelijk overeenkomen met die in CRD IV, om tot een coherente aanpak te komen.⁴ De aanscherping van de normen op het gebied van corporate governance heeft in eerste instantie plaatsgevonden door de (te late) implementatie van CRD IV in de Nederlandse wetgeving per 1 augustus 2014. In tweede instantie zorgt MiFID II voor een verdere versterking van het regelgevingskader aangaande corporate governance. MiFID II verklaart daarbij de governance-bepalingen uit CRD IV overeenkomstig van toepassing op alle beleggingsondernemingen die onder de reikwijdte van MiFID II vallen, waarmee de corporate governance-regels uit CRD IV effectief een groter toepassingsbereik krijgen en verdergaande harmonisatie plaatsvindt.⁵

2.1 Het begrip 'leidinggevend orgaan'

Voordat inhoudelijk op de governance-regelingen met betrekking tot het 'leidinggevend orgaan' wordt ingegaan, zal meer duidelijkheid over de inhoud van dat begrip moeten worden verschaft. Onder 'leidinggevend orgaan' wordt in MiFID II verstaan:

'het overeenkomstig het nationale recht aangewezen orgaan van een beleggingsonderneming, marktexploitant of dienstverlener op het gebied van datarapportage, dat gemachtigd is de strategie, doelstellingen en algemene leiding van de entiteit van te stellen, en fungeert als toezichthouder op en bewaker van de besluitvorming van het management'.⁶

Het leidinggevend orgaan omvat simpel gezegd de personen (over het algemeen twee of meer) die het beleid van de entiteit daadwerkelijk bepalen.⁷

De vage omschrijving van hetgeen onder 'leidinggevend orgaan' wordt verstaan heeft een functie. In de lidstaten wordt van verschillende governance-structuren gebruik gemaakt, waarvan de zogenoemde 'one-tier board' en 'two-tier board' de twee meest voorkomende bestuursmodellen zijn. De in MiFID II gehanteerde definitie, zoals de term 'leidinggevend orgaan', heeft een functioneel karakter, en heeft betrekking op alle bestaande bestuursmodellen.⁸ Daarbij wordt regelmatig onderscheid gemaakt tussen de 'leidinggevende functie' ('management function') en de 'toezichthoudende functie' ('supervisory function') van het leidinggevend orgaan, waaronder over het algemeen het bestuur en de raad van toezicht/raad van commissarissen wordt verstaan.⁹

³ Gepubliceerd in 2012 en een aanscherping van 2015.

⁴ Overweging 53 considerans MiFID II.

⁵ Overweging 11 considerans en art. 1 Richtlijn (EU) 2016/1034 van het Europees Parlement en de Raad van 23 juni 2016 tot wijziging van Richtlijn 2014/65/EU betreffende markten voor financiële instrumenten, *PbEU* L 175.

⁶ Zie art. 4(1)(36) en 9(6) MiFID II.

⁷ Zie art. 4:83 Wft. Dit wordt ook wel het 'vier ogen-beginsel' genoemd.

⁸ Overweging 55 considerans MiFID II. Het een en ander laat de algemene bevoegdheidsverdeling overeenkomstig het nationale vennootschapsrecht echter onverlet. Indien naar het leidinggevend orgaan en de leidinggevende- en de toezichthoudende functie daarvan wordt verwezen, wijst de desbetreffende lidstaat de verantwoordelijke organen of de verantwoordelijke leden van het leidinggevend orgaan in overeenstemming in principe met het nationale recht aan. Zie art. 4(1)(36) MiFID II.

⁹ Conceptrichtsnoeren, p. 6.

2.2 Verantwoordelijkheden van het leidinggevend orgaan

Het leidinggevend orgaan is verantwoordelijk, en dient verantwoording af te leggen, voor de algemene strategie van de beleggingsonderneming. De verantwoordelijkheden strekken zich kortgezegd uit over de gehele 'activiteitscyclus' van de beleggingsonderneming en beslaan onder meer de volgende terreinen:

- de vaststelling en omschrijving van de strategische doelstellingen;
- de risicostrategie en de interne governance van de onderneming;¹⁰
- de goedkeuring van de interne organisatie van de onderneming; en
- doeltreffend toezicht op de directie¹¹ en de vaststelling van het algemene beleid op het gebied van het verlenen van diensten en het verrichten van activiteiten.

Onder deze verantwoordelijkheden wordt ook expliciet de goedkeuring van criteria voor de selectie en opleiding van het personeel, de goedkeuring van nieuwe producten voor cliënten en het beloningsbeleid geschaard.¹²

In art. 9(1) MiFID II wordt bepaald dat de bevoegde autoriteiten ('competent authorities')¹³ van de lidstaten die de vergunningen verlenen voor het beroeps- of bedrijfsmatig verlenen van beleggingsdiensten en/of het verrichten van beleggingsactiviteiten, dienen te verzekeren dat beleggingsondernemingen en hun 'leidinggevende organen' aan art. 88 en 91 CRD IV voldoen.¹⁴ In de volgende paragraaf wordt nader ingegaan op de betekenis van de term 'leidinggevend orgaan' en de regels die ten aanzien van dat 'gremium' in MiFID II – en derhalve ook in CRD IV – worden gesteld.

3. Het doel en de inhoud van de corporate governance-regels met betrekking tot het leidinggevend orgaan

Het leidinggevend orgaan is verantwoordelijk voor het opstellen van, het toezicht op en de implementatie van governance-regelingen die effectief en prudent bestuur van de instelling¹⁵ verzekeren. Dit betekent onder meer dat het geschiktheidsbeleid van de instelling moet aansluiten bij het algemene corporate governance-raamwerk, de cultuur en de risicobereidheid van de instelling. Het leidinggevend orgaan van een instelling dient daartoe zelf beleid te vormen en te onderhouden, op basis waarvan de geschiktheid van de leden van het leidinggevend orgaan wordt beoordeeld. Dit beleid dient

onder meer het proces voor de selectie en benoeming van leden van het leidinggevend orgaan te bevatten en de toepasselijke interne procedures voor de beoordeling van de geschiktheid van een lid van het leidinggevend orgaan te beschrijven.

De governance-regels in MiFID II beogen de rol van het leidinggevend orgaan te versterken. In het bijzonder dienen deze regels een gezonde en prudente bedrijfsvoering te verzekeren en de integriteit van de markt (en daarmee de bescherming van beleggers) te bevorderen, waarbij onderscheid kan worden gemaakt tussen eisen die aan individuele leden van een leidinggevend orgaan worden gesteld (de 'individuele eisen') en eisen die op een leidinggevend orgaan als collectief zien (de 'collectieve eisen').¹⁶

De eerder genoemde Conceptrichtsnoeren van ESMA en EBA maken duidelijk dat de initiële en doorlopende beoordeling van de individuele- en collectieve geschiktheid (van de leden) van het leidinggevend orgaan in eerste instantie de verantwoordelijkheid van de instellingen is, hoewel de geschiktheidstoetsing, voor toezichtsdoeleinden, ook door DNB/AFM wordt uitgevoerd. Indien de geschiktheidstoets door DNB/AFM is uitgevoerd, blijft het de verantwoordelijkheid van de instellingen om de (collectieve) geschiktheid van het leidinggevend orgaan te beoordelen en te verzekeren.¹⁷ Deze interne verant-

¹⁰ Zie art. 88(1) CRD IV voor een uitgebreidere opsomming van de beginselen waaraan de governance-regelingen van leidinggevend orgaan dienen te voldoen.

¹¹ Onder 'directie' wordt in MiFID II verstaan: 'natuurlijke personen die uitvoerende functies in een beleggingsonderneming, marktexploitant of dienstverlener op het gebied van datarapportage uitoefenen en die verantwoordelijk zijn, en verantwoording moeten afleggen aan het leidinggevend orgaan van de entiteit, voor het dagelijks management van de entiteit, met inbegrip van de toepassing van de gedragslijnen voor de distributie door de onderneming en haar personeel van diensten en producten aan cliënten'. Zie art. 4(1)(37) MiFID II.

¹² Zie overweging 54 MiFID II. Zie ook art. 9(3) MiFID II.

¹³ In Nederland de AFM voor niet-bankbeleggingsondernemingen. Zie art. 4:9.0a(2) Wft. Voor bankbeleggingsondernemingen zijn de ECB (significante banken) onderscheidenlijk DNB (niet-significante banken) bevoegd. Zie D. Busch, 'Corporate governance volgens MiFID II', *FR* 2015, 12, p. 452.

¹⁴ Zie art. 9(1) jo. art. 5(1) MiFID II.

¹⁵ Onder 'instelling' wordt een kredietinstelling of een beleggingsonderneming verstaan. Zie art. 4(1)(3) Verordening (EU) 575/2013.

¹⁶ Overweging 53 en 54 considerans MiFID II.

¹⁷ Zie Conceptrichtsnoeren, p. 23-24.

woordelijkheid voor initiële en doorlopende beoordeling van de geschiktheid ten aanzien van de individuele leden, dan wel het leidinggevend orgaan als collectief, zal naar onze verwachting over het algemeen bij de compliance-afdeling van een instelling liggen.

De Conceptrichtsnoeren geven weer welke concrete feiten en omstandigheden een rol spelen bij het (her)beoordelen of (de leden van) het leidinggevend orgaan van een instelling aan de eisen van MiFID II en CRD IV voldoen. Hieronder wordt zowel op deze individuele eisen als deze collectieve eisen ingegaan.

3.1 Individuele eisen

3.1.1 Betrouwbaarheid, geschiktheid en voldoende tijd

In art. 91 CRD IV zijn doorlopende verplichtingen opgenomen waaraan (leden van) het leidinggevend orgaan van beleggingsondernemingen moet(en) voldoen.¹⁸ Deze verplichtingen zien op de betrouwbaarheid, de geschiktheid en het beschikken over voldoende kennis, vaardigheden en ervaring van de individuele leden van het leidinggevend orgaan.¹⁹

Ieder lid van het leidinggevend orgaan heeft de plicht om eerlijk, integer en met onafhankelijkheid van geest te handelen, en de besluiten van de directie kritisch te beoordelen, zo nodig weerstand te bieden en controle uit te oefenen op de wijze waarop de bestuurlijke besluitvorming plaatsvindt.²⁰ Uit de Conceptrichtsnoeren blijkt dat onafhankelijkheid van geest ('independence of mind') inhoudt dat er geen sprake is van belangenverstrengelingen die een onafhankelijke en objectieve taakuitoefening in de weg staan. Enkele voorbeelden van situaties die bij deze beoordeling in ogenschouw dienen te worden genomen zijn:

- de persoonlijke, professionele of economische relaties met de eigenaars van gekwalificeerde deelnemingen in de instelling, de moederinstelling of dochterinstellingen;
- de persoonlijke, professionele of economische relaties met relevante externe belanghebbenden; en
- persoonlijke, professionele of economische relaties met andere leden van het leidinggevend orgaan van de instelling of entiteiten die onderdeel uitmaken van de prudentiële consolidatie.²¹

Eén van de eisen die aan de onafhankelijkheid van geest wordt gesteld is gelegen in het zich onthouden van stemming wanneer mogelijk sprake is van belangenverstrengeling of indien de vereiste onafhankelijkheid van geest van een lid op ander wijze is gecompromitteerd.²² De instelling en de leden van het leidinggevend orgaan zelf dienen potentiële en daadwerkelijke belangenverstrengelingen te identificeren, de materialiteit daarvan te beoordelen en mitigerende maatregelen te nemen. Zowel het proces als de beslissingen dienen te worden gedocumenteerd. De identificatie van belangenverstrengelingen dient met gepaste transparantie gepaard te gaan. Dit houdt in ieder geval in dat relevante belanghebbenden daarover worden geïnformeerd en dat DNB/AFM op de hoogte wordt gesteld indien er sprake is van een materiële belangenverstrengeling die de onafhankelijkheid van geest van een lid van het leidinggevend orgaan kan aantasten en de impact daarvan onvoldoende is gemitigeerd.²³

In het kader van de geschiktheid van de leden van het leidinggevend orgaan dient de beoordeling niet te worden beperkt tot het opleidingsniveau en -richting en de aantoonbare relevante ervaring. De geschiktheidsbeoordeling vereist onder meer een grondigere analyse van de praktische ervaring van een lid van het leidinggevend orgaan, aangezien de kennis en ervaring die men in eerdere functies heeft opgedaan afhankelijk is van het karakter, de schaal en de complexiteit van de activiteiten.²⁴ Instellingen zijn tevens verplicht om voldoende personele en financiële middelen in de introductie(cursus) en verdere opleiding van de leden te steken. De inmiddels veelvuldig aangehaalde Conceptrichtsnoeren bevatten tamelijk ver reikende eisen op dit vlak.²⁵

¹⁸ Zie ook art. 9(1) MiFID II.

¹⁹ Art. 91(1) CRD IV. Zie ook art. 4:9, 4:10, 2:99 Wft (beleggingsondernemingen) en art. 3:8, 3:9, 2:12 Wft (kredietinstellingen, i.e. banken).

²⁰ Art. 91(8) CRD IV.

²¹ Conceptrichtsnoeren, p. 36. Met betrekking tot CRD IV-instellingen bevatten de Conceptrichtsnoeren verschillende beschrijvingen van situaties waarin leden van het leidinggevend orgaan met een toezichthoudende functie over het algemeen *niet* onafhankelijk moeten worden geacht. Zie Conceptrichtsnoeren, p. 45.

²² Conceptrichtsnoeren, p. 36.

²³ Conceptrichtsnoeren, p. 37.

²⁴ Conceptrichtsnoeren, p. 31.

²⁵ Art. 91(9) CRD IV. Bijlage II bij de Conceptrichtsnoeren bevat een niet-uitputtende lijst van de relevante vaardigheden. Zie Conceptrichtsnoeren, p. 37 e.v. voor de eisen die aan het introductie(cursus)- en trainingsbeleid worden gesteld.

Voorts is bepaald dat alle leden van het leidinggevend orgaan van beleggingsondernemingen voldoende tijd aan de vervulling van hun taken besteden.²⁶ Daarbij moet onder meer met de volgende zaken rekening worden gehouden:

- de specifieke rol/functie en het aantal bestuursfuncties dat een lid bekleed en de daarmee samenhangende verantwoordelijkheden;
- de reistijd die het lid heeft en de reizen die een lid voor de uitoefening van de functie dient te maken;
- het aantal vergaderingen die voor het leidinggevend orgaan en andere noodzakelijke bezigheden zijn gepland;
- (veranderingen in) alle andere verplichtingen van een lid van het leidinggevend orgaan; en
- de langdurige afwezigheid van leden van het leidinggevend orgaan.²⁷

Indien zich relevante nieuwe omstandigheden voordoen kan een herbeoordeling van de voorgaande eisen door de instelling nodig zijn. Dit is onder meer het geval indien:

- er materiële wijzigingen zijn in de samenstelling van het leidinggevend orgaan;
- er zorgen zijn met betrekking tot de individuele onderscheidenlijk collectieve geschiktheid van de leden van het leidinggevend orgaan;
- zich een omstandigheid voordoet die een materiële impact heeft op de reputatie van een lid van het leidinggevend orgaan (e.g. niet-naleving van het beleid aangaande belangenverstrengeling);
- een lid van het leidinggevend orgaan een nieuwe of andere rol/functie gaat bekleden (geschiktheid en voldoende tijd); en
- er sprake is van een bijzonder drukke periode, zoals een overname, een fusie of een crisissituatie.²⁸

Bij de (her)beoordeling van het kennisniveau, de vereiste vaardigheden, de ervaring en tijdsbesteding van de leden van het leidinggevend orgaan door de instelling dienen de specifieke rol/functie en de verantwoordelijkheden die daarmee samenhangen in acht te worden genomen. Het vereiste niveau en de aard van de kennis en vaardigheden van uitvoerende bestuursfuncties en niet-uitvoerende bestuursfuncties kan derhalve verschillen.²⁹

3.1.2 Beperking van het aantal bestuursfuncties

Voor zogenoemde ‘significante instellingen’ is naast de voorgaande ‘tijdsbestedingseis’ een aanvullende verplichting opgelegd.³⁰ Het significante karakter van de instelling ziet op de omvang en de interne organisatie, en de aard, schaal en complexiteit van de werkzaamheden.³¹

Het aantal bestuursfuncties dat een lid van het leidinggevend orgaan van een significante instelling gelijktijdig mag vervullen is in CRD IV beperkt. Het combineren van een te groot aantal bestuursfuncties (‘overboarding’) zou een lid van het leidinggevend orgaan immers kunnen beletten genoeg tijd te besteden aan de vervulling van zijn/haar rol.³² Concreet hangt het toegestane aantal bestuursfunctie dat bekleed mag worden af van de combinatie van uitvoerende en/of niet-uitvoerende bestuursfuncties. Leden van het leidinggevende orgaan van een significante instelling mag niet meer dan één van de volgende combinaties van bestuursfuncties gelijktijdig bekleden:

- één uitvoerende bestuursfunctie en twee niet-uitvoerende bestuursfuncties; of
- vier niet-uitvoerende bestuursfuncties.

Daarbij gelden de volgende functies als één bestuursfunctie:

1. uitvoerende of niet-uitvoerend bestuursfuncties binnen dezelfde groep;
2. uitvoerende of niet-uitvoerende bestuursfuncties binnen:
 - a) instellingen die bij hetzelfde protectiestelsel zijn aangesloten;³³ of
 - b) ondernemingen waarin de instelling een gekwalificeerde deelneming heeft.³⁴

²⁶ Art. 91(2) CRD IV.

²⁷ Conceptrichtsnoeren, p. 28-29. De EBA heeft een met betrekking tot ‘time commitment’ een relevante benchmark Beschikbaar gesteld in de bijlage van de beoordeling van de impact (‘impact assessment’) van de Conceptrichtsnoeren.

²⁸ Conceptrichtsnoeren, p. 22, 23, 27.

²⁹ Conceptrichtsnoeren, p. 23.

³⁰ Zie ook S. Rietveld, ‘Verschillende toepassingen van de limiteringsregeling nader beschouwd’, *TOP* 2014-4. De beperking in het aantal bestuursfuncties geldt niet ten aanzien van organisaties die niet hoofdzakelijk commerciële doelen nastreven. Zie art. 91(5) CRD IV.

³¹ Art. 91 (3) CRD IV.

³² Zie overweging 54 considerans MiFID II.

³³ Mits daarbij is voldaan aan de voorwaarden van art. 113(7) Verordening (EU) Nr. 575/2013.

³⁴ Inclusief niet-financiële entiteiten. Zie Conceptrichtsnoeren, p. 29-30 voor een gedetailleerdere beschrijving van de berekeningswijze van het maximale aantal toegestane bestuursfuncties.

Indien zittende leden meer functies vervullen dan hierboven genoemd dan voldoen ze niet aan het vereiste om voldoende tijd aan de functie te besteden hetgeen gevolgen kan hebben voor de geschiktheidsbeoordeling.

Bij de vergunningverlening voor het verlenen van beleggingsdiensten en/of het verrichten van beleggingsactiviteiten kan door DNB/AFM aan leden van het leidinggevend orgaan toestemming worden verleend om, bovenop het toegestane aantal bestuursfuncties dat zij op grond van art. 91(3) CRD VI mogen vervullen, nog één aanvullende niet-uitvoerend bestuursmandaat te bekleden.³⁵

3.2 Collectieve eisen

3.2.1 Collectieve geschiktheid

Naast de eisen die aan de kennis, vaardigheden en ervaring van de individuele leden van het leidinggevend orgaan worden gesteld, bevat CRD IV ook het vereiste dat het leidinggevend orgaan daar, als collectief, doorlopend voldoende over beschikt om inzicht te hebben in de bedrijfsactiviteiten van de instelling en de belangrijkste risico's waaraan de instelling is blootgesteld.³⁶ De Conceptrichtsnoeren geven weer dat de beoordeling van de collectieve geschiktheid een vergelijking dient op te leveren tussen de daadwerkelijke samenstelling van het leidinggevend orgaan en haar collectieve kennis, kunde en ervaring, en de vereiste collectieve geschiktheid op grond van CRD IV.³⁷

Indien zich relevante nieuwe omstandigheden voordoen kan een herbeoordeling door de instelling van de naleving van de voorgaande collectieve eisen nodig zijn. Dit is bijvoorbeeld het geval indien er sprake is van materiële wijzigingen in het business model, de risicobereidheid of strategie of indien een materiële wijziging in de (groeps)structuur van de instelling plaatsvindt.³⁸ Bij het niet voldoen hieraan voldoet de instelling niet aan doorlopende verplichtingen.

3.2.2 Diversiteit

Instellingen respectievelijk hun benoemingscomités zijn verplicht actief beleid te voeren dat gericht is op de bevordering van diversiteit in de samenstelling van het leidinggevend orgaan. Deze 'diversiteitseis' heeft tot doel groepsdenken te vermijden en kritisch denken en een onafhankelijke meningsvorming te bevorderen. Het diversiteitsbeleid dient gericht te zijn op het bijeenbrengen van een brede set aan kwaliteiten en competenties, om gevarieerde denkbeelden en ervaringen in het leidinggevend orgaan te bundelen en onafhankelijke meningen en deugdelijke besluitvorming te faciliteren.³⁹

Een divers leidinggevend orgaan kenmerkt zich in variatie ten aanzien van leeftijd, geslacht, geografische herkomst, opleiding en variatie in de professionele achtergrond van de leden.⁴⁰ In dat kader is het instellingen verplicht gesteld een streefcijfer vast te stellen ten aanzien van het in het leidinggevend orgaan ondervertegenwoordigd geslacht met het doel het aantal personen van dat geslacht in het orgaan te vergroten.⁴¹ Werknemersvertegenwoordiging in het leidinggevend orgaan is een andere factor die de diversiteit binnen het orgaan bevordert.

4. Compliance krijgt er een nieuwe taak bij, namelijk de interne herbeoordeling

4.1 Interne monitoring en herbeoordeling

Het leidinggevend orgaan dient periodiek de doeltreffendheid van de governance-regelingen te monitoren en te (her)beoordelen, en moet passende stappen ondernemen indien tekortkomingen zijn gedetecteerd.⁴² Daartoe dient het leidinggevend orgaan toegang te hebben tot alle benodigde informatie om de besluitvorming van het management te monitoren.⁴³

De herbeoordeling van de individuele of collectieve functioneren van de leden van het leidinggevend orgaan lijkt volgens ons mede een taak voor de compliance-afde-

³⁵ Zie art. 9(2) MiFID II jo. art. 91(3)-(5) CRD IV.

³⁶ Zie art. 91(1) en (7) CRD IV.

³⁷ Zie art. 91(7) CRD IV. Zie ook Conceptrichtsnoeren, p. 49.

³⁸ Conceptrichtsnoeren, p. 24.

³⁹ Conceptrichtsnoeren, p. 39.

⁴⁰ Overweging 53 considerans MiFID II.

⁴¹ Zie art. 88(2)(a) CRD IV.

⁴² Zie art. 88(1) CRD IV. De governance-regelingen zien op de prudentie van het bestuur en dienen onder meer in een scheiding van taken en het voorkomen van belangenconflicten te voorzien.

⁴³ Art. 9(3) MiFID II.

ling/functie. Dit betekent dus een uitbreiding van de werkzaamheden van de compliancefuncties.

Bij een dergelijke herbeoordeling dienen onder meer de volgende aspecten in ogenschouw te worden genomen:

- de efficiëntie van de werkprocessen van het leidinggevend orgaan, inclusief informatiestromen en rapporteringslijnen, waarbij de input van interne controlefuncties (e.g. risico management, compliance en audit) en opvolgende aanbevelingen moeten worden meegenomen;
- het vermogen van het leidinggevend orgaan om op strategisch belangrijke zaken te focussen; en
- de functioneringsdoelstellingen van de instelling en het leidinggevend orgaan.⁴⁴

Indien een instelling bij de initiële beoordeling of herbeoordeling concludeert dat een persoon niet geschikt is om als lid van het leidinggevend orgaan te worden benoemd, dient die persoon niet te worden benoemd of dient een reeds benoemd persoon te worden vervangen. Indien een instelling tot de conclusie komt dat het leidinggevend orgaan als collectief niet aan de geschiktheidseis voldoet, dient de instelling tijdig passende correctieve maatregelen te nemen. Correctieve maatregelen kunnen onder meer het volgende inhouden:

- het aanpassen van de verantwoordelijkheden tussen leden van het leidinggevend orgaan;
- het vervangen van bepaalde leden;
- het werven van nieuwe leden; of
- het trainen van het leidinggevend orgaan als collectief, om de individuele en collectieve geschiktheid te verzekeren.⁴⁵

De AFM of DNB dient onverwijld te worden ingelicht over de tekortkomingen die zijn geïdentificeerd met betrekking tot individuen uit het leidinggevend orgaan of het orgaan als collectief.⁴⁶

4.2 Externe beoordeling, toezicht en handhaving

Instellingen moeten te allen tijde aan de voorwaarden voor de initiële vergunningverlening voldoen.⁴⁷ Dit houdt onder meer in dat zij dienen te waarborgen dat leden van het leidinggevend orgaan doorlopend aan de geschiktheidseisen voldoen, en daartoe passend beleid en procedures moeten opstellen.⁴⁸ Zoals reeds eerder werd vermeld, dienen personen die worden (her)benoemd tot lid van het leidinggevend orgaan en, het leidinggevend orgaan als collectief, ook door DNB/AFM te worden getoetst. Het strekt tot aanbeveling om daarbij gespecialiseerd juridisch advies en begeleiding in te kopen. Dit maakt dat de toetsing niet alleen intern is gedaan maar er ook door een buitenstaander een oordeel is gevormd.

De betrouwbaarheid van de leden van het leidinggevend orgaan, het beschikken over voldoende kennis, vaardigheden en ervaring en de eis dat zij voldoende tijd aan de vervulling van hun taken (kunnen) besteden vormen dergelijke 'vergunningseisen'. Dit houdt in dat indien de DNB/AFM er niet van overtuigd is dat de leden van het leidinggevend orgaan van de beleggingsonderneming aan de betrouwbaarheids- en geschiktheidseis en de 'tijdsbestedings-eis' (kunnen) voldoen, zij geen vergunning zal verlenen of andere (in)formele maatregelen kan nemen. Maar ook tussentijds blijven dit uiteraard belangrijke normen die onderdeel zouden moeten zijn van een compliance programma dat zorg draagt voor continue monitoring.

Hetzelfde geldt indien er objectieve en aantoonbare redenen zijn om aan te nemen dat het leidinggevend orgaan van de beleggingsonderneming een bedreiging kan vormen voor de efficiënte, gezonde en prudente bedrijfsvoering en/of belangen van haar cliënten en het belang bij marktintegriteit onvoldoende in acht neemt.⁴⁹ Indien dat het geval is kan DNB/AFM, onder meer, de verwijdering van een natuurlijke persoon uit het leidinggevend orgaan van een beleggingsonderneming eisen ('heenzending').⁵⁰ Uiteraard zijn dit vergaande maatregelen die een zorgvuldige afweging vereisen. Vandaar dat een intern complianceprogramma wat hier aandacht aan besteed van belang is om de interne positie van de instelling veilig te stellen en het 'gesprek' met de DNB/AFM hierover gefundeerd aan te kunnen gaan als zich een verschil van inzicht voor zou doen.

⁴⁴ Zie Conceptrichtsnoeren, p. 50.

⁴⁵ Conceptrichtsnoeren, p. 52.

⁴⁶ Conceptrichtsnoeren, p. 52.

⁴⁷ Art. 21(1) MiFID II.

⁴⁸ Zie Conceptrichtsnoeren, p. 12.

⁴⁹ Zie art. 9(4) MiFID II.

⁵⁰ Zie art.69(2)(u) MiFID II. Zie art. 3:8, 3:9 en 4:9, 4:10 Wft.

Ook heeft DNB/AFM de bevoegdheid om een lid van het leidinggevend orgaan van een beleggingsonderneming, of een andere natuurlijke persoon die voor de inbreuk verantwoordelijk wordt gehouden, een tijdelijk of een permanent verbod opleggen om leidinggevende functies in beleggingsondernemingen te bekleden.⁵¹ Voorts is het de toezichthouder die de vergunning heeft verleend onder meer toegestaan deze in te trekken indien een beleggingsonderneming de voorwaarden voor de bedrijfsuitoefening op ernstige wijze en systematisch heeft overtreden.⁵² De corporate governance-regels uit MiFID II en CRD IV kwalificeren als dergelijke voorwaarden.⁵³

5. Conclusie

MiFID II scherpt de corporate governance-regels voor beleggingsondernemingen verder aan. De leden van het leidinggevend orgaan van beleggingsondernemingen dienen over voldoende kennis en vaardigheden te beschikken en inzicht te hebben in de risico's die inherent zijn aan de activiteiten van de onderneming. Daarmee moet worden gewaarborgd dat de onderneming op gezonde en prudente wijze wordt beheerd in het belang van de beleggers en marktintegriteit. De artikelen uit CRD IV en MiFID II die zien op het functioneren en de samenstelling van het leidinggevend orgaan hebben een verdere invulling gekregen door de recent uitgebrachte Conceptrichtsnoeren.⁵⁴ Indien de geschiktheidstoets door DNB/AFM is uitgevoerd, blijft het de verantwoordelijkheid van de instellingen om de (collectieve) geschiktheid van het leidinggevend orgaan te beoordelen en te verzekeren. Deze interne verantwoordelijkheid voor initiële en doorlopende beoordeling van de geschiktheid ten aanzien van de individuele leden, dan wel het leidinggevend orgaan als collectief, zal naar onze verwachting over het algemeen bij de compliance-afdeling van een instelling liggen. ■

⁵¹ Zie art. 70(3) en (6) MiFID II. Zie ook art. 67(2) (d) CRD IV.

⁵² Art. 8(d) MiFID II.

⁵³ De in art. 9 MiFID II opgenomen regels met betrekking tot het leidinggevend orgaan zijn immers in Hoofdstuk I van Titel II van MiFID II opgenomen, welke de titel 'Voorwaarden en procedures voor de vergunningverlening' draagt. Uit art. 21 MiFID II in Hoofdstuk II van Titel II (getiteld: 'Door beleggingsondernemingen in acht te nemen voorwaarden voor de bedrijfsuitoefening') blijkt dat de voorwaarden voor de initiële vergunningverlening ook als voorwaarden voor de bedrijfsuitoefening gelden.

⁵⁴ Zie Conceptrichtsnoeren, p. 4. Hetzelfde geldt voor: EBA, 'Draft Guidelines on internal governance', *Consultation Paper* (EBA/CP/2016/16), 28 October 2016. Reacties op de Conceptrichtsnoeren kunnen tot 28 januari 2017 via de digitale consultatiepagina worden ingezonden.