

Reactie bijdrage 'De arbeidsverhouding na een negatief hertoetsingsoordeel'

Mr. C.F.J. van Tuyll, datum 24-05-2016

Datum	24-05-2016
Auteur	Mr. C.F.J. van Tuyll ^[1]
Folio weergave	Download gedrukte versie (PDF)
Vakgebied(en)	Arbeidsrecht / Algemeen

Ik neem de gelegenheid graag te baat te reageren op de bijdrage van mevrouw M. ter Broeke, De arbeidsverhouding na een negatief hertoetsingsoordeel, *TRA* 2016/22, afl. 3. In haar bijdrage bespreekt de auteur (onder meer) de praktijk van hertoetsingen door DNB en de AFM, de rechtsbescherming van beleidsbepalers en de arbeidsrechtelijke opties voor financiële ondernemingen die zich geconfronteerd zien met zittende beleidsbepalers die door DNB en/of de AFM op enig moment worden afgetoetst (negatieve hertoetsing). Vooropgesteld; er is (nog) te weinig geschreven over dit boeiende snijvlak van arbeidsrecht en financieel toezichtrecht en het artikel is dan ook zonder meer van toegevoegde waarde voor het juridisch debat. Niettemin geeft het aanleiding voor een drietal nuanceringen:

- De auteur geeft aan dat een hertoetsingsoordeel een bestuursrechtelijk oordeel is, geen rechtsgevolgen met zich brengt in de zin van de Awb en daarom niet vatbaar is voor bezwaar en beroep. Dit is te kort door de bocht: een toetsingsoordeel kan wel degelijk kwalificeren als een besluit in de zin van art. 1.3 lid 1 Awb. Dit geldt zonder meer voor aanvangstoetsingen (zie bijvoorbeeld Open Boek toezicht DNB 'Toetsingen – Mogelijkheden voor bezwaar en beroep'^[2] of het DNB nieuwsbericht 'Misverstanden over toetsingen'),^[3] maar mogelijk ook voor negatieve hertoetsingsoordelen. De maatstaf is of er sprake is van "een op rechtsgevolg gerichte (schriftelijke) beslissing" door een bestuursorgaan. Uit jurisprudentie van het College van Beroep voor het bedrijfsleven blijkt dat ook impliciet sprake kan zijn van een op rechtsgevolg gerichte beslissing, namelijk als de beslissing van de toezichthouder een situatie in het leven roept die strijdig is met de wet, hetgeen een bepaald handelen of nalaten van de instelling vordert.^[4] In deze context valt te denken aan strijdigheid met de verplichting die op de financiële onderneming rust het dagelijks beleid te laten bepalen door personen die geschikt en betrouwbaar zijn. Het belang van bovenstaande voor de praktijk is overigens gering. Zoals ook aangegeven door de auteur proberen financiële toezichthouders de instelling doorgaans eerst op informele wijze te overtuigen afscheid te nemen van een dagelijks beleidsbepaler die niet door de hertoetsing lijkt te komen.^[5] Indien dan toch tot een negatief hertoetsingsbesluit moet worden overgegaan, wordt deze beleidshalve vervat in een formele maatregel, zoals een aanwijzing tot heenzending. Dit is ook logisch gelet op het feit dat hertoetsingen doorgaans de ernstiger gevallen betreft: in een dergelijke situatie zal bij de betreffende toezichthouder het verlangen bestaan door te pakken.
- De auteur neemt tot uitgangspunt dat de toezichthouder niet zal handhaven indien de financiële onderneming juridische stappen tegen de aanwijzing tot heenzending van een beleidsbepaler neemt. Daarmee miskent de auteur dat het instellen van bezwaar en beroep

geen schorsende werking heeft.^[6] Alleen via een bestuursrechtelijke kort geding procedure kan de werking van het besluit worden geschorst.^[7] Een financiële onderneming kan bij een aanwijzing tot heenzending dus niet wachten tot het besluit in kracht van gewijsde is gegaan, maar zal – met inachtneming van de begunstigingstermijn – direct moeten handelen. Dit betekent minst genomen dat de financiële onderneming de beleidsbepaler dient te schorsen in afwachting van het verloop van een eventuele procedure. Interessante punten die de auteur in dit verband aansnijdt zijn (i) of de financiële onderneming tot heenzending kan overgaan op het moment dat de dagelijks beleidsbepaler juridische stappen wenst te nemen; (ii) in het verlengde daarvan, wie verantwoordelijk is voor de schade op het moment dat de aanwijzing onterecht gegeven blijkt te zijn; en (iii) of tijdens schorsing op de financiële onderneming een doorbetalingsverplichting jegens de beleidsbepaler rust.^[8] Deze reactie leent zich niet voor een uitgebreide beschouwing. Gesteld kan echter worden dat, bij gebreke aan richtinggevende jurisprudentie, het voor de beleidsbepaler niet onverstandig lijkt hier op voorhand met de financiële onderneming afspraken over te maken. In de praktijk blijkt dit echter niet tot nauwelijks te gebeuren.^[9]

- Tot slot zet ik vraagtekens bij het door de auteur gemaakte onderscheid tussen ‘heenzending als bestuurder’ en ‘ontheffing van de bestuurder uit functie’. Het eerste zou volgens de auteur wijzen op een plicht tot ontslag over te gaan en in het tweede geval is het ook mogelijk de betreffende persoon te herplaatsen in een andere functie. Ik zie dit onderscheid niet. Heenzending als bestuurder betekent m.i. niets meer dan dat de betreffende persoon niet langer als bestuurder (lees: dagelijks beleidsbepaler) mag aanblijven. Herplaatsing in een functie waarvoor de geschiktheids- en betrouwbaarheidseisen niet gelden is m.i. altijd mogelijk. De bevoegdheid van de financiële toezichthouders strekt zich niet uit tot het beoordelen van de geschiktheid en betrouwbaarheid van personen in andersoortige, ondergeschikte functies en het ontslag van een bestuurder die is herplaatst in een dergelijke functie kan dan in principe ook niet worden afgedwongen.^[10] Dat het in de praktijk niet makkelijk zal zijn een bestuurder in andere functie dan een (mede)beleidsbepalende functie respectievelijk een 2^e echelonfunctie te herplaatsen is een ander punt.

Voetnoten

[1]

Mr. C.F.J. van Tuyl van Serooskerken is advocaat te Amsterdam. Hij houdt zich bezig met (financieel) arbeidsrecht.

[2]

toezicht.dnb.nl/4/2/16/50-229363.jsp.

[3]

dnb.nl/nieuws/dnb-nieuwsbrieven/nieuwsbrief-verzekeren/nieuwsbrief-verzekeren-augustus-2014/dnb310835.jsp.

[4]

Zie bijv. CBB 19 december 2000, ECLI:NL:CBB:2000:AA9187, *JOR* 2001/66, m.nt. mr. drs. C.M. Grundmann-van de Krol. Overigens kwalificeert niet elke schriftelijke aansporing van de toezichthouder direct als een besluit in de zin van art. 1:3 lid 1 Awb (CBB 27 september 2005, ECLI:NL:CBB:2005:AU3493).

[5]

Zie voor een kritische beschouwing hiervan, mr. G.P. Roth en mr. J.S. Roepnarain, ‘De toetsing van bestuurders en commissarissen door DNB en de AFM. Het wettelijk stelsel, de praktijk en de mate van rechtsbescherming’, *TvC* september 2015.

[6]

Art. 6:16 Awb. Dit is alleen anders bij bestuurlijke boetes (zie art. 1:85 Wft).

[7]

Art. 8:81 Awb.

[8]

Schorsing ligt in beginsel in de risicosfeer van de financiële onderneming, ook indien de werkgever gegronde redenen heeft om de werknemer te schorsen en de schorsing aan de werknemer zelf te wijten is (HR 21 maart 2003, *JAR* 2003/9, *Van der Gulik/Visser*). Hier ligt dat echter mogelijk anders omdat geen sprake is van een bewuste keuze van de financiële onderneming om de dagelijks beleidsbepaler te schorsen, maar de onderneming hiertoe feitelijk genoodzaakt is door de aanwijzing (zie naar analogie mijn analyse ten aanzien van schorsing en het tuchtrechtelijk beroepsverbod, C.F.J. van Tuyl, 'Tuchtrecht banken: over klachten, sancties en arbeidsrechtelijke maatregelen', *AR* 2015/55).

[9]

Dit constateer ik op basis van persoonlijke ervaringen, maar zie bijv. ook het (informele) onderzoek verricht door mr. G.J. Brugman ('(Her)toetsing op geschiktheid als drukmiddel', *TvC* november 2015, p. 259).

[10]

Afhankelijk van het type functie gelden mogelijk wel weer vakbekwaamheidseisen.