

Mr. M. Scheltema

Den Haag, 26 februari 2010

Aan de Minister van Financiën

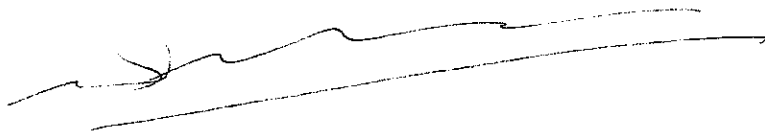
Zeer geachte heer De Jager,

Uw ambtsvoorganger heeft mij gevraagd een toets te willen uitvoeren op het onderzoek naar de deskundigheid en betrouwbaarheid van voormalige bestuurders van DSB Bank. Dit onderzoek wordt gedaan door de Nederlandsche Bank (DNB) in samenwerking met de Autoriteit Financiële Markten (AFM).

Op dit moment heb ik één herbeoordeling ontvangen. In mijn brief van 11 februari j.l. heb ik aangegeven dat ik mijn toets van de eerste herbeoordeling na twee weken zou toezenden, ook indien ik de overige herbeoordelingen nog niet zou hebben ontvangen.

In overeenstemming daarmee gaat hierbij mijn rapport met de toets van de eerste herbeoordeling.

Met vriendelijk groet,

A handwritten signature in black ink, consisting of a series of connected loops and a long horizontal stroke at the end.

Aan de Minister van Financiën

Opdracht

Enige tijd geleden heeft uw ambtsvoorganger mij gevraagd een toets te willen uitvoeren op het onderzoek naar de deskundigheid en betrouwbaarheid van voormalige bestuurders van DSB Bank. Dit onderzoek wordt gedaan door de Nederlandsche Bank (DNB) in samenwerking met de Autoriteit Financiële Markten (AFM). De mij verstrekte opdracht ligt besloten in de brief aan de Tweede Kamer der Staten Generaal van 29 oktober 2009 (Kamerstukken 2009-2010, 31371, no. 271) en blijkt ook uit de toelichting op het Instellingsbesluit commissie van onderzoek DSB Bank (Staatscourant 2009, 20474). Volgens de brief aan de Tweede Kamer is het de bedoeling dat bij de toetsing wordt nagegaan of

- de toezichthouders hun werkzaamheden zorgvuldig hebben uitgevoerd, en
- of de toezichthouders in redelijkheid tot hun oordelen over de getoetste personen hebben kunnen komen.

In dit rapport bied ik u het resultaat van mijn toets aan.

Rapport heeft slechts betrekking op één persoon

Het was oorspronkelijk de verwachting dat het onderzoek door de toezichthouders op betrekkelijk korte termijn mogelijk zou zijn, en dat alle onderzoeken op hetzelfde moment aan mij ter beschikking zouden worden gesteld. Een en ander is uiteindelijk anders gelopen: er is op dit moment nog slechts één herbeoordeling beschikbaar. Dit bracht wel de vraag met zich mee of ik dit dossier afzonderlijk moest toetsen, of dat ik moest wachten tot ook de overige herbeoordelingen gereed zijn.

Tegen een afzonderlijke toets spreekt het volgende.

Mijn toets is bedoeld om na afloop van de herbeoordelingen na te gaan of die zorgvuldig zijn geschied en tot een resultaat hebben geleid waartoe de toezichthouders in redelijkheid konden komen. Het is uiteraard niet de bedoeling dat ik op het proces van herbeoordeling zelf invloed uitoefen. Maar indien ik aanstonds overga tot het toetsen van de eerste herbeoordeling, zouden mijn opmerkingen daarover toch hun weerslag kunnen vinden in de dossiers die nog niet zijn afgerond.

Anderzijds heeft de herbeoordeling door de toezichthouders reeds de nodige tijd in beslag genomen. Zolang ik mijn toets niet heb afgerond blijft onzekerheid bestaan over de uitkomst daarvan. Die onzekerheid slaat ook terug op de betrokken instelling en de betrokken persoon. Naarmate meer tijd verstrijkt, gaat dit punt sterker klemmen.

Zoals ik in mijn brief van 11 februari j.l. heb aangegeven ben ik, alles afwegende, tot de conclusie gekomen dat het niet redelijk is nog lang op de volgende dossiers te wachten. Daarom heb ik in het vooruitzicht gesteld de toets van de eerste herbeoordeling binnen twee weken toe te zenden, ook indien ik de overige dossiers nog niet heb ontvangen.

Indeling van dit rapport

De opdracht laat nogal wat mogelijkheden open om die in te vullen. Daarom schets ik het kader dat ik heb gehanteerd. Dat kader is in beginsel bedoeld voor de toets van alle herbeoordelingen. Het wordt in dit eerste rapport opgenomen, en zal niet bij iedere volgende toetsing worden herhaald. Het is te vinden in deel 1 van het rapport.

De beide overige delen van het rapport handelen over de herbeoordeling van de heer Zalm. In deel 2 komt de eerste vraag aan de orde: is de procedure van herbeoordeling zorgvuldig geweest? Deel 3 gaat over de vraag of de toezichthouders in redelijkheid tot hun oordeel hebben kunnen komen.

Deel 1. Het kader voor de toetsing van de herbeoordelingen

Achtergrond

In uw brief aan de Tweede Kamer heeft u aangegeven dat het onderzoek van de DSB Commissie de reguliere toezichtwerkzaamheden van DNB en AFM onverlet laat. De brief zegt daarover:

In het kader van het lopend toezicht, dat zijn basis vindt in de in de wet neergelegde eisen van deskundigheid en betrouwbaarheid, richt de aandacht zich op die (voormalige) bestuurders en commissarissen van DSB Bank die ook op dit moment nog een beleidsbepalende functie bekleden in de financiële sector. Deze reguliere toezichtwerkzaamheden vinden derhalve plaats naast het vermelde onafhankelijke onderzoek, dat zich zoals hiervoor werd uiteengezet, onder meer ook richt op het functioneren van (voormalige) bestuurders en commissarissen van DSB Bank.

Het uitgangspunt van de wet is dat een ieder die een beleidsbepalende functie vervult bij een financiële instelling betrouwbaar moet zijn en, wanneer het om het dagelijks beleid gaat, ook deskundig. De deskundigheid en betrouwbaarheid worden door de toezichthouder vastgesteld. Een aantal voormalige bestuurders en commissarissen van DSB Bank vervult nu een functie bij een andere financiële instelling. Bij de aanvaarding van die functie is voor hen een verklaring van geen bezwaar afgegeven waaruit blijkt dat zij op dat tijdstip naar het oordeel van de toezichthouder voldeden aan de gestelde eisen. Daarna is DSB failliet gegaan. Dat feit kan nieuw licht werpen op de wijze waarop de beleidsbepalers indertijd bij die bank zijn opgetreden, en dus op hun deskundigheid en betrouwbaarheid. In de terminologie van de wet is hier sprake van een wijziging in de relevante feiten en omstandigheden die een redelijke aanleiding geven tot een nieuwe beoordeling.

De resultaten van een dergelijke hernieuwde beoordeling worden niet openbaar gemaakt. Zij worden slechts meegedeeld aan de instelling waarbij de betrokken persoon een functie vervult, en aan die persoon zelf. De bescherming van de persoonlijke levenssfeer en het vertrouwelijke karakter van veel van de gebruikte gegevens zijn argumenten die hebben geleid tot dit wettelijk vastgelegde besloten karakter van het onderzoek. In dit geval heeft het besloten karakter ook nadelen. De ingrijpende gevolgen van het DSB debacle en de grote publieke aandacht daarvoor hebben de behoefte versterkt een zekere openbare verantwoording mogelijk te maken. De weg die regering en parlement daarvoor gevonden hebben is de opdracht aan een onafhankelijke buitenstaander om een toets uit te voeren op het onderzoek van de toezichthouders. Daarbij zou inzage worden gegeven in alle gegevens die de toezichthouders bij het onderzoek gebruikt hebben.

Criteria voor toetsing

De toetsingsmaatstaven die in de inleiding zijn genoemd lijken sterk op de maatstaven die een bestuursrechter hanteert bij het beoordelen van overheidsoptreden. Bij de tweede ervan – de vraag of de toezichthouders in redelijkheid tot hun oordelen hebben kunnen komen – betekent dit dat niet wordt nagegaan of de conclusie van het onderzoek juist is (de bestuurder is al dan

niet deskundig of betrouwbaar), maar of die conclusie op grond van het beschikbare materiaal in redelijkheid kon worden getrokken. Dit is wat in het bestuursrecht 'marginale toetsing' wordt genoemd. Daarbij laat de rechter aan het bestuursorgaan een eigen verantwoordelijkheid voor de keuze die gemaakt moet worden, en veroordeelt dit alleen indien een redelijk oordelend bestuursorgaan niet tot een dergelijke beslissing kan komen. Dat kan betekenen dat zowel een positieve als een negatieve beslissing de toets kan doorstaan, mits maar goed wordt onderbouwd welke overwegingen daartoe hebben geleid. Alleen indien niet meer van een redelijk oordeel kan worden gesproken, zal de rechter de staf daarover breken.

Voordat ik nader inga op de vraag of mijn toets dezelfde moet zijn als die van een rechter, is het van belang iets te zeggen over de juridische betekenis ervan.

Wat is de juridische betekenis van deze toets?

Het is van belang te constateren dat deze toets juridisch geen bindende kracht heeft. De wet draagt de bevoegdheid om een oordeel te geven over de deskundigheid en betrouwbaarheid van bestuurders op aan de DNB en AFM. Buiten de wet om kan niet aan een andere persoon of instantie de bevoegdheid worden gegeven daaraan iets te veranderen.

Dit betekent dat een eventueel negatief oordeel van mij over de beslissing van DNB of AFM aan die beslissing zelf niets verandert. Beslissen de toezichthouders bijvoorbeeld dat een oud-DSB bestuurder wel deskundig en betrouwbaar is, dan staat dat oordeel vast. Het kan niet meer worden ingetrokken indien dit rapport tot een andere conclusie moet leiden. In beginsel geldt hetzelfde bij een negatief besluit van de toezichthouder.

Uiteraard ligt dit bij de bestuursrechter anders. De wet heeft hem de bevoegdheid toegekend een besluit te vernietigen. De uitspraak van een rechter kan daarom geheel andere gevolgen hebben dan een oordeel in dit rapport.

De verhouding met de rechtsbescherming

Dit doet wel de vraag rijzen hoe dit rapport zich verhoudt tot een mogelijk beroep op de rechter. Een dergelijk beroep staat open indien de toezichthouder bij de herbeoordeling tot een negatief resultaat komt. Na bezwaar kan dan nog in twee instanties voor de bestuursrechter worden geprocedeerd. Denkbaar is dat de rechter zich dan over dezelfde vragen buigt als in dit rapport aan de orde zijn.

De samenloop van de rechterlijke toets met de toets van dit rapport kan alleen spelen bij een negatief oordeel van de toezichthouder. Men moet immers belanghebbende zijn om een rechtsbeschermingsprocedure te beginnen. Dat zijn de betrokkene en de financiële instelling waar hij werkzaam is. Bij een positief oordeel zullen zij geen aanleiding vinden om in beroep te gaan.¹

Dit gegeven illustreert wel dat de rechter niet in algemene zin de rechtmatigheid van overheidsbesluiten beoordeelt. Hij doet dat alleen wanneer iemand door een schending van het recht is benadeeld. Is daarentegen alleen het publieke belang geschonden, bijvoorbeeld doordat te lichtvaardig een voor de burger gunstige beslissing is genomen, dan komt de rechter niet aan oordelen toe. De rechter heeft dus niet tot taak een soort algemene rechtmatigheidscontrole op besluiten uit te voeren, maar toetst een besluit alleen indien dat nodig is om aan een belanghebbende rechtsbescherming te verlenen.

De achtergrond van de toets die door mij wordt uitgevoerd, is juist wel om na te gaan of de beslissingen van de toezichthouders het publieke belang dienen. De behoefte van regering en

¹ In het midden kan blijven of een positieve beslissing ook geldt als een besluit.

parlement aan openbare verantwoording voor het handelen van de toezichthouders betrof immers niet primair de vraag of de belangen van oud-bestuurders en –commissarissen van DSB voldoende veilig werden gesteld. In die behoefte is door het bestaan van rechtsbescherming in beginsel voorzien. Zij kwam voort uit de zorg voor het publieke belang. Dit belang betreft het vertrouwen in de financiële instellingen dat vereist dat daar werkzame personen deskundig en betrouwbaar zijn.

Er bestond een zekere zorg dat de toezichthouders dit belang niet voldoende in het oog zouden houden. Zij hadden immers de voormalige bestuurders en commissarissen van DSB al beoordeeld toen die hun huidige functie aanvaardden. Zouden de toezichthouders niet te sterk de neiging hebben bij de herbeoordeling aan hun eerdere standpunt vast te houden? Doen zij dat niet, dan hebben zij immers het een en ander uit te leggen, zo lijkt het.

Een en ander overwegende ben ik tot de conclusie gekomen dat dit rapport het accent moet leggen op de vraag of de toezichthouders het publieke belang voldoende in het oog hebben gehouden. Tot het publieke belang reken ik mede het belang van een zorgvuldig en rechtsstatelijk handelen jegens belanghebbenden. Maar de persoonlijke belangen van de betrokken personen en instellingen staan hier minder centraal dan bij een rechterlijke beoordeling het geval zou zijn. Een onderzoek daarnaar gaat het bestek van deze toets dan ook te buiten. Daar is de rechter voor.

Daar komt nog een meer praktische reden bij. Een meer rechterlijke benadering zou vereisen dat de betrokken personen worden gehoord. Zij zijn in het kader van het onderzoek van de toezichthouders al gehoord, soms meer dan eens, en zij worden doorgaans ook door de DSB commissie gehoord. De belasting die dat met zich meebrengt, en de tijd die daarmee gemoeid is, staan een snel uitbrengen van dit rapport in de weg, en kunnen ook het rapport van de DSB commissie vertragen. Nu de herbeoordeling door de toezichthouders al de nodige tijd in beslag heeft genomen, en de daardoor ontstane onzekerheid voor alle betrokkenen nog voortduurt, is dat een extra reden de hier aangegeven koers te volgen.

Achtergrond van het verschil in benadering DNB en AFM

De indruk bestaat dat DNB en de AFM bij de herbeoordeling niet vanzelfsprekend tot dezelfde resultaten komen. Dat is in ieder geval bij de eerste herbeoordeling het geval. Het positieve oordeel van DNB en het negatieve van de AFM zouden enig verband kunnen houden met het verschil in taken van beide toezichthouders, en het verschil in benadering die zij in het algemeen kiezen. Het prudentiële toezicht, dat bij DNB berust, wordt meer in stilte uitgevoerd omdat het bekend worden van acties direct een negatief effect kan hebben op de positie van de bank, hetgeen juist voorkomen moet worden. Bij de AFM speelt dat minder, en kan juist de (dreiging tot) openbaarmaking van sancties bevorderend werken op de naleving van gedragsregels, bijvoorbeeld ten opzichte van consumenten.

In het verlengde hiervan, en wellicht mede omdat de AFM een nog jongere toezichthouder is, komt de stijl van toezicht houden mij wat verschillend voor. De AFM kiest een meer agressieve benadering, terwijl DNB meer de nadruk legt op overreding en het inzetten van gezag. Dat verschil kan ook in de standpuntbepaling hier weerspiegeld worden.

Op zichzelf is een dergelijk verschil in benadering van het toezicht verklaarbaar en moeten beide toezichthouders ook de ruimte hebben het beleid te kiezen dat naar hun oordeel het beste bij hun terrein past. Bij een marginale toetsing past het niet daarin een keuze te maken. Wel moeten zij ervoor zorgen dat zij bij de besluitvorming over onderwerpen die beide terreinen raken zo goed mogelijk samenwerken. Artikel 1:46 Wft geeft daar uitdrukking aan. De wet heeft de nodige waarborgen ingebouwd om ervoor te zorgen dat het standpunt van de

ene toezichthouder wordt meegewogen bij besluiten van de andere toezichthouder. In gevallen waarvoor geen formele regeling geldt, zal zo goed mogelijk naar informele samenwerking moeten worden gezocht. Tegen de achtergrond van artikel 1:46 moeten de toezichthouders ervoor zorgen dat de buitenwereld niet wordt opgescheept met meningsverschillen die in eigen gelederen niet kunnen worden opgelost. Dat betekent ook dat zij moeten accepteren dat het eigen standpunt niet steeds kan prevaleren.

De procedurele inrichting van deze toets

Ik ga ervan uit dat de procedurele inrichting van deze toets in alle gevallen dezelfde zal zijn. Uiteraard kan een bepaald dossier aanleiding geven tot afwijkingen, maar een uniform uitgangspunt lijkt op dit ogenblik het beste. Daarom volgt hieronder de werkwijze die ik in dit eerste geval heb gevolgd, en die ook als uitgangspunt in de volgende gevallen zal dienen.

Ten behoeve van de toets heb ik inzage gekregen in het omvangrijke dossier van DNB en in alle stukken die bij dat dossier zijn gevoegd, inclusief de stukken van de AFM. Daarnaast heb ik toegang gekregen tot het materiaal dat door de beide toezichthouders is verzameld. Dat materiaal is zeer omvangrijk, en omvat onder meer de verslagen van gesprekken die met voormalige bestuurders en commissarissen van DSB en anderen zijn gevoerd. Het feit dat gedurende een bepaalde periode ongeveer 25 personen met het onderzoek bezig zijn geweest, geeft aan dat er intensief naar feitelijke informatie is gezocht.

Ik heb het dossier tot uitgangspunt genomen. Van het achterliggende materiaal heb ik alleen kennis genomen om daarvan een algemene indruk op te doen, en voorts om bij punten uit het dossier waarover ik vragen had, nadere gegevens te verkrijgen. Voorts heb ik gebruik gemaakt van de informatie die ik inmiddels in het kader van het werk van de commissie onderzoek DSB heb verkregen.

Zowel bij DNB als bij de AFM heb ik vragen gesteld over het dossier. Het ging om punten die mij niet geheel duidelijk waren of bij mij twijfels opriepen. Ook heb ik nadere informatie gevraagd over de door hen gevolgde procedure.

De vraag kwam op of het tot mijn taak zou behoren zelfstandig informatie te verzamelen ingeval er twijfel kon bestaan over de inhoud van het dossier. Ik heb mij op het standpunt gesteld dat dit niet de bedoeling was.

De belangrijkste overweging daarbij heeft te maken met de omvang van het werk. Er is grote nadruk gelegd op het feit dat de toets snel gereed moet zijn. Door de toezichthouders is gedurende ongeveer twee maanden met ongeveer 25 personen aan het onderzoek gewerkt. Tegen die achtergrond is niet te verwachten dat een enkele persoon in korte tijd in staat is het aanwezige feitenmateriaal aan te vullen of op juistheid en volledigheid te toetsen door het instellen van een eigen onderzoek. Daar komt bij dat mijn algehele indruk is dat hierbij op een zorgvuldige en onbevooroordeelde wijze te werk is gegaan, zoals in deel 2 nader zal worden aangegeven.

Het concept van dit rapport heb ik aan DNB en de AFM toegezonden, waarna beide toezichthouders een schriftelijke reactie hebben gegeven. Vervolgens heeft met ieder van hen nog een gesprek plaats gevonden. De opmerkingen hebben op verschillende punten geleid tot wijzigingen. De schriftelijke reacties heb ik bij het dossier gevoegd.

Deel 2 De herbeoordeling van de heer Zalm door de toezichthouders

De procedure

1. Vraagstelling en gegevensverzameling

De vraagstelling

Iedere bestuurder van een bank wordt op betrouwbaarheid en deskundigheid beoordeeld voordat zijn benoeming plaats vindt. In dit geval was dat ook gebeurd: de beoordeling van de heer Zalm voor zijn benoeming bij de ABN-AMRO (AAB) heeft in december 2008 plaats gevonden. Uiteraard met positief resultaat: anders was de benoeming niet doorgegaan. De aanleiding tot de hernieuwde beoordeling was het faillissement van DSB. Dit werd ongeveer negen maanden na zijn vertrek bij DSB uitgesproken. De vraag is of dit een nieuw licht werpt op de deskundigheid en betrouwbaarheid van de heer Zalm. Die vraag moet worden beantwoord ten aanzien van zijn huidige functie bij AAB, die hij inmiddels ruim een jaar vervult.

Tegen de achtergrond van het feit dat een jaar eerder een beoordeling had plaats gevonden, hadden de toezichthouders tot een beknopte toetsing kunnen besluiten. Zij hadden de vraag kunnen stellen: welke feiten en omstandigheden zijn door het faillissement naar voren gekomen die bij de eerdere beoordeling in december 2008 nog niet bekend waren? Dat hebben zij niet gedaan: zij hebben een veel ruimere vraagstelling gekozen. Die komt erop neer dat heel in het algemeen de vraag is gesteld hoe een beoordeling van de deskundigheid en de betrouwbaarheid van de heer Zalm zou uitvallen met de kennis van nu, zonder te letten op het feit dat reeds eerder een beoordeling had plaats gevonden. Het hele verleden bij DSB is meegenomen, ook feiten die bij de eerdere beoordeling al bekend waren of bekend hadden kunnen zijn.

Vanuit het perspectief van het publieke belang biedt deze keuze grote voordelen. De toetsing van vorig jaar is vrij summier geweest, in lijn met toetsingen van personen ten aanzien van wie weinig reden bestaat voor een diepgaand onderzoek. Het faillissement van DSB roept de vraag op of daarbij toch geen belangrijke elementen over het hoofd zijn gezien. Die vraag wordt breed in de samenleving gesteld, en het zou tegen die achtergrond onbevredigend zijn wanneer daarop geen antwoord komt.

Er past hierbij overigens ook een kanttekening. Indien de herbeoordeling nu tot een negatief oordeel had geleid op basis van gegevens die een jaar eerder ook bekend waren of bekend hadden kunnen zijn, is het niet zeker dat op grond daarvan enige maatregel genomen zou kunnen worden. Juridisch is het terugkomen ten nadele van de betrokkene op een eerder genomen besluit aan strakke regels gebonden. Indien er geen nieuwe feiten of omstandigheden naar voren komen, en betrokkene ook niet heeft bijgedragen aan een verkeerde voorstelling van zaken, bestaan daartoe beperkte mogelijkheden. Die beperkingen zijn er niet voor niets. Het recht beoogt iedere burger te beschermen tegen een overheid die te lichtvaardig op een eerder besluit terugkomt. Ook in dit geval zouden de nadelen van het terugkomen op een eerder besluit voor de betrokken instelling en persoon groot zijn.

Voor de toezichthouders houdt de gekozen benadering een risico in. Indien het nieuwe onderzoek feiten uit het verleden oplevert die kunnen bijdragen aan een negatief oordeel over deskundigheid en betrouwbaarheid, komt de vraag op of indertijd niet te gemakkelijk met een

summier onderzoek is volstaan. De toezichthouders maken zich kwetsbaarder voor deze kritiek naarmate zij tot een diepgaander onderzoek besluiten.

De omvang van de gegevensverzameling

De vraagstelling van het onderzoek is niet alleen ruim getrokken, ook de omvang van de gegevensverzameling is groot geweest. DNB en AFM hebben daarbij samengewerkt; zo zijn gesprekken veelal door een medewerker van DNB en een medewerker van de AFM gezamenlijk gevoerd.

Het op deze wijze verzamelde materiaal heeft betrekking op de gang van zaken bij DSB. In het kader van de gezamenlijke projectgroep is geen onderzoek gedaan naar gedragingen in eerdere of latere functies.

DNB heeft een overzicht gemaakt van de informatie die over DSB is bijeengebracht. Dat overzicht is uitvoerig (63 pagina's). Het is, naar mededeling van DNB, in hoofdzaak opgesteld door medewerkers die niet zelf bij het toezicht op DSB betrokken waren. De reden hiervoor was vooringenomenheid bij het onderzoek te voorkomen. Naast dit overzicht is door DNB ten behoeve van de commissie onderzoek DSB een Nota 'Algemene inleiding en beschouwingen inzake het toezicht op DSB' gemaakt die eveneens uitvoerig ingaat op de gebeurtenissen bij DSB. Deze nota is bijna drie maal zo omvangrijk als het eerder genoemde overzicht.

Ik heb de indruk dat bij dit alles zorgvuldig te werk is gegaan. Uiteraard is het onmogelijk de juistheid en volledigheid van al dit materiaal volledig in te schatten. Mijn indruk is dat op een onbevooroordeelde wijze is gewerkt, en dat een relevant beeld is ontstaan over DSB, uiteraard vooral geschetst vanuit de invalshoeken die voor de toezichthouders belangrijk zijn. Het is bovendien in lijn met de kennis die ik heb opgedaan in het kader van de commissie onderzoek DSB.

Conclusie

Ten aanzien van de vraagstelling van het onderzoek is, voor zover het de periode van DSB betreft, een brede vraagstelling gekozen. Dat is vanuit het perspectief van het publieke belang en een goede publieke verantwoording een bevredigende keuze.

In het verlengde hiervan is een omvangrijke hoeveelheid materiaal bijeen gebracht. Daarbij is, voor zover te beoordelen, zorgvuldig en onbevooroordeeld te werk gegaan.

Deze beide punten betekenen dat de toezichthouders, en met name DNB², zich kwetsbaar hebben opgesteld; zij zijn er niet van uitgegaan dat hun eerdere oordeel over deskundigheid en betrouwbaarheid juist was. Voor zover de vrees zou bestaan dat DNB en de AFM de bestuurderstoets niet onbevooroordeeld zouden uitvoeren, wordt die vrees voor deze beide punten niet bewaarheid.

2. De gevolgde procedure na de gegevensverzameling

De feitelijke gang van zaken

Na de verzameling van de gegevens hebben de beide toezichthouders zich ieder een eigen oordeel gevormd.

² De AFM heeft niet geparticipeerd in de beoordeling van de heer Zalm voor de functie bij AAB.

Omdat het hier om de bestuurder van een bank gaat, is DNB de bevoegde toezichthouder voor de herbeoordeling. Afhankelijk van de omstandigheden betreft de bevoegde toezichthouder de andere bij de beoordeling. Bij de benoeming van de heer Zalm bij AAB is dat niet gebeurd omdat DNB meende dat daarvoor geen aanleiding was. De AFM heeft toen ook niet eigener beweging informatie aan DNB verstrekt. Bij de herbeoordelingen na het faillissement van DSB was direct duidelijk dat informatie van beide toezichthouders daaraan ten grondslag moest liggen.

In het algemeen geschiedt de uitwisseling van informatie bij de beoordeling van bestuurders schriftelijk, maar niet in een bepaalde formeel-juridische vorm. In dit geval heeft de AFM er echter voor gekozen een aanbeveling op te stellen over de deskundigheid van de heer Zalm. Een aanbeveling is een in artikel 1:49, tweede lid, Wft geregelde rechtsfiguur. Dat artikel bepaalt, voor zover hier van belang, dat een toezichthouder die niet de vergunningverlener is, en dus niet de eerst verantwoordelijke, maar bij het uitvoeren van het toezicht constateert dat een bestuurder van een instelling onvoldoende deskundig is, de andere toezichthouder daarvan in kennis stelt. Bij de kennisgeving wordt een aanbeveling gevoegd tot het treffen van een maatregel. De AFM deed de aanbeveling tot het heenzenden van de heer Zalm. De andere toezichthouder – DNB – zou, wanneer hij de aanbeveling volgt, die maatregel moeten nemen. Dat zou betekenen dat DNB de AAB zou opdragen de heer Zalm als bestuurder te ontslaan.

Uit het wettelijk systeem vloeit voort dat de aanbeveling niet bindend is voor de andere toezichthouder, maar dat zij toch zwaar moet wegen. De wetgever is ervan uitgegaan dat zij meestal wordt gevolgd.³ Gebeurt dan niet, dan moet dat jegens de andere toezichthouder gemotiveerd worden.⁴

DNB meende dat de heer Zalm de gelegenheid moest krijgen op de aanbeveling te reageren. De AFM had die gelegenheid niet geboden. Zij was van mening dat dit eerst aan de orde kwam wanneer DNB had besloten de aanbeveling te volgen. Dan zou het totaaloordeel aan de heer Zalm kunnen worden voorgelegd. Nadat gebleken was dat de AFM geen initiatief wilde nemen in de richting van de heer Zalm, heeft DNB zelf de aanbeveling aan hem toegezonden met het verzoek om een reactie. Het schriftelijke commentaar van de heer Zalm is naar DNB gestuurd, die het vervolgens weer naar de AFM heeft gezonden. Ook heeft ten behoeve van het verzamelen van feiten nog een gesprek tussen de heer Zalm en zijn advocaat met DNB plaats gehad, waarbij de AFM niet vertegenwoordigd was. De AFM heeft vervolgens haar aanbeveling op onderdelen aangepast, maar heeft de strekking ervan niet gewijzigd. Ook deze gewijzigde aanbeveling is door DNB aan de heer Zalm voorgelegd, die daarop schriftelijk heeft gereageerd. De AFM heeft die ook ontvangen, maar daarin geen aanleiding gezien tot een verdere wijziging van de aanbeveling.

Vervolgens heeft DNB haar beslissing over de herbeoordeling in concept-vorm genomen. Die week af van de aanbeveling. Om die reden heeft zij die eerst aan de AFM voorgelegd voor het geven van commentaar. Nadat dit was gegeven heeft DNB definitief besloten de deskundigheid en betrouwbaarheid van de heer Zalm buiten twijfel te stellen.

Een apart punt was nog de inzage van achterliggende stukken bij de aanbeveling. De heer Zalm richtte een verzoek tot inzage tot de AFM. De AFM antwoordde dat dit verzoek aan DNB moest worden gedaan. Toen de heer Zalm dat deed, werd door DNB geantwoord dat de AFM hierover moest beslissen. Zich vervolgens weer wendende tot de AFM werd hem opnieuw gezegd dat DNB over de verstrekking van stukken ging, maar dat – voor zover DNB het oordeel daarover aan AFM overliet – zij zich op het standpunt stelde in deze fase geen stukken te verstrekken. De inzage is niet verleend.

³ TK 2005-2006, 29708, nr. 19, p. 400-401.

⁴ Art. 1:49 lid 4.

Oordeel over de gevolgde procedure

Naar mijn mening is deze inkleding van de procedure niet gelukkig geweest. De samenwerking tussen de toezichthouders bij de herbeoordeling is sterk geformaliseerd door de keuze van de AFM voor de rechtsvorm van een aanbeveling. De AFM had veel beter haar bevindingen en haar oordeel over de heer Zalm op de gebruikelijke manier – via een vormvrij schriftelijk stuk – aan DNB kunnen toezenden.

De gekozen procedure past niet goed in het wettelijk systeem en is gepaard gegaan met tot een formeel-bureaucratische opstelling tegenover de heer Zalm die in de huidige tijd niet meer aanvaardbaar is. Bovendien wekt de herbeoordeling nu de indruk dat er twee afgeronde, tegenstrijdige opvattingen van de toezichthouders bestaan, hetgeen een ambivalentie schept die beter vermeden had kunnen moeten worden. Hieronder licht ik deze punten toe.

1. De gekozen procedure past niet goed in het systeem van de wet.

Het toezicht op deskundigheid en betrouwbaarheid berust bij de toezichthouder die de vergunning verleent. Dat is bij banken DNB, omdat bij banken het prudentiële toezicht het zwaarste accent heeft. Indien daarvoor aanleiding is, behoort DNB bij de AFM informatie te vragen over de gedragstypische aspecten van de deskundigheid en de betrouwbaarheid. Dat is bij het lopende toezicht dat wordt uitgeoefend na de vergunningverlening – waarvan hier sprake is – hetzelfde.

Het kiezen van de vorm van een aanbeveling doorkruist dit systeem. De wet geeft de aanbeveling een extra gewicht doordat de toezichthouder aan wie die wordt gedaan, daarvan alleen gemotiveerd mag afwijken.⁵ Het gevolg daarvan is dat hij niet alle relevante feiten en belangen op een evenwichtige wijze kan afwegen – zoals in het normale geval zijn taak zou zijn – maar dat hij het oordeel van de andere toezichthouder een extra gewicht moet geven. Zoals eerder opgemerkt gaat de wetgever er immers van uit dat een aanbeveling in de regel wordt opgevolgd. In feite wordt hiermee de in de wet vastgestelde rolverdeling tussen toezichthouders gewijzigd. Terwijl de vergunningverlenende toezichthouder verantwoordelijk is voor de eindafweging, verschuift het zwaartepunt van de afweging een eind in de richting van de toezichthouder die de aanbeveling heeft opgesteld. Dan kan niet de bedoeling van de wetgever zijn geweest.

De figuur van de aanbeveling is m.i. bedoeld voor andere situaties. Indien de niet-vergunningverlenende toezichthouder stuit op een ernstig feit dat wijst op onvoldoende deskundigheid of betrouwbaarheid, dan kan hij niet zelf een maatregel treffen. Meent hij toch dat die gerechtvaardigd is, dan geeft hij een aanbeveling van die strekking aan de andere toezichthouder. Het gaat dan niet om een geval waarin er voor beide toezichthouders redenen zijn om zich te bezinnen op nieuwe feiten, maar om de situatie dat zich specifiek op het terrein van de andere toezichthouder een incident voordoet. De aanbeveling moet dan – behoudens zwaarwegende redenen – gevolgd worden. Dat houdt tevens in dat de opsteller van de aanbeveling alle relevante feiten en belangen moet afwegen, behoudens gezichtspunten die specifiek op het terrein van de andere toezichthouder liggen.

Wel kan worden gezegd dat de Wft voor dit geval niet voorziet in een formalisering van de inbreng van de AFM. Dat is anders indien DNB negatief had willen beslissen: dan had zij de

⁵ Art. 1:49 lid 4.

zienswijze van de AFM moeten inwinnen: artikel 1:47 Wft. Het inwinnen van die zienswijze is in dat artikel echter beperkt tot zwaarwegende besluiten. Daartoe wordt een besluit tot heenzending van een bestuurder wel gerekend, maar niet een beslissing om dat niet te doen. Het inwinnen van een zienswijze heeft een veel opener en daardoor minder zwaar karakter dan een aanbeveling. Wel is verzekerd dat een motivering wordt gegeven ingeval wordt afgeweken van de zienswijze.

Doorgaans is een (bevestiging van de eerdere) toetsing van de deskundigheid geen zwaarwegend besluit. Dat lag in dit geval anders. Zouden de toezichthouders om die reden niet hebben willen volstaan met een informele uitwisseling van gegevens, dan had de zienswijze procedure van artikel 1:47 analoog gevolgd kunnen worden. Materieel is dat zelfs na de aanbeveling ook nog gebeurd: DNB heeft de visie van AFM op het concept-besluit tot herbeoordeling gevraagd.

Het is overigens opmerkelijk dat, naar ik begreep, dit de eerste keer is dat de figuur van de aanbeveling is gebruikt.

De gang van zaken wekt het vermoeden dat de AFM zich in deze procedure een wat sterkere positie heeft willen verschaffen dan gebruikelijk. Dat past naar mijn mening niet bij de vorm van goede samenwerking die in de paragraaf *Achtergrond van het verschil in benadering DNB en AFM* van deel 1 is beschreven. Bij fundamenteel verschil van mening over beleidskeuzes moet dit op beleidsniveau aan de orde komen, en niet door de beslissing in een concreet geval daarmee te belasten.⁶

2. De gekozen procedure leidde tot een formeel-bureaucratische bejegening

Hoewel, zoals de AFM ook aangeeft, de wet niet verplicht tot het horen van betrokkenen over de aanbeveling, had DNB naar mijn mening een goede reden hiertoe over te gaan. Het stuk heeft door het formele karakter en de gevolgen die de wet er aan verbindt een meer afgerond en zwaarwegend karakter dan een gewone inbreng in de besluitvorming. De visie van de heer Zalm daarop kon van belang zijn voor de totaalafweging die DNB moest maken en voor het geval het standpunt van de AFM – ondanks het vertrouwelijke karakter ervan – naar buiten zou komen (zie het volgende punt). Het feit dat de aanbeveling in ieder geval onder ogen zou komen van de aandeelhouder van AAB, is een sterk argument om tot horen over te gaan.

Naar mijn mening is de heer Zalm door de boven omschreven gang van zaken geconfronteerd met een sterk formeel-bureaucratisch opererende overheid. Zijn visie op de aanbeveling van de AFM kon hij niet rechtstreeks, maar alleen door tussenkomst van DNB naar voren brengen. Bij zijn verzoek om inzage in achterliggende stukken is hij door de toezichthouders heen en weer verwezen op een wijze die niet meer in de huidige tijd past. Dat verwijzen is ook in strijd met de geest van artikel 2:3 Awb, en, voor zover de verzoeken schriftelijk of per e-mail zijn gedaan, ook met de letter ervan.

Dat inzage voor een goede beoordeling van belang kan zijn, blijkt ook uit de gang van zaken bij een stuk waartoe de heer Zalm wel toegang had. In de eerste versie van de aanbeveling wordt een e-mail van de heer Zalm opgevoerd als voorbeeld van zijn onjuiste instelling jegens de toezichthouders. Na de reactie van de heer Zalm wordt dezelfde passage in de tweede versie van de aanbeveling juist gezien als een voorbeeld van een goede houding jegens toezichthouders, m.i. ook met recht.⁷ Onbevredigend is in dit verband ook dat de AFM naar

⁶ De AFM deelt mijn mening dat een aanbeveling hier in strijd met het stelsel van de wet is niet. Zie de reactie op mijn toets, paragraaf 1. Ik meen dat daarmee mijn wetsystematische argumenten niet zijn weersproken.

⁷ E-mail van 10 april 2008, eerste aanbeveling AFM punt 31 en tweede aanbeveling punt 37.

De AFM meent dat hier geen spake is van wisselende interpretatie door haar (reactie op mijn toets, p. 6). De betreffende passages luiden:

aanleiding van de reactie van de advocaten van de heer Zalm op de eerste aanbeveling zegt '...dat de AFM niet op alle stellingen van de raadslieden van de heer Zalm zal ingaan. Hieruit mag niet worden afgeleid dat de AFM de ingenomen standpunten deelt.'⁸

3. De herbeoordeling heeft door de gevolgde procedure tot een ambivalente uitkomst geleid.

De bedoeling van de herbeoordeling was om duidelijkheid te verkrijgen over de deskundigheid en betrouwbaarheid van de vroegere bestuurders en commissarissen van DSB. Dat was gewenst in het licht van de publieke onrust na het faillissement van die bank. De toezichthouders zijn door de wet aangewezen deze taak te verrichten. De wet wijst steeds een van beide toezichthouders als de beslissende instantie aan op basis van diens specifieke expertise. Bij banken is dat DNB, bij een aantal andere instellingen de AFM. Het is de bedoeling dat beide toezichthouders samenwerken, en dat de niet-beslissende toezichthouder zijn informatie en eventueel ook zijn inzichten aan de andere ter beschikking stelt. Maar uiteindelijk moet er *een* beslissing komen.

Dat is hier ook gebeurd. De gevolgde procedure leidt echter wel tot de indruk dat er twee afgeronde, maar tegenstrijdige opvattingen van de toezichthouders naast elkaar bestaan. Dat is weliswaar formeel niet juist – het oordeel van DNB is beslissend – maar materieel kan die indruk toch gemakkelijk ontstaan. Dat heeft op zichzelf weinig consequenties omdat alle stukken een strikt vertrouwelijk karakter hebben. Dit wordt anders indien er enige informatie naar buiten komt, hetgeen in het licht van de grote publieke belangstelling voor DSB niet uitgesloten is. Bovendien komen de oordelen in ieder geval onder de aandacht van de aandeelhouder van AAB in de persoon van de Minister van Financiën. Ik verwijs in dit verband naar mijn opmerking in de laatste alinea van punt 1 hierboven.

Overigens is ook materieel geen sprake van twee afgeronde opvattingen. Dat van de AFM heeft uitdrukkelijk nog geen definitief karakter doordat het door de AFM nog niet is getoetst op de wijze die de beginselen van behoorlijk bestuur voorschrijven.

Een en ander heeft wel tot gevolg dat het resultaat van de herbeoordeling een enigszins ambivalent karakter heeft. Het eindoordeel is positief voor de heer Zalm, maar er blijft toch iets hangen van de andersluidende opvatting van de AFM. Dat is in de bijzondere omstandigheden na het faillissement van DSB ongewenst. Daarom zal ik in het hier volgende deel niet alleen de herbeoordeling van DNB toetsen, maar ook op de aanbeveling van de AFM ingaan.

Eerste aanbeveling: 'De heer Zalm is ambivalent in zijn communicatie naar de overige leden van de R.v.B. Aan de ene kant wijst hij regelmatig op het belang van een goede reputatie en een goede relatie met de toezichthouders. Aan de andere kant geeft hij ook signalen dat het met de compliance allemaal wel goed komt. Een voorbeeld van een signaal dat alles wel goed komt is de opmerking: *'Nu houdt mijn aanwezigheid ze nog wel even af (het voordeel van het Minister zijn geweest), maar dat blijft niet zo.'*

Tweede aanbeveling: 'Een voorbeeld waaruit blijkt dat de heer Zalm wees op een goede relatie met de toezichthouders is een e-mail van 10 april 2008 aan zijn medebestuurders:

'De verhouding met de toezichthouders normaliseren is een cruciale voorwaarde voor ons bestaan. Zij zien tal van zaken die hetzij riskant zijn (DNB) hetzij te zeer gedreven zijn door eigen profijt en niet het consumentenbelang (AFM). Nu houdt mijn aanwezigheid ze nog wel even af (het voordeel van het Minister zijn geweest), maar dat blijft niet zo.'

⁸ Tweede versie van de aanbeveling, p. 3, voorlaatste alinea.

Deel 3. De inhoud van de herbeoordeling van de heer Zalm

Inleiding

Naast de toetsing van de procedure is mij ook gevraagd te toetsen of de toezichthouders in redelijkheid tot hun oordelen over de getoetste personen hebben kunnen komen.

Bij het aanvaarden van de opdracht had ik verwacht dat er sprake zou zijn van één oordeel over iedere persoon. Maar de gevolgde procedure heeft niet formeel, maar wel materieel tot een wat ander resultaat geleid, zoals hierboven bleek. Om de redenen, aan het slot van deel 2 aangegeven, heb ik daarom besloten om zowel de herbeoordeling zelf als de aanbeveling van de AFM inhoudelijk te toetsen.

De inhoudelijke toets van de herbeoordeling die ik moet verrichten wordt door juristen een 'marginale toets' genoemd. Dat betekent dat de vraag niet is: zou ik, wanneer ik zelf de beslissing had moeten nemen, hetzelfde hebben beslist, maar: valt deze beslissing binnen de beoordelingsruimte die de toezichthouders hebben? Aangezien de toezichthouders bij uitstek deskundig zijn, en ook veel ervaring hebben, behoren zij de ruimte te hebben de beslissing te nemen die zij als de meest juiste beschouwen. Een marginale toets betekent dan dat meer op afstand wordt beoordeeld: heeft men in redelijkheid tot deze beslissing kunnen komen? Dat is bijvoorbeeld niet het geval als er geen goede en consistente redenering aan ten grondslag ligt, of als een van de beginselen van behoorlijk bestuur is geschonden, zoals het beginsel dat men de betrokken belangen op een goede wijze in afweging brengt.

De inhoud van de herbeoordeling

De herbeoordeling leidt tot de conclusie dat de heer Zalm voldoet aan de eisen van deskundigheid om het dagelijks beleid van AAB te bepalen en dat zijn betrouwbaarheid buiten twijfel staat.

Het stuk van DNB waarin dit oordeel is neergelegd bevat een uitvoerige weergave van de feitelijke grondslag en van de overwegingen waarop deze conclusie is gebaseerd. Het accent ligt daarbij op de toetsing van de deskundigheid; op het punt van de betrouwbaarheid wordt gesteld dat er geen sprake is van antecedenten die de persoonlijke integriteit van de heer Zalm raken. Bij de beoordeling van de deskundigheid staat de periode van de heer Zalm bij DSB centraal, maar wordt tevens ingegaan op die bij AAB. Bij het stuk zijn een groot aantal bijlagen gevoegd, waaronder de beide eerder vermelde overzichten van feiten omtrent DSB. Bij de overwegingen speelt een rol dat de AFM een aanbeveling tot heenzending van de heer Zalm had gedaan. Die wordt serieus genomen, zoals de wet bij een aanbeveling voorschrijft, zodat ook wordt ingegaan op de door de AFM aangevoerde argumenten.

Het oordeel komt in het kort op het volgende neer.

DSB werd bij het aantreden van Zalm geconfronteerd met ernstige problemen. De vermogenspositie en de liquiditeit stonden ernstig onder druk, de bestuursstructuur met een zeer sterke positie voor de voorzitter van de raad van bestuur, tevens vrijwel enig aandeelhouder, was onevenwichtig, de kostenbeheersing was volstrekt onvoldoende en het verdienmodel was op termijn onhoudbaar. Dat laatste hing samen met de aard van de kredieten en verzekeringen die DSB verzorgde: door de toenemende maatschappelijke kritiek, de strenger wordende regelgeving en het toezicht door AFM moest DSB naar een ander

verdienmodel uitzien. De situatie was zo ernstig dat DNB besloten had een stille curator aan te stellen. Toen zeer kort na dat besluit de heer Zalm cfo wilde worden, werd dat als een uitkomst gezien. Hij zou beter dan een stille curator met altijd beperkte bevoegdheden aan DSB een majeure impuls in de goede richting kunnen geven. Van de curator werd afgezien. In deze omstandigheden heeft de heer Zalm volgens het oordeel prioriteit gegeven aan de meest urgente problemen. Onder zijn verantwoordelijkheid is een aanmerkelijke kostenreductie gerealiseerd, zijn solvabiliteit en liquiditeit duidelijk verbeterd en zijn stappen gezet naar een omvorming van de strategie en het verdienmodel. Dit werd gerealiseerd tegen de achtergrond van een problematisch financieel klimaat dat ook DSB sterk raakte. Niet alles is echter bevredigend verlopen. Volgens het oordeel is een gezond verdienmodel uitgebleven, is onvoldoende tegenwicht geboden tegen de beide andere leden van de raad van bestuur, en is aan de gedragsrelevante problematiek – overkreditering, goede advisering, hoge provisies – nog onvoldoende gedaan. Bij deze onderwerpen worden punten uit de aanbeveling van de AFM overgenomen. De verhouding tot DSB Beheer, de persoonlijke houdstermaatschappij van de heer Scheringa, was ook problematisch. Deze negatieve punten moeten volgens het oordeel wel worden gezien in het licht van het feit dat de heer Zalm op de in de vorige alinea genoemde terreinen – die voor een deel niet tot zijn onmiddellijke portefeuille behoorden – wel degelijk actie heeft ondernomen. De totale context, waarin urgente problemen speelden die op korte termijn geadresseerd moesten worden, is daarbij ook relevant.

De AFM had eerder een aanbeveling opgesteld tot heenzending van de heer Zalm. Hiervan zijn twee versies gemaakt. De tweede is de definitieve versie, bijgesteld naar aanleiding van de reactie van de heer Zalm op de eerste. De strekking ervan is niet veranderd; wel is de periode bij de AAB wat meer aandacht gegeven dan in de eerste. Ook hier gaat het om een uitvoerig stuk waarin naast een overzicht van de meest relevante feiten ook de overwegingen om tot de conclusie te komen inzichtelijk zijn weergegeven. Het stuk beperkt zich tot de deskundigheid en concentreert zich sterk op de periode bij DSB. Voor die context concludeert de AFM dat de heer Zalm niet, althans in onvoldoende mate deskundigheid heeft getoond. Er worden in het stuk positieve en negatieve bijdragen genoemd, waarbij in het bijzonder de volgende punten in de conclusie als negatief wegen. De heer Zalm had:

- onvoldoende oog voor het risico van reputatieschade en claims als gevolg van de verkoopmethoden van DSB; hij heeft zich persoonlijk onvoldoende op de hoogte gesteld van de werkelijke kwaliteit van de dienstverlening;
- heeft in onvoldoende mate tijdig en concrete stappen gezet een levensvatbaar businessmodel te ontwikkelen dat de continuïteit van de vennootschap kon waarborgen; dit was gezien de ernst van de situatie noodzakelijk, en
- heeft onvoldoende tegenwicht geboden tegen de sterk commercieel ingestelde en op deelbelangen gerichte leden van de raad van bestuur.

Toets van de beoordelingen door DNB en AFM

Konden de toezichthouders redelijkerwijs tot de deze herbeoordeling komen? Het antwoord op die vraag vereist afstandelijkheid: het gaat om een ‘marginale toetsing’ zoals eerder verwoord.

Voordat ik op de afzonderlijke oordelen inga, maak ik enkele algemene opmerkingen.

De toetsingscriteria betreffende deskundigheid

DNB heeft geen beleidsregels opgesteld over het nogal onbepaalde begrip deskundigheid terwijl de AFM dat wel heeft gedaan. De door DNB gehanteerde criteria komen overigens grotendeels overeen met die van de AFM. Het begrip deskundigheid wordt daarin, en ook in de uitwerking, ruim genomen. Het komt er in belangrijke mate op neer dat de deskundigheid wordt afgeleid uit hetgeen de heer Zalm binnen DSB heeft gedaan. Wordt er ten aanzien van een bepaald onderwerp geen goed beleid gevoerd, dan wordt daaruit onvoldoende deskundigheid op dat punt afgeleid. Weliswaar wordt door DNB gesteld dat niet iedere fout die wordt gemaakt tot ondeskundigheid leidt, maar in de stukken van beide toezichthouders worden oordelen over deskundigheid of ondeskundigheid bijna altijd direct gekoppeld aan het vertoonde gedrag. Daarbij wordt ook in belangrijke mate uitgegaan van een collectieve verantwoordelijkheid van de raad van bestuur, waarin drie leden zaten: de heren Scheringa, Van Goor en Zalm. Onjuist beleid en onjuiste beslissingen van DSB worden daardoor snel in verband gebracht met de deskundigheid van de heer Zalm, al speelt in de oordeelsvorming mee in hoeverre het zaken betrof die in het domein van de cfo vielen. Men kan zich afvragen of het begrip deskundigheid hierdoor niet een erg ruime interpretatie heeft gekregen: in feite wordt het totale handelen geëvalueerd, en een positieve of negatieve waardering wordt direct doorvertaald naar eenzelfde oordeel over de deskundigheid. Hiermee is de vraag geworden: heeft hij zich, gezien zijn optreden, een goed bestuurder getoond? Ik laat het punt daar, omdat de gekozen benadering, gezien vanuit de publieke belangen die de Wft wil beschermen, een aantrekkelijke is. Misschien verdient het overweging de wettelijke terminologie aan te passen.

De bestuursstructuur van DSB

De bestuursstructuur van DSB was een ongewenste voor een bank. Zij werd gekenmerkt door het feit dat de voorzitter van de raad van bestuur tegelijkertijd materieel de enige aandeelhouder was. Daar kwam nog bij dat in de statuten was geregeld dat de grootaandeelhouder zowel de bestuurders als de commissarissen kon benoemen en ontslaan. De bevoegdheden van de raad van commissarissen waren daarentegen beperkt. De heer Scheringa beschouwde DSB als zijn bedrijf; hij was ook degene die het had opgebouwd, en zijn positie in de structuur van de bank was navenant dominant.

Een dergelijke dominante positie van een persoon past niet bij een bank. Een bank is geen gewoon bedrijf: het publieke belang is sterk betrokken bij het vertrouwen in het financiële stelsel en dat stelt eisen aan de wijze waarop een bank wordt bestuurd. Voldoende checks and balances binnen het bedrijf zijn essentieel. Daarbij moet een goede verankering plaats vinden van de bancaire invalshoek in verband met de hoge eisen die gesteld worden aan de vermogenspositie en de risicobeheersing van een bank, en aan de wijze waarop de bank zich op de financiële markten en jegens consumenten gedraagt.

Van checks and balances was, zoals gezegd, nauwelijks sprake. Bovendien was het bedrijf eenzijdig gericht op de afzet van kredieten en verzekeringen waarmee het groot was geworden. De verkooporganisatie speelde dan ook een dominante rol met als gevolg dat volgens de toezichthouders de aandacht voor de meer bancaire aspecten gering was en de goede positionering van die aspecten in het bedrijf onvoldoende was.

In de buitenwereld heeft men zich wel eens afgevraagd of het verstandig was dat de heer Zalm in deze omstandigheden zijn naam verbond aan DSB. Maar de toezichthouders verwelkomden zijn komst. Zij veronderstelden dat hij meer evenwicht zou kunnen brengen in de bestuursstructuur en de bancaire aspecten meer in balans zou kunnen brengen met de commerciële.

Hij moest zijn werk wel doen vanuit een zwakke positie in een onevenwichtige bestuursstructuur die de toezichthouders zelf als een groot punt van zorg beschouwden.

Bood de heer Zalm voldoende tegenwicht?

Bij de vraag hoe de heer Zalm vanuit deze positie is opgetreden, besteedt vooral de AFM aandacht aan de vraag of hij voldoende tegenwicht bood tegen de andere bestuurders. Dat is volgens haar niet het geval, hetgeen een van de drie kernpunten voor de negatieve deskundigheidsopvatting is (zie boven).

Hij zou zich harder hebben moeten opstellen en het meer op een confrontatie met de andere leden van de raad van bestuur moeten laten aankomen. Dit zou kunnen door te dreigen met het invoeren van de hulp van de toezichthouders, of met het opstappen van hemzelf als cfo.

Deze benadering is m.i. niet overtuigend. DNB had de onjuiste bestuursstructuur bij de vergunningverlening geaccepteerd. Voortdurende pogingen van de kant van de toezichthouders om daarin verbetering te brengen hadden geen resultaat gehad.

Het is in een dergelijke situatie, waarin de machtspositie van anderen zo sterk is, lastig van buiten af te bepalen welke koers voor de nieuwe cfo het meest effectief zou zijn.

De heer Zalm meende kennelijk dat hij het in deze omstandigheden vooral moest hebben van zijn gezag en zijn vaardigheid om met zijn inzichten anderen te overtuigen. Confrontatie was bij de heer Scheringa niet altijd de beste benadering gebleken, getuige de ervaringen van onder meer de heren Van Dijk en De Grave. Blijkbaar heeft de heer Zalm het op een andere manier aangepakt en getracht door overtuiging, de inzet van zijn gezag en de opbouw en versterking van de nodige expertise in de organisatie de koers te wijzigen. Nu hij daarmee in ieder geval duidelijke verbeteringen op tal van fronten heeft bereikt, vergt de stelling dat een andere, meer confronterende koers beter was geweest wel een deugdelijke onderbouwing. Die onderbouwing is in de aanbeveling van de AFM onvoldoende aan te treffen. Dat klemmt te meer nu de competenties op dit punt niet alleen uit de DSB tijd kunnen blijken, maar ook uit zijn andere werkervaring: zie ook de opmerking daarover hieronder. In zijn periode als minister van Financiën was het bieden van tegenwicht tegen collega's belangrijk. Dat hij daartoe niet in staat zou zijn is niet het algemene beeld uit die tijd.

Wel heeft deze benadering door de AFM een rol gespeeld bij de m.i. niet altijd juiste interpretatie van interne stukken die bij de herbeoordeling een rol spelen. Zo wordt de heer Zalm voorgehouden dat hij de sterk verkoop gedreven organisatie als een pluspunt heeft gezien (p. 25). Dat wordt ontleend aan het memo dat hij twee maanden na zijn aantreden als chief economist heeft geschreven. Dat memo, getiteld 'Eerste indrukken' heeft de strekking verschillende problemen van DSB aan de orde te stellen. Het begint met enkele pluspunten van DSB kort te noemen, waaronder ook in twee regels de sterke oriëntatie op verkoop om vervolgens uitvoerig op de problemen in te gaan. Dit past in de geschetste benadering van de heer Zalm: eerst een positief punt noemen en vervolgens de problemen uitvoeriger behandelen. Men kan er niet uit afleiden dat hij instemde met de dominante positie van de commerciële organisatie

Ook de eerder genoemde negatieve duiding van een interne e-mail die na de reactie van de heer Zalm in een positieve uitleg is veranderd – zie in deel 2 de mail genoemd in noot 5 – kan in dat verband worden genoemd.

Heeft de heer Zalm voldoende bereikt bij probleembank DSB?

DSB was bij het aantreden van de heer Zalm als cfo een bank met problemen. Die problemen betroffen zowel het prudentiële terrein waarop DNB toeziet, als de gedragsproblematiek waarop de AFM het toezicht uitoefent. DNB had de bank onder verhoogd toezicht gesteld, en de AFM had verschillende acties tegen DSB lopen.

Toen de heer Zalm tot cfo werd benoemd, was DNB juist van plan een stille curator te benoemen. Zoals gezegd verwelkomden beide toezichthouders de komst van de heer Zalm.

Zij verwachtten van hem aanzienlijk meer dan van een stille curator, en hoopten dat hij de problematiek van DSB op beide terreinen zou oplossen, of althans aanzienlijk zou verminderen.

Beide toezichthouders constateren dat er aanmerkelijke verbeteringen zijn bereikt, maar dat er ook nog ernstige problemen bij DSB overgebleven zijn. De kernvraag is dan: heeft de heer Zalm voldoende voortgang weten te boeken? De AFM getuigt op dat punt van een grotere ontevredenheid dan DNB.

De kritiek richt zich daarbij niet zozeer op de acties van de heer Zalm – die worden doorgaans als stappen in de goede richting gezien – maar op hetgeen hij heeft nagelaten. Is hij voldoende actief geweest en heeft hij de goede prioriteiten gesteld?

Het is moeilijk om daarover vanaf een afstand een goed oordeel te hebben. Wel is er een aantal punten dat opvalt bij het toetsen van de standpunten van de beide toezichthouders.

1. Bij de vraag in hoeverre de gebreken bij DSB terug te voeren zijn op onvoldoende deskundigheid van de heer Zalm is niet zichtbaar rekening gehouden met het feit dat hij terecht kwam in een structuur die ernstig tekort schoot, en die hem een positie gaf die aanzienlijk zwakker was dan van waaruit een normale cfo bij een bank kan functioneren. Men moet de vraag stellen of de toezichthouders tegen die achtergrond de lat niet te hoog hebben gelegd, zeker nu zij ook zelf hadden ervaren hoe moeilijk verbeteringen bij DSB waren door te voeren. De beide stukken, meer in het bijzonder dat van de AFM, lijken als maatstaf te nemen de vraag wat een cfo in een goed gestructureerde bank zou hebben moeten bereiken, terwijl de bestuursstructuur een ernstige belemmering was voor voortvarend handelen.

2. Beide toezichthouders zien verbeteringen tijdens de periode Zalm, maar constateren ook nog problemen. Hoever kan men binnen een jaar komen in een grote, gedeeltelijk gedecentraliseerde organisatie waarin een commerciële cultuur heerst? Volgens DNB heeft de heer Zalm de goede prioriteiten gesteld in een periode waarin het door de financiële crisis zwaar weer was en niet alles tegelijk aangepakt kon worden. Volgens de AFM is onvoldoende prioriteit gegeven aan gedragstypische onderwerpen zonder dat overigens wordt aangegeven dat de gekozen prioriteiten onjuist waren.

Naar mijn mening had dat laatste beter onderbouwd moeten worden, temeer daar tevens vaststaat dat in de periode Zalm vooruitgang was geboekt. Zo was overkreditering duidelijk afgenomen⁹. Enige aandacht voor de vraag wat in de omstandigheden van DSB binnen een jaar redelijkerwijze bereikt kan worden, was nuttig geweest.

3. Het valt op dat de beoordeling van het optreden van de heer Zalm geheel is geconcentreerd op de periode bij DSB en – met name voor zover het DNB betreft – de periode bij AAB. Het zou voor de hand liggen bij de beoordeling ook de – veel langere – periode van de heer Zalm als minister in ogenschouw te nemen. Wanneer het gaat om de beoordeling van eigenschappen als: leiding geven aan een grote organisatie, het goed kunnen samenwerken, het bieden van voldoende tegenspel, besluitvaardigheid en nog andere vaardigheden die beoordeeld worden, kan die periode toch niet geheel buiten beschouwing blijven. Temeer omdat de beleidsregels van de AFM in dit verband spreken over het optreden in de afgelopen vijf jaar.

⁹ Het aandeel hypotheekleningen kleiner dan de executiewaarde neemt toe van 11 % tot 62 % en het aandeel leningen boven de 150 % van de executiewaarde neemt af van 10 % tot 0,6 %. De toezichthouders verschillen van mening over de interpretatie van verschillende interne beleidswijzigingen.

Toets van de herbeoordeling van DNB in het bijzonder

1. Het uitvoerige oordeel geeft naar mijn indruk een goed beeld van de feiten en overwegingen die tot de conclusie leiden. Zij maken die conclusie ook toetsbaar. De andersluidende opvatting van de AFM is serieus genomen.
2. In het stuk wordt niet ingegaan op de vraag of de vorm van de aanbeveling die van de AFM is ontvangen de juiste is geweest, maar wordt dat tot uitgangspunt genomen. Dat is voor het zichtbaar maken van de redenering geen nadeel.
3. Voor het overige lijken de weergave van de feiten, de gevolgde redenering en de daaruit getrokken conclusies plausibel. De feiten zijn ook niet in tegenspraak met de kennis die ik inmiddels in het kader van de commissie DSB heb vergaard.
4. De vrees dat DNB een zekere vooringenomenheid zou hebben omdat de heer Zalm al eerder door DNB is beoordeeld, vindt geen bevestiging in het oordeel. Die vrees was mede de reden om deze toetsing te vragen. Integendeel, het oordeel geeft op een evenwichtige wijze de positieve en de negatieve kanten van het optreden van de heer Zalm weer.
5. Ik meen dan ook dat DNB in redelijkheid tot haar oordeel kon komen.

Toets van de aanbeveling van de AFM in het bijzonder

1. Evenals bij DNB gaat het hier om een uitvoerig stuk, waarin zowel de feiten als de overwegingen die tot de conclusies leiden op een inzichtelijke wijze zijn weergegeven. Ook hier is het oordeel daardoor toetsbaar.
2. In het stuk wordt geen aandacht besteed aan de relatief zwakke interne positie van de heer Zalm (punt 1 van de vorige paragraaf) en aan de periode van zijn ministerschap (punt 3 van die paragraaf).
3. Op enkele punten wordt geconcludeerd tot onvoldoende deskundigheid op een wijze die niet voldoende overtuigt.
Dit betreft onder meer de overwegingen die handelen over de instelling van een ondernemingsraad en het daarmee samenhangende punt van de invoering van het structuurregime. De AFM vermeldt dat DSB vanaf 2004 verplicht was een ondernemingsraad in te stellen, hetgeen zou leiden tot het structuurregime. De aanbeveling van de AFM vermeldt dat niet is gebleken dat de heer Zalm heeft aangedrongen op het instellen van een ondernemingsraad. Gezien ook het belang hiervan voor een evenwichtige bestuursstructuur (structuurregime) wordt dit als een negatief punt voor de beoordeling van de deskundigheid aangemerkt (p. 33 en de punten 44 tot en met 55 van de feiten).
Tegen deze achtergrond valt het op dat dit punt in 2005 bij de verlening van de bankvergunning door de toezichthouder niet aan de orde is gesteld. Bij de aanvraag van de bankvergunning ziet de toezichthouder toe op de inrichting van de organisatie en beoordeelt zij in verband daarmee ook de statuten. Dat moet dus ook bij de verlening van de bankvergunning in 2005 zijn gedaan. Kennelijk is het niet naleven van deze wettelijke verplichting niet aan de orde gesteld. Nu de toezichthouder zelf hierover geen opmerkingen heeft gemaakt, gaat het wel ver om dit punt mede als argument te gebruiken voor de

kwalificatie van de heer Zalm als onvoldoende deskundig. Daar komt bij dat volgens het verweer van de heer Zalm in 2008 is besloten tot instelling van een ondernemersraad, en dat die in 2009 is gerealiseerd.¹⁰ Nu dit in de aanbeveling niet wordt weersproken, lijkt de grondslag van dit negatieve punt voor de beoordeling te vervallen.

Hetzelfde geldt voor de redenering op grond waarvan de heer Zalm aangerekend wordt dat hij intern te weinig heeft gedaan om DSB ervan te overtuigen dat zij de toezichthouders serieus moesten nemen. Dat werd aanvankelijk gebaseerd op een mail die na het verweer van de heer Zalm juist als positief in dit opzicht werd gezien.¹¹ In de tweede versie wordt dit gebaseerd op uitspraken van de heer Scheringa en Van Goor, die niet zonder meer als overtuigend bewijs daarvoor kunnen worden aangedragen. Zie het volgende punt.

4. Op enkele plaatsen konden de feiten onvoldoende worden vastgesteld omdat betrokkenen elkaar tegenspreken. Zo verklaart de heer Scheringa dat hij vrijwillig van dividend in 2008 afzag, terwijl de heer Zalm stelt dat hij dividendbetaling heeft voorkomen. Dit is een belangrijk punt in verband met de solvabiliteit. Ook wordt als negatief punt vermeld dat de heer Zalm naar de verklaring van de heren Scheringa en Van Goor luchtig doet over de betekenis van het verhoogde toezicht en de verhouding tot de toezichthouders, terwijl de heer Zalm dat bestrijdt.

Het staat niet zonder meer vast dat de verklaringen van de heer Zalm minder geloofwaardig zijn dan die van de heer Scheringa. Voor wat het tweede punt betreft wijst de heer Zalm in interne stukken regelmatig op de noodzaak op een goede relatie met de toezichthouders. Deze gevolgtrekkingen op het punt van ondeskundigheid zijn niet overtuigend. Zij hadden hetzij beter onderbouwd, hetzij weggelaten moeten worden.

5. De aanbeveling stelt over de belangenafweging het volgende:

De AFM merkt op dat zij in haar aanbeveling *geen* belangenafweging heeft gemaakt. Het afwegen van belangen is bestuursrechtelijk de verantwoordelijkheid van het bestuursorgaan dat een bepaald besluit neemt, in dit geval de Nederlandsche Bank (DNB). De AFM gaat ervan uit dat door DNB alle relevante belangen worden meegenomen bij het nemen van het besluit en dat de gevolgen van het besluit voor betrokken belanghebbende(n) niet onevenredig zijn in verhouding tot het doel dat ermee wordt gediend.

Dit standpunt lijkt mij onjuist. Indien de rechtsvorm van een aanbeveling wordt gebruikt, betekent dit dat de besluitvorming is afgerond voor zover het de aspecten betreft die de betrokken toezichthouder kan overzien. Daarom weegt de aanbeveling bij de andere toezichthouder zwaar. De ontvangende toezichthouder zal eventueel elementen die op zijn terrein liggen bij de definitieve beslissing inbrengen, maar voor het overige behoort de opstellende toezichthouder tot een afgerond oordeel te komen. Hier ontbreekt de toets aan de wettelijke en ongeschreven beginselen van behoorlijk bestuur.¹² Daarom kan de aanbeveling niet als een volwaardig oordeel van de AFM worden beschouwd. Dit klemmt vanwege het volgende punt des te meer.

¹⁰ Punt 67 van de reactie namens Zalm van 8 jan 2010. De AFM reageert hier niet op, maar plaatst wel de kanttekening dat de heer Zalm mogelijk in de veronderstelling heeft verkeerd dat de statutaire inrichting van DSB de goedkeuring van de toezichthouders had (aanbeveling, p. 33).

¹¹ Zie de mail, genoemd in noot 5.

¹² Dit bevestigt dat de soort inbreng die de AFM beoogde beter past bij het karakter van het geven van een zienswijze.

6. De toetsing van deskundigheid geschiedt met het oog op de functie bij AAB: beschikt de heer Zalm over de deskundigheid om zijn functie bij die bank te vervullen?

Inmiddels is de heer Zalm, na een jaar cfo van DSB te zijn geweest, ongeveer even lang in dienst bij AAB. Het gedrag bij AAB is daarom eveneens relevant om de deskundigheid te beoordelen, ook al is het faillissement van DSB de aanleiding tot de herbeoordeling. Daardoor krijgt de periode bij DSB met recht veel aandacht. Maar uiteindelijk gaat het om de deskundigheid die bij AAB nodig is.

Terwijl DNB de periode bij AAB voldoende aandacht geeft, is dat bij AFM beperkt. In de eerste versie was die zeer beperkt, waarna de reactie van de heer Zalm tot een uitvoeriger betoog heeft geleid. Dat leidt tot een neutraal oordeel. Omdat de heer Zalm zijn optreden bij DSB – toen hij daarover werd gehoord – nog steeds positief beoordeelt, is die sinds DSB niet verbeterd en daarom volgens de AFM nog steeds negatief.

Ook in vergelijking met het oordeel van DNB schiet deze benadering tekort. Het optreden van de heer Zalm zelf bij AAB wordt nauwelijks besproken; het gaat om algemene gegevens over het handelen van AAB. Het getuigt bovendien van onvoldoende begrip voor de positie van de heer Zalm toen hij in het kader van de herbeoordeling werd gehoord om een dergelijke negatieve duiding aan zijn zojuist genoemde uitslatingen te geven. Het lijkt mij volstrekt logisch dat hij in die omstandigheden zijn gedrag zo goed mogelijk verdedigt. Daarom kunnen zijn uitslatingen niet negatief worden uitgelegd zoals is gedaan.

7. Bij de herbeoordeling heeft DNB de leidende rol. In dat licht zou het voor de hand liggen dat de inbreng van AFM zich concentreert op de gedragstypische aspecten. Het is dan opmerkelijk dat twee van de drie kernpunten die tot de onvoldoende deskundigheid van de heer Zalm leiden, in wezen geen gedragstypische aspecten betreffen. Het gaat over onderwerpen die een algemeen karakter hebben, en voor de terreinen van beide toezichthouders relevant zijn. Men zou verwachten dat die aspecten ter beoordeling gelaten worden aan de toezichthouder die als vergunningverlener de meeste kennis daarover heeft.

Conclusie met betrekking tot de aanbeveling van de AFM

De aanbeveling bevat een onvoldoende onderbouwing voor de conclusie tot heenzending van de heer Zalm. Zij besteedt te weinig aandacht aan de vraag wat de heer Zalm in de gegeven structuur en omstandigheden redelijkerwijs kon bereiken, neemt de deskundigheden die kunnen blijken uit de werkervaring buiten de periode bij DSB te weinig in ogenschouw en trekt op verschillende plaatsen negatieve conclusies uit het handelen van de heer Zalm zonder dat de onderbouwing dit rechtvaardigt. De aanbeveling bevat niet de afweging die de beginselen van behoorlijk bestuur vereisen.

DNB was ongerust over vertrek van de heer Zalm

Bij wijze van slotopmerking zou ik nog op het volgende willen wijzen. Bij het vertrek van de heer Zalm wegens zijn benoeming bij AAB was DNB bezorgd over de situatie die daardoor zou ontstaan. Ook de heer Zalm was van mening dat hij te vroeg vertrok omdat zijn werk nog niet af was.

DNB kon zich moeilijk een geschikte opvolger indenken, en overwoog maatregelen. Het betreuren van het vertrek van de heer Zalm laat zich moeilijk rijmen met de gedachte dat hij onvoldoende deskundig zou zijn. Daarbij verdient opmerking dat DNB goed op de hoogte was van de situatie bij DSB.

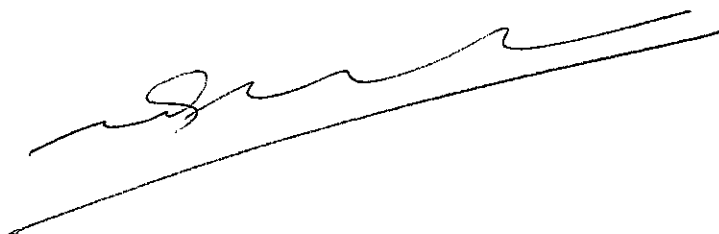
Conclusie

De herbeoordeling, zoals verwoord door DNB, leidt tot een conclusie waartoe de toezichthouder in redelijkheid kon komen.

Gezien de op verschillende punten niet voldoende of niet overtuigende onderbouwing van de aanbeveling van de AFM was het gerechtvaardigd dat DNB die niet volgde.

Den Haag, 26 februari 2010

M.Scheltema

A handwritten signature in black ink, consisting of a series of connected loops and a long horizontal stroke at the end, positioned above a solid horizontal line.