

Kritisch over ...

M.D.H. Nelemans, *Bestuurdersaansprakelijkheid in de financiële sector* – Toezicht, handhaving, sancties en zorgplichten, Zutphen: Uitgeverij Paris 2013

prof. em. mr. A. Brack*

In de Inleiding (Hoofdstuk 1) wordt onomwonden gesteld dat maatschappelijk onverantwoord gedrag van financiële instellingen recentelijk veel ellende heeft veroorzaakt. Tegen de achtergrond van deze niet te bestrijden constatering beschrijft de auteur een drietal lagen van het juridisch-ethisch gefundeerde financiële toezicht. Hij ontleent aan de literatuur een 'model met drie schillen' (p. 9). De kern wordt gevormd door wettelijke regels (strafrecht, Wet Financieel Toezicht, overig bestuursrecht), de governancecodes (Corporate Governance Code en Code Banken) vormen een ring rondom de kern en in de buitenste schil zit de bedrijfs-ethiek met behulp waarvan kan worden vastgesteld wat vanuit maatschappelijk oogpunt overigens wenselijk gedrag is. De veel gebruikte metafoor van een ui met schillen is ook hier goed gekozen, maar dat neemt niet weg dat er ook gesproken kan worden van een misschien wel zinloze opeenstapeling van normen. Is het opnemen in een gedragscode van een verplichting om wet- en regelgeving na te leven eigenlijk geen dikdoenerij? En wat te denken van pas-toe-of-leg-uit in dit verband?

Met het model met drie schillen is de indeling van dit compacte boek gegeven. Hoofdstuk 2 geeft een dwarsdoorsnee van de strafrechtelijk en bestuursrechtelijk gesanctioneerde verplichtingen door – twee aan twee – vier 'delicten' te behandelen: marktmanipulatie en handel met voorwetenschap, tesamen vormend het Europeesrechtelijke verzamelbegrip marktmisbruik, enerzijds, en het kartelverbod en het verbod op misbruik van een economische machtspositie, anderzijds. Het eerstgenoemde tweetal zijn echte, strafrechtelijk gesanctioneerde, delicten. Het andere tweetal is afkomstig uit het mededingingsrecht en wordt bestuursrechtelijk gehandhaafd, zij het met strafrechtelijke accenten in opkomst. Hoofdstuk 3 is gewijd aan de gedragscodeschil en hoofdstuk 4 is getiteld 'Financiële ethiek'. Hoofdstuk 5, 'Conclusie', bevat een samenvatting.

Ik zou voor dit genre de aanduiding wetenschappelijk pocketboek gebruiken. Het is met nog geen honderd bladzijden weliswaar compact, maar wel volledig. De doorgenummerde bijna vijfhonderd voetnoten staan borg voor een goede documentatie en de literatuur, rechtspraak en overige documentatie zijn opgenomen in registers. En ik trof bijna geen drukfouten aan. Enkele passages vielen mij in het bijzonder op en ik wil daar nog iets over opmerken. Ten eerste een waardevolle observatie van Nelemans over de corporate governancecode in het perspectief van, zeg, de afgelopen vijftien jaren. Over het algemeen is gebleken dat de code door beursgenoteerde ondernemingen goed is nageleefd, behoudens verplichtingen ten aanzien van bepaalde compliancerisico's. Aanvankelijk zouden ondernemingen hieromtrent *in-control*-verklaringen afgeven. Deze verplichting is afgezwakt. Nelemans constateert dan zonder verder commentaar droogjes: 'Deze aanpassing kwam de naleving ten goede' (p. 43). Dat geloof ik graag. Maar het maakt wel begrijpelijk dat schrijver verderop in deze studie (p. 80) stelt dat deze afzwakking voor (beursgenoteerde) financiële instellingen teruggedraaid zou moeten worden, gelet op de inmiddels veroorzaakte maatschappelijke ellende.

Ter inleiding van een tweede opmerking het volgende. Dezelfde, eerder genoemde, stapeling van verplichtingen *tussen* de categorieën wetgeving en gedragscodes vindt ook *binnen* de categorie van governancecodes plaats. Zoals bekend zijn niet alle banken beursgenoteerd. Onder meer daarom is er een Code Banken gekomen, die nogal lijkt op de corporate governancecode, zodat ook niet-beursgenoteerde banken aan nagenoeg dezelfde governance-principes moeten voldoen. Hetzelfde kan geschreven worden over andere financiële instellingen-niet banken, zoals verzekeringsmaatschappijen (en trouwens ook pensioenfondsen). Het is jammer dat Nelemans, naast

¹ Antoni Brack is emeritus hoogleraar Bedrijfsrecht, Universiteit Twente en consultant juridische bedrijfsvoering bij Twente Quality Centre (ABC Antoni Brack Consulting). Hij is raadsheer-plaatsvervanger in het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden.

de Code Banken, niet ook de Governance Principles Verzekeraars in zijn Hoofdstuk 3 heeft kunnen opnemen. Overigens blijkt uit voetnoot 257 (p. 46) dat hij het bestaan van deze code niet over het hoofd heeft gezien.

Mijn derde opmerking heeft betrekking op Hoofdstuk 4 over financiële ethiek, dat van hoge kwaliteit is en onder meer een heldere uiteenzetting over zorgplichten bevat. In deze context lees ik de volgende trefzekere zin: 'In de zorgethiek wordt emotie vereist en de aanwezigheid van een goed karakter' (p. 60). Deze zin doet mij qua stijl denken aan de klassieker 'Hier zet men koffie en over de Zaan', maar afgezien hiervan vraag ik mij af welke emotie in de zorgethiek vereist wordt. Of zou in plaats van emotie compassie bedoeld zijn of empathie? Waarschijnlijk was het slechts een inleiding op de daarop volgende zin: 'Bij de juridische zorgplichten is het voldoende dat men handelt zoals een goed zorgverlener handelt, ongeacht of er sprake is van een goed karakter'. Zo redeneren juridische auteurs problemen uit de weg, althans ogenschijnlijk. Want wie zich realiseert dat hier met een cirkelredenering het containerbegrip 'goed zorgverlener' met lucht wordt opgevuld, komt tot de conclusie geen meter opgeschoten te zijn.

Ik schreef dat deze wetenschappelijke pocket compact en volledig is. Compact is ook de schrijfstijl van de auteur. Hij heeft een analytische studie geproduceerd waarin veel literatuur en weinig eigen opvattingen zijn verwerkt. Het is daarom geen verhandeling, geen bijdrage aan een of ander debat, maar een *state of the art*. Nelemans heeft een 'droge' manier van schrijven; hij opinieert niet, maar geeft zo sec mogelijk weer wat de stand van zaken is. Handig als naslagwerk voor juristen en *compliance officers* werkzaam in de financiële sector als interne of externe adviseur. Of voor wie zich snel weer (even) wil inlezen in een van de onderwerpen die worden gedekt door de titel. ■