

Kan toezicht te streng zijn?

Mijn oog werd getroffen door de blog van Maarten Gelderman over toezicht (<https://www.dnb.nl/actueel/algemeen-nieuws/blogs/blog-maarten-gelderman-is-ons-toezicht-te-streng/>). Hij vraagt zich af of het toezicht door DNB te streng is, specifiek m.b.t. kapitaaleisen en trekt een parallel met maximumsnelheden op de weg. Of toezicht meer of minder streng kan zijn is een interessante vraag en daar wil ik graag een paar aanvullende opmerkingen bij plaatsen.

1. M.i. zou de vraag eigenlijk moeten zijn of toezicht effectief is in plaats van (te) streng. Het maakt minder uit of toezicht meer of minder streng is mits het maar binnen de gegeven mogelijkheden effectief is. Naast de vraag of toezicht wel of niet te streng kan zijn, kan de (onderliggende) vraag gesteld worden of regelgeving wel of niet te streng kan zijn. Uitgaande van de zogenaamde instrumentalistische visie dat regels slechts het voertuig van het (overheids)beleid zijn (zie o.a. Veerman), is dat dan niet het geval. Het gaat uiteindelijk om het bereiken van de beleidsdoelstellingen van de overheid die in wetgeving zijn vastgelegd.
2. Uitgaande van effectiviteit van toezicht is het belangrijk dat toezicht reflectief is, hetgeen onder meer wil zeggen dat niet alleen gekeken moet worden naar gedrag dat in strijd is met de regels maar ook naar gedrag dat niet in strijd is met de regels maar wel schadelijk kan zijn voor de maatschappij (onder meer gebaseerd op het gedachtengoed van Malcolm Sparrow van Harvard University en de rapporten van de WRR en voortkomend uit de ideeën over *responsive regulation* van Ayres & Braithwaite).
3. Hierbij komt de toezichthouder in een spagaat. Deze bepaalt immers niet de wettelijke eisen; die liggen vast in wetgeving. De toezichthouder oefent toezicht uit op basis van een gegeven wettelijk mandaat (het legaliteitsbeginsel) en heeft dus in die zin alleen de mogelijkheden die hem zijn gegeven op basis van de wet. Daarnaast is echter het legitimizeitsbeginsel van belang in welk kader toezicht democratisch gegrondvest moet zijn maar weer wel op een onafhankelijke manier (dus los van de politiek) waarbij het ook wil (of zelfs moet) voldoen aan maatschappelijke verwachtingen (met soms geen wettelijke basis).
4. Nu zullen er ongetwijfeld studies worden gedaan naar de effectiviteit van het toezicht en waarschijnlijk ook naar de onderliggende wetgeving. Effectiviteit van toezicht is echter lastig te meten, laat staan van de onderliggende wetgeving in dit verband. In de vergelijking met maximumsnelheden zal het directe effect van de betreffende regels zijn dat men zich aan de maximumsnelheid houdt (regelgeleid gedrag, o.a. J. Griffiths) maar laat onverlet dat niet bekend of is voldaan aan de indirecte effecten namelijk veiligheid van het verkeer of verbetering van het klimaat (zie eveneens J. Griffiths) of in de context van kapitaaleisen, het voorkomen van een nieuwe financiële crisis. Indirecte effecten zijn moeilijk vast te stellen omdat (in de vergelijking) een correlatie of nog beter causaliteit moet worden aangetoond tussen het houden aan de maximumsnelheid en bijvoorbeeld een vermindering van het aantal verkeersongelukken dan wel een

verbetering van het klimaat door de een verminderde uitstoot van het CO2 gehalte. Of wel in het kader van kapitaaleisen: het voorkomen van een nieuwe financiële crisis.

5. In de context van de maximumsnelheid, vraag ik mij tevens af wat er gebeurt als er een auto passeert met een blauw zwaailicht; wie zou dat dan zijn, de toezichthouder of de Compliance Officer? En hoe hard mag deze rijden? Wat gebeurt er bijvoorbeeld als je een flitspaal naast de snelweg zet; is dat te vergelijken met de toezichthouder of weer de Compliance Officer? Over de effectiviteit van de wegenverkeerswet alleen al valt veel te zeggen. Vergelijkingen van financiële wetgeving met de maximumsnelheid roepen m.i. toch veel vragen op en simplificeren misschien teveel. Financiële wetgeving is complex en elke instelling die onder toezicht staat is (net) weer anders. Bovendien hebben we het hier ook nog te maken met een Europees *level playing field*.
6. Een vergelijking van Wirecard met een dronken automobilist kan ik niet helemaal plaatsen alhoewel het voor een dergelijke automobilist inderdaad verboden is de weg op te gaan. Dergelijke incidenten laten echter telkens weer zien dat het uiteindelijk niet gaat om regels of toezicht of handhaving maar om het gedrag van bestuurders en de bedrijfscultuur. Dit is iets wat m.i. moeilijk (vooraf) te reguleren valt. Blazen voordat je de weg opgaat (zoals in Zweden of Frankrijk) zal niet gaan helpen. Bestuurders van onder toezicht staande instellingen worden ook al sinds jaar en dag getoetst, het heeft incidenten of crises niet voorkomen. Een perspectief vanuit toezicht op cultuur en gedrag is dan nodig.
7. Samenvattend, de vraagstelling zou zich niet moeten beperken tot de strengheid van toezicht maar tevens de effectiviteit daarvan moeten inhouden inclusief cultuur- en gedragsaspecten. Dit soort vraagstukken komen aan de orde bij opleiding Compliance & Integriteit Management aan de VU en het loont de moeite daar meer onderzoek naar te doen.

juni 2021, Raf Houben

Raf Houben is universitair docent bij de opleiding Compliance & Integriteit Management aan de School for Business & Economics van de VU Amsterdam en fellow bij het International Center for Financial Law & Governance. Hij doet onderzoek naar en schrijft een proefschrift over effectiviteit van financiële wetgeving.

Zie verder: (<https://research.vu.nl/en/persons/raf-houben>) en

<https://vuweb.vu.nl/nl/onderwijs/professionals/cursussen-opleidingen/compliance-integriteit-management>