

AANTEKENEN

De Minister van Financiën

Zijne excellentie, de heer J.R.V.A. Dijsselbloem

Postbus 20201

2500 EE Den Haag

en

de Leden van de vaste financiële commissie van de Tweede Kamer

Postbus 20018

2500 EA Den Haag

De Meern, dinsdag 24 januari 2017

Betreft: Optreden van DNB als toezichthouder

Excellentie,

Dames en heren,

SOBI informeert u hierbij omtrent een aantal punten waarop DNB tekortschiet jegens onder haar toezicht staande instellingen. De geconstateerde tekortkomingen treden overwegend op sinds DNB door wetwijziging met ingang van 1 juli 2012 niet langer aansprakelijk gesteld kan worden voor de financiële gevolgen van haar eventueel onrechtmatig optreden¹.

1 DNB misbruikt het (her)toetsen van beleidsbepalers nog steeds om beleid af te dwingen

Nadat SOBI in april 2014 de website *www.meldpuntdnb.nl* opende is de tot dat moment onderhuidse kritiek op DNB sterk gegroeid. Zowel wegens de amateuristische wijze waarop de toetsingen werden uitgevoerd als wegens het misbruik dat vooral bij hertoetsingen werd gemaakt.

Op 27 juli 2015 publiceerde SOBI als eerste een rapport over deze misstanden onder de titel '*De nieuwe kleren van Keizer Knot*'.² De toetsing heeft formeel slechts betrekking op geschiktheid en betrouwbaarheid van de kandidaat. De toetsingsgesprekken werden echter ook wel gebruikt om kandidaten die het beleidsmatig niet met DNB eens waren af te toetsen. Na het toetsingsgesprek kregen die kandidaten dan telefonisch te horen dat ze zich in stilte konden terugtrekken. Er zou dan geen haan naar kraaien. Wanneer de kandidaat zich niet "vrijwillig" zou terugtrekken, zou hij/zij worden afgetoetst met alle voor de hand liggende reputatieschade van dien. Via deze sluiproute zijn sinds 2012 honderden kandidaten feitelijk telefonisch afgetoetst.

¹ Behoudens opzet of grove schuld.

² <http://www.sobi.nl/dnb-overtreedt-bevoegdheden/>

Reeds op 13 november 2014 vroeg u DNB (en AFM) om een evaluatie van de effecten van de geschiktheidstoets. Pas zeven maanden later, op 25 juni 2015, schreef DNB u voornemens te zijn het toetsingsproces in 2016 te laten evalueren en pas twee jaar na uw verzoek, op 30 november 2016, bracht de voor de evaluatie ingestelde commissie Ottow verslag uit. “We zijn een lerende organisatie. Hoe het proces wordt ervaren, draagt bij aan de acceptatie”, aldus toezichtsdirecteur Frank Elderson van DNB. Het FD schijft verder³: ‘De toets en dan vooral de hertoets heeft de afgelopen jaren voor commotie gezorgd. Alle commissarissen die voor de crisis waren benoemd, moesten op herexamen en ervoeren dat als een zuiveringsoperatie. [...] De toets werd in de sector beleefd als een dreigement om beleidswijzigingen af te dwingen. Naar aanleiding van de groeiende maar onderhuids gebleven kritiek wordt er een commissie ingesteld. Zelfs deze commissie kraakt harde noten over de werkwijze van DNB [...] en adviseert ervaren bestuurders van buiten toe te voegen aan het team dat de interviews doet. Een buitenstaander zou bij DNB als voorzitter moeten optreden bij de bezwaarprocedure. Er zou ook een scheiding moeten worden aangebracht tussen de bestuurders die beslissen of er aanleiding is tot een hertoets en de bestuurders die besluiten over de uitkomst ervan om elke perceptie van vooringenomenheid te voorkomen’, aldus het FD.

De toetsing is inderdaad technisch verbeterd. Zo is ook de overwegend jeugdige en onervaren bemensing van de toetsingsafdelingen grotendeels vertrokken. Ook mogen de te toetsen kandidaten zich bij de beoordelingsgesprekken door een zelfgekozen deskundige laten bijstaan. Maar DNB deed niets voor (wellicht) ten onrechte afgetoetste bestuurders en commissarissen.

Het SOBI rapport was niet alleen kritisch over de techniek van de toetsing maar ook over het strategisch misbruik van de toetsing door DNB. Dat misbruik duurt voort.

DNB gebruikte en gebruikt het toetsen en hertoetsen als middel om haar wil bij individuele ondernemingen op te leggen. Enkele voorbeelden daarvan zijn levensverzekeraar de *Onderlinge van 1719* uit Haarlem en levensverzekeraar *Conservatrix*. Bij de eerste zijn in korte tijd 8 bestuursleden afgetoetst. Bij de laatste zijn in korte tijd 10 kandidaten afgetoetst. Sommigen van hen waren eerder goedgekeurd voor vergelijkbare functies. Anderen zijn later voor vergelijkbare functies bij andere instellingen goedgekeurd. Ook hieruit blijkt dat DNB bij (her)toetsing niet uitsluitend naar de geschiktheid van de kandidaat kijkt.

Wanneer de door DNB verstrekte gegevens over de slagingspercentages bij toetsingen als maatstaf worden genomen, is de kans op zoveel tekortschietende bestuurders bij één instelling kleiner dan 1 op 10.000.

Elke instelling die haar kwaliteit serieus neemt zou bij dergelijke onwaarschijnlijke uitkomsten van haar processen direct een onderzoek instellen. Als zo'n onwaarschijnlijke uitkomst niet het gevolg is van gemaakte fouten, dan moet daar namelijk een goede verklaring voor bestaan. Elke zichzelf respecterende instelling zou die verklaring willen weten. Echter, nadat DNB schriftelijk op deze onwaarschijnlijkheid was gewezen heeft zij noch een onderzoek ingesteld naar mogelijk gemaakte fouten, noch een verklaring gegeven voor de extreem onwaarschijnlijke uitkomst. Aan de bezwaren en onwaarschijnlijkheden is geheel voorbijgegaan.

³ <https://fd.nl/economie-politiek/1179494/dnb-haalt-opgelucht-adem-nu-geschiktheidstoets-examen-doorstaat>

In schril contrast hiermee staat het toetsen van personen die goede persoonlijke relaties hebben met DNB. Ter gelegenheid van de wetwijziging in 2012 werden alle zittende commissarissen van de vier grootste banken en verzekeraars getoetst. Ook de president-commissaris van de Rabobank, Prof. Dr. Lenze Koopmans, is toen getoetst (en goedgekeurd) terwijl hij weliswaar extreem intelligent was maar de benodigde morele capaciteiten geheel ontbeerde. Koopmans had kort voor het faillissement van het voormalige beursfonds OGEM, waarvan hij CFO was, een ingenieuze handel met voorkennis in aandelen OGEM op touw gezet en daarbij een deel van de kosten op OGEM afgewenteld. Een en ander buiten medeweten van zijn medebestuurders.⁴ In 1987 is Koopmans door de Ondernemingskamer voor deze aandelenhandel veroordeeld. Ook oordeelde de Ondernemingskamer dat Koopmans een aandeelhouder van OGEM had betaald voor het bespioneren van medeaandeelhouders. Niettemin ging DNB onder leiding van Nout Wellink al in 2002 akkoord met de benoeming van Lenze Koopmans tot lid van de Raad van Commissarissen van Rabobank. Nout Wellink was in 1975 bij professor Koopmans gepromoveerd tot doctor in de economische wetenschap en een goede persoonlijke relatie van Koopmans.

2 DNB breekt wettelijke bescherming van de instellingen af

Om burgers en rechtspersonen tegen willekeur van publieke functionarissen te beschermen heeft de wetgever vormvoorschriften verplicht gesteld bij het nemen van formele besluiten door publieke instanties, zoals het geven van aanwijzingen door DNB. Een aanwijzing is geen advies maar een verplichting voor de burger of de rechtspersoon om een bepaalde handelwijze te volgen. Deze voorschriften houden onder meer in dat de aanwijzing voldoende gemotiveerd moet zijn en ook als zodanig herkenbaar. Essentieel voor de rechtsbescherming is dat de persoon en/of instelling tegen de aanwijzing bezwaar kan maken. Een deugdelijke motivering is essentieel, zowel voor wederzijds begrip als voor de mogelijkheid om gefundeerd bezwaar te maken. Pas na behandeling van een bezwaar kan een gerechtelijke procedure tegen DNB worden aangespannen.

DNB negeert deze voorschriften zo vaak dat dit bijna beleid lijkt te zijn. Zo legt DNB ook dwingende voorschriften op zonder die in formele aanwijzingen vast te leggen. Dwingende voorschriften worden per gewone brief en per mail opgelegd. Deugdelijke motivering en de mogelijkheid om bezwaar te maken ontbreken veelal. Dit is in feite een illegale methode om beleid door te drukken. Door de vormvoorschriften te negeren breekt DNB de bescherming af die de wetgever, óók aan onder haar toezicht staande instellingen, heeft toegekend.

DNB gebruikt haar strategie ook om beleidsinzichten op te leggen wanneer zij die bevoegdheid niet heeft, zoals ook uit de jurisprudentie blijkt (zie hierna). Door deze strategie ontkomt DNB bijna altijd aan gerechtelijke procedures⁵. Dit impliceert dat DNB maximaal speelt op druk en intimidatie. Het hoeft niet te verbazen dat sinds 2012 niet alleen onder bestuurders en commissarissen maar ook onder accountants en actuarissen een zekere angstcultuur is ontstaan. Dit kan slechts negatieve gevolgen hebben voor de kwaliteit en het onafhankelijk functioneren van deze personen.

Reeds in juli 2012, toen de mogelijkheid om DNB civielrechtelijk aansprakelijk te stellen tot vrijwel nihil was ingeperkt, legt DNB op illegale wijze verplichtingen met betrekking tot het beleggingsbeleid op. Zo eist DNB dat een verzekeraar zich door het aankopen van derivaten tegen rentedaling beschermt. Begin 2013 verplicht DNB een verzekeraar, eveneens zonder formele aanwijzing, om

⁴ Pieter Lakeman: Het gaat uitstekend; Zwendel en wanbeleid in het Nederlandse bedrijfsleven, blz. 166 – 180.

⁵ Echter niet in alle gevallen zoals ook op blz. 5 duidelijk wordt.

Swaptions te kopen teneinde zich tegen een rentedaling in te dekken. Let wel, door dit zonder formele aanwijzing te doen ontbreekt ook de deugdelijke motivering en sluit DNB zich af voor een discussie hierover.

Ook aanwijzingen om concreet aangeduide balansposities terug te brengen worden op onwettige wijze gegeven. Dat dit geen slordigheid maar bewuste strategie van DNB is, blijkt wanneer een verzekeraar gemotiveerd naar voren brengt waarom het volgen van de aanwijzing niet nodig is en tegelijkertijd aan DNB vraagt een aanwijzing te geven die wél aan de wettelijk vereiste vorm voldoet zodat de verzekeraar formeel bezwaar naar voren kan brengen. DNB laat dan schriftelijk weten dat ze geen formele aanwijzing zal geven maar er wel vanuit gaat dat haar inzichten worden gevolgd.

Benoeming adviseurs. Beloning voor “meedenkende” accountantskantoren

De onwettige aanwijzingen hebben ook betrekking op het benoemen van “adviseurs”. In mei 2014 wenst DNB aan te tonen dat een door haar opgedrongen zienswijze omtrent balanswaardering correct is. DNB schrijft aan de verzekeraar dat deze door een accountantskantoor moet laten onderzoeken of de zienswijze van DNB juist is. De verzekeraar mag niet zelf de accountant kiezen maar moet kiezen uit een door DNB opgestelde voorkeurslijst. Het moge duidelijk zijn dat accountantskantoren op deze voorkeurslijst zich niet snel kritisch zullen uitlaten over DNB. Dan zou dat kantoor vermoedelijk snel van de lijst geschrapt zijn. Door (impliciet) financiële voordelen voor “meedenkende” accountantskantoren in het vooruitzicht te stellen creëert DNB bij de grote accountantskantoren een kring van jaknikkers en meelopers.

Daarnaast waren de kosten van de extra werkzaamheden van het accountantskantoor voor de verzekeraar in kwestie, terwijl deze door de voorselectie van DNB niet of nauwelijks ruimte kreeg om te onderhandelen over de prijs of de voorwaarden. Zelfs kan de vraag gesteld worden of deze kosten niet door DNB betaald zouden moeten worden omdat het DNB er in wezen om ging dat haar door de onderneming bestreden visie door een “onafhankelijke” accountant zou worden bevestigd. Dit doet denken aan de praktijk in sommige landen dat executiekosten van ter dood veroordeelden op de geëxecuteerde of diens nabestaanden verhaald worden.

Onteigening en overdracht van ondernemingen

Privé personen en rechtspersonen kunnen niet zonder meer onteigend worden. Daar moet in het algemeen een wettelijke basis voor bestaan. DNB is niet bevoegd om onteigeningsbesluiten te nemen maar tracht dit tekort aan bevoegdheden soms door machtsmisbruik te compenseren. Daarbij wordt een onwettige aanwijzing gegeven en worden directieleden en commissarissen van de instellingen vervolgens met hertoetsing en/of aftoetsing bedreigd wanneer ze niet meewerken. Beseft moet worden dat in de financiële wereld ook professionals actief zijn die ernstig inkomensverlies kunnen lijden wanneer ze worden afgetoetst en die aftoetsing algemeen bekend wordt.

In 2015 eist DNB dat een verzekeraar concrete maatregelen neemt om de onderneming te verkopen. Ook deze ingrijpende maatregel wordt schriftelijk naar voren gebracht zonder dat aan de wettelijke vormvereisten wordt voldaan. Zelfs wanneer DNB later per brief concrete stappen voor de overname eist, gebeurt dat zonder de wettelijk voorgeschreven formaliteiten in acht te nemen.

3 Misbruik van bevoegdheden (art. 365 Wetboek van Strafrecht)

Het belangrijkste bezwaar tegen het (her)toetsingsbeleid betrof niet de toetsingstechniek maar de achterliggende *strategie*. Ondanks de technische verbetering van de toetsing staat die kritiek nog overeind. Het (dreigen met) hertoetsen wordt misbruikt om kandidaten te dwingen het beleid van de onderneming te wijzigen in door DNB gewenste zin. Daaronder valt ook de wens het beleggingsbeleid te bepalen en zelfs de wens om de onderneming aan door DNB gewenste kandidaten te verkopen. Deze strategie wordt gekenmerkt door het geven van telefonische instructies.

De willekeur en machtsmisbruik van de toezichthouder kan slechts negatieve gevolgen hebben voor de kwaliteit van beleidsbepalers in de Nederlandse financiële wereld'.

In voorkomende gevallen drukt DNB met de dreiging van aftoetsing haar wil door om de bestaande solvabiliteit optisch te verkleinen door in staat van toetsing verkerende kandidaten te adviseren activa en verplichtingen zodanig op verschillende grondslagen te waarderen dat de getoonde solvabiliteit kunstmatig verlaagd wordt. Dit kan niet alleen tot gevolg hebben dat de instelling onjuiste jaarrekeningen opstelt maar ook dat DNB maatregelen oplegt omdat de instelling onvoldoende solvabel is. DNB pas deze strategie ook toe wanneer zij de onderneming wil laten overnemen.

In dit verband wijst SOBI erop dat het aantal zelfstandige pensioenfondsen sinds 2000 van ruim 1000 tot ruim 200 is verminderd. De gemiddelde grootte van de pensioenfondsen is daardoor aanzienlijk toegenomen terwijl grote pensioenfondsen niet betere resultaten behalen dan kleine. Reeds op het eerste gezicht lijkt het onwaarschijnlijk dat alle 800 samensmeltingen of overnames op basis van vrijwilligheid tot stand zijn gekomen. Temeer omdat de voormalige toezichthouder op deze fondsen, mevrouw Mr. Joanne Kellerman, in 2007 bekend maakte dat het aantal pensioenfondsen tot 100 teruggebracht zou moeten worden. Nog in hetzelfde jaar versnelde de daling van het aantal pensioenfondsen opmerkelijk. Bij samensmelting van twee pensioenfondsen is het bijna onvermijdelijk dat belanghebbenden bij een van de beide fondsen nadeel ondervinden.

Een voorbeeld van misbruik van bevoegdheden deed zich begin 2015 voor toen de zittende directieleden van een levensverzekeraar werden getoetst en later telefonisch te horen kregen dat de uitslag van de toetsing mede afhankelijk zou zijn van hun medewerking aan de door DNB gewenste overname. Door de medewerking aan de overname als criterium voor de toetsing te hanteren zette DNB de directieleden onder druk en gaf hen een eigen belang om niet langer integer af te wegen wat in het belang van de onderneming en de polishouders was maar om gehoorzaam te doen wat DNB wilde. Dit optreden van DNB heet misbruik van gezag en is verboden op grond van artikel 365 van het Wetboek van Strafrecht.

DNB gaat ook volgens de rechter haar bevoegdheden te buiten

In de meeste gevallen bezwijken instellingen, bestuurders en commissarissen onder de druk van DNB. Maar niet altijd. In een geschil tussen DNB en Delta Lloyd oordeelde de rechter op 3 augustus 2015 dat DNB haar bevoegdheden te buiten was gegaan door aanwijzingen te geven op gebieden waarop DNB geen bevoegdheid heeft.

Delta Lloyd en haar toenmalige CFO hadden als een der weinigen bij de rechter geprotesteerd tegen de aftoetsing van de CFO. En met succes want het besluit van DNB om hem heen te zenden werd vernietigd. In het vonnis stelt de rechtbank paal en perk aan de illegale bemoeizucht van DNB.

DNB was van mening dat de verzekeraar ongewenste beleggingsrisico's nam en dat het risicomanagement tekortschoot. De rechtbank oordeelt echter dat deze verwijten te algemeen van aard en onvoldoende geconcretiseerd zijn. De rechtbank kan uit de stukken zelfs 'niet opmaken uit welke feiten en omstandigheden volgens DNB blijkt dat het beleggingsbeleid onverantwoord was, zodat eisers [...] niet meer kunnen (en hoeven) te doen dan dit in algemene zin tegenspreken', aldus de rechtbank. Delta Lloyd betoogt onweersproken dat haar beleggingsbeleid niet in strijd was met wettelijke bepalingen en dat men zich heeft gehouden aan de door DNB geuite wensen ten aanzien van dit beleid. De rechtbank stelt vast dat DNB haar standpunt in de bestreden besluiten niet heeft toegelicht. De rechtbank oordeelt dat DNB niet deugdelijk heeft gemotiveerd waarom de verwijten omtrent het beleggingsbeleid bijdragen aan de conclusie dat de CFO ongeschikt is als bestuurder. De rechtbank stelt ook vast dat Delta Lloyd binnen de grenzen van de wet en eventuele aanwijzingen van DNB in beginsel de vrijheid heeft zelf te bepalen welk risicobeleid zij wil voeren en meer beleggingsrisico's mag nemen dan andere verzekeraars. De rechtbank oordeelt ook dat Delta Lloyd het verzoek van DNB om af te zien van het uitkeren van dividend niet hoefde in te willigen.

DNB bepaalt feitelijk wie een verzekeraar mag overnemen

Uit het FD van 20 januari 2017 bleek dat DNB zich ook bij overnames van verzekeraars verregaand bemoeit met de keuze van de overnemende partij. Weliswaar heeft DNB niet de bevoegdheid om de overnemende partij uit te kiezen maar ze kan wel elke kandidaat weigeren. Wanneer er bijvoorbeeld drie kandidaten zijn en DNB wijst twee van hen af dan heeft dat hetzelfde effect als het aanwijzen van de derde kandidaat. Iets dergelijks heeft zich onlangs bij Delta Lloyd afgespeeld. Een Taiwanese verzekeraar die een hoger bod wilde uitbrengen dan het bod van € 5,40 van NN en bovendien extra garanties wilde geven, voelde zich na druk van DNB gedwongen terug te treden. Ook bij kleinere verzekeraars komt het voor dat DNB in feite de overnemende partij uitkiest door onmogelijke eisen aan andere partijen te stellen. Dit geldt niet slechts voor overname van de aandelen maar ook voor overname van de onderneming of activa van de onderneming.

Zinloze maar kostbare maatregelen

Zelfs wanneer DNB wel duidelijk maakt dat sprake is van een formeel besluit gebeurt dat niet altijd correct. DNB onderbouwt formele maatregelen veelal door te stellen dat de situatie volgens haar ernstig is. Maar lang niet altijd wordt toegelicht wat de opgelegde maatregel aan de oplossing bijdraagt. De maatregel draagt ook niet altijd bij tot enige oplossing. Sterker nog: er worden maatregelen getroffen die de instelling veel geld kosten, maar waarvan direct duidelijk is dat ze geen bijdrage leveren aan een oplossing. Zo heeft DNB meerdere malen een verlenging van curatele onderbouwd met als argument inzicht te krijgen in de financiële situatie van de instelling. Inzicht in de financiële situatie krijgt men echter niet door het benoemen van een curator maar door het bestuderen van financiële rapportages en door het stellen van vragen.

Verzoek tot het nemen van maatregelen

SOBI verzoekt hierbij zodanige maatregelen te treffen, dan wel er op toe te zien, dat DNB:

1. Niet langer dreigt met hertoetsing en (her)toetsing niet langer koppelt aan beleidsvoornemens van DNB.
2. De wettelijke rechtsbescherming van onder haar toezicht staande instellingen met onmiddellijke ingang respecteert door aanwijzingen te geven op door de wet voorgeschreven wijze en haar aanwijzingen voldoende te motiveren.
3. Geen aanwijzingen geeft op terreinen waarop zij niet bevoegd is.

Ik ben bereid dit verzoek mondeling en schriftelijk toe te lichten.

Hoogachtend,

Namens SOBI,



Pieter Lakeman
Voorzitter