

Delta Lloyd is de eerste grote financiële speler die openlijk de strijd aan is gegaan met het “nieuwe” toezicht zoals DNB dat sinds 2008 voert. De rechter acht de boete aan de verzekeraar terecht maar wil dat DNB het heenzenden van een bestuurder beter onderbouwt. Het is wel de vraag of de overheid zich als derde partij het recht mag toe-eigenen om bestuurders en commissarissen bij financiële instellingen aan te stellen of te ontslaan. Het is goed dat de discussie hierover actief en publiekelijk gevoerd wordt, ook in de rechtszaal.

DELTA LLOYD VERSUS DNB

EERSTE OPENLIJK VERZET TEGEN HET ‘NIEUWE TOEZICHT’

Ruud Pruijm

Delta Lloyd (DL) was de eerste grote speler in de financiële sector die zich heeft verzet tegen de manier waarop het “nieuwe toezicht” door De Nederlandsche Bank (DNB) sinds 2008 werd uitgevoerd. Vanaf die tijd kreeg DNB meer bevoegdheden om een nieuwe, strenge lijn van toezicht uit te gaan voeren. Dit overigens als reactie op de breed gedragen kritiek na het uitbreken van de financiële crisis dat toezichthouders niet streng genoeg waren.

DL kreeg een boete vanwege handel op basis van “vertrouwelijke informatie” omdat er in 2012 snel een grote derivatenpositie werd afgebouwd nadat het bestuur had begrepen dat DNB van plan was de rekenrente (de zgn. Ultimate Forward Rate (UFR)) aan te passen. Tevens gaf DNB een aanwijzing tot het heenzenden van de financieel bestuurder Emiel Roozen.

DL was het oneens met de boete en de aanwijzing en stapte naar de rechter. De bestuursrechter in Rotterdam oordeelde dat de boete terecht was opgelegd. DNB had echter de heenzending van Roozen volgens de rechter niet helemaal goed onderbouwd en zal dit daarom op-

nieuw moeten doen, rekening houdend met de bezwaren die DL daartegen heeft aangevoerd.

Het interessante van deze zaak is niet alleen dat dit voor het eerst is dat een grote financiële instelling zich openlijk verzet tegen een toezichthouder. Veel opvallender is dat hierdoor goed zichtbaar is geworden wat een grote macht DNB verkregen heeft om in te grijpen op het beleid van een onder haar toezicht staande instelling en zelfs bestuurders tot aftreden kan dwingen.

Veel critici stellen dat DNB te veel macht heeft gekregen omdat de toezichthouder optreedt als regelgever, handhaver, aanklager, beleidsbepaler en rechter, waarop dan de vraag rijst of daarmee niet in strijd wordt gehandeld met de principes van de rechtsstaat. Een andere veel gestelde vraag is of deze manier van toezicht niet leidt tot betutteling, omdat DNB ten onrechte op de stoel van de bestuurders en commissarissen gaat zitten.

In het vervolg van dit artikel zal ik proberen deze vragen aan de orde stellen bij de bespreking van de vonnissen¹ van de rechtbank Rotterdam over het boetebesluit en het wegsturen van directielid Roozen.



Delta Lloyd zeilt scherp aan de wind

Boetebesluit

De rechtbank oordeelt in het vonnis dat DL heeft gehandeld op basis van vertrouwelijke informatie en daarmee transacties heeft verricht om daarmee voordeel te behalen:

Het bestuur van DL had in juni 2012 lucht gekregen van het plan van DNB om de rekenrente aan te passen. Op dinsdag 26 juni komt bij het Verbond van Verzekeraars een telefoontje binnen waarin het Verbond wordt uitgenodigd voor een gesprek over de "lage-renteproblematiek." Die informatie komt via personen binnen het verbond terecht bij financieel directeur Roozen. Deze weet dat er in de markt drif-ting wordt gespeculeerd over mogelijke stappen van DNB om een nieuwe vaste rekenrente in te voeren. Deze aankondiging lijkt een bevestiging dat deze er binnenkort aan zal komen. Nog voordat dit besluit officieel was geworden besloot de verzekeraar op basis van die informatie een grote derivatenpositie af te bouwen omdat deze dan niet meer nodig zou zijn.

DL was van mening dat er niet is gehandeld met voorkennis omdat niet zeker was dat er een wijziging van de rekenrente aan zat te komen. De rechter meent echter dat voor goed ingevoerde bestuurders als Hoek (voormalig president-directeur) en Roozen de uitnodiging voldoende aanwijzing was voor wat DNB van plan was. Ook meent de rechter dat beide bestuurders wel degelijk bekend waren met het feit dat de informatie over de bijeenkomst als vertrouwelijk diende te worden beschouwd. Dat blijkt ook uit enkel e-mails, waarop de rechter zich baseert.

De rechter stelt verder vast, in navolging van DNB, dat beide bestuurders de Wet Financieel Toezicht (Wft: art. 3:10) hebben overtreden. Er is sprake van een onmiskenbare schending van de maatschappelijke norm, waardoor het vertrouwen in de financiële onderneming of in de financiële markten ernstig wordt geschaad. Bovendien gebeurde dit niet door een willekeurige werknemer maar door toonaangevende bestuurders. Tenslotte hebben de bestuurders niet de bestaande risk en governance procedures van DL in acht genomen. De transacties hadden een speculatief karakter en pasten

niet binnen het risicomanagement van de verzekeraar en zijn ook buiten de interne procedures afgehandeld.

Al met al een keihard oordeel dat er op neer komt dat beide bestuurders hebben gehandeld met voorkennis om daarmee voordeel te behalen en hebben daarbij de wet en hun eigen interne regels voor risicobeheersing en goed bestuur overtreden.

Censuur

Het is overigens opvallend dat in het vonnis regelmatig censuur is toegepast. De inhoud van de e-mails evenals namen van getuigen en de inhoud van feiten worden niet vermeld. Dat geldt ook voor de standpunten van DNB en de beoordeling door de rechtbank. De reden daarvoor is volgens de rechtbank dat publicatie van de volledige tekst van de uitspraak zou betekenen dat bekend wordt waaruit de overtreding van DL heeft bestaan, terwijl de termijn voor hoger beroep nog loopt.

De vraag of DNB wel binnen de wettelijke bevoegdheden is gebleven en juist en correct heeft gehandeld kan op basis van deze uitspraak positief beantwoord worden. Zo valt in het vonnis te lezen:

Op basis van een melding van de Autoriteit Financiële Markten is onderzoek gedaan door het Expertisecentrum Interventie en handhaving. Het boeterapport is opgesteld door een andere toezichthouder. Daarna is het dossier overgedragen aan de sectie Boetes en dwangsommen. Deze heeft op basis van het boeterapport en onderliggende stukken beoordeeld of er sprake is van een overtreding waarvoor een boete kan worden opgelegd. Daarna heeft deze afdeling het boetevoornemen opgesteld en, nadat DL Leven haar zienswijze daarop had gegeven, een conceptbesluit opgesteld waarin wordt voorgesteld over te gaan tot het opleggen van een boete. Dit conceptbesluit is ter beoordeling en ondertekening voorgelegd aan een lid van de directie van DNB.

Volgens de rechter is daarmee voldaan aan een objectieve en onbevooroordeelde werkwijze.

De bevindingen van DNB zijn door de rechter uitgebreid besproken en beoordeeld, evenals de kritiek van DL hierop. De uitspraak laat zien dat DNB op alle

fronten gelijk heeft gekregen en zeker geen al te ruime interpretatie heeft gegeven van de gebruikte wettelijke grondslag.

Ook de kritiek dat DNB zijn eigen regels maakt vindt geen grond in de uitspraak.

De rechter beaamt dat DL art 3:10 eerste lid van de Wft heeft overtreden door op basis van vertrouwelijke informatie transacties te verrichten om daarmee voordeel te behalen. Daarnaast heeft DL artikel 3:17 eerste lid van de Wft overschreden door bij het verrichten van deze transacties te handelen in strijd met de eigen interne risk en governance regels.

De rechter stemt eveneens in met de hoogte van de door DNB opgelegde boete, een bedrag dat bestaat uit het behaalde voordeel plus een boete-opslag.

De conclusie kan dan ook geen andere zijn dan dat de toezichthouder in alle opzichten zijn werk naar behoren heeft gedaan en niet buiten zijn bevoegdheden is getreden.

Heenzending van Rozen

Het wegsturen van de heer Rozen kan de DNB doen omdat de toezichthouder met ingang van 1 juli 2012 een nieuw instrument heeft gekregen: de uitgebreide Geschiktheidstoets voor bestuurders en commissarissen: Beleidsregel Geschiktheid 2012. DNB toetst nieuwe bestuurders en commissarissen bij financiële instellingen op geschiktheid en betrouwbaarheid. Ook heeft de toezichthouder het recht tot hertoetsing over te gaan, wanneer bij DNB twijfels zijn ontstaan over een bestuurder. Zo'n hertoetsing leidt doorgaans tot het gedwongen vertrek van de betrokken bestuurder.

DNB stelt in het toetsingsgesprek vast of de kandidaat voldoende 'bagage' heeft om de functie te vervullen. Een tweede doel is om na te gaan of het beeld dat de financiële instelling van de kandidaat heeft juist is:

Onder 'bagage' verstaat DNB kennis, ervaring en professioneel gedrag, vaardigheden en houding. DNB beoordeelt naast opleiding en werkervaring ook competenties en de doorlopende toepassing van de competenties. Als competentie ziet DNB een mix van kennis, gedragsvaardigheden en houding. Om de geschiktheid

te toetsen heeft DNB een lijst van 16 competenties opgesteld. Deze lijst is niet cumulatief en niet limitatief².

Op zich zijn de bedoelingen van deze beleidsregel goed. We hebben van de financiële crisis wel geleerd dat er behoefte is aan niet alleen goede, maar ook betrouwbare en integere bestuurders en commissarissen. Dat de toezichthouder daarop moet gaan toetsen is een keus waar echter wel wat op aan te merken is.

Zo zegt oud-commissaris van DNB, Hélène Vletter van Dort, in een interview in het Financieele Dagblad³:

"Het is de vraag of deze toets de oplossing biedt voor het probleem. Ik vraag me af of je als toezichthouder kunt bepalen of iemand objectief geschikt is. Dat is voor commissarissen al buitengewoon lastig en zij kunnen, als het goed is, het beste beoordelen wat voor soort persoon een onderneming nodig heeft. We werken nu met een soort KemaKeur van de toezichthouders, maar de vraag is of daarmee geen inbreuk wordt gedaan op de vennootschappelijke afspraken, waarin die verantwoordelijkheid ligt bij aandeelhouders en commissarissen."

Daar ligt denk ik een belangrijke vraag en wel of het terecht is dat de overheid zich als derde partij het recht toe-eigent om bestuurders en commissarissen bij financiële instellingen al of niet aan te stellen of te ontslaan. Dat grijpt nogal diep in op de governancestructuur van deze instellingen, waarbij het ook nog de vraag is of het middel van de geschiktheidstoets nog wel proportioneel is in verhouding tot de primaire bevoegdheden in deze van aandeelhouders en commissarissen.

Daarbij ligt er wel degelijk het gevaar op de loer dat er van de geschiktheidstoets oneigenlijk gebruik wordt gemaakt. Zie hiervoor ook Herman van Gunsteren die in de Volkskrant⁴ nogal negatief is en zegt dat "wie er bij DNB uitligt, kan het wel schudden."

Pieter Lakeman is nog harder in zijn oordeel en stelt in een rapport dat DNB oneigenlijk gebruik maakt van de geschiktheidstoets⁵.

"Bestuurders en commissarissen met een lange en vlekkeloze staat van dienst, met goede bedrijfsresultaten die in staat zijn om met DNB een inhoudelijke discussie aan te gaan worden regelmatig afgetoetst. De reden is dan vaak de kennelijk ongewenste 'houding'."

Volgens van Gunsteren en Lakeman gebeurt het regelmatig dat DNB dwingend geformuleerde aanbevelingen met betrekking tot de gang van zaken geeft, zonder dat deze aanbevelingen een formele aanwijzing zijn. Tegen aanbevelingen kan een instelling geen beroep aantekenen, maar wanneer de aanbeveling niet wordt opgevolgd kunnen bestuurders, maar ook commissarissen op een hertoetsing rekenen. “Dreigen met hertoetsing is schering en inslag. De instelling krijgt dwingend geformuleerde brieven. Dan weet je als bedrijf genoeg. Je kunt er de klok op gelijk zetten dat er een hertoetsing volgt of een boete”, aldus Guido Roth in de NRC⁶.

Ontevredenheid

Binnen de financiële wereld groeit daarom ontevredenheid over het toetsingsinstrument. Ook DL voelde zich slachtoffer van oneigenlijk gebruik van dit instrument. Zo was DNB van plan (toen het onderzoek naar de vermeende onregelmatigheden nog in gang was) om in 2014 toenmalig hoofd beleggingen Alex Otto te hertoetsen op zijn geschiktheid en betrouwbaarheid. Ook Otto's rechterhand Peter Knoeff zou in aanmerking zijn gekomen voor hertoetsing. Otto vertrok voor die tijd naar HB, het investeringsvehikel van de familie Blokker. Knoeff is intern binnen de verzekeraar herplaatst en werkt voor een andere divisie.

Zo zijn ook president-directeur Niek Hoek en financiële topman Emiel Roozen onderworpen aan een herkeuring. Hierop hield Hoek de eer aan zichzelf en ging voortijdig met pensioen, Roozen werd door DNB afgekeurd.

Ook hierna gebeurde er nog het nodige rond de persoon van Niek Hoek. Zoals de NRC schrijft⁷:

Hoek zelf is na zijn aankondiging niet van DNB af. De toezichthouder wil hem ook nog hertoetsen als commissaris bij zakenbank NIBC – wegens de affaire bij Delta Lloyd. Voordat het zover komt stapt Hoek op. In februari van 2014, middenin het strijdgewoel met DNB, wordt hij door headhunters gevraagd of hij president-commissaris bij ABN Amro wil worden. Als ABN Amro informeel namen van kandidaten voorlegt, blijkt al snel dat Hoek geen schijn van kans maakt, door bezwaren van DNB.

Het is bij dit alles opmerkelijk dat er zelden of nooit beroep bij de rechter wordt aangetekend tegen de uitkomsten van de geschiktheidstoets zoals nu door DL is gedaan. Veelal komen conflicten niet in de openbaarheid doordat besturen omwille van het behoud van een goede relatie met de toezichthouder zich plooiën naar de wensen van DNB. Individuele bestuurders die bij toetsing onvoldoende worden bevonden, houden deze doorgaans de eer aan zichzelf. Bedenk daarbij dat een negatieve geschiktheidstoets inhoudt dat een bestuurder of commissaris nooit meer een functie in de financiële sector kan bekleden.

Argumentatie

Gezien het voorgaande is het van belang om eens te bezien wat de rechter nu vindt van de heenzending van de heer Roozen door DNB. De argumentatie van de toezichthouder was kort als volgt⁸:

Het standpunt is (..) niet uitsluitend gebaseerd op de gebeurtenissen rondom de invoering van de Ultimate Forward Rate (UFR), maar ook op de twee toetsingsgesprekken die DNB met Roozen heeft gevoerd en de gehele jarenlange voorgeschiedenis zoals de waarschuwingen van DNB in 2011 en 2012 vanwege de langdurig te scherpe risicohouding van de Delta Lloyd Groep (DLG) en de daarop onvoldoende afgestemde risicobeheersing alsmede de normoverdragende gesprekken met het bestuur van DL in 2011 en 2012.

DNB benadrukt⁹:

(..) dat bij haar oordeel over de geschiktheid van Roozen niet alleen diens betrokkenheid bij de transacties rondom de invoering van de UFR in ogenschouw is genomen, maar ook en vooral de bevestiging die deze transacties vormen van een al langer bestaand patroon van gebrek aan professioneel gedrag en bepaalde vaardigheden dat Roozen als beleidsbepaler van DL en medebeleidsbepaler van DL Leven heeft laten zien.

We zien in dit standpunt een bevestiging van de eerder beschreven aanpak van DNB dat dwingend geformuleerde aanbevelingen (waarschuwingen) die geen

formele aanwijzingen zijn, die niet worden nagevolgd, kunnen leiden tot hertoetsing en de conclusie dat een bestuurder niet geschikt is. DNB meent¹⁰:

(..) “dat het beleggingsbeleid van DL en DL Leven, in elk geval in de laatste jaren voorafgaand aan de invoering van de UFR, meer paste bij een beleggingsonderneming dan bij een verzekeraar. In de visie van DNB namen DL en DL Leven ongewenste risico’s en was bovendien sprake van tekortschietend risicomanagement. DL en DL Leven toonden zich in deze periode volgens DNB niet ontvankelijk voor kritiek op het risicobeleid en het risicomanagement en werkten onvoldoende mee aan onderzoeken en het verstrekken van informatie.”

De rechter vindt, evenals DL zelf, dat deze verwijten algemeen van aard zijn en niet voldoende zijn geconcretiseerd. Zo kan de rechtbank niet opmaken uit welke feiten en omstandigheden volgt dat het risicobeleid en risicomanagement onverantwoord was. Ook is de rechter het eens met het verweer van DL dat het binnen de grenzen van de wet de vrijheid heeft zelf te bepalen welk risicobeleid het wil voeren en (bijvoorbeeld) meer beleggingsrisico’s wil nemen dan andere verzekeraars.

De rechter zegt hiermee feitelijk dat de DNB met onterechte verwijten is gekomen en niet op de stoel van het management hoort te gaan zien, door dwingende aanbevelingen te geven die geen formele aanwijzingen zijn.

Ook het verzoek van DNB om een Chief Risk Officer op te nemen in de Raad van Bestuur van DL of af te zien van het uitkeren van dividend aan aandeelhouders valt in deze categorie, aldus de rechter.

De conclusie van de rechter is dat de beoordeling opnieuw moet, rekening houdende met de bezwaren van DL en Roozen.

Het oordeel van de rechter kan niet anders dan als een terechtwijzing aan DNB worden opgevat. Het niet navenolgen van aanbevelingen hoeft volgens de rechter niet te betekenen dat dit automatisch tot een negatieve geschiktheidstoets leidt. Ook is de rechter van oordeel dat de verwijten veel te algemeen zijn geformuleerd en dat sommige aanbevelingen tot bijstelling van het beleid onder de bevoegdheid van het bestuur vallen en niet behoren tot de bevoegdheid van DNB.

Wel blijft overeind dat het handelen op basis van vertrouwelijke informatie, waarover de rechtbank in een ander vonnis oordeelde, wel degelijk kan leiden tot het oordeel dat Roozen ongeschikt is als bestuurder van DL. Maar dat moet DNB opnieuw onderbouwen.

Deze rechtszaak laat dan ook duidelijk zien dat het wel degelijk loont om een negatieve beoordeling van DNB of een heenzending bij de rechter aan te vechten.

Conclusie

Delta Lloyd heeft de helderheid gekregen, die het bij monde van president-commissaris Jean Frijns zo graag wilde. Het was de eerste grote financiële speler die openlijk de strijd aanging met het “nieuwe” toezicht zoals DNB dat sinds 2008 voeren.

Deze rechtszaak maakte het mogelijk dat de rechter het handelen van DNB en DL grondig kon toetsen en dat is alleen maar winst. Zo is duidelijk geworden dat DNB terecht en zorgvuldig heeft gehandeld bij het vaststellen van de boete en keurig binnen alle wettelijke bevoegdheden is gebleven. Minder gelukkig zal DNB zijn bij het oordeel van de rechter over het aftoetsen van Emiel Roozen. Het is goed dat DL dit eveneens heeft aangekaart en voorgelegd aan de rechter. De toezichthouder zal dan hopelijk de les trekken dat de procedure rondom de geschiktheidstoets verbetering behoeft. Zeker als het gaat om het betrekken van het niet navolgen van aanbevelingen bij de onderbouwing van het oordeel.

Ik ben het dan ook niet eens met dit oordeel van de redactie van het Financieel Dagblad¹¹:

“De capitulatie van Delta Lloyd maakt het voor andere spelers niet aantrekkelijker een besluit van DNB bij de rechter te laten toetsen. Partijen weten dat ze nog met de toezichthouder verder moeten en zijn geneigd zijn oordeel te slikken. Het leidt tot een gelaten houding: de toezichthouder heeft gelijk, ook als hij geen gelijk heeft.”

Dat gaat veel te ver. Het zal altijd lonen een besluit van DNB aan te vechten bij de rechter, al was het alleen maar om een onafhankelijke en deskundige derde er nog eens goed naar te laten kijken. Bovendien komt op deze manier jurisprudentie tot stand waar alle partijen baat bij hebben.

Daarnaast denk ik dat DNB mans genoeg is om een gang naar de rechter niet gelijk als een onheuse aanval te beschouwen waarop een instelling later stiekem op zal worden afgerekend.

Noten

¹ Deze vonnissen zijn te vinden op www.rechtspraak.nl

ECLI:NL:RBROT:2015:5635 en ECLI:NL:RBROT:2015:5634.

² Staatscourant 2012 nr. 13546, 3 juli 2012, pag. 6

³ “Bankiers en verzekeraars durven zich niet meer uit te spreken. Dat is niet goed.” Het Financieele Dagblad, 13 juni 2015, pag. 7.

⁴ “Wie er bij DNB uitligt, kan het wel schudden.” Herman van Gunsteren. Opinie-artikel in de Volkskrant, 28 januari 2015.

⁵ “De nieuwe kleren van Keizer Knot.” P. Lakeman, 28 juli 2015. Te verkrijgen op de website: www.sobi.nl

⁶ “Pas op of we gaan je toetsen.” Hanneke Chin-A-Fo, Chris Hensen. NRC, 4 april 2015.

⁷ “Toezicht of betutteling.” Hanneke Chin-A-Fo, Chris Hensen. NRC, 25 juli 2015.

⁸ Uitspraak 31-07-2015 Rechtbank Rotterdam.

ECLI:NL:RBROT:2015:5634, punt 3.

⁹ Idem.

¹⁰ Idem punt, 4.

¹¹ “Testcase Delta Lloyd.” Van de hoofdredactie. Het Financieele Dagblad, 3 augustus 2015.

Over de auteur:

Prof. Dr. R. A. M. Pruijm RA is emeritus hoogleraar van de Erasmus Universiteit Rotterdam. Hij heeft zich gespecialiseerd in Corporate Governance. Sinds 2010 is hij verbonden aan het Nyenrode Corporate Governance Instituut, aan welke universiteit hij ook als visiting professor werkzaam was.

