

De Nederlandsche Bank N.V.
Postbus 98
1000 AB AMSTERDAM

Datum 29 augustus 2019
Referentie BR2784

Betreft: Consultatiereactie NVB Wijziging beleidsregel
geschiktheid

Geachte mevrouw van Haaren,

Langs deze weg maakt de Nederlandse Vereniging van Banken (NVB) graag gebruik van de geboden mogelijkheid om te reageren op een tweetal consultatiedocumenten, i) "Concept Besluit 2019 tot wijziging van de beleidsregel geschiktheid en ii) de concept aangepaste tekst van de beleidsregel inclusief toelichting". De NVB maakt gebruik van deze gelegenheid om ook te reageren op het gewijzigde DNB beleid ten aanzien van de onafhankelijkheid van commissarissen zoals recent gepubliceerd op haar website, nu dit onderwerp nauw verbonden is met de geconsulteerde Beleidsregel. Wij hebben onze reactie in de bijlage opgenomen.

Mocht u nog vragen hebben over onze reactie op het consultatiedocument horen we dat graag. We zijn vanzelfsprekend graag bereid om een nadere toelichting te geven.

Met vriendelijke groet,

Hubert Schokker
Adviseur Toezicht

Bijlage: reactie NVB

De NVB constateert dat de door DNB voorgestelde wijzigingen voortvloeien uit inwerkingtredingen van EBA en ESMA richtsnoeren, alsmede enkele actualiseringen en verduidelijkingen door DNB. We bespreken de consultatie paginawijs aan de hand van de voorgestelde concept beleidsregel.

I Algemeen

Met het oog op de totstandkoming van een bankenunie is sinds 1 november 2014 het toezicht op alle banken in de Eurozone overgeheveld naar de Europese Centrale Bank (ECB). Met inwerkingtreding van het Europees mechanisme voor gemeenschappelijke toezicht (Single Supervisory Mechanism, SSM) is de ECB exclusief verantwoordelijk geworden voor de toetsing van de (mede)beleidsbepalers van banken.

Onderdeel van de bankenunie is één regelgevend kader dat geldt voor alle banken binnen de Eurozone, het zgn. 'single rule book'. Met het oog op harmonisatie van de regelgeving omtrent de geschiktheidstoets (en de betrouwbaarheidstoets) hebben EBA/ESMA de 'Richtsnoeren voor het beoordelen van de geschiktheid van leden van het leidinggevend orgaan en medewerkers met een sleutelfunctie' gepubliceerd (**de EBA/ESMA Richtsnoeren**). DNB heeft aan EBA aangegeven dat zij voornemens is aan deze Richtsnoeren te voldoen.¹ Voorts heeft de ECB in de 'Gids voor beoordeling van de deskundigheid en betrouwbaarheid' gepubliceerd hoe zij de EBA/ESMA Richtsnoeren toepast.

In de ECB gids wordt een uitgebreide uitleg gegeven van de beleidslijnen, praktijken en procedures die de ECB volgt bij de beoordeling van de geschiktheid van (mede)beleidsbepalers van significante banken. De huidige en voorgestelde aanpassing van de Beleidsregel geschiktheid wijkt op meerdere punten af van de EBA/ESMA Richtsnoeren en van de praktijk van de ECB. De NVB acht dit onwenselijk en niet in lijn met het streven van de Nederlandse wetgever in te zetten op voltooiing van de bankenunie.

Alhoewel afwijking van de Europese standaard formeel mogelijk is, mist de NVB een dragende motivering van DNB en de AFM over waarom nadere regels bovenop de Europese regels noodzakelijk zijn. De NVB verzoekt DNB en de AFM ten minste voor de banken zoveel mogelijk aan te sluiten bij de EBA/ESMA Richtsnoeren en de ECB praktijk en te bezien in hoeverre regels die hiervan afwijken, geschrapt kunnen worden. Waar DNB en de AFM handhaving van nationale regels bovenop Europese regels noodzakelijk vinden, zou een dragende motivering hiertoe gewenst zijn. Wij denken dat enkel afwijkingen gewenst zijn waar Europese en nationale regels/praktijk tegenstrijdig zijn (zie hieronder onder 'onafhankelijkheid').

II Groepering en proportionaliteit (pagina 11)

DNB geeft aan dat de geschiktheidseisen proportioneel worden toegepast. Dit betekent dat rekening wordt gehouden met de karakteristieken van de betreffende onderneming: aard, omvang, complexiteit van de activiteiten en het risicoprofiel. In de huidige opzet worden ondernemingen in categorieën ingedeeld naar gelang van hun kwalificatie. Hierbij wordt er geen rekening gehouden

¹ EBA Annual Report 2018, p. 114.

met de functie/zwaarte van de betreffende onderneming in de groep waarvan deze deel uitmaakt. Een betaalinstelling valt bijvoorbeeld in groep A. Daarbij wordt er geen rekening gehouden of de betaalinstelling (i) een moedermaatschappij binnen een groep betreft én het zwaartepunt van de activiteiten van de groep omvat, of (ii) het een kleine betaalinstelling zonder cruciale functie binnen de groep betreft. Wij nemen aan dat voorgaande nuance óók leidt tot een proportionele toepassing van de inhoudelijke geschiktheidseisen.

III Uitbreiding kring van ‘te toetsen personen’ als beleidsbepalers (pagina 13)

De aanpassing in de definitie van ‘beleidsbepaler’ alsmede de toelichting daarop scheppen verwarring over de inhoud en reikwijdte van dit begrip. Uit de definitie van ‘beleidsbepaler’ en de toelichting hierop lijkt te volgen dat het tweede echelon (i.e. de personen werkzaam onder verantwoordelijkheid van een bank, die een leidinggevende functie vervullen direct onder het echelon van de beleidsbepalers en verantwoordelijk zijn voor natuurlijke personen wier werkzaamheden het risicoprofiel van de bank wezenlijk kunnen beïnvloeden) voortaan ook expliciet onder de reikwijdte van de definitie van ‘beleidsbepaler’ wordt geschaard. Of gelijkschakeling van beleidsbepalers met het tweede echelon ook de bedoeling is, is niet helder. In de toelichting wordt enerzijds gesteld dat de beleidsregel ziet op de beleidsbepalers in de zin van deze beleidsregel, anderzijds wordt echter in de tabel op pagina 10 slechts verwezen naar personen die conform artikel 3:8 Wft het dagelijks beleid bepalen (de bestuurders). Bij dit laatste wordt slechts bedoeld op het eerste echelon, de groep die ten tijde van de Beleidsregel geschiktheid 2012 onder de geschiktheidstoetsing ex artikel 3:8 Wft viel. Indien sprake is van een expliciete uitbreiding van de beleidsregel tot tweede echelon toetsingen, zou dit betekenen dat het toetsingskader voor bestuurders en commissarissen één-op-één wordt toegepast op het tweede echelon. Dit betekent dat er méér informatie aan DNB verstrekt moet worden dan nu het geval is voor een tweede echelon-toetsing. Dit kan volgens de NVB niet de bedoeling zijn, zeker nu een dergelijk beleid verder gaat dan de EBA/ESMA Richtsnoeren.

Een uitbreiding van de beleidsregel in deze zin zou ertoe leiden dat:

- Op basis van art. 1.2 (geschiktheid) het tweede echelon ook cumulatief dient te voldoen aan de onderwerpen A t/m E. Dit zou betekenen dat tweede echelon ook getoetst moet worden op *time commitment* (onderdeel E) hetgeen ook voor key function holders een aanvullende eis betekent ten opzichte van het Europees toezichtskader. Tot op heden is *time commitment* ook geen onderdeel van de toetsing;
- Op basis van art. 1.5 (Momenten van toetsing) het tweede echelon op verschillende momenten getoetst zou moeten worden op geschiktheid: (a) voor het aantreden van een beleidsbepaler, en (b) na het aantreden van een beleidsbepaler. Op dit moment wordt het tweede echelon niet door DNB getoetst op geschiktheid. De geschiktheidstoets wordt door de onderneming zelf verricht. Alleen als daartoe aanleiding bestaat, zal DNB een geschiktheidstoets verrichten. De vraag is of DNB alsnog een geschiktheidstoets zal uitvoeren vóór het aantreden van een tweede echelon-kandidaat, in tegenstelling tot de huidige praktijk. Gelet op het feit dat er momenteel een discussie wordt gevoerd omtrent de reikwijdte van het tweede echelon definitie en de diepgang van de toetsing, lijkt uitbreiding van de toetsing voorbarig;
- Alle in art. 1.6 (Informatie en antecedenten) van de beleidsregel genoemde informatie ook voor het tweede echelon aan de DNB/AFM dient te worden verstrekt. In tegenstelling tot de toetsing van bestuurders en commissarissen, vormt op dit moment het werving- en selectiebeleid

bijvoorbeeld geen onderdeel van een tweede echelon-toetsing. Gelet op het feit dat deze toetsing beperkt is tot een betrouwbaarheidstoets door DNB, lijkt de NVB dit ook overbodig.

Op basis van het voorafgaande vindt de NVB het niet wenselijk om het tweede echelon onder de definitie van 'beleidsbepaler' te laten vallen. Het impliceert immers een uitgebreidere toetsing van het tweede echelon dan tot op heden het geval is. Een dergelijke uitgebreide extra toetsing levert naar verwachting een significante hoeveelheid extra werk op voor zowel aanvrager als toezichthouder. Aangezien de toetsing van het tweede echelon bij banken in het algemeen een afwijking is van de Europese regels, verzoekt de NVB DNB/AFM terughoudendheid te betrachten bij bepaling van de reikwijdte van de groep die als zodanig kwalificeert en voorts de indringendheid van de toetsing te beperken. De NVB verwijst naar de algemene opmerkingen over het Europese kader en de toetsingspraktijk van de ECB.

IV Onderwerpen van geschiktheid (pagina 16)

In de toelichting staat dat "ook moet een beleidsbepaler verstand hebben van uitbesteding". Onduidelijk is waarom dit onderwerp zo specifiek wordt uitgelicht en daarmee een aanvullende geschiktheidseis is ten opzichte van het Europese kader. Dit lijkt te impliceren dat iedere afzonderlijke beleidsbepaler verstand moet hebben van uitbesteding, hetgeen verder gaat dan datgene dat de EBA Guidelines on outsourcing voorstaat. Uitbesteding is een zeer specialistisch onderwerp waarover niet van iedere individuele beleidsbepaler specifieke kennis verwacht kan worden (in tegenstelling tot kennis over de beheersing van integriteitsrisico's, strafbare feiten en maatschappelijk onbetamelijk handelen). Dit vereiste zou de groep met geschikte mogelijke beleidsbepalers drastisch verkleinen. De NVB onderschrijft het belang van relevante kennis van uitbesteding. Echter zijn wij van mening dat, gelet op de specialistische aard, relevante kennis van uitbesteding aanwezig zou moeten zijn binnen het collectief van beleidsbepalers (in plaats van bij iedere individuele beleidsbepaler. Wij zouden daarom graag zien dat dit vereiste wordt geschrapt of aangepast in de toelichting.

V Time commitment (pagina 17)

- a. De te verstrekken informatie: De concept Beleidsregel lijkt standaard een tweetal nieuwe, verplichte documenten te vereisen voor het toetsen van *time commitment* door DNB, namelijk: (i) een verklaring van de onderneming dat zij heeft vastgesteld dat de beleidsbepaler voldoende tijd heeft voor de beoogde functie; en (ii) een door de beleidsbepaler zelf opgestelde verklaring. Tot op heden zijn deze onderdelen niet verplicht voor toetsingen. Wij menen dat een opgestelde specificatie van de voor de functie te besteden tijd, en het verstrekken van een lijst van nevenfuncties inclusief de daarbij bijbehorende tijdsbesteding, in beginsel voldoende zou moeten zijn voor DNB om een oordeel te vormen over *time commitment*. Onder omstandigheden is mogelijk meer informatie vereist voor DNB, maar in het algemeen zien we geen goede reden waarom DNB aanvullende verklaringen vereist ten opzichte van de ECB.
- b. Proportionaliteit: in de Beleidsregel is opgemerkt dat geschiktheidsvereisten proportioneel worden toegepast, waarbij rekening wordt gehouden met de functie van de beleidsbepaler. Onduidelijk is of dit beginsel ook wordt toegepast op het criterium *time commitment* of dat hiervoor meer absolute maatstaven aangelegd, zoals de op p. 132 van de EBA/ESMA

Richtsnoeren genoemde benchmarks. Ter illustratie: een meer ervaren persoon zal in de regel naar schatting minder tijd kwijt zijn aan functie X dan een minder ervaren persoon. De functie is in beide gevallen echter hetzelfde.

VI Antecedenten (pagina 23-25)

Antecedenten worden door DNB gewogen in het kader van de toetsing. Door tijdsverloop zal DNB in beginsel 'minder' of 'weinig' gewicht toekennen aan oudere antecedenten. Op dit moment hanteert DNB geen limitering in tijd ten aanzien van antecedenten. Wij menen dat dit niet in lijn met geldende privacy-wetgeving en ook niet proportioneel is. De European Data Protection Supervisor (EDPS) heeft in dit kader in 2014 in een *Opinie* aangegeven dat de ECB bij het uitvragen van informatie ten behoeve van toetsingen een limitering in de tijd moet aanbrengen.² De hoeveelheid persoonsgegevens zou beperkt moeten worden tot een periode die nodig is om naleving van de regelgeving te waarborgen. In dat geval zou je kunnen denken aan het beperken van opgevraagde informatie tot een bepaalde periode. Meer specifiek wordt door de EDPS gewezen op de Franse toetsingspraktijk die voor strafrechtelijke zaken bijv. 10 jaar aanhoudt en voor zaken die gespeeld hebben bij een entiteit waaraan iemand leiding heeft gegeven, 6 jaar. Wij menen dat DNB eveneens een limitering in tijd zou moeten aanbrengen voor antecedenten, bijvoorbeeld door dit expliciet op te nemen in de Beleidsregel.

VII Onafhankelijkheid (pagina 30/ Q&A d.d. 24 juni 2019 op DNB-website)

In de concept Beleidsregel wordt voor de invulling van het begrip onafhankelijkheid verwezen naar de EBA/ESMA Richtsnoeren. DNB heeft echter recent een standpunt op haar website geplaatst over het onafhankelijk functioneren van een RvC van dochterentiteiten. Dit standpunt is niet in lijn met deze EBA/ESMA Richtsnoeren. We lichten dit hieronder toe:

a. Het standpunt van DNB gaat verder dan het standpunt van de EBA/ESMA

Het herziene standpunt van DNB over het onafhankelijk functioneren van een RvC van dochterentiteiten gaat verder dan de EBA/ESMA Richtsnoeren. DNB vereist dat in beginsel 50% van de commissarissen onafhankelijk moet zijn en vindt dat niet-beursgenoteerde vergunninghoudende dochterentiteiten die:

- in hetzelfde land gevestigd zijn als de moederentiteit;
 - onder geconsolideerd of groepstoezicht staan met de moederentiteit; en
 - dezelfde dienst aanbieden als de moederentiteit,
- minimaal één formeel onafhankelijk commissaris in hun RvC moeten hebben.

De EBA/ESMA Richtsnoeren vereisen dat beursgenoteerde of significante banken "voldoende" onafhankelijke RvC-leden hebben en laten de autoriteiten vrij om af te zien van het vereiste van

² Opinion on a notification for Prior Checking received from the Data Protection Officer of the European Central Bank regarding the prudential supervisory processes to be established as part of the Single Supervisory Mechanism, p. 13. Te vinden via: https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/14-11-06_single_supervisory_mechanism_ecb_en.pdf.

minimaal één onafhankelijke commissaris voor “CRD-instellingen die volledig eigendom zijn van een CRD-instelling, met name wanneer de dochteronderneming in dezelfde lidstaat is gevestigd als de moeder-CRD-instelling”. Waar DNB aangeeft “aan te sluiten” bij de EBA/ESMA Richtsnoeren, legt zij in feite dus ineens extra verplichtingen op. Wij verwachten dat dit herziene standpunt in de praktijk veel praktische problemen op gaat leveren: het zal namelijk niet eenvoudig zijn om geschikte commissarissen te vinden voor groepsmaatschappijen. Bovendien kan DNB door groepstoezicht op het niveau van de holding toch mede-invulling geven aan het toezicht op deze groepsmaatschappijen (zoals DNB eerder ook expliciet heeft aangegeven in de vorige Q&A over dit onderwerp). Daarnaast is onduidelijk waarom DNB andere criteria hanteert dan de ESMA/EBA richtsnoeren voor de vraag in welke gevallen volstaan kan worden met minimaal één formeel onafhankelijke commissaris; de Richtsnoeren refereren niet aan het criterium dat de dochter dezelfde dienst aanbiedt als de moeder entiteit.

b. Standpunt over ‘onafhankelijkheid’ uit de EBA/ESMA Richtsnoeren stemt niet overeen met de Nederlandse Corporate Governance Code 2016 (“NL CGC”)

De EBA/ESMA Richtsnoeren stemmen op punten niet overeen met de Nederlandse corporate governance code (NL CGC), maar DNB volgt desondanks de richtsnoeren. Nederlandse banken komen hiermee in een lastig parket. Het is niet alleen onwenselijk dat DNB de NL CGC opzij schuift maar ook opmerkelijk; blijkens de compliance tabel bij het EBA jaarverslag heeft DNB zelf aangegeven oog te zullen hebben voor de tegenstrijdigheden.³

Alhoewel als gezegd de Nederlandse banken hechten aan zo min mogelijk goldplating op nationaal niveau, achten wij afwijkingen wel gerechtvaardigd waar de Europese regels evident strijdig zijn met nationale regels zoals met de NL CGC. Wij wijzen erop dat ook andere bevoegde autoriteiten, waaronder BaFin en de ACPR, in dergelijke gevallen de ruimte nemen om af te wijken van de EBA/ESMA Richtsnoeren.⁴ BaFin geeft aan niet de intentie te hebben de bepalingen over formele onafhankelijkheid van commissarissen uit de EBA/ESMA Richtsnoeren te volgen. Zij ziet hiervoor geen formele juridische grondslag in CRD IV en ook geen toegevoegde waarde. De ACPR ziet deze bepalingen ook niet als een wettelijk- of toezichtsvereiste, maar eerder als een ‘good practice’ die aangemoedigd kan worden. Daarnaast geven onder andere de Banco de España, de Financial and Capital Market Commission (Letland), de Financial Supervisory Authority (Zweden) aan de betreffende formele onafhankelijkheidsbepalingen uit de EBA/ESMA Richtsnoeren niet of slechts gedeeltelijk te zullen toepassen. De National Bank of Belgium geeft specifiek aan nationale regelgeving voorrang te geven boven de EBA/ESMA Richtsnoeren.

Commissarissen werkzaam bij de moederentiteit

De EBA/ESMA Richtsnoeren beschouwen in beginsel een commissaris die tevens werkzaam is binnen het hoogste hiërarchische niveau van de moederentiteit als niet formeel onafhankelijk.⁵ DNB geeft aan dit standpunt te volgen.

³ EBA Annual Report 2018, p. 114: “Regarding the concept of formal independence, the Dutch Corporate Governance Code is not fully in line with the Guidelines on the assessment of the suitability of members of the management body. DNB is currently examining how to address these differences and what the cross sectoral consequences would be. In anticipation of these regulatory proceedings, DNB intends to comply with the Guidelines on the assessment of the suitability of members of the management body”.

⁴ EBA Annual Report 2018, p. 109-116.

⁵ Par. 91(e)(i) van de EBA/ESMA Richtsnoeren.

De EBA/ESMA Richtsnoeren zijn echter niet in overeenstemming met de NL CGC. Een commissaris die de moedermaatschappij in de raad van commissarissen van een dochtervennootschap vertegenwoordigt, geldt namelijk als onafhankelijke commissaris in de zin van de NL CGC.⁶ De gedachte hierachter is dat lange termijn waardecreatie gebaat is bij een betrokken aandeelhouder en dat de belangen van de desbetreffende commissaris veelal parallel lopen met die van de dochtervennootschap.⁷ Waarom schuift DNB een van de kern principes van de NL CGC, de lange termijn waardecreatie, die evenzeer van belang is voor de bedrijfsvoering van onder toezicht staande instellingen, nu zonder enige motivering terzijde? Wij menen dat bij de criteria uit de NL CGC moet worden aangesloten (dit doet DNB naar eigen zeggen immers zelf ook bij de beoordeling "of er sprake is van een feitelijk of potentieel belangenconflict"). Bovendien wijkt dit expliciet af van het standpunt van DNB dat tot nu toe overinvulling van de NL CGC wordt gevolgd.⁸ Wij gaan er van uit dat DNB haar sinds 2012 geldende beleid handhaaft ten aanzien van voornoemde exceptie, met andere woorden dat commissarissen die (bijv.) in dienst zijn van de moederentiteit nog steeds niet om die reden als niet-formeel onafhankelijk kwalificeren.

De zittingstermijn van 12 jaar

De EBA/ESMA Richtsnoeren stellen dat de persoon die 12 jaar deel heeft uitgemaakt van de RvC of RvB niet als formeel onafhankelijk meer kwalificeert. Deze eis is evenmin in lijn met de NL CGC. Zonder nadere motivering is niet duidelijk waarom een RvC-lid dat meer dan twaalf jaar lid van de RvB of RvC is geweest van de instelling waar de RvC toezicht op houdt, als niet-formeel onafhankelijk beschouwd kan worden. Voorgaande zal in de praktijk tot problemen leiden omdat in grote (bank)groepen vaak common practice is dat bepaalde functionarissen gedurende langere tijd een dergelijk commissariaat vervullen, omdat dit nu eenmaal bij hun functie hoort of past binnen hun toezichthoudende taken in hun lijn/kolom. Indien DNB een zittingstermijn van meer dan 12 jaar wil meewegen, suggereren wij deze termijn mee te wegen bij de beoordeling of sprake is van onafhankelijkheid van geest.

c. Bijzondere posities van (her)verzekeringscaptives

DNB heeft ten aanzien van (her)verzekeraars eerder verschillende visies gedeeld met betrekking tot de vereiste samenstelling van de RvC, waardoor niet duidelijk is welke regels worden toegepast. Ten eerste leken deze entiteiten te vallen onder de algemene zienswijze van 15 mei 2012. Daarna heeft DNB ook enkele andere nieuwsberichten gepubliceerd, onder meer op 28 april 2015. In dat nieuwsbericht heeft DNB aangegeven dat het de beleidslijn hanteert dat ieder lid van een RvC van een verzekeraar formeel onafhankelijk dient te zijn.⁹ Ook werd toen aangegeven dat - omdat er bijzondere omstandigheden kunnen zijn - van die beleidslijn kan worden afgeweken. In dit nieuwsbericht werd verder terugverwezen naar het nieuwsbericht van 15 mei 2012, maar werd niet expliciet ingegaan op de exceptie voor groepsentiteiten en evenmin op de eerder genoemde uitzondering inhoudende dat personen die werkzaam zijn bij de topholding niet om die reden kwalificeren als niet-formeel onafhankelijk bij de verzekeraar-dochter.

⁶ NL CGC, best practice principe 2.1.8 onder vii.

⁷ Zie onder andere Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/356, De Monchy & Legein, Corporate Governance 2009, p. 113 en Kroeze, Ondernemingsrecht 2005/92.

⁸ Zie Annex I.

⁹ Zie Annex II.

In aansluiting op het gestelde onder VII onder a, vragen wij speciaal aandacht voor de impact van het herziene standpunt van DNB over het onafhankelijk functioneren van een RvC voor(her)verzekeringscaptive's. Met name het criterium dat DNB hanteert - in tegenstelling tot de EBA/ESMA Richtsnoeren - van ten minste één onafhankelijk RvC-lid voor *dochtermaatschappijen die dezelfde dienst aanbieden als de moedermaatschappij*, leidt tot vragen. Met name die laatste voorwaarde zou in het specifieke geval van de herverzekeringscaptive geen rol mogen spelen. Dit lichten wij hieronder toe.

Het is op basis van proportionaliteit niet redelijk om voor een captive 50% formeel onafhankelijke commissarissen te eisen. Reden hiervoor is dat de captive alleen een risicomangement instrument van de groep is, het is geen commerciële entiteit. Een captive is immers alleen ingesteld om de groepsentiteiten te verzekeren. Voorts is het praktisch erg lastig geschikte commissarissen te vinden zonder dat daar sprake is van (potentiele) belangenverstrengeling (en dus weer de discussie over onafhankelijkheid). Dit laatste geldt overigens niet uitsluitend voor captives.

Daarnaast spelen bij een captive in een bankgroep juist de bancaire aspecten een veel belangrijkere rol, dan de verzekeringstechnische aspecten. Die verzekeringstechnische aspecten zijn voorts al voldoende belegd bij de captive zelf, haar bestuur en ook de toezichthouder. Deze partijen hebben er bovendien juist ook belang bij dat er voldoende bancaire kennis (over o.a. activiteiten en risico's) in de RvC zit.

Kortgezegd is een captive bij een bancaire groep namelijk een schade(her)verzekeraar, die uitsluitend bancaire risico's binnen de bancaire groep (her)verzekert.. Dit betekent dat:

- er slechts één professionele tegenpartij is (de fronter);
- er slechts één herverzekeringscontract is;
- er geen sprake is van verkoop aan consumenten;
- er geen sprake is van verkoop aan het bedrijfsleven;
- er geen sprake is van (verzekerings)product-ontwikkeling;
- er geen sprake is van commerciële activiteiten;
- er geen sprake is van verzekeringstechnische advisering;
- er geen sprake is van Leven-activiteiten;
- de actuariële werkzaamheden zeer beperkt zijn;
- de risico's, die herverzekerd worden, risico's zijn van de bankengroep, dus bancaire risico's
- de ingediende claims uitsluitend ingediend zijn (via de fronter) door de bankengroep, dus bancair van aard.

Verder geldt dat:

- De betreffende captive geen personeel in dienst heeft, de werkzaamheden zijn uitbesteed of worden door moederonderneming verricht. Ook een deel van de uitbestedingen heeft aan de moederonderneming plaatsgevonden;
- De betreffende captive maakt gebruik van diverse afdelingen van de moederonderneming, zoals Compliance, Risk Management, Procurement, IFRS policies en Reporting;
- De betreffende captive heeft geen eigen organisatie of automatisering, maar is organisatorisch en qua automatisering volledig in de moederonderneming geïntegreerd;
- Op heel veel uitvoerenden zijn dus de regels en het beleid van de moederonderneming van toepassing;
- De betreffende captive stelt de jaarrekening op volgens dezelfde IFRS regels en interpretaties als de moederonderneming.

Het is juist noodzakelijk dat commissarissen (en zeker ook de voorzitter van de RvC) van een bancaire captive wegens het functioneren uitsluitend binnen de bancaire groep goede kennis hebben van de bancaire groep, de organisatie van de moedermaatschappij en de risico's binnen de bankengroep. Dit sluit aan bij de rol van de captive om alleen de groepsentiteiten te verzekeren.

Wij menen dat juist bij een bancaire captive, de meerderheid en de voorzitter van de Raad van Commissarissen, net als bij bancaire dochters binnen de groep, wél afkomstig moet zijn uit de groep.

Alhoewel een captive een verzekeraar is, zijn wij van mening dat de activiteiten en organisatie van een bancaire captive meer overeenkomen met de activiteiten en organisatie van de moeder dan dat zij als een andere dienst moet worden aangemerkt.

Al met al menen wij dat:

- de activiteiten van een bancaire captive, vooral op grond van de benodigde kennis van de commissarissen, te beschouwen zijn als dezelfde als van de moedermaatschappij;
- voor bancaire captives genoeg moet worden genomen met bij voorkeur géén, dan wel maximaal één formeel onafhankelijke commissaris.

Annex I: Onafhankelijk functioneren RvC - standpunt DNB d.d. 15 mei 2012

Onafhankelijkheid 'in state' (formele onafhankelijkheid)

Het beleid van DNB is dat ten minste de helft (50%) van de RvC uit formeel onafhankelijke commissarissen bestaat. DNB heeft gekozen voor dit percentage omdat dit beter aansluit op de huidige praktijk bij vergunninghoudende entiteiten dan bijvoorbeeld het striktere criterium 'n-1'[5] dat in de CG-code wordt gehanteerd.

Uitzondering op dit vereiste is alleen onder voorwaarden mogelijk. Deze voorwaarden worden per situatie door DNB bepaald. Indien wordt voldaan aan deze voorwaarden kan DNB een lager percentage van ten minste 25% formele onafhankelijkheid toestaan.

Om formele onafhankelijkheid te bepalen volgt DNB de afhankelijkheidscriteria uit de CG-code (principe 2.1.8.). De CG-code stelt dat een commissaris niet onafhankelijk is zodra hij aan één van de zeven (i t/m vii) afhankelijkheidscriteria voldoet.[6]

Afhankelijkheids criterium vii gaat over de aantasting van onafhankelijkheid door een te grote betrokkenheid van een commissaris bij een specifiek deelbelang, namelijk dat van de aandeelhouder. In dit geval wordt een commissaris niet geacht voldoende afstand te hebben van het aandeelhoudersbelang om in zijn rol als commissaris als onafhankelijk te kunnen worden aangemerkt.

In criterium vii is echter een uitzondering opgenomen voor groepsmaatschappijen. Hiervoor moet worden voldaan aan de definitie van groepsmaatschappijen (artikel 2:24b BW)[7]. Het is binnen groepsmaatschappijen een gangbare praktijk dat bestuurders en/of commissarissen van een moeder op het niveau van groepsmaatschappijen de rol vervullen van commissaris. Voor die bestuurders en/of commissarissen is dat een extra middel om toezicht te houden op het beleid van dochtermaatschappijen.

Deze uitzondering voor groepsmaatschappijen wordt door DNB alleen overgenomen op het niveau van de vergunninghoudende dochterentiteit als sprake is van geconsolideerd toezicht of van groepstoezicht door DNB op de groep. Door het groepstoezicht van DNB op het niveau van de Nederlandse moeder (holding) kan DNB via de moeder (holding) mede-invulling geven aan het toezicht op de vergunninghoudende entiteit.

Door de uitzondering onder criterium vii toe te passen worden commissarissen die bestuurder, commissaris of werknemer van de moeder (holding) zijn bij de dochter als formeel onafhankelijk beschouwd. Echter, ook in het geval van een (gedeeltelijke) personele unie moeten de commissarissen bij de vergunninghoudende dochterentiteit nog wel voldoen aan de criteria 'in mind' en 'in appearance'. Daarbij geldt uiteraard wel dat indien DNB de uitzondering uit criterium vii toepast, het enkele feit dat een (beoogd) commissaris tevens bestuurder, commissaris of werknemer is van de moeder (holding) niet met zich mee kan brengen dat deze persoon alsnog niet onafhankelijk wordt geacht 'in mind' of in 'appearance'. Ook vindt voor elk commissariaat in beginsel een aparte geschiktheidstoets plaats (per 1 juli 2012), aangezien deze toets altijd functiespecifiek is.

Bij toepassing van de uitzondering onder vii verwacht DNB dat de RvC van de moeder (holding), die onder geconsolideerd danwel groepstoezicht van DNB valt, in beginsel voldoet aan de nadere invulling van DNB inzake het aspect 'ten minste 50% formele onafhankelijkheid'.

Annex II: zienswijze DNB d.d. 28 april 2015

DNB krijgt regelmatig vragen van verzekeraars over de criteria die DNB hanteert bij de beoordeling van onafhankelijkheid van leden van een raad van commissarissen (RvC). DNB heeft hierover in 2012 [haar standpunt](#) gepubliceerd.

Volgens het standpunt moeten de leden van de RvC van een verzekeraar hun taak onafhankelijk van deelbelangen kunnen vervullen (onafhankelijkheid in *mind*). Ook moeten zij zich houden aan procedures en maatregelen gericht op het tegengaan van belangenverstrengeling (onafhankelijkheid in *appearance*).

DNB hanteert daarom als beleidslijn dat in beginsel ieder lid van een RvC van een verzekeraar formeel onafhankelijk dient te zijn (onafhankelijkheid in *state*). Omdat er bijzondere omstandigheden kunnen zijn, kan worden afgeweken van deze beleidslijn. Daarbij geldt als uitgangspunt dat ten minste vijftig procent van de leden van de RvC formeel onafhankelijk is. DNB heeft onlangs een nadere toelichting op deze bestaande (ongewijzigde) beleidslijn gepubliceerd waarin specifiek wordt ingegaan op de [onafhankelijkheid van de leden van de RvC bij verzekeraars](#).

Sinds 15 mei 2012 heeft DNB bij nieuw te benoemen commissarissen de vereiste formele onafhankelijkheid in de toetsing betrokken. Zoals eerder in de [Nieuwsbrief Verzekeren](#) gemeld, moeten alle leden van raden van commissarissen uiterlijk op 1 januari 2016 door DNB getoetst zijn op geschiktheid. Dat betekent dus ook dat alle verzekeraars uiterlijk op die datum moeten voldoen aan de uitgangspunten over onafhankelijkheid van de RvC.