

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is an author's version which may differ from the publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/100605>

Please be advised that this information was generated on 2020-11-27 and may be subject to change.

Ondernemingsrecht, Uitstelgedrag van financiële toezichthouders

Vindplaats:	Ondernemingsrecht 2012/52	Bijgewerkt tot:	23-04-2012
Auteur:	Danny Busch		-

Uitstelgedrag van financiële toezichthouders

Het zal niemand ontgaan zijn: op woensdag 11 april jl. publiceerde de Parlementaire Enquêtecommissie Financieel Stelsel onder voorzitterschap van Jan de Wit haar eindrapport *Verloren krediet II – de balans opgemaakt*. Het werkstuk bevat veel lezenswaardigs en dat mag ook wel voor een rapport dat inclusief bijlagen 709 pagina's telt. In deze bijdrage richt ik de schijnwerpers op een aanbeveling van de commissie ter voorkoming van uitstelgedrag van DNB: *Prompt Corrective Action*.

Maar eerst een paar stappen terug. De commissie concludeert dat voortvarender ingrijpen door de toezichthouder (lees: DNB) in een aantal situaties wenselijk was geweest en verwijst daarbij naar de dossiers Fortis/ABN AMRO, ING en Icesave. Gelet op de bevindingen van de Commissie-Scheltema mag het dossier DSB Bank aan dit rijtje worden toegevoegd.

Inmiddels zijn er belangrijke stappen gezet om te zorgen dat DNB in en voorafgaand aan een nieuwe crisissituatie kordater kan optreden. Een belangrijke maatregel betreft het wetsontwerp Bijzondere maatregelen financiële ondernemingen (de Interventiewet), dat op 14 februari jl. door de Tweede Kamer werd goedgekeurd. De Interventiewet geeft DNB in relatie tot banken de bevoegdheid achter de schermen een overdrachtsplan voor te bereiden op grond waarvan deposito-overeenkomsten, activa en passiva of aandelen uitgegeven door de probleebank kunnen overgaan op een derde instelling of een overbruggingsinstelling (ten aanzien van verzekeraars worden vergelijkbare bevoegdheden toegekend). Deze bevoegdheid ontstaat zodra DNB oordeelt dat er 'tekenen van een gevaarlijke ontwikkeling zijn met betrekking tot het eigen vermogen, de solvabiliteit of de liquiditeit' en 'redelijkerwijs is te voorzien dat die ontwikkeling niet voldoende of niet tijdig ten goede zal keren' ([art. 3:159c](#) Wft). Hiermee krijgt DNB een krachtig instrument in handen om in te grijpen als dat moet.

Er is echter een probleem: meer bevoegdheden waarborgt niet per definitie dat deze ook tijdig worden ingezet en DNB daadwerkelijk effectiever gaat optreden. Want zoals we in de kredietcrisis hebben kunnen zien, ook toezichthouders hebben er last van: uitstelgedrag. Het Centraal Planbureau publiceerde er in mei vorig jaar een kritisch rapport over (*Binden voorkomt uitstelgedrag: naar strengere banktoezicht*) en identificeerde drie prikkels 'om te laat en te slap in te grijpen' als banken in de problemen dreigen te komen.

De belangrijkste reden voor uitstelgedrag is volgens het CPB dat het banktoezicht twee doelen dient die met elkaar op gespannen voet kunnen staan: enerzijds moeten bankbestuurders geprikkeld worden om te voorkomen

dat een bank in de problemen komt, anderzijds moet de maatschappelijke schade beperkt worden wanneer een bank toch failliet dreigt te gaan. Als banken niet kunnen rekenen op overheidssteun, vormt dat een gezonde prikkel vooraf om te zorgen dat zij niet in de problemen komen. Maar als een bank eenmaal in zwaar weer terecht komt, speelt deze prikkel geen rol meer en is het enige doel het voorkomen van maatschappelijke schade. Dit speelt in zijn meest extreme vorm bij systeembanken, die immers *too big to fail* zijn. Een tweede belangrijke oorzaak van uitstelgedrag is volgens het CPB mogelijke reputatieschade voor de toezichthouder. Een banktoezichthouder spant zich in om te voorkomen dat banken excessieve risico's nemen. Maar als het dan toch misgaat, is het zijn taak dieper in te grijpen, bijvoorbeeld door een reorganisatie of zelfs sluiting van de bank. Dergelijk ingrijpen wekt tegenover de buitenwereld echter de suggestie dat de toezichthouder in de preventieve fase zijn werk niet goed heeft gedaan. Een derde oorzaak van uitstelgedrag is volgens het CPB dat de belangen van de toezichthouder verstrengeld kunnen raken met die van de bankensector (*regulatory capture*): toezichthouders handelen niet altijd in het maatschappelijk belang, maar staan bloot aan druk om de inhoud en toepassing van regulering in lijn te brengen met die van de sector.

Een raamwerk dat toezichthouders *verplicht* om in te grijpen en dat beter bekend staat als *Prompt Corrective Action* (PCA) helpt uitstelgedrag volgens het CPB te beperken. PCA schrijft voor dat een toezichthouder bepaalde maatregelen neemt als de financiële gezondheid van een bank vooraf vastgestelde drempelwaarden overschrijdt. Een PCA-raamwerk heeft volgens het CPB drie gevolgen. Op tijd ingrijpen versterkt de prikkel voor banken om problemen te voorkomen, vergroot de kans dat een probleebank weer financieel gezond wordt en verkleint de negatieve effecten wanneer ontmanteling toch onafwendbaar blijkt. Het doel van een bindend raamwerk is niet om bij elke stap in het interventieproces precies voor te schrijven welke maatregel genomen moet worden. Binnen elk raamwerk zal altijd discretionaire ruimte voor de toezichthouder bestaan, aldus het CPB.

PCA werd voor het eerst in 1991 in de V.S. geïntroduceerd in reactie op de *Savings and Loan*-crisis, een Amerikaanse bankencrisis die in de tweede helft van de jaren 80 leidde tot een groot aantal faillissementen. Inmiddels zijn ook in onder meer Australië, Canada, Japan en Mexico PCA-raamwerken van kracht. Het PCA-raamwerk in de V.S. classificeert banken in vijf categorieën: 1. goed gekapitaliseerd; 2. adequaat gekapitaliseerd; 3. ondergekapitaliseerd; 4. significant ondergekapitaliseerd; en 5. kritisch ondergekapitaliseerd. De verschillende categorieën hebben als doel de toezichthouder steeds verder te laten ingrijpen naarmate een bank dieper in de problemen komt. In de eerste interventiefase beperkt de toezichthouder de bank in zijn mogelijkheden om spaargelden aan te trekken. Maatregelen in de tweede interventiefase zijn onder meer het stoppen van dividendbetalingen en het stopzetten van managementbonussen. Maatregelen in de derde interventiefase omvatten verplichte herkapitalisatie en beperking van interne transacties. De bevoegde Amerikaanse toezichthouder – de *Federal Deposit Insurance Company* (FDIC) – moet een bank in de laatste categorie binnen

90 dagen in *receivership* nemen en vervolgens ontmantelen bijvoorbeeld door liquidatie, verkoop of een fusie met een gezonde bank (Rapport CPB, p. 4-5).

De Parlementaire Commissie De Wit meent in haar rapport dat het wenselijk is nader te onderzoeken in hoeverre een PCA-raamwerk naar Amerikaans voorbeeld in Nederland navolging verdient. Deze aanbeveling ondersteun ik. Bij DNB is men weliswaar druk doende een cultuuromslag te realiseren die ertoe strekt dat kortater toezicht wordt gehouden, terwijl bovendien de governancestructuur van DNB wettelijk is versterkt, maar de introductie van een PCA-raamwerk zou voor DNB best eens een laatste duwtje in de rug kunnen betekenen om daadwerkelijk effectiever toezicht te houden. Volgens DNB zal overigens ook de onlangs door de Tweede Kamer aangenomen wettelijke aansprakelijkheidsbeperking bijdragen aan slagvaardiger toezicht. Zelf verwacht ik daar weinig van (zie mijn oratie *Naar een beperkte aansprakelijkheid van financiële toezichthouders?*).