De bevoegdheden van

De Nederlandsche Bank

inzake Icesave

Onderzoek in opdracht van het Ministerie van Financiën
11 juni 2009

Prof.mr. A.J.C. de Moor – van Vugt
Prof.mr. C.E. du Perron
m.m.v. P.J. Krop LL.B.

FACULTEIT DER RECHTSGELEERDHEID

Centrum voor Financieel Recht
Faculteit der Rechtsgeleerdheid
Universiteit van Amsterdam

Inhoudsopgave

1. Managementsamenvatting/beantwoording vragen 3
   1.1 Inleiding 3
   1.2 Antwoorden op de vragen 3

2. Achtergrond en werkwijze 8
   2.1 Achtergrond 8
   2.2 Onderzoek en werkwijze 10

3. Het juridisch kader 13
   3.1 Het Europeesrechtelijke raamwerk 13
      3.1.1 Het Europees paspoort 13
      3.1.2 Vestigen van een bijkantoor 14
      3.1.3 *Home state control* 15
      3.1.4 EER-staten 17
   3.2 De toelating van een bijkantoor in Nederland 17
   3.3 Het prudentieel toezicht op een bijkantoor in Nederland 18
      3.3.1 Het toezicht tot 1 januari 2007 onder de Wtk 1992 18
      3.3.2 Het toezicht vanaf 1 januari 2007 19
      3.3.3 Toezichtsbeleid 20
      3.3.4 Het toezicht door FME 21
   3.4 Het depositogarantiestelsel 22
      3.4.1 De Europese richtlijn 22
      3.4.2 De interpretatie van de richtlijn DGS en de *topping up* 25
      3.4.3 Het IJslandse DGS 27
      3.4.4 Het Nederlandse DGS 28
   3.5 Bevoegdheden van DNB om in te grijpen bij een bijkantoor 29
      3.5.1 Bevoegdheid tot het geven van een aanwijzing 30
      3.5.2 Transactieverbod 31
      3.5.3 Openbare waarschuwing 32
   3.6 Een plicht tot actieve informatieverschaffing? 33
      3.6.1 Openbaarmaking en geheimhouding in de Wft 33
      3.6.2 De Wet openbaarheid van bestuur niet van toepassing 35
      3.6.3 Publieksvoorlichting 36

4. Het optreden van DNB in het Icesave-dossier 39
   4.1 De komst van Landsbanki naar Nederland 39
   4.2 Het toezicht op Landsbanki Amsterdam 40
      4.2.1 Het lopend toezicht 40
      4.2.2 Verhoogde toezichtsinspanningen na *topping up* 42
   4.3 De gang van zaken rond *topping up* 44
   4.4 Zorgen nemen toe 46
   4.5 DNB voert druk op, ontmoetingen op hoog niveau 51
   4.6 IJslandse banken vallen om 53

5. Samenvattende analyse 58
   5.1 De juridische beperkingen van het Europese kader 59
   5.2 Feitelijke in plaats van juridische mogelijkheden? 60
   5.3 De aanvullende toelating tot het Nederlandse DGS 61
   5.4 Waarschuwingsplicht? 65
   5.5 Gang van zaken in de zomer van 2008 66
      5.5.1 Inleiding 66
      5.5.2 Eigenmachtig ingrijpen DNB 66

5.5.3 Aanbod Landsbanki tot deponeren extra schuldpapier 68
5.6 Conclusies en aanbevelingen 69

Bijlage 1 Feitenoverzicht
Bijlage 2 Grafiek CDS Spread Landsbanki

1. Beantwoording vragen

1.1 Inleiding

In deze paragraaf wordt een antwoord gegeven op de vragen die de Tweede Kamer heeft gesteld. Waar een samenvattend antwoord niet goed mogelijk is, wordt verwezen naar de relevante passages in dit rapport. Een analytische samenvatting met conclusies treft de lezer aan in paragraaf 5 van dit rapport.

1.2 Antwoord op de vragen

1. Moet DNB de vestiging van een bijkantoor in Nederland van een bank met zetel in een andere lidstaat toestaan (of, anders gezegd: kan DNB dat tegenhouden)?

   DNB moet die vestiging toestaan indien is voldaan aan de voorwaarden die de wet daartoe stelt op basis van de herziene Bankenrichtlijn. Zie par. 3.1.2 en 3.2. In dat geval kan DNB die vestiging dus niet tegenhouden.

2. Zo ja, kan DNB in dat geval voorwaarden stellen of beperkingen opleggen?

   DNB kan niet eigenmachtig beperkingen stellen; eventuele beperkingen volgen uit de notificatie. Zie par. 3.2.

3. Zo ja, heeft DNB in het geval van Landsbanki Islands hf (Icesave) van die mogelijkheid gebruik gemaakt?

   Niet van toepassing.

4. Gelden er andere formele vereisten?

   Ja, zie par. 3.1 en 3.2 voor een uiteenzetting van die vereisten en de procedure.

5. Was in het geval van Landsbanki Islands hf aan die vereisten voldaan?

Ja

6. Welke wettelijke vereisten gelden voor deelname van de betreffende bank aan het Nederlandse depositogarantiestelsel, in aanvulling op de dekking onder het stelsel in de lidstaat van haar zetel?

Zie par. 3.4.4.

7. Was in het geval van Landsbanki Islands hf aan die vereisten voldaan?

Ja.

8. Kan DNB nog andere wettelijk afdwingbare voorwaarden opleggen voor deelname aan het DGS?

De richtlijn depositogarantiestelsels stelt het kader waarbinnen het Nederlandse recht de aanvullende deelname aan het Nederlandse DGS mogelijk dient te maken. De Wft stelt, binnen dat kader, regels voor de aanvullende deelname. Bij of krachtens amvb kunnen, eveneens binnen dat kader, nadere regels worden gesteld, maar een dergelijk amvb is (nog) niet vastgesteld. DNB kan zelf geen voorwaarden stellen. Zie par. 3.4.

9. Zo ja, heeft DNB dit in het geval van Landsbanki Islands hf gedaan en zijn die voorwaarden nageleefd?

Niet van toepassing.

10. Heeft DNB na vestiging van het bijkantoor toezichtsbevoegdheden m.b.t. de bedrijfsuitoefening vanuit het bijkantoor. Zo ja, welke?

Ja, zie par. 3.3.

11. Heeft DNB in het geval van Landsbanki Islands hf van die bevoegdheden gebruik gemaakt?

Ja. DNB heeft informatie over liquiditeit en integriteit gevraagd en gekregen en heeft periodiek overleg met Landsbanki gevoerd. Zie par. 4.2, 4.4 en 4.5.

12. Wat is de rol daarbij geweest van de IJslandse toezichthouder?

De IJslandse toezichthouder heeft bij het hier bedoelde toezicht geen rol gespeeld. Zie verder vraag 13-15.

13. Over welke handhavingsinstrumenten beschikt DNB, al dan niet in samenwerking met de toezichthouder van de zetel:

a) indien de regels m.b.t. de bedrijfsactiviteit vanuit het bijkantoor, of de daaraan gestelde nadere voorwaarden van DNB, niet worden nageleefd;
b) wanneer DNB ontwikkelingen ontwaart die erop duiden dat de bank niet aan haar vanuit het bijkantoor aangegane verplichtingen zal kunnen voldoen;
c) indien de voorwaarden voor het deelnemen aan het Nederlandse DGS niet worden nageleefd?

Zie par. 3.3 en 3.5.

14. Behoort het waarschuwen van het publiek tot die instrumenten?

Nee, zie par. 3.6.

15. Welke al dan niet wettelijke belemmeringen/beperkingen kan DNB daarbij ondervinden, bv. op het gebied van geheimhouding van toezichtsinformatie?

Zie het antwoord op vraag 14 en par. 3.6.

16. Heeft DNB in het geval van Landsbanki Islands hf van de onder 13) bedoelde instrumenten gebruik gemaakt? Zo ja, op welke wijze en met welk resultaat? Zo nee, waarom niet?

DNB had geen aanwijzingen dat Landsbanki Amsterdam in strijd handelde met verplichtingen waarop DNB toezicht hield. DNB maakte zich wel zorgen, maar die zorgen hadden betrekking op onderwerpen die onder het toezicht van de FME vielen. De FME vond het niet nodig maatregelen te nemen. Vanaf augustus 2008 heeft DNB tevergeefs getracht Landsbanki en de FME te overtuigen van de noodzaak maatregelen te nemen, De contacten daarover waren nog gaande toen Landsbanki in grote moeilijkheden geraakte. Toen heeft DNB een stille curator benoemd en aanwijzingen gegeven. Vrijwel direct daarna heeft DNB toepassing van de Noodregeling verzocht.

17. Heeft DNB over de ontwikkelingen bij Landsbanki Islands hf gecommuniceerd met de IJslandse toezichthouder of met andere toezichthouders? Zo ja, wanneer en met welke inhoud?

Met de FME; zie par. 4.4 en 4.5.
Met de FSA. Zie par. 4.2 en 4.6. De inhoud van de contacten met de FSA zijn ons maar beperkt bekend in verband met een beroep op de vertrouwelijkheid van de gegevens aan Engelse zijde.
Met Europese Commissie in algemene zin over de ontoereikendheid van de regelgeving.

18. Maakt het voor het antwoord op de bovenstaande vragen verschil of het om bank uit een EU-lidstaat gaat of om een bank uit een staat die, zoals IJsland, partij is bij de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte?

Nee, zie par. 3.1.4.

2. Achtergrond en werkwijze

2.1 Achtergrond

De IJslandse bank Landsbanki startte in mei 2008 in Nederland met internetsparen tegen een in verhouding tot de markt hoge rente, onder de naam Icesave. Vele Nederlandse spaarders hebben geld op rekeningen bij Icesave gezet. Er ontstond grote onrust onder deze spaarders toen het in de loop van 6 oktober 2008 niet meer mogelijk bleek de website van Icesave te benaderen. Op 7 oktober 2008 werd bekend dat Landsbanki onder overheidscuratele was gesteld. De Icesave-spaarders deden daarna een beroep op het Nederlandse depositogarantiestelsel (DGS) om het verlies van hun spaargeld gecompenseerd te krijgen. De meeste tegoeden bij Icesave zijn uiteindelijk ten laste van het Nederlandse DGS gekomen. Een deel van de vorderingen van de spaarders is echter niet door dit stelsel gedekt.

Tijdens het algemeen overleg van 14 oktober jl. (Kamerstuk 31 371, nr. 47) over de Ecofin heeft de minister van Financiën, op verzoek van verschillende leden van de Tweede Kamer, toegezegd een grondige evaluatie te zullen laten uitvoeren van de gang van zaken rondom Icesave, nadat de vraag was gerezen in hoeverre spaarders zouden worden gecompenseerd en of de schade voor Nederlandse spaarders had kunnen worden voorkomen. In dat verband zijn eveneens vragen gerezen met betrekking tot het optreden van De Nederlandsche Bank (DNB), en met name van het juridisch instrumentarium dat DNB ter beschikking stond, de wijze waarop zij daarvan gebruik heeft gemaakt en de toereikendheid van het instrumentarium.

Bij brief, gedateerd 28 november 2008 (Kamerstuk 31 371, nr. 58), heeft de minister aan de Tweede Kamer meegedeeld welke vragen in de evaluatie aan bod zouden moeten komen.

Deze vragen luiden als volgt:

1. Moet DNB de vestiging van een bijkantoor in Nederland van een bank met zetel in een andere lidstaat toestaan (of, anders gezegd: kan DNB dat tegenhouden)?
2. Zo ja, kan DNB in dat geval voorwaarden stellen of beperkingen opleggen?
3. Zo ja, heeft DNB in het geval van Landsbanki Islands hf (Icesave) van die mogelijkheid gebruik gemaakt?
4. Gelden er andere formele vereisten?

5. Was in het geval van Landsbanki Islands hf aan die vereisten voldaan?
6. Welke wettelijke vereisten gelden voor deelname van de betreffende bank aan het Nederlandse depositogarantiestelsel, in aanvulling op de dekking onder het stelsel in de lidstaat van haar zetel?
7. Was in het geval van Landsbanki Islands hf aan die vereisten voldaan?
8. Kan DNB nog andere wettelijk afdwingbare voorwaarden opleggen voor deelname aan het DGS?
9. Zo ja, heeft DNB dit in het geval van Landsbanki Islands hf gedaan en zijn die voorwaarden nageleefd?
10. Heeft DNB na vestiging van het bijkantoor toezichtsbevoegdheden m.b.t. de bedrijfsuitoefening vanuit het bijkantoor. Zo ja, welke?
11. Heeft DNB in het geval van Landsbanki Islands hf van die bevoegdheden gebruik gemaakt?
12. Wat is de rol daarbij geweest van de IJslandse toezichthouder?
13. Over welke handhavingsinstrumenten beschikt DNB, al dan niet in samenwerking met de toezichthouder van de zetel:
    a. indien de regels m.b.t. de bedrijfsactiviteit vanuit het bijkantoor, of de daaraan gestelde nadere voorwaarden van DNB, niet worden nageleefd;
    b. wanneer DNB ontwikkelingen ontwaart die erop duiden dat de bank niet aan haar vanuit het bijkantoor aangegane verplichtingen zal kunnen voldoen;
    c. indien de voorwaarden voor het deelnemen aan het Nederlandse DGS niet worden nageleefd?
14. Behoort het waarschuwen van het publiek tot die instrumenten?
15. Welke al dan niet wettelijke belemmeringen/beperkingen kan DNB daarbij ondervinden, bv. op het gebied van geheimhouding van toezichtsinformatie?
16. Heeft DNB in het geval van Landsbanki Islands hf van de onder 13) bedoelde instrumenten gebruik gemaakt? Zo ja, op welke wijze en met welk resultaat? Zo nee, waarom niet?
17. Heeft DNB over de ontwikkelingen bij Landsbanki Islands hf gecommuniceerd met de IJslandse toezichthouder of met andere toezichthouders? Zo ja, wanneer en met welke inhoud?
18. Maakt het voor het antwoord op de bovenstaande vragen verschil of het om bank uit een EU-lidstaat gaat of om een bank uit een staat die, zoals IJsland, partij is bij de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte?

Ook heeft de minister verzocht bij de beantwoording zo mogelijk tevens in het Verenigd Koninkrijk en/of IJsland beschikbare informatie te betrekken.

2.2 Onderzoek en werkwijze

Het onderzoek is uitgevoerd door prof.mr. A.J.C. de Moor-van Vugt, hoogleraar Bestuursrecht, en prof.mr. C.E. du Perron, hoogleraar Privaatrecht, beiden verbonden aan het Centrum voor Financieel Recht van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Universiteit van Amsterdam. Zij werden bij het onderzoek ondersteund door P.J. Krop LL.B. Op de onderzoekers en hun assistent rust op grond van artikel 1:42, vijfde lid, Wet op het financieel toezicht (Wft) een geheimhoudingsplicht. Ter bevestiging daarvan hebben zij een geheimhoudings-verklaring ondertekend, die betrekking heeft op vertrouwelijkheid van gegevens in het dossier zoals dat door DNB ter beschikking is gesteld.

Het onderzoek heeft plaatsgevonden in de periode januari – mei 2009 en was verdeeld in vier fases: bureaustudie, interviews met betrokken personen, nadere bronstudie en analyse, en het opstellen van het conceptrapport.

In de eerste fase, de bureaustudie werd het dossier, zoals dat door DNB voor de onderzoekers is samengesteld over het optreden van DNB in haar verhouding tot Landsbanki, bijkantoor Amsterdam bestudeerd. Dit dossier bevatte gegevens vanaf het moment dat Landsbanki een bijkantoor in Nederland vestigde tot aan het uitspreken van de noodregeling door de rechtbank Amsterdam op 13 oktober 2008. De onderzoekers hebben dit dossier alleen ten kantore van DNB kunnen inzien. Er mocht niets worden gefotokopieerd of meegenomen. Naast het dossier zijn andere, openbare, bronnen bestudeerd zoals informatie uit dagbladen en tv-uitzendingen, publicaties over de bankencrisis, uitgebrachte rapporten en informatie van officiële websites, onder meer over de IJslandse regelgeving en dergelijke. De tweede fase bestond uit het afnemen van interviews. Deze hadden tot doel om vragen die naar aanleiding van het dossier opkwamen beantwoord te krijgen en verder om meer achtergrondinformatie te verzamelen. De onderzoekers hebben gesproken met medewerkers van DNB die bij het dossier betrokken zijn geweest, de Britse toezichthouder Financial Services Authority (FSA), de IJslandse toezichthouder Fjármálaeftirlitið (FME),[1] het ministerie van Buitenlandse zaken van IJsland en de IJslandse Special Investigation Commission, de parlementaire onderzoeks-

[1] Zie over de FME het rapport Jännäri, hoofdstuk 2.3.

commissie die onder leiding van Páll Hreinsson onderzoek doet naar de bankencrisis. Daarnaast hebben de onderzoekers gesproken met de bewindvoerders die de noodregeling voor Landsbanki in Nederland uitvoeren en met een vertegenwoordiger van de Europese Commissie. Verder vond zowel een gesprek plaats met minister van Financiën, de heer Bos, als met de president van DNB, de heer Wellink. Van de meeste gesprekken zijn gespreksverslagen gemaakt die de onderzoekers enkel ter controle van gegevens hebben gebruikt bij het opstellen van het rapport. Bij de gesprekken met de medewerkers van DNB was steeds het hoofd van de afdeling Compliance en integriteit van DNB aanwezig.

Tijdens de derde fase hebben de onderzoekers een analyse gemaakt van de gang van zaken rond Landsbanki en Icesave. Hierbij is gebruik gemaakt van de gegevens uit het dossier, de gespreksverslagen, wetenschappelijke en populaire literatuur over de val van de IJslandse banken en over de bankencrisis in het algemeen en regelgeving, literatuur en jurisprudentie over het (Europese) juridische raamwerk waarbinnen het toezicht op Landsbanki is uitgeoefend. Ook vonden achtergrondgesprekken plaats met medewerkers van het ministerie van Financiën. De analyse is besproken met de President van DNB, de heer Wellink, en met minister Bos. Ten behoeve van de analyse is een feitenoverzicht gemaakt, dat als bijlage aan dit rapport is gehecht.

De conceptrapportage, inclusief het feitenoverzicht, is aan DNB voorgelegd ter controle op eventuele vertrouwelijkheid van de daarin vermelde gegevens. De stukken zijn door medewerkers van DNB ook overigens van opmerkingen voorzien. Uit de conceptrapportage zoals deze aan DNB is voorgelegd, is slechts op drie plaatsen informatie verwijderd voordat het rapport aan het ministerie werd gezonden. Het betreft daarbij gegevens die betrekking hebben op toezichthouders uit andere lidstaten. Deze gegevens waren voor de analyse niet van belang. In overleg met DNB en het ministerie zijn voorts toezichtsvertrouwelijke bedrijfseconomische gegevens van Landsbanki in het definitieve rapport minder gedetailleerd weergegeven. Het ministerie heeft inzage gekregen in alle opmerkingen en kanttekeningen die de medewerkers van DNB bij de conceptrapportage hebben gemaakt. Het heeft verder een lijst gekregen van de personen met wie de onderzoekers hebben gesproken.

De onderzoekers danken alle betrokkenen, in het bijzonder de medewerkers van het ministerie van Financiën en van De Nederlandsche Bank, voor hun bereidwillige medewerking aan het opstellen van dit rapport.

Het onderzoek is afgesloten op 1 juni 2009.

Amsterdam, 11 juni 2009

A.J.C. de Moor – van Vugt

C.E. du Perron

3. Het juridisch kader

3.1 Het Europeesrechtelijke raamwerk

3.1.1 Het Europees paspoort

De eisen die zijn gesteld aan de toelating van banken en aan het toezicht op banken worden voor een belangrijk deel bepaald door het Europese recht. Met de, inmiddels herziene, Bankenrichtlijn[2] is een systeem ingevoerd waarbij een bank die in één van de lidstaten een bankvergunning heeft gekregen zich met een bijkantoor kan vestigen in andere lidstaten zonder een nieuwe vergunning nodig te hebben. De richtlijn gaat uit van een systeem van onderlinge erkenning van de vergunningen, waarbij de lidstaat van ontvangst vertrouwt op de vergunning zoals die door de lidstaat van herkomst is verleend. De onderlinge erkenning betekent dus dat de lidstaat van ontvangst geen belemmeringen mag opwerpen voor de vestiging van een bijkantoor, door een nationale vergunning te eisen of een dotatiekapitaal (art. 16 herziene Bankenrichtlijn). Ook moet de ontvangende lidstaat ervoor zorgen dat de werkzaamheden waarvoor vergunning is verleend door het bijkantoor zonder belemmeringen kunnen worden uitgeoefend (art. 23 herziene Bankenrichtlijn). Dit systeem wordt ook wel aangeduid met de term “Europees paspoort”.

De bankvergunning moet worden aangevraagd en verleend in de lidstaat waar de bank haar statutaire zetel heeft (art. 1, tweede lid, herziene Bankenrichtlijn). De statutaire zetel bepaalt dus onder welke toezichthouder een bank valt.

Een bank met een vergunning kan in het bijkantoor in de lidstaat van ontvangst de volgende werkzaamheden verrichten (opgesomd in bijlage I van de herziene Bankenrichtlijn):

1. In ontvangst nemen van deposito's en andere terugbetaalbare gelden
2. Verstrekken van leningen, waaronder consumptieve kredieten, hypotheekleningen, factoring (met of zonder regres), financiering van commerciële transacties (voorschotten hierbij inbegrepen)
3. Leasing

[2] Richtlijn 2006/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 14 juni 2006 betreffende de toegang tot en de uitoefening van de werkzaamheden van kredietinstellingen, voorheen Geconsolideerde Bankenrichtlijn, 2000/12/EG.

4. Betalingsdiensten als omschreven in artikel 4, punt 3 van Richtlijn 2007/64/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 november 2007 betreffende betalingsdiensten in de interne markt
5. Uitgifte en beheer van andere betaalmiddelen (bijvoorbeeld reischeques en kredietbrieven) voor zover deze werkzaamheid niet wordt bestreken door punt 4
6. Verlenen van garanties en het stellen van borgtochten
7. Handelingen voor eigen rekening van de instelling of voor rekening van de cliënten, met betrekking tot: a) geldmarktinstrumenten (cheques, wissels, depositocertificaten enz.), b) valuta's, c) financiële futures en opties, d) swaps en soortgelijke financieringsinstrumenten, of e) effecten
8. Deelneming aan effectenemissies en dienstverrichting in verband daarmee
9. Advisering aan ondernemingen inzake kapitaalstructuur, bedrijfsstrategie en daarmee samenhangende aangelegenheden, alsmede advisering en dienstverrichtingen op het gebied van fusie en overname van ondernemingen
10. Bemiddeling op interbankmarkten
11. Vermogensbeheer en -advisering
12. Bewaarneming en beheer van effecten
13. Commerciële inlichtingen
14. Verhuur van safes.

Dit volgt uit art. 23 herziene Bankenrichtlijn en is slechts anders als de vergunningverlener in lidstaat van herkomst beperkingen aan de vergunning heeft gesteld.

3.1.2 Vestigen van een bijkantoor

De herziene Bankenrichtlijn bepaalt in art. 28 dat wanneer een bank voor het eerst haar diensten wil gaan aanbieden in een andere lidstaat, de bevoegde autoriteit van de lidstaat van herkomst dit meldt aan de bevoegde autoriteit in de lidstaat van ontvangst. Daarnaast regelt de richtlijn in de artikelen 25 en 26 de procedure die moet worden gevolgd als een bank in een andere lidstaat een bijkantoor wil vestigen. Van belang daarbij is dat de bank het voornemen daarvoor moet melden aan de bevoegde autoriteit van de lidstaat van herkomst, en daarbij onder meer moet aangeven welke werkzaamheden men wil gaan verrichten. Deze beziet vervolgens of er redenen zijn om te twijfelen aan de deugdelijkheid van de administratieve structuur of van de financiële positie van de bank. Zijn die redenen

er niet, dan meldt zij het voornemen aan de bevoegde autoriteit van de lidstaat van ontvangst. Deze heeft dan twee maanden de tijd om het toezicht voor te bereiden en de 'voorwaarden aan te geven waaronder deze werkzaamheden om redenen van algemeen belang' moeten worden uitgeoefend (art. 26, eerste lid, herziene Bankenrichtlijn). De mogelijkheid tot het stellen van voorwaarden beperkt zich tot onderwerpen die niet in de richtlijn zijn geharmoniseerd (zie de overwegingen 17 en 18 herziene Bankenrichtlijn). Bovendien mogen de voorwaarden niet in strijd zijn met de vrijheid van vestiging of dienstverlening in het algemeen.[3] Voorwaarden die het aanbieden van diensten of de vestiging reguleren en beperken moeten daarom gerechtvaardigd zijn in het algemeen belang en mogen niet verder gaan dan noodzakelijk is om dit algemene belang te dienen. In praktijk gaat het bijvoorbeeld om fiscale bepalingen, het verbod van vergelijkende reclame[4] of het verbod op *cold calling*.[5] De mogelijkheid voorwaarden te stellen om redenen van algemeen belang ziet niet op het stellen van voorwaarden aan het vestigen van een bijkantoor in een individueel geval.

Na de twee-maandentermijn kan het bijkantoor de werkzaamheden aanvangen. Als zich wijzigingen voordoen in de gegevens die de bank bij de notificatie heeft verstrekt, waaronder in het bijzonder het programma van werkzaamheden van het bijkantoor, dan moet dit worden gemeld aan de autoriteiten van beide lidstaten (art. 26, derde lid, richtlijn), zodat deze zich over de voorgenomen wijzigingen in de werkzaamheden kunnen uitspreken, overeenkomstig art. 25 en 26 van de herziene Bankenrichtlijn.

3.1.3 Home state control

Binnen het kader van het Europese paspoort geldt het principe van '*home state control*': het bedrijfseconomisch toezicht op de bank (als geheel) wordt uitgeoefend door de lidstaat van herkomst (art. 40 herziene Bankenrichtlijn). De ontvangende lidstaat (*host*) heeft daarin geen taak. Het toezicht van de lidstaat van herkomst is gericht op de solvabiliteit en de liquiditeit van de gehele bank, de lidstaat van ontvangst houdt uitsluitend toezicht op de liquiditeit van het bijkantoor (art. 41

[3] HvJEG 5 oktober 2004, C-442/02, Caixa-Bank France/Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, waarin het Hof oordeelde dat art. 43 EG (vrijheid van vestiging) zich verzet tegen een regeling van een lidstaat die het een kredietinstelling die dochtervennootschap is van een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap, verbiedt om rente te vergoeden over rekeningen-courant in euro's, die door ingezetenen van eerstgenoemde lidstaat zijn geopend.
[4] Art. 37 herziene Bankenrichtlijn regelt dit onderwerp zelfs uitdrukkelijk zo.
[5] Zie bijv. HvJEG 10 mei 1995, C-384/93, Alpine Investments met betrekking tot het verbod van *cold calling*.

herziene Bankenrichtlijn). Voor het toezicht op het marktrisico gaat de Bankenrichtlijn uit van nauwere samenwerking tussen de beide toezichthouders.[6] Zij verschaffen elkaar inlichtingen over de leiding, het beheer en de eigenaars van de bank, en alle gegevens die het toezicht op liquiditeit, solvabiliteit, depositogarantie, de beperking van grote posities, de administratieve en boekhoudkundige procedures en de interne controle kunnen vergemakkelijken (art. 42 richtlijn).

De toezichthouder in de lidstaat van ontvangst heeft op grond van de richtlijn beperkte bevoegdheden. Art. 30 bepaalt dat wanneer de toezichthouder constateert dat het bijkantoor nationale regelgeving niet naleeft die in de lidstaat van ontvangst is opgesteld ter uitvoering van de richtlijn, de toezichthouder eerst contact opneemt met de autoriteiten van de lidstaat van herkomst en dat laatstgenoemde dan maatregelen moet treffen. Daarbij valt te denken aan de informatieplichten die op een bijkantoor rusten en de verplichtingen om liquiditeit van een bepaalde omvang aan te houden. Pas wanneer dat niet helpt, kan de lidstaat van ontvangst zelf optreden, bij voorbeeld door een transactieverbod op te leggen. Deze procedure hoeft niet te worden gevolgd, wanneer het bijkantoor of de bank andere, niet-geharmoniseerde, wettelijke bepalingen overtreedt, zoals de hiervoor genoemde fiscale bepalingen of het verbod van vergelijkende reclame (art. 31 richtlijn).

In spoedeisende gevallen kan de lidstaat van ontvangst conservatoire maatregelen treffen voordat de procedure van art. 30 wordt gevolgd, als dat voor de bescherming van de belangen van inleggers, beleggers of anderen voor wie de diensten worden verricht onontbeerlijk is (art. 33 richtlijn).

[6] Zie punt 21 van de considerans.

3.1.4 EER-staten

De beschreven systematiek van onderlinge erkenning en *home state control* geldt niet alleen voor de lidstaten van de EU, maar ook voor de landen die partij zijn bij de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte (EER).[7] IJsland is één van die landen. Een bank met een statutaire zetel in IJsland die daar een vergunning heeft gekregen, kan dus onder dezelfde voorwaarden als een bank met een vergunning uit België, Duitsland of Frankrijk in Nederland een bijkantoor oprichten.[8]

3.2 De toelating van een bijkantoor in Nederland

De systematiek van vergunningen en onderlinge erkenning die hiervoor in par. 3.1.1 en 3.1.2 werd uiteengezet, is in Nederland opgenomen in de Wet op het financieel toezicht (hierna: Wft). Deze wet geldt vanaf 1 januari 2007. Landsbanki Amsterdam branch was daarvoor echter al actief in Nederland, vanaf juni 2006. Op dat moment was nog de Wet toezicht kredietwezen 1992 (hierna: Wtk 1992) van toepassing. We gaan daarom voor het onderwerp vestiging van het bijkantoor alleen in op de Wtk 1992. Voor het toezicht zullen we echter beide regimes bespreken.

In de Wtk 1992 was conform het gemeenschapsrecht in art. 1, aanhef en onder i bepaald dat onder 'lidstaat' wordt verstaan een lidstaat van de Europese Unie, alsmede een staat die partij is bij de EER. Onder 'bijkantoor' wordt verstaan: één of meer onderdelen zonder rechtspersoonlijkheid van een bank die in een andere staat is/zijn gevestigd dan die waarin de bank zelf is gevestigd (art. 1, aanhef en onder k, Wtk 1992). Op grond van artikel 31, eerste lid, Wtk 1992 is het een in een andere lidstaat gevestigde onderneming of instelling (hierna kortheidshalve: bank) verboden het bedrijf van kredietinstelling door een bijkantoor in Nederland uit te oefenen, tenzij aan bepaalde formele voorwaarden is voldaan. Deze voorwaarden houden conform de (herziene) Bankenrichtlijn in dat de bank in de lidstaat van herkomst een bankvergunning moet hebben, dat de toezichthouder van de lidstaat van herkomst aan DNB een kennisgeving (notificatie) heeft gedaan, waarin gegevens zijn opgenomen over onder meer de voorgenomen werkzaamheden, de omvang van het eigen vermogen en de solvabiliteitsratio van de bank en de

[7] De EER berust op een overeenkomst tussen de landen van de Europese Unie (EU) en de Europese Vrijhandelsassociatie (EVA), met uitzondering van Zwitserland.
[8] Zie art. 36 lid 2 van en bijlage IX bij de Overeenkomst inzake de Europese Economische Ruimte (Pb. 1994 L 1, p. 3).

toepasselijkheid van een garantieregeling in de lidstaat van herkomst op de verplichtingen van het bijkantoor.

In het bijkantoor mogen uitsluitend werkzaamheden worden verricht die worden gedekt door de vergunning van de lidstaat van herkomst, zoals de inhoud daarvan is gemeld aan DNB (art. 31, tweede lid, Wtk 1992). Het bijkantoor mag de activiteiten starten wanneer DNB de ontvangst van de kennisgeving van de toezichthouder van de lidstaat van herkomst aan de bank heeft bevestigd, dan wel acht weken nadat DNB de kennisgeving heeft ontvangen. Art. 31 rept niet specifiek van de bevoegdheid tot het stellen van voorwaarden die in het algemeen belang aan de uitoefening van de werkzaamheden worden gesteld; dit vloeit voort uit het gemeenschapsrecht, zoals hiervoor in par. 3.1.2 is besproken.

Art. 32 Wtk 1992 bepaalt verder dat het een bank uit een andere lidstaat alleen dan is toegestaan opvorderbare gelden van het publiek ter beschikking te verkrijgen door middel van het verrichten van diensten in Nederland, als de bank een vergunning heeft in de lidstaat van herkomst, en als de bank aan de toezichthouder in de lidstaat van herkomst heeft gemeld welke diensten zij wil gaan verrichten. Dit alles wordt vervolgens weer aan de toezichthouder van het land van ontvangst gemeld door de toezichthouder van het land van herkomst.

3.3 Het prudentieel toezicht op een bijkantoor in Nederland

Door de systematiek van de herziene Bankenrichtlijn die we in par. 3.1 bespraken, is het toezicht op een bijkantoor in wezen gedeeld toezicht: op de bank als geheel, met inbegrip van het bijkantoor, wordt toezicht gehouden door de lidstaat van herkomst en op het bijkantoor in een beperkt opzicht (liquiditeitstoezicht) mede door de lidstaat van ontvangst. Bepaalde onderdelen van het bankbedrijf zijn echter zodanig met elkaar verknoopt, dat het moeilijk is de positie van de 'moederbank' en die van het bijkantoor te scheiden, zeker wanneer het gaat om de liquiditeit.

3.3.1 Het toezicht tot 1 januari 2007 onder de Wtk 1992

Op grond van de Geconsolideerde Bankenrichtlijn, zoals geïmplementeerd in de Wtk 1992, die tot 2007 van toepassing was op het bijkantoor van Landsbanki in Nederland, omvatte het toezicht door DNB uitsluitend liquiditeitstoezicht. Het toezicht op de solvabiliteit viel buiten de bevoegdheden van DNB, dit – zoals hiervoor uiteengezet – vanwege de systematiek van het Europees paspoort en de *home state control*. Het solvabiliteitstoezicht moest om die reden worden uitgeoefend

door de lidstaat van herkomst. Deze systematiek van het toekennen van enkel de bevoegdheid tot liquiditeitstoezicht vinden we terug in art. 34 Wtk 1992, dat van de bepalingen die gaan over het toezicht op een bank met een Nederlandse vergunning enkel artikel 21 van overeenkomstige toepassing verklaarde. In art. 21 was bepaald dat DNB regels kon stellen in het belang van de liquiditeit, hetgeen is gebeurd in de Regeling liquiditeit.[9] Daarin is bepaald dat de instelling over voldoende liquiditeit dient te beschikken in verhouding tot de liquiditeitsrisico's waaraan zij bloot staat, en ook hoe de vereiste liquiditeit moet worden berekend (art. 3 en 4 Regeling liquiditeit). De Regeling bepaalt verder dat maandelijks over de liquiditeit moet worden gerapporteerd.

Als het bijkantoor deze regels niet naleefde of DNB een ontwikkeling waarnam die de liquiditeit van het bijkantoor in gevaar bracht of zou kunnen brengen, dan beschikte DNB conform art. 22, vierde lid, Geconsolideerde Bankenrichtlijn, (tegenwoordig art. 30, derde lid, herziene Bankenrichtlijn) over verdergaande bevoegdheden, zoals die tot het inschakelen van de toezichthouder van het land van herkomst, het geven van een aanwijzing, het aanstellen van een stille curator en het publiceren van de gegeven, maar niet of onvoldoende opgevolgde aanwijzing (artikel 35 io artikel 28 Wtk 1992).

3.3.2 Het toezicht vanaf 1 januari 2007

In essentie verschilt het toezicht onder de Wft niet van het toezicht onder de Wtk 1992. Ook onder de Wft is het toezicht op bijkantoren conform de herziene Bankenrichtlijn beperkt tot liquiditeitstoezicht. Dit blijkt uit art. 3:64 Wft, dat art. 3:63, de bepaling over liquiditeitstoezicht op (onder meer) banken in Nederland van overeenkomstige toepassing verklaart op banken met een zetel in een andere lidstaat, die een bijkantoor in Nederland hebben. Wat de minimumomvang van de liquiditeit moet zijn, alsmede de samenstelling ervan en de wijze van berekenen, is neergelegd in het Besluit prudentiële regels Wft.[10] Art. 3:63, derde lid, Wft bepaalt verder dat als de bank voorziet of redelijkerwijze kan voorzien dat haar liquiditeit niet voldoet aan de regels, zij onverwijld mededeling doet aan DNB. DNB kan ontheffing van liquiditeitseisen verlenen (art. 3:63, vierde lid). De toezichts-bepalingen met betrekking tot de solvabiliteit en het toetsingsvermogen (neergelegd in art. 3:57) zijn evenmin als onder de Wtk 1992 van toepassing op bijkantoren.

---

[9] De regeling is opgenomen in het Handboek Wtk: http://www.dnb.nl/openboek/extern/file/dnb_tcm40-158305.pdf., p. 465 e.v.
[10] Besluit prudentiële regels Wft, hoofdstuk 11, en Regeling liquiditeit Wft.

Om het liquiditeitstoezicht mogelijk te maken, bepaalt art. 3:75 dat banken een afzonderlijke boekhouding voeren voor het bijkantoor, zodanig dat toezicht ingevolge art. 3:63 en 3:64 mogelijk is. Verder moeten de banken op grond van art. 3:77 op verzoek DNB periodiek staten verstrekken als bedoeld in art. 3:72. Dit zijn overzichten die moeten worden opgesteld volgens een bepaald rapportagekader. De staten moeten worden verstrekt binnen daartoe vastgestelde termijnen. Het vijfde lid van art. 3:72 Wft bepaalt dat bij AmvB regels worden gesteld over de inhoud en modellen van de staten, en de wijze periodiciteit en termijnen van de verstrekking.[11] Van de plicht staten te verstrekken kan ontheffing worden verleend (art. 3:72, achtste lid, Wft). Een bijkantoor van een bank uit een andere lidstaat moet rapporteren op grond van een internationaal afgesproken rapportagekader.[12]

3.3.3 Toezichtsbeleid

In 2006 heeft DNB een Visie op het toezicht gepubliceerd, waarin het beleid ten aanzien van het toezicht wordt ontvouwd.[13] Daarbij wordt – in aansluiting op de internationale aanpak – voor het toezicht onder meer uitgegaan van risicogeoriënteerd toezicht. DNB maakt – aldus de Visie – gebruik van de omstandigheid dat zij zowel prudentieel toezichthouder is als systeemtoezichthouder (in de rol als centrale bank) en kan zo inschatten of moeilijkheden bij een individuele bank kunnen overslaan naar andere banken.[14]

Het inschatten van risico gebeurt met hulp van FIRM (Financiële Instellingen Risicoanalyse Methode); het toepassen van de analysemethode leidt tot een bepaalde score. DNB stelt op grond van de FIRM-score voor iedere instelling een risicoprofiel samen en bepaalt of de instelling in een licht of zwaar toezichtsregime komt te vallen. Om deze aanpak systematisch te kunnen gebruiken, hanteert DNB zogenoemde toezichtsmenu's, dat is een tabel met toezichtsprioriteiten voor de verschillende soorten instellingen. De menu's worden samengesteld op grond van

[11] Dat is gebeurd in het Besluit prudentiële regels Wft, art. 131, eerste lid, 133, eerste lid, en 135, eerste en vijfde lid. Deze regels zijn weer uitgewerkt in de Regeling staten financiële ondernemingen Wft.
[12] Kapitaal akkoord Bazel II en de herziene richtlijn Kapitaaltoereikendheid. Zie bijlage 6 van de Regeling staten financiële ondernemingen Wft. Een bijkantoor moet de volgende staten leveren: FINREP-tabel 1 (Balance sheet statement), FINREP-tabel 2 (Profit & Loss account), Staat 8028 (Liquiditeitstoetsing), Staat 8029 (Grote posten liquiditeit) en Staat 8040 (Verklaring).
[13] Visie DNB toezicht 2006-2010 (te vinden onder incidentele publicaties op www.dnb.nl.
[14] p. 13 Visie.

generieke risicoprofielen, die voor een bepaald type instellingen gelden. Aan de hand daarvan wordt bepaald welke toezichtsactiviteiten worden ontplooid.[15]

Een bijkantoor van een EU bank heeft volgens dit systeem een laag generiek risicoprofiel. Achtergrond daarvan is, aldus DNB, dat bijkantoren in geval van financiële problemen een beroep op de moeder kunnen doen die onder toezicht staat in de lidstaat van herkomst. Het toezichtsmenu bestaat bij een laag risicoprofiel uit elektronische rapportages over bedrijfsvoering en financiële soliditeit, geautomatiseerde toetsing van kerngegevens uit rapportages (solvabiliteit (niet van toepassing op een bijkantoor), branchespecifieke balansratio's, operationele kernelementen). Rapportages worden (deels) gewaarmerkt door accountants en/of actuarissen. De toezichthouder onderneemt actie bij een vroegtijdig waarschuwingssignaal. Er is een betrouwbaarheidstoets voor bestuurders[16] en een meldingsplicht voor instellingen bij normschending. Controle gebeurt via steekproefs- en themagewijs onderzoek. Daarnaast heeft de toezichthouder een periodiek gesprek ter plaatse met dagelijkse beleidsbepaler.

Het zwaartepunt ligt op een geautomatiseerde toetsing van de periodieke elektronische rapportages en het adequaat reageren op de bevindingen van de externe accountant. DNB maakt wel een eigen inschatting van de bedrijfsvoering en voert daarvoor periodiek gesprekken met de dagelijkse leiding.[17]

In de Toezichtsvisie is een staatje opgenomen over de inschatting van de kans op soliditeitsproblemen van verschillende soorten instellingen. Daaruit blijkt dat bijkantoren van banken uit de Europese Unie (en daarmee gelijkgestelde banken) volgens DNB nauwelijks kans lopen op bestuurlijke, financiële en strategische risico's, een laag risico hebben op liquiditeitsproblemen en een gemiddeld risico op integriteit en operationele problemen.[18]

3.3.4 Het toezicht door FME

Tijdens het bezoek dat wij brachten aan de FME in Reykjavik heeft de FME uiteengezet hoe zij toezicht houdt op de banken en over welke bevoegdheden zij daartoe beschikt. In grote lijnen komen deze bevoegdheden overeen met die van DNB als het gaat om toezicht op een vergunninghoudende bank. Naast bevoegdheden om informatie op te vragen bij verschillende partijen en de bevoegdheid om aanwijzingen te geven, heeft de FME ook de bevoegdheid om een

[15] p. 15 Visie.
[16] De deskundigheidstoets hoort bij de *home state control*.
[17] p. 19 Visie.
[18] p. 22 Visie.

'*special inspector*', een soort stille curator, aan te stellen. Verder kan de FME huiszoeking doen en materiaal in beslag nemen, financiële sancties opleggen en een vergunning intrekken.

Het is beleid om alle grote banken ieder jaar te bezoeken en de kleinere banken elke twee jaar. Tijdens die bezoeken vindt een beoordeling plaats van het risicomanagement, en van de verschillende risico's die banken lopen: krediet-, liquiditeit- en marktrisico en operationeel risico (*risk assessment*). Ieder jaar heeft de FME een speciaal thema waar de nadruk op ligt tijdens het bezoek. In 2007 was dat kredietrisico, in 2008 was dat marktliquiditeit. Als de FME de indruk heeft dat er iets niet in orde is, dan wordt een bank vaker bezocht. In het *risk assessment* worden ook de macro-economische omstandigheden betrokken, zoals de gevolgen van de *sub-prime* hypotheken en de val van Lehman Brothers. Tweemaal per jaar, na de kwartaalcijfers, worden de cijfers besproken met de CEO van de betrokken bank. Verder vinden *desktop* analyses plaats en stress tests. Vanaf midden 2007 heeft FME het aantal ad hoc rapportages verhoogd en heeft men nauw samengewerkt met de IJslandse centrale bank wat betreft de liquiditeit. De FME overlegt veel met de (andere) Scandinavische toezichthouders.

3.4 Het depositogarantiestelsel

Het depositogarantiestelsel (DGS) biedt dekking als een bank niet meer aan haar verplichtingen kan voldoen. Het DGS bevordert de financiële stabiliteit: doordat depositohouders zich beschermd weten, wordt een run op de bank voorkomen. In het geval dat een bank daadwerkelijk niet meer aan haar verplichtingen kan voldoen, beschermt het stelsel met name de (banktegoeden van) particuliere spaarders. Mede daarom garandeert het stelsel slechts tegoeden tot een bepaald maximum. Het stelsel is niet van toepassing op 'sparen' via verzekeringen.

3.4.1 De Europese richtlijn

Iedere lidstaat van de EU moet op grond van de Richtlijn inzake de depositogarantiestelsels[19] (hierna: DGS richtlijn) zorgen dat in de lidstaat een DGS bestaat (art. 3 DGS richtlijn). De richtlijn eist dat het DGS voorziet in terugbetaling aan depositohouders van een minimumbedrag in het geval de bank niet meer aan haar verplichtingen kan voldoen (art. 3 DGS richtlijn). Het minimumbedrag ligt

[19] Richtlijn 94/19/EG van het Europees Parlement en de Raad van 30 mei 1994 inzake de depositogarantiestelsels. Op grond van de overeenkomst inzake de Europese Economische ruimte geldt de richtlijn ook voor IJsland.

sinds 1994 op € 20.000 (art. 7, eerste lid, DGS richtlijn).[20] Een bank mag alleen deposito's aanvaarden als zij ook deelneemt aan een DGS (eveneens art. 3 richtlijn). Een DGS in de lidstaat van herkomst dekt ook de deposito's bij bijkantoren in andere lidstaten van banken met een Europees paspoort uit de lidstaat van herkomst (art. 4, eerste lid, DGS richtlijn).

De hoogte van de door de verschillende DGS verleende dekking kan per lidstaat verschillen; de lidstaten kunnen immers kiezen voor een hogere dekking. Dat is in verschillende lidstaten gedaan. In Nederland werd na het faillissement van Van der Hoop Bankiers de dekking opgehoogd naar € 40.000.[21] Door een verschil in dekking zou een verschil in concurrentievoorwaarden kunnen ontstaan. Banken uit de eigen lidstaat zouden immers kunnen profiteren van de aantrekkingskracht van een hogere garantie voor hun spaarders, terwijl banken uit andere lidstaten slechts zouden kunnen wijzen op de minimumdekking van het eigen DGS, zoals vereist door de richtlijn. Om deze reden voorziet de richtlijn erin dat banken uit andere lidstaten zich voor de deposito's bij hun bijkantoor vrijwillig kunnen aansluiten bij de hogere dekking van de lidstaat van ontvangst (art. 4, tweede lid, richtlijn). Deze mogelijkheid van aanvullende deelname wordt aangeduid als de '*topping up*' regeling.

De hoofdregel is dus dat de deposito's worden gedekt door het DGS van de lidstaat van herkomst, in dit geval IJsland (zie art. 4, eerste lid, Richtlijn). De topping up regel is vervat in het tweede lid van art. 4 en houdt in dat de dekking kan worden uitgebreid wanneer de lidstaat van ontvangst een stelsel kent met een hogere dekking dan de lidstaat van herkomst. Spaarders bij een bijkantoor in de lidstaat van ontvangst kunnen dan aanspraak maken op aanvulling tot de maximale dekking in het daar geldende DGS. Daarvoor is het nodig dat de lidstaat van ontvangst een DGS heeft, 'waaraan door een bijkantoor vrijwillig kan worden deelgenomen.' De lidstaten moeten zorgen voor 'objectieve en algemeen toegepaste voorwaarden' voor de deelname. Eén van die voorwaarden is dat de deelnemende bank voldoet aan de 'relevante verplichtingen', waaronder met name het betalen van bijdragen en andere lasten wordt verstaan. Verder kan het DGS eisen stellen aan (de frequentie van) het bijhouden van de naam- en adresbestanden van de

[20] Per 30 juni 2009 is het bedrag verhoogd naar € 50.000 en per 31 december 2010 wordt dit € 100.000. Zie Richtlijn 2009/14 inzake de depositogarantiestelsels wat dekking en uitbetalingstermijn betreft.

[21] Dit gebeurde op verzoek van de Kamer, zie Kamerstukken II 2005/2006, 30.3000, IXB (Rijksbegroting 2006), nr. 29, par. 4.2.1. en Kamerstukken II, 2005/2006, 29 708, nr. 28. Een en ander is vastgelegd in het Besluit bijzondere prudentiële maatregelen, beleggerscompensatie en depositogarantie Wft, dat per 1 januari 2007 in werking trad.

depositohouders en het bijhouden van de stand van de deposito's en het leveren van informatie ter verificatie van claims. Deze eisen kunnen zijn vervlochten met de ICT-systemen van de banken.

Voor een verdere uitwerking verwijst de richtlijn naar bijlage II. Daarin staat dat na een verzoek van een bijkantoor om deelname, de DGS van de lidstaat van ontvangst en van herkomst bilateraal 'passende regels en procedures' afspreken voor uitkeringen aan spaarders van het bijkantoor. De *topping up* regeling maakt het noodzakelijk dat lidstaten onderling hun DGS op elkaar afstemmen. Zo kan het zijn dat afspraken moeten worden gemaakt over het verrekenen van vorderingen die een bank op de deposant heeft met de vordering die de deposant op de bank heeft. Bijlage II van de richtlijn heeft betrekking op dit type afspraken en verder op afspraken over de regels en procedures die moeten gelden op het moment dat het tot uitkering zou moeten komen. In de praktijk gebeurt dit door zogenoemde *Memoranda of Understanding* (hierna: MoU).

Deelname aan het DGS moet op een of andere manier worden geformaliseerd. De richtlijn laat zich echter niet uit over de wijze waarop dat moet gebeuren. Lidstaten hebben ons inziens dan ook de ruimte om de methode te kiezen die bij hun DGS-stelsel past. Dat kan zijn een aanvraagprocedure, gevolgd door een (publiekrechtelijk) besluit. Deze beslissing kan uiteraard niet de weigering van deelname inhouden, maar zou wel de voorwaarden voor deelname kunnen stellen. Deze voorwaarden mogen – vanwege het gemeenschapsrechtelijke beginsel van non-discriminatie – niet verschillen van de voorwaarden die aan nationale banken worden gesteld. Deze methode vergt dat deze in een algemeen verbindend voorschrift is vastgelegd. In Nederland zou dat een AMvB op basis van art. 3:266 Wft kunnen zijn, mits DNB in de Wft terzake een besluitbevoegdheid heeft. Daarnaast kan – ongeacht of het (bestuur van het) fonds is bekleed met publiekrechtelijke bevoegdheden – een contract worden gesloten tussen het fonds en de bank. Ook daarin kunnen voorwaarden zijn opgenomen, die evenmin discriminatoir mogen zijn. Verder mogen zij – gelet op het communautaire effectiviteitbeginsel – de aanvullende deelname niet uiterst moeilijk of onmogelijk maken.

In de praktijk gebeurt formalisering door middel van een overeenkomst tussen de bank met het bijkantoor en het DGS-fonds. Door die overeenkomst verbindt het DGS zich om het bijkantoor een depositogarantie te bieden dat een aanvulling vormt op de dekking die door het DGS van de lidstaat van herkomst wordt geboden. De bank verbindt zich om te voldoen aan de voorwaarden die voor

het DGS gelden, zoals hiervoor genoemd. De overeenkomst kan ook regelen in welke gevallen een einde komt aan de deelname, bij voorbeeld wanneer een bank de bijdrage niet betaalt of ophoudt deposito's te accepteren of wanneer de bank in deconfiture raakt.

De banken moeten aan hun (potentiële) klanten informatie verstrekken over hun deelname aan een DGS, over de bepalingen daarvan en over de voorwaarden voor terugbetaling (art. 9, eerste lid, DGS richtlijn) en de ontvangende lidstaat moet erop toezien dat dit gebeurt. De lidstaten moeten ook voorschriften vaststellen over die informatieverstrekking om te voorkomen dat bijkantoren die informatieplicht gebruiken voor reclamedoeleinden (art. 9, tweede lid). Reclame maken voor deelname zou de stabiliteit van het bankwezen of het vertrouwen van spaarders kunnen ondermijnen.

3.4.2 De interpretatie van de richtlijn DGS en de topping up bepaling

In 2001 heeft de Commissie een rapport uitgebracht over de werking van de *topping up* bepalingen.[22] Daaruit blijkt dat op dat moment de belangstelling voor en de behoefte aan *topping up* betrekkelijk gering was, aangezien nog maar een paar lidstaten MoU's en overeenkomsten hadden gesloten. Die waren betrekkelijk algemeen van inhoud en beperkten zich tot de onderlinge uitwisseling van informatie en het bepalen van de verantwoordelijkheid van elk van de DGS met betrekking tot de depositogarantie.

Als aandachtspunten voor uitbreiding van de richtsnoeren van Bijlage II worden in het rapport genoemd de wijze waarop het uit te keren bedrag wordt bepaald (bruto of netto), de uitwisseling van informatie tussen de stelsels, de door de bijkantoren te betalen bijdragen en de per fonds te dragen kosten. Lidstaten van ontvangst bleken soms zwaardere eisen te stellen aan de informatieverstrekking dan op grond van de Bankenrichtlijn mogelijk is, omdat de *topping up* als een afwijking wordt beschouwd van het systeem van het Europees paspoort. Daardoor eisten lidstaten soms ook informatie over de moederinstelling, die onder de Bankenrichtlijn strikt genomen niet verkregen kon worden.

De richtlijn is door de Bondsrepubliek Duitsland destijds aangevochten.[23] Eén van de aangevoerde gronden betrof de doorkruising van het beginsel van toezicht door het land van herkomst, omdat lidstaat van herkomst en lidstaat van

---

[22] Verslag van de Commissie inzake de werking van de "*topping up*"-bepalingen van artikel 4, leden 2 tot en met 5 van de richtlijn inzake de depositogarantiestelsels (94/19/EG), COM (2001) 595 def.
[23] HvJEG 13 mei 1997, C-233/94, Duitsland/Commissie.

ontvangst moeten samenwerken bij het uitwerken van de verhouding tussen de stelsels en het bepalen van de uit te betalen bedragen. Expliciet wees Duitsland er op dat de lidstaat van ontvangst het risico draagt van insolventie van het bijkantoor, maar volgens de Bankenrichtlijn geen bevoegdheid heeft de solvabiliteit en de liquiditeit van het bijkantoor afdoende te verifiëren. Een faillissement van het bijkantoor kan op die manier niet worden voorzien of voorkomen, aldus Duitsland. De bevoegdheid die voortvloeit uit Bijlage II om informatie in te winnen en deze na te trekken bij de lidstaat van herkomst is niet afdoende, onder meer omdat de laatste nu eenmaal niet verplicht is die informatie te verschaffen. Deze grief werd door het Hof van Justitie EG van de hand gewezen op de grond dat de richtlijn voldoende waarborgen biedt om de risico's te verkleinen in de verplichting voor het bijkantoor om bijdragen te betalen, de informatiebevoegdheid en de mogelijkheid om met hulp van de lidstaat van herkomst een bijkantoor uit het stelsel te zetten. Hof en Advocaat-Generaal gaan er bij de bespreking van de gronden over het toezicht zonder meer van uit dat een verplichting tot opname van een bijkantoor in de aanvullende dekking bestaat.[24] Dit is conform de considerans bij de richtlijn die vermeldt dat deelname van bijkantoren 'dient te worden toegestaan'. Verder legt het Hof er de nadruk op dat de richtlijn beoogt te beletten dat lidstaten van de werkzaamheden van banken uit andere lidstaten belemmeren en zo een hinderpaal opwerpen voor het vrij verkeer van diensten en de vrijheid van vestiging. Hieruit vloeit voort dat ook voor de aanvullende dekking geen belemmeringen mogen bestaan, buiten de gronden die zijn aangegeven in de richtlijn (art. 4, vierde lid).

In maart 2009 is de richtlijn gewijzigd.[25] Opmerkelijk is dat de nieuwe richtlijn de lidstaten uitdrukkelijk de opdracht geeft ervoor te zorgen dat de DGS met elkaar samenwerken als het gaat om de toelating van een bijkantoor (het nieuwe vijfde lid van art. 4). Daarnaast krijgen de lidstaten de opdracht te zorgen dat de DGS regelmatig tests op hun systeem uitvoeren en dat zij door de toezichthouders worden geïnformeerd over problemen bij banken die mogelijk tot een beroep op het DGS aanleiding geven (nieuw eerste lid art. 10). De Commissie is een onderzoek gestart naar de werking van het DGS-systeem, waarbij onder meer wordt bestudeerd hoe het zit met de grensoverschrijdende samenwerking tussen de DGS en de berekening van de uit te betalen bedragen.[26]

---

[24] Zie punt 125 van de conclusie van de AG.
[25] Richtlijn 2009/14/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 maart 2009 ter wijziging van Richtlijn 94/19/EG inzake de depositogarantiestelsels wat dekking en uitbetalingstermijn betreft, Pb. 2009 L 68/3.
[26] Zie COM (2008) 661 def.

Uit het voorgaande blijkt dat de DGS richtlijn niet uitblinkt door duidelijkheid en daarnaast een bron is voor juridische problemen. Dit komt door de hybride constructie van *home state control* en aanvullende aanspraak op het DGS van het land van ontvangst enerzijds, en de onduidelijkheid over de wijze waarop deelname wordt geformaliseerd en de voorwaarden die de lidstaat van ontvangst kan stellen anderzijds.

3.4.3 Het IJslandse DGS

In IJsland is het DGS geregeld in *Act No 98/1999 on Deposit Guarantees and Investor Compensation Scheme*.[27] Op grond van deze wet is het DGS ondergebracht in een privaatrechtelijk fonds, het *Tryggingarsjóður innstæðueigenda og fjárfesta* (TIF, in het Engels aangeduid als *Depositors' and Investors' Guarantee Fund* (DIGF), hierna fonds of TIF).[28] De minimumomvang van het fonds bedraagt 1% van het gemiddelde bedrag van de deposito's bij commerciële banken en spaarbanken in het voorgaande jaar. Als dit bedrag niet in het fonds zit, dragen alle commerciële banken en spaarbanken voor 1 maart 0,15% van het gemiddelde bedrag van de deposito's over het voorgaande jaar bij de betrokken bank bij. Mocht het fonds dan nog steeds niet het vereiste minimumbedrag omvatten, dan dienen de banken een garantie af te geven, waarbij zij op zich nemen een extra bijdrage te leveren in geval het fonds moet uitkeren, evenredig aan hun aandeel in het gemiddelde bedrag aan gegarandeerde deposito's. Een startende bank moet meteen inleggen, als tenminste het minimum bedrag nog niet is bereikt.[29]

Het fonds betaalt in beginsel een vergoeding voor het gehele tegoed (art. 9 van de wet). Als het fonds echter onvoldoende middelen omvat om alle claims uit te betalen, bepaalt art. 10 dat iedere claim tot ISK 1.7 miljoen (€ 20.887; de hiervoor te hanteren koers is vastgesteld op die van 5 januari 1999) volledig zal worden betaald en dat hogere claims naar rato zullen worden betaald totdat het fonds leeg is. In geval het totaal van het fonds onvoldoende blijkt te zijn, kan de directie, als zij daartoe dringende redenen ziet, een lening aangaan. Dit is op het oog een discretionaire bevoegdheid, waarbij de belangen van de spaarders, het belang van

[27] Bij de beschrijving van dit gedeelte maken wij gebruik van in het Engels vertaalde stukken die beschikbaar zijn op de website van TIF, zie http://www.tryggingarsjodur.is/Legislation/. De accuratesse van de weergave kan daardoor te wensen overlaten. Wel hebben we deze weergave gecheckt bij FME en SIC, de IJslandse parlementaire onderzoekscommissie.

[28] Een uitwerking van de wet is gebeurd door een regeling van de minister van Handel: *Regulation on Deposit Guarantees and an Investor Compensation Scheme*, van 21 februari 2000. Zie over het fonds het rapport Jännäri, hoofdstuk 2.4.

[29] Zie artikel 6 van Act No 98/1999.

de betrokken bank, en het algemeen belang dienen te worden afgewogen. Dat laat evenwel onverlet dat het minimumbedrag van € 20.887 in alle gevallen uitbetaald zal moeten worden. Waar de lening kan/moet worden afgesloten is niet vermeld.

In theorie betekent het voorgaande dat het fonds volledige dekking biedt. Het uit te keren bedrag is in art. 9 immers niet beperkt tot de minimumdekking van € 20.887, en tegoeden worden volledig gedekt zo lang het fonds middelen heeft om dat te doen. Daar staat tegenover dat het, behalve bij de deconfiture van een kleine instelling, onwaarschijnlijk is dat het fonds, gelet op de wijze waarop het wordt gefinancierd, voldoende middelen zal bevatten om alle gedekte tegoeden te compenseren, terwijl er volgens art. 10 geen verplichting bestaat in dat geval uitkeringen boven de minimumdekking te doen. Bovendien zal het fonds in het ene jaar een hogere gemiddelde dekking geven dan het andere jaar, aangezien de omvang van het fonds door de wijze waarop het wordt gevuld jaarlijks kan fluctueren. Ook maakt uit of recent uitkeringen uit het fonds zijn gedaan.

3.4.4 Het Nederlandse DGS

Het DGS is in Nederland geregeld in de art. 3:258 tot en met 3:265 Wft.[30] Een bank met een zetel in een andere lidstaat[31] kan, als de dekking van het DGS van het land van herkomst lager is dan die in Nederland, kiezen voor deelname aan het Nederlandse DGS, ter aanvulling van de dekking in het land van herkomst. Art. 3:266 Wft verklaart de art. 3:258-265 Wft van overeenkomstige toepassing op onder meer banken met zetel in een andere lidstaat met een bijkantoor in Nederland die aanvullend aan het Nederlandse DGS deelnemen (eerste lid, aanhef en onder b). In het vijfde lid bepaalt art. 3:266 Wft dat bij of krachtens AMvB nadere regels worden gesteld betreffende de deelname aan een vangnetregeling voor banken uit een andere lidstaat met een bijkantoor in Nederland. Deze AMvB was aan het einde van onze onderzoeksperiode nog niet afgekomen; naar aanleiding van de gang van zaken rond Icesave is er wel een regeling in voorbereiding. In de Wft is geregeld dat er een DGS is (art. 3:259, tweede lid) en dat de banken de kosten daarvan dragen. Verder regelt de wet conform de richtlijn de wijze van vaststellen van de aanspraak van een depositohouder en de betalingstermijnen. Het stelsel is verder uitgewerkt in het Besluit bijzondere prudentiële maatregelen,

[30] Het DGS bestond al voor de inwerkingtreding van de Wft via het Besluit algemeen verbindend verklaring Collectieve Garantieregeling van kredietinstellingen voor Terugbetaalbare Gelden en Beleggingen van 17 september 1998 op grond van artikel 84 Wtk 1992. Aangezien Landsbanki het verzoek tot toelating na inwerkingtreding van de Wft heeft gedaan, laten we dit verder buiten beschouwing.

[31] Waaronder volgens de definitiebepalingen ook de EER-landen worden gerekend.

beleggerscompensatie en depositogarantie Wft. Art. 21, eerste lid, bepaalt dat de banken aan DNB via een omslagpercentage het bedrag vergoeden dat moet worden uitgekeerd als het DGS in werking wordt gesteld. De wijze waarop het omslagpercentage wordt berekend is geregeld in art. 22. In art. 26 is bepaald dat het maximum uit te keren bedrag per persoon € 40.000 is, waarvan € 20.000 volledig en het meerdere tot 90% wordt vergoed. Het maximumbedrag is per 7 oktober 2008 verhoogd tot € 100.000.[32] Het Besluit regelt verder de procedure voor het aanmelden en verifiëren van claims.

3.5 Bevoegdheden van DNB om in te grijpen bij een bijkantoor

De belangrijkste bevoegdheid die DNB heeft in het kader van het toezicht op een bijkantoor, is die tot het vragen van inlichtingen. Zoals hiervoor in par. 3.3 is beschreven, rust op een bank met een bijkantoor in Nederland de verplichting om informatie te verstrekken met betrekking tot de liquiditeit van het bijkantoor. Op deze rapportageverplichting gaan we hier niet meer in, maar we verwijzen daarvoor naar par. 3.3.

DNB heeft daarnaast op grond van de Wft een aantal bevoegdheden die zij tegenover een bijkantoor kan gebruiken in geval sprake is van het niet naleven van de bepalingen die in de Wft of op de Wft gebaseerde regelgeving zijn gesteld, of van niet naleving van bij de toelating als bijkantoor gestelde regels van algemeen belang (zie daarover par. 3.1.2). Dit betekent dat alleen als de bank niet heeft gezorgd dat het bijkantoor voldoet aan de Wft-regels en de andere geldende Nederlandse regelgeving een grondslag bestaat voor ingrijpen door middel van deze bevoegdheden. Hierbij is opnieuw van belang dat op grond van het Europees paspoort DNB uitsluitend bevoegd is op het terrein van de liquiditeit van het bijkantoor. In die gevallen waarin de regels wel worden nageleefd, maar DNB zorgelijke ontwikkelingen signaleert, bestaat onder bepaalde voorwaarden nog de mogelijkheid tot geven van een aanwijzing op grond van art. 1:75, tweede lid, Wft. Hieronder worden de bevoegdheden van DNB stuk voor stuk besproken, voor zover ze betrekking hebben op bijkantoren. Deze bevoegdheden moeten richtlijnconform worden gehanteerd, dat wil zeggen dat ze slechts kunnen worden gebruikt binnen de grenzen die de herziene Bankenrichtlijn in art. 30-33 aangeeft.

[32] Ministeriële regeling houdende tijdelijke vaststelling maximumbedrag in de zin van artikel 26, vierde lid, van het Besluit bijzondere prudentiële maatregelen, beleggerscompensatie en depositogarantie Wft, Stcrt. 2008, 211.

3.5.1 Bevoegdheid tot het geven van een aanwijzing

Art. 1:75 Wft geeft DNB de bevoegdheid om in het artikel genoemde personen een aanwijzing te geven om op de in de aanwijzing genoemde punten een bepaalde gedragslijn te volgen Dit kan op grond van het eerste lid, als niet wordt voldaan aan het bij of krachtens de Wft bepaalde. Het niet naleven van de bepalingen uit de Wft, zoals de plicht periodiek staten te verstrekken (art. 3:72, eerste lid) of van de regelgeving die is gebaseerd op de Wft, zoals het Besluit prudentiële regels Wft, kan dus leiden tot een aanwijzing. De bevoegdheid bestaat ten aanzien van (onder meer) een bank, en van een ieder die in of vanuit Nederland het bankbedrijf uitoefent. DNB heeft ook ten aanzien van bijkantoren van een bank met zetel in een andere lidstaat deze bevoegdheid. Het doel van de aanwijzing is om te bewerkstelligen dat de bank en/of het bijkantoor het gedrag zo aanpast dat men alsnog gaat voldoen aan de regels. Voor het geval DNB oordeelt dat de moederbank niet voldoet aan de regels waarover DNB toezichtsbevoegdheid heeft, zoals de liquiditeitsvoorschriften, of het bijkantoor daarin onvoldoende stuurt, kan DNB de aanwijzing richten tot de moederbank. Voor het daadwerkelijk afdwingen van zo'n aanwijzing moet DNB eerst de toezichthouder van het land van herkomst inschakelen. Dit volgt uit art. 30 van de herziene Bankenrichtlijn (zie par. 3.1.3) en art. 1:58, eerste lid Wft. Wanneer de bank nog steeds niet voldoet aan de aanwijzing, of wanneer de toezichthouder in de lidstaat van herkomst niet optreedt, zijn zo nodig eigen maatregelen van DNB op grond van art. 1:58 Wft mogelijk.

Het tweede lid van art. 1:75 Wft bepaalt dat de toezichthouder een aanwijzing kan geven aan onder meer een bank, als hij tekenen ontwaart van een ontwikkeling die het eigen vermogen, de solvabiliteit of de liquiditeit in gevaar kunnen brengen. Aangezien het tweede lid niet, zoals het eerste lid, de mogelijkheid biedt om een aanwijzing te geven aan een ieder die in of vanuit Nederland het bankbedrijf uitoefent, moet deze meer preventief gerichte bevoegdheid worden gebruikt tegen de moederbank en niet tegen een bijkantoor als zodanig.[33]

De reikwijdte van deze preventieve bevoegdheid is onduidelijk. Het staat buiten twijfel dat DNB kan ingrijpen wanneer weliswaar wordt voldaan aan de liquiditeitsvoorschriften, maar DNB desondanks tekenen ontwaart van een ontwikkeling die de liquiditeit van het bijkantoor in gevaar brengt. De toezichthouder van de lidstaat van ontvangst is op grond van het systeem van het

[33] Aangezien een bijkantoor geen rechtspersoon is, zullen aanwijzingen in juridische zin altijd tot de moederbank gericht zijn.

Europees paspoort uitsluitend bevoegd ten aanzien van de liquiditeitspositie van het bijkantoor, zodat een aanwijzing aan de moederbank zich vanuit dat oogpunt alleen kan uitstrekken over die positie. De liquiditeitspositie van een bijkantoor kan echter moeilijk los worden gezien van de positie van de moederbank zelf, een bank zal liquiditeiten immers zo snel mogelijk weer proberen om te zetten in rentegevende uitzettingen. En dan komt de vraag aan de orde of de ontwikkelingen die bij de bank als geheel spelen op het gebied van solvabiliteit en eigen vermogen niet tot gevolg kunnen hebben dat de liquiditeit van het bijkantoor in gevaar komt. De vraag is dan ook of de bevoegdheid van art. 1:75, tweede lid, een ruimere strekking heeft dan louter het directe liquiditeitstoezicht op het bijkantoor. De bank met zetel in een andere lidstaat hoeft weliswaar niet te voldoen aan de voorschriften in de Wft met betrekking tot het eigen vermogen en de solvabiliteit,[34] maar in deze opvatting kan DNB toch een aanwijzing geven ingeval het eigen vermogen of de solvabiliteit in gevaar komen en daardoor de liquiditeitspositie van het bijkantoor wordt bedreigd.

Het is evident dat liquiditeitspositie van een bijkantoor niet goed kan worden beoordeeld onafhankelijk van de solvabiliteitspositie en de liquiditeitspositie van de (moeder)bank als geheel. Ons inziens volgt uit het stelsel van het Europees paspoort en uit de art. 29-37 van de herziene Bankenrichtlijn, dat de toezichthouder van de lidstaat van ontvangst desondanks beperkte bevoegdheden heeft. Zodra deze toezichthouder maatregelen nodig acht die het toezicht op de liquiditeit van het bijkantoor te boven gaan, heeft hij de medewerking van de toezichthouder in de lidstaat van herkomst nodig. Het geven van een aanwijzing aan de bank over de solvabiliteit of het eigen vermogen behoort dan ook niet tot de bevoegdheden van DNB. Dit laat onverlet dat DNB – zoals hiervoor vermeld – naar ons oordeel een aanwijzing kan geven als zij tekenen ontwaart die de liquiditeit van het bijkantoor in gevaar kunnen brengen. De aanwijzing moet er dan op gericht zijn voldoende en adequate liquiditeit aan te houden voor het bijkantoor.

Aantekening verdient dat, na de gang van zaken rond Icesave, de bevoegdheden van de toezichthouder van het ontvangende land in het kader van de richtlijn thans vermoedelijk ruimer zullen worden uitgelegd dan voorheen het geval was, in afwachting van een ingrijpende herziening van het stelsel.

[34] Wel aan de regels in het land van herkomst, die op grond van de Bankenrichtlijn worden gesteld en daardoor identiek zullen zijn aan die in Nederland.

3.5.2 Transactieverbod

DNB kan een bank die onder toezicht staat in een andere lidstaat en die vanuit een bijkantoor in Nederland opereert, een verbod opleggen om nieuwe overeenkomsten in Nederland af te sluiten. Dit is conform de herziene Bankenrichtlijn zo geregeld (zie par. 3.1.2). Op de eerste plaats heeft DNB die bevoegdheid als de bank niet voldoet aan een aanwijzing ex art. 1:75 Wft. Het enkele niet voldoen is niet doorslaggevend; daarbij moet de toezichthouder van het land van herkomst maatregelen hebben genomen ter zake van het niet opvolgen van een aanwijzing van DNB. Pas wanneer de bank ook daaraan geen gevolg geeft kan DNB zelf optreden. Als de toezichthouder van het land van herkomst wel door DNB op de hoogte is gesteld van het niet voldoen aan een aanwijzing, maar geen maatregelen heeft getroffen, kan DNB eveneens een transactieverbod opleggen. Zie voor dit alles art. 1:58, eerste en tweede lid, en art, 1:58b, eerste en tweede lid, Wft. Begin 2009 is aan art, 1:58 toegevoegd dat het transactieverbod ook kan worden opgelegd als de toezichthouder van het land van herkomst ontoereikende maatregelen heeft genomen. Dit deel van de bepaling gold dus nog niet ten tijde van de Icesave-affaire, al sluit de nieuwe regeling aan bij de destijds al geldende richtlijn. [35]

Op de tweede plaats kan een transactieverbod worden opgelegd als de bank[36] niet voldoet aan de verplichtingen op grond van het Deel Gedragstoezicht Financiële Ondernemingen of het Deel Gedragstoezicht Financiële Markten en blijft handelen op een wijze die de belangen van beleggers of de ordelijke werking van de financiële markten kennelijk schaadt (art. 1:58a, tweede lid). Deze bevoegdheid behoort tot het gedragstoezicht waarvoor AFM bevoegd is en niet tot het prudentieel toezicht.

3.5.3 Openbare waarschuwing

Artikel 1:94 Wft geeft DNB de bevoegdheid een openbare waarschuwing uit te vaardigen. Dit is een discretionaire bevoegdheid, die pas na een zorgvuldige afweging van de betrokken belangen kan worden gebruikt. De bevoegdheid is in de wet opgenomen met als doel de bescherming van partijen op de financiële markten en daarmee ook de bescherming van het adequaat functioneren van deze markten.[37] De afweging die moet worden gemaakt is die tussen het belang van het waarschuwen van het publiek enerzijds en de mogelijk nadelige gevolgen voor de

[35] In de MvT is vermeld dat door de aanvulling de redactie van het tweede lid nauwer aansluit bij die van onder meer de herziene richtlijn banken. Zie Reparatiewet Wft, Kamerstukken 2007/2008, 31 468, nr. 3, p. 6.
[36] Als de bank tevens beleggingsonderneming is.
[37] Kamerstukken II 2005-2006, 29708, nr. 19, p. 417 (toelichting op artikel 1:78, zoals toen de nummering nog was).

betrokken bank anderzijds. De beleidsregels van AFM en DNB bevatten over de openbare waarschuwing een passage, waarin is vermeld dat hantering van het instrument van belang is in verband met de bescherming van de consument, de signaalwerking naar de markt en het 'schoon' houden van de markt. Uit een volgende passage, die de wettelijke publicatieplicht beschrijft in geval een boete of last onder dwangsom is opgelegd, valt af te leiden dat voor DNB ook onderdeel van de afweging is, de potentiële impact op de financiële stabiliteit van de sector, de potentiële schade die wordt toegebracht aan het vertrouwen in de financiële sector en andere potentiële schade die vanuit de prudentiële toezichtstaak van DNB relevant kan zijn.[38]

Een openbare waarschuwing kan alleen worden gegeven bij een overtreding van een verbodsbepaling uit de Wft (hetgeen in casu dus een verbod dat geldt voor bijkantoren moet zijn) en overtreding van enkele met name genoemde bepalingen, waarvan voor Landsbanki Amsterdam enkel art. 1:58, tweede lid, Wft (transactieverbod) van belang is.

3.6 Een plicht tot actieve informatieverschaffing?

De vraag is gesteld of DNB de spaarders had moeten waarschuwen dat Landsbanki in moeilijkheden was en dat hun spaargeld niet meer veilig was. De opgeworpen vraag heeft betrekking op het onderwerp actieve openbaarheid of actieve informatieplicht van de overheid.[39] Onze conclusie is dat op DNB niet een dergelijke plicht rustte. Dat leiden we af uit de systematiek van de Wft en uit de omstandigheid dat de Wet openbaarheid van bestuur niet van toepassing is.

3.6.1 Openbaarmaking en geheimhouding in de Wft

De Wft regelt in de art. 1:89 tot en met 1:93a Wft de geheimhoudingsplichten van DNB en AFM en de uitzonderingen daarop. De hoofdregel is geheimhouding, geformuleerd als een verbod op het gebruik maken of bekend maken van inlichtingen of vertrouwelijke gegevens die op grond van de Wft of met gebruikmaking van de toezichtsbepalingen van de Algemene wet bestuursrecht zijn verkregen (art. 1:89, eerste lid, Wft). In de daarop volgende artikelen wordt een

[38] Handhavingsbeleid van de Autoriteit Financiële Markten en De Nederlandse Bank, http://www.dnb.nl/openboek/extern/file/dnb_tcm40-184053.pdf, 4 november 2008.
[39] Zie hierover E.J. Daalder, Toegang tot overheidsinformatie, Het grensvlak tussen openbaarheid en vertrouwelijkheid, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2005, p. 149-152.

aantal uitzonderingen op dit verbod gemaakt. Deze zien op het verstrekken van deze inlichtingen of vertrouwelijke gegevens aan andere toezichthouders, de rechter-commissaris die optreedt in het kader van de noodregeling of een faillissement, de bewindvoerder of curator, aan instanties die zijn belast met strafvervolging, en nog enkele andere personen of instanties. Op grond van art. 1:42 Wft verstrekt de toezichthouder ook informatie aan de minister van Financiën met het oog op onderzoek naar de toereikendheid van de Wft of de uitvoering door de toezichthouder. Inlichtingen en gegevens die vertrouwelijk zijn verstrekt hij niet, behalve in de bijzondere omstandigheden genoemd in het tweede lid, zoals wanneer de noodregeling is uitgesproken. Op zijn beurt is de minister verplicht tot geheimhouding (art. 1:42, vijfde lid, Wft). De Wet openbaarheid van bestuur is niet van toepassing op de gegevens die de minister op deze wijze heeft verkregen (art. 1:42, zevende lid, Wft).

Het verstrekken van de informatie is strikt gereglementeerd en bij de beslissing om ertoe over te gaan moeten steeds de belangen die de Wft beoogt te beschermen in het oog worden gehouden. Wat 'vertrouwelijke' gegevens zijn is niet gedefinieerd, maar de MvT noemt gegevens van financiële ondernemingen over de bedrijfsvoering, de liquiditeitspositie, de (maand)rapportages, gegevens over (potentiële) bestuurders, (solvabiliteits)marges, gegevens over debiteuren, crediteuren of cliënten, gegevens van de afdeling R&D, plannen voor fusies of overnames en marketing/ verkoopstrategieën. Het gaat volgens de MvT dus om gegevens die van invloed kunnen zijn op de concurrentiepositie van de betreffende onderneming of een disproportionele inbreuk kunnen maken op de persoonlijke levenssfeer van betrokkene.[40]

De voor het toezicht benodigde informatie zal in veel gevallen vertrouwelijk zijn in de hiervoor bedoelde zin. De toezichthouder kan die in de regel alleen van de ondernemingen zelf krijgen en die zijn ingevolge de Wft verplicht de vertrouwelijke informatie ter beschikking te stellen. De MvT wijst erop dat vanwege het ingrijpende karakter van de inlichtingenplicht en om informatieverstrekking door de onder toezicht staanden te bevorderen, gewaarborgd moet zijn dat vertrouwelijke informatie vertrouwelijk blijft. De geheimhoudingsplicht bevordert de vrije informatieverstrekking, waardoor het toezicht effectiever is.

Banken hebben groot belang bij geheimhouding, aangezien elke snipper informatie waaruit een ongunstig beeld zou kunnen blijken kan leiden tot het

[40] Memorie van Toelichting Wft, Tweede Kamer, vergaderjaar 2003–2004, 29 708, nr. 3, p. 47.

onmiddellijk verdwijnen van vertrouwen in de bank en daarmee tot een bankrun. Dit raakt ook de stabiliteit van het financiële stelsel als geheel. Diamond en Dybvig hebben dit met behulp van de speltheorie overtuigend betoogd: "*The problem is that once agents have deposited, anything that causes them to anticipate a run will lead to a run. This implies that banks with pure demand deposit contracts will be very concerned about maintaining confidence because they realize that the good equilibrium is very fragile.*"[41]

De Wft heeft om die reden ook speciale instrumenten om te gebruiken in geval een bank er minder goed voorstaat. Te wijzen valt op de bevoegdheid een stille curator te benoemen, een onafhankelijke derde die alle beslissingen van de bank moet goedkeuren (art. 1:76 Wft) Ook het opleggen van sancties blijft in veel gevallen geheim en slechts in specifiek in de wet geregelde gevallen mag DNB tot publicatie overgaan (zie de art. 1:94 tot en met 1:101 Wft).

3.6.2 De Wet openbaarheid van bestuur niet van toepassing

Het algemene wettelijk kader voor openbaarmaking en informatieverstrekking door de overheid wordt gevormd door de Wet openbaarheid van bestuur (Wob). Daarnaast kunnen op grond van specifieke wetgeving nog nadere plichten tot informatieverstrekking bestaan.

Op grond van art. 2 Wob verstrekt een bestuursorgaan bij de uitvoering van zijn taak informatie overeenkomstig de bepalingen van de Wob en gaat daarbij uit van het algemeen belang van openbaarheid van informatie. Naast de verplichting om overheidsinformatie te verschaffen op verzoek, kent de Wob in art. 8 ook de verplichting uit eigen beweging informatie te verschaffen over het beleid, de voorbereiding en de uitvoering daarvan, zodra dat in het belang is van een goede en democratische bestuursvoering. Of in het geval van Landsbanki sprake is geweest van een dergelijke situatie, kan in het midden blijven, aangezien de Wob niet van toepassing is op DNB bij de uitoefening van de taken op grond van de Wft.[42] De Wob opent de mogelijkheid om bepaalde bestuursorganen uit te sluiten van de toepassing van de wet in art. 1 aanhef en onder d. DNB was aldus op grond van de Wob niet verplicht om spaarders te informeren.

---

[41] D.W. Diamond/Ph.H. Dybvig, Bank Runs, Deposit Insurance, and Liquidity, Federal *Reserve Bank of Minneapolis Quarterly Review* Vol. 24, No. 1, Winter 2000, pp. 14–23.
[42] Dit volgt uit artikel 1a, eerste lid, aanhef en onder d Wob io artikel 1, aanhef en onder b Besluit bestuursorganen WNo en Wob; zie ook art. 1:42 lid 7 Wft.

3.6.3 Publieksvoorlichting

Hiervoor werd de bevoegdheid van DNB om ter bescherming van het publiek een openbare waarschuwing te geven besproken. Deze bevoegdheid hoort tot het handhavingsinstrumentarium en is gekoppeld aan het bestaan van een overtreding. Hierna bespreken we de optie dat DNB in het kader van voorlichting aan het publiek had gewezen op mogelijke risico's van het sparen bij Landsbanki.

In het algemeen wordt het tot de taak van een bestuursorgaan gerekend om het publiek voor te lichten over de regelgeving, de interpretatie en de handhaving ervan.[43] Voorlichting of advisering over individuele of concrete gevallen hoort daar niet bij, tenzij het bestuursorgaan deze taak bij of krachtens wettelijke voorschriften opgedragen heeft gekregen. De Wft kent buiten de openbare waarschuwing van art. 1:94 Wft geen specifieke bevoegdheid of verplichting voor DNB om het publiek te informeren of voor te lichten. Integendeel, de Wft gaat – zoals bleek in par. 3.6.1 – juist uit van de plicht tot geheimhouding.

Het ontbreken van een specifieke wettelijke verplichting roept de vraag op DNB toch op grond van behoorlijkheidsnormen, zoals het zorgvuldigheidsbeginsel, gehouden zou kunnen zijn om het publiek voor te lichten, met andere woorden of DNB gelet op haar wettelijke taken in de gegeven omstandigheden voldoende zorg heeft betracht richting het publiek.[44]. Van Rossum geeft in haar preadvies als gezichtspunten voor de invulling van de zorgplicht van de toezichthouder in algemene zin het doel en de aard van het toezicht, de bevoegdheden van de toezichthouder, de mate van benutting van het toezichtsinstrumentarium en de mate waarin is voldaan aan de onderzoeksplicht.[45] De laatste twee punten hebben betrekking op het gebruik van specifieke toezichtsbevoegdheden, wat hier niet aan de orde is. Maar de eerste twee punten kunnen helpen om de vraag naar het bestaan en reikwijdte van een plicht tot voorlichting in het geval van Icesave te beantwoorden.

Tot de taak van DNB behoort het uitoefenen van het prudentieel toezicht op de financiële markten en het beslissen over toelating van financiële ondernemingen

[43] Rb Den Haag 3 maart 2004, NJ 2004, 356 en Hof Den Haag 24 februari 2005, LJN AS9694. Een specifieke wettelijke basis hiervoor bestaat niet; sommigen nemen aan dat dit voortvloeit uit de Wob (F.C.M.A. Michiels, " Naming and shaming" in het markttoezicht, NTB 2007/3). Dan zou voor DNB ook dan niet gelden.

[44] Vgl. A.A. van Rossum,Civielrechtelijke aansprakelijkheid voor overheidstoezicht, Handelingen NJV 2005-1, p. 26. HR 27 mei 1988, NJ 1989, 29, Staat/Daalder (waarschuwen voor veenbroei) en HR 13 oktober 2006, AW2077, Vie d'Or (optreden PVK in het kader van de deconfiture van verzekeraar Vie d'Or).

[45] Van Rossum, p. 26.

tot die markten. Het prudentieel toezicht is onder meer gericht op de soliditeit van financiële ondernemingen, zoals banken (art. 1:24 Wft). Zoals blijkt uit de toelichting op de Wft, dient het prudentieel toezicht ter bevordering van de stabiliteit van het financiële stelsel en ter bescherming van de 'afnemers' van de diensten van onder meer de banken, zoals de spaarders (de 'individuele bankcrediteur').[46] De toezichtstaak vloeit voort uit de omstandigheid dat de individuele spaarder moeilijk in staat is de soliditeit van een bank te beoordelen, aldus (geparafraseerd) de toelichting op de Wft.

DNB heeft hiervoor twee typen van bevoegdheden. Enerzijds heeft DNB de bevoegdheid tot het verlenen van een bankvergunning, die erop gericht is te voorkomen dat niet solide banken de markt betreden. Deze bevoegdheid stond DNB voor Landsbanki vanwege het systeem van het Europees paspoort niet ten dienste. Anderzijds heeft DNB bevoegdheden tot handhaving voor de gevallen dat banken de regels overtreden. De bevoegdheden die DNB in het kader van deze taak heeft gekregen zijn normatief en repressief van aard: DNB gaat na of wordt voldaan aan de wettelijke normen en treedt zo nodig met repressieve maatregelen op.[47] Daarnaast heeft DNB de bevoegdheid om in gevallen, waarin zij tekenen ontwaart van een ontwikkeling die het eigen vermogen, de solvabiliteit of de liquiditeit in gevaar brengt (art. 1:75, tweede lid, Wft), preventieve maatregelen te nemen.

De bescherming van de positie van de spaarder gebeurt op grond van deze systematiek doordat DNB ervoor waakt dat een bank financieel gezond is en goed functioneert en optreedt wanneer (later) blijkt dat dit niet het geval is.[48] Uit de Wft valt verder als gezegd niet af te leiden dat DNB een taak heeft in het kader van publieksvoorlichting of het adviseren van individuele spaarders. Wel regelt de Wft uitdrukkelijk de plicht tot geheimhouding van vertrouwelijke gegevens en ook de gevallen waarin DNB mag overgaan tot openbaarmaking van besluiten over een bank. Dit betekent dat het niet tot de wettelijke taken van DNB behoort om het publiek voor te lichten over de mogelijke gevaren van het gebruik maken van diensten van bepaalde banken buiten de kaders van de toegekende bevoegdheden, waaronder de bevoegdheid tot het geven van een openbare waarschuwing ex art. 1:94 Wft.

Een taak tot publieksvoorlichting in deze zin zou ingaan tegen de systematiek van de Wft, te meer omdat de bevoegdheid tot het geven van een openbare

[46] Kamerstukken II 2003-2004, 29708, nr. 3, p. 29.
[47] Zie ook HR Vie d'Or, waarin de Hoge Raad tot dezelfde conclusie komt voor de PVK.
[48] Zo ook HR in Vie d'Or.

waarschuwing nu juist in het leven is geroepen met ditzelfde doel: betere voorlichting en bescherming van partijen op financiële markten.[49] De wetgever heeft bij het toekennen van die bevoegdheid expliciet gekeken naar de belangen van de spaarders en naar de belangen van de banken en geconcludeerd dat slechts in door de wet aangewezen gevallen een openbare waarschuwing toelaatbaar is. Het uitoefenen van deze bevoegdheid is bovendien omgeven met bijzondere procedurele waarborgen voor de bank in kwestie, zoals de voorafgaande kennisgeving en de mogelijkheid een zienswijze in te dienen (art. 1:95 en 1:96 Wft). Aangenomen moet dan ook worden dat de wettelijke openbare waarschuwing in het systeem van de Wft andere vormen van waarschuwende publieksvoorlichting met betrekking tot individuele onder toezicht staande ondernemingen uitsluit.

Voor de beperkingen die de wet aan de publieksvoorlichting stelt, bestaan – zoals we hiervoor in par. 3.6.1 hebben uiteengezet – goede redenen. In ogenschouw moet worden genomen wat de gevolgen zijn als DNB het toch tot haar taak rekent om het publiek voor te lichten in de hier bedoelde zin. Zodra DNB zorgen uit over een bepaalde bank, leidt dat regelrecht tot een bankrun. Daarmee worden zowel de belangen van de zittende spaarders (of van het depositogarantiestelsel) als het belang van de bank bij voortbestaan en een goede reputatie geschaad en wordt het doel niet bereikt. DNB riskeert bovendien aansprakelijkheid, indien de zorgen niet gegrond blijken. Zeker bij internationaal opererende banken kan het daarbij om grote bedragen gaan.

[49] Zie de toelichting op artikel 1:78, het huidige artikel 1:94 Wft, Kamerstukken II, 2005-2006, 29708, nr. 19, p. 417.

4. Het optreden van DNB in het Icesave-dossier

4.1 De komst van Landsbanki naar Nederland

Conform artikel 28 van de herziene Bankenrichtlijn en art. 32 Wtk 1992 heeft de IJslandse toezichthouder FME bij brief van 22 november 2005 aan DNB gemeld dat Landsbanki haar dienstverrichtingen wilde uitbreiden naar Nederland. Op 27 december 2005 heeft DNB aan Landsbanki gemeld dat zij is ingeschreven in het register en dat zij de diensten kan verrichten zoals beschreven in de notificatie door FME. De notificatieprocedure is volledig gevolgd onder de Wtk 1992.

Landsbanki heeft vervolgens bij brief van 31 maart 2006 de FME laten weten dat zij een bijkantoor in Nederland wilde openen. In de brief is vermeld dat Landsbanki toestemming heeft om als kredietinstelling alle activiteiten als bedoeld in Bijlage 1 van richtlijn 2000/12 (de Bankenrichtlijn, voor de herziening) uit te oefenen. Daaronder valt ook het in ontvangst nemen van deposito's of andere terugbetaalbare gelden. De FME heeft dit op 25 april 2006 medegedeeld aan DNB. DNB heeft de ontvangst van de notificatie op 30 juni 2006 aan Landsbanki bevestigd. Vanaf die datum was het Landsbanki toegestaan vanuit het bijkantoor te opereren.

Vervolgens heeft DNB het hoofdkantoor van Landsbanki in Reykjavik op 25 juli 2006 op de hoogte gesteld van de verplichtingen en regelingen die verband houden met het uitoefenen van het bedrijf van kredietinstelling in de zogenoemde 'dikke brief'. DNB heeft daarin geen specifieke voorwaarden om redenen van algemeen belang gesteld. Zoals hiervoor is uiteengezet, stond het DNB ook niet vrij om specifieke voorwaarden te stellen (par. 3.1.2). In de dikke brief staat vermeld aan welke voorwaarden Landsbanki moet voldoen met betrekking tot de liquiditeitseisen en met betrekking tot de rapportage. Voor de liquiditeitseisen wordt verwezen naar het Handboek Wtk. Rapportage dient maandelijks te gebeuren, ook weer conform het Handboek. Onder het kopje Integere bedrijfsvoering wijst de dikke brief op een aantal regelingen uit het Handboek Wtk, zoals de Regeling Organisatie en Beheersing (ROB), Gewenste risicobeheersing inzake back-to-backleningen en Regeling incidenten kredietinstellingen en verzekeraars. Van deze Regelingen is vermeld dat naleving voor het bijkantoor geen verplichting is, maar dat DNB zeer hecht aan naleving ervan.

Ook is vermeld dat het depositogarantiestelsel van het land van herkomst van toepassing is en dat aanvullende deelname in (toen nog) de Nederlandse Collectieve Garantieregeling mogelijk is indien een lagere dekking in de lidstaat van herkomst geldt.

Verder wordt in de dikke brief gewezen op de monetaire beleidsinstrumenten en -procedures van het Eurosysteem, en op de daaruit voortvloeiende plicht om bij de centrale bank een minimumreserve aan te houden. Die omvang is in de brief niet vermeld, enkel is vermeld dat die zal worden vastgesteld aan de hand van de door Landsbanki gerapporteerde reservebasis.

Op 20 september 2007 heeft Landsbanki verzocht om deelname aan het Nederlandse DGS in verband met de topping up. Over de gang van zaken rondom de toelating gaat par. 4.3.

Op 19 november 2007 heeft FME aan DNB conform art. 26, derde lid, herziene Bankenrichtlijn de melding gedaan dat Landsbanki de activiteiten in Nederland wil gaan uitbreiden met *investment advice* (vermogensbeheer en advisering). DNB heeft deze notificatie aan Landsbanki bevestigd op 17 december 2007.

Uit de correspondentie over *topping up* (waarover hierna meer) blijkt dat Landsbanki Amsterdam het internetsparen onder de productnaam Icesave wilde starten per 1 mei 2008, maar niet voordat de deelname aan het Nederlandse DGS geregeld zou zijn. Icesave is uiteindelijk op 29 mei 2008 gelanceerd.

4.2 Het toezicht op Landsbanki Amsterdam

4.2.1 Het lopend toezicht

Het wettelijk kader voor het toezicht was, zoals hiervoor in hoofdstuk 3 opgemerkt, tot 1 januari 2007 de Wtk 1992 en daarna de Wft. DNB heeft Landsbanki enkel in 2006 op grond van de Wtk 1992 onder toezicht gehad, de belangrijkste ontwikkelingen vonden plaats onder het toezichtsregime van de Wft. Inhoudelijk verschillen beide kaders niet noemenswaardig.

DNB heeft voor het bijkantoor van Landsbanki in Amsterdam in februari 2007 een toezichtsplan (ART: Algemene beschrijving, Risicoanalyse en Toezichtsverantwoording) opgesteld, waarin is opgenomen een risicoprofiel ter bepaling van de toezichtsinspanningen. Het risicoprofiel is opgesteld aan de hand van de in par. 3.3.3 besproken FIRM-scores. Volgens het ART zijn, in overeen-

stemming met het hiervoor besproken stelsel van toezicht op bijkantoren, de risico's waarop toezicht wordt gehouden het liquiditeitsrisico en het integriteitsrisico. Beide risico's worden in het plan als beperkt van omvang ingeschat. In 2007 bestond het toezicht uit een maandelijkse beoordeling van de ratiostaten, een jaarlijks gesprek (gehouden op 16 februari 2007) en een jaarlijks op te stellen toezichtsplan (ART).

Als gevolg van de invoering van de afspraken uit het Kapitaalakkoord Bazel II is het rapportagekader per 1 januari 2008 gewijzigd. DNB heeft Landsbanki Amsterdam geïnformeerd over de consequenties daarvan voor haar wijze van rapporteren.

De ART van 1 februari 2008 bevat een inventarisatie van de activiteiten van Landsbanki Amsterdam. Het overzicht over de financiële positie tussen december 2006 en september 2007 toont een surplus van de liquiditeit over de week- en maandperiodes. De FIRM scores laten geen bijzonderheden zien en de opsteller van het rapport toont zich tevreden over de kennis bij het management inzake de liquiditeitsvereisten en de manier waarop het liquiditeitsrisico gemanaged en beheerst wordt. In de inventarisatie is opgenomen dat Landsbanki het voornemen heeft in Nederland te beginnen met internetsparen. Verwezen wordt naar de verwachtingen over het op te halen volume in het eerste jaar. Landsbanki verwachtte eind 2008 zo rond de 400 tot 500 miljoen uit de markt te hebben gehaald, zo blijkt uit een verslag dat de voormalige leidinggevenden van Landsbanki hebben gemaakt.[50] Van een afspraak tussen DNB en Landsbanki over een maximumbedrag, waaraan in de pers is gerefereerd, is ons echter niet gebleken. Landsbanki, noch DNB stelt ook dat een dergelijke afspraak zou zijn gemaakt. Het verwachte bedrag wordt midden juli al gehaald.[51]

In de ART wordt erop gewezen dat het liquiditeitsrisico zal wijzigen op het moment dat Landsbanki daadwerkelijk is gestart met het aanbieden van internetspaarrekeningen.

De ART bespreekt vervolgens de vraag of de situatie van Landsbanki Amsterdam past in de brede onderzoeksthema's van DNB voor dat jaar, opgesteld door de projectgroep risicoanalyse, die onder meer betrekking hebben op de

[50] Developments leading up to the Icelandic banking crisis in October 2008, Draft March 16, 2009, Halldor Jon Kristjansson and Sigurjon Thorvaldur Arnason, Former joint CEO's of Landsbanki Islands hf. Dit rapport ontvingen wij via de IJslandse parlementaire onderzoekscommissie SIC.

[51] Deze informatie is ontleend aan cijfers van Landsbanki die wij van een andere bron dan DNB hebben verkregen.

liquiditeitscrisis en stress testing/scenario analysis. De conclusie is dat deze niet van toepassing zijn op Landsbanki.

In april 2008 nodigt DNB Landsbanki Amsterdam uit voor een gesprek over risico's van criminele praktijken in de vastgoedsector in het kader van de algemene onderzoeksthema's van DNB Vastgoed en integriteit en de beheersing van de integriteitsrisico's met betrekking tot de Wet identificatie bij dienstverlening, de Wet Melding Ongebruikelijke Transacties en de Sanctiewet.

4.2.2 Verhoogde toezichtsinspanningen na topping up

Vanwege de plannen spaargelden te gaan aantrekken en vanwege de *topping up* ontstaat bezorgdheid bij DNB. De achtergrond daarvan is de toestand van de IJslandse economie en de positie van de IJslandse banken.

Vlak voordat de overeenkomst inzake *topping up* op 23 mei werd getekend, heeft een senior medewerker van DNB op 16 mei 2008 in een e-mail zijn zorgen geuit over het risico dat het Nederlandse DGS gaat lopen op Landsbanki, omdat twijfel bestaat over de soliditeit van de IJslandse financiële instellingen en de IJslandse economie.[52] Er zijn verschillende signalen ontvangen dat de groei onverantwoord is geweest. Al eerder, op 3 april heeft de bewuste medewerker volgens zijn mailbericht gevraagd of er in het licht hiervan geen regels of voorwaarden van algemeen belang gesteld zouden moeten kunnen worden. Dat lijkt het enige aanknopingspunt om iets te doen. Vervolgens schrijft de medewerker dat hij tot nu toe ziet dat "wij het probleem van de topping up en de notificatie vooral procedureel oppakken." Hij vraagt inhoudelijke naar de materie te kijken. Daarbij schrijft hij zich te realiseren welke beperkingen het Europeesrechtelijke kader stelt, maar ervan overtuigd te zijn: "dat we meer kunnen doen dan niks". Voor een uitgebreide beschrijving van de gang van zaken rond de *topping up* verwijzen we naar par. 4.3.

Naar aanleiding van deze mail is op 20 mei 2008 in een gezamenlijke bijeenkomst van vertegenwoordigers vanuit toezicht (uitvoering, beleid en markttoetreding), financiële stabiliteit en juridische zaken binnen DNB het toezichtsrisico besproken. Daarbij werd verwacht dat Landsbanki vanwege de hoge rentes aantrekkelijk zou zijn en werd gememoreerd dat Landsbanki had aangegeven te verwachten dat zij in het eerste jaar rond een half miljard euro op zou halen. Als resultaat van het overleg worden de toezichtsinspanningen vergroot. Er zal actieve en structurele informatieuitwisseling plaatsvinden met de toezichthouder in IJsland

[52] Zie voor de achtergronden van de IJslandse bankencrisis het rapport Jännäri.

(FME), zodat DNB op de hoogte blijft van de ontwikkelingen. Verder zal DNB informatie uitwisselen met toezichthouders van andere lidstaten van ontvangst waar bijkantoren zijn gevestigd. In de praktijk komt dat neer op contact houden met de FSA in Londen, waar Landsbanki via een bijkantoor ook internetsparen tegen hoge rentes aanbiedt.

Deze voornemens zijn vastgelegd in een nota van 9 juni 2008 van de verantwoordelijke toezichthouder aan de divisiedirecteur Toezicht., die volgens de tekst ervan is opgesteld naar aanleiding van de omstandigheid dat de IJslandse banken zwaar zijn getroffen door de kredietcrisis. De nota bevat een overzicht van de financiële positie van Landsbanki Amsterdam tussen december 2006 en maart 2008. Naast de geplande normale toezichtsactiviteiten worden de hiervoor genoemde voornemens tot informatieuitwisseling vermeld. DNB probeert inzicht te krijgen in de liquiditeit en solvabiliteit van Landsbanki IJsland. Daartoe wil men op korte termijn een bezoek brengen aan de FME in Reykjavik. Dat nagedacht is over het inzetten van zwaardere middelen dan het versterken van de informatie-inwinning, blijkt niet uit het dossier.

Op 17 juni 2008 ontvangt DNB conform het gewone toezichtstraject stukken van Landsbanki Amsterdam. Daarin staan geen relevante bijzonderheden.

Bij brief van 3 juli 2008 verzoekt DNB de FME om een gesprek over de risico's van Landsbanki, het risicomanagement – mede in verband met het internetsparen – en het IJslandse DGS. Het toezicht op het risicomanagement en de solvabiliteit van Landsbanki ligt immers bij FME, zodat voor ingrijpen op deze terreinen de medewerking van FME nodig is. Vanwege vakanties bij FME lukt moeilijk een gesprek te plannen. Op 14 augustus 2008 vindt inderdaad een bezoek aan FME plaats; dan zijn de zorgen over de IJslandse banken echter al sterk toegenomen.

In augustus gaat het directielid van DNB dat Landsbanki in de portefeuille heeft met vakantie en bankpresident Wellink neemt het dossier waar. Hij maakt zich – mede vanuit de rol van DNB als centrale bank – zorgen over de IJslandse economie en de toestand van de banken daar en stelt intern vragen over het systeem van *topping up* in andere Europese lidstaten, mede vanwege het risico dat het Nederlandse DGS loopt. Het verder verloop hiervan wordt besproken in par. 4.3.
In juli 2008 presenteert Landsbanki de halfjaarcijfers.[53] Daarin wordt gesteld dat de liquiditeit erg sterk is en dat de bank gemakkelijk kan voldoen aan haar betalingsverplichtingen over 2008 en 2009. De bank zal zich blijven toeleggen op

[53] Thans opgenomen op http://www.lbi.is/reportsandfinancials/

het aantrekken van buitenlandse depots, om zo haar ratio te versterken. De Nederlandse ervaringen worden in dit verband gunstig genoemd. Op dat moment zijn de cijfers voor DNB dus niet zorgwekkend.[54]

4.3 De gang van zaken rond topping up

Zoals vermeld, heeft Landsbanki op 20 september 2007 een verzoek gedaan tot aanvullende deelname aan het Nederlandse DGS. Op 5 oktober informeert de bank hoe het met het verzoek staat. Het is na de ophoging van het gegarandeerde bedrag in het Nederlandse DGS tot € 40.000 (na Van der Hoop) het tweede verzoek dat DNB binnenkrijgt. Het eerste is van een bank uit een Europese lidstaat, die ook een bijkantoor in Nederland heeft. Van het verzoek wordt niet meteen werk gemaakt.

Naar aanleiding van het verzoek van de andere bank voor *topping up* stelt DNB in mei 2007 en begin februari 2008 nota's op over het uitvoeringsbeleid met betrekking tot deelname aan het DGS. In de tweede nota wordt ingegaan op de interpretatie van het begrip 'aanvullend' in art. 3:266 Wft. en op de noodzaak om met het ministerie van Financiën af te stemmen. Die afstemming moet gaan over de juridische grondslag van het uitvoeringsbeleid en over de interpretatie die DNB kiest, niet alleen voor het begrip 'aanvullend', maar ook voor de wijze van berekening van het omslagpercentage voor de deelnemende banken en van de claims van spaarders.[55] Na een gesprek op 14 februari 2008 tussen DNB en Landsbanki waarin duidelijk wordt dat Landsbanki per 1 mei wil beginnen met Icesave, stuurt Landsbanki op 28 februari een brief aan DNB. Daarin wordt aangegeven, dat de regelgeving geen voorwaarden stelt aan deelname en dat DNB geen grond heeft voor weigering. Discussies over de uitleg van het DGS en de bijdrage van Landsbanki hoeven niet afgerond te zijn voordat Landsbanki wordt toegelaten, zo stelt de bank.

Ter voorbereiding van de beantwoording van deze brief stelt DNB opnieuw een nota op, onder meer over de grondslag tot het stellen van nadere voorwaarden. De wetgeving voorziet nu nog niet in die mogelijkheid. Art. 3:266, vijfde lid, Wft geeft de bevoegdheid een AMvB te maken met nadere regels betreffende de deelname, maar dat is nog niet gebeurd. Mogelijk kan een beroep worden gedaan op art. 4 van de DGS-richtlijn en bijlage II. In die bijlage staat immers dat de DGS van de twee

[54] Bron: gesprekken met medewerkers DNB.
[55] Een interpretatie van artikel 26 Besluit bijzondere prudentiële maatregelen, beleggerscompensatie en depositogarantie Wft.

lidstaten 'passende regels en procedures' moeten afspreken. Een richtlijnconforme interpretatie van de Nederlandse regelgeving zou dan kunnen opleveren dat nadere voorwaarden worden gesteld.

Bij brief van 20 maart aan Landsbanki wijst DNB de stellingname af dat de aanvullende deelname is gerealiseerd door de enkele mededeling van Landsbanki dat zij aldus wil deelnemen. DNB stelt dat voorafgaand aan deelname twee overeenkomsten nodig zijn: een MoU tussen het IJslandse DGS en DNB en een overeenkomst tussen Landsbanki en DNB, waarin nadere voorwaarden worden gesteld. Omdat beide ontbreken, wordt deelname de facto geweigerd.

Op 22 april 2008 wordt een MoU met het IJslandse fonds getekend. Het door het TIF getekende exemplaar wordt op 6 mei door DNB ontvangen. De inhoud ervan is algemeen en bevat voornamelijk afspraken over de werkwijze indien een beroep op het DGS wordt gedaan. De MoU bevat geen specifieke bepalingen over de wijze van financiering van de fondsen, de afstemming van de systematiek van de fondsen onderling of garanties voor de uitbetaling van claims.

Vervolgens vindt correspondentie plaats over de inhoud van de overeenkomst tussen Landsbanki en DNB., waarbij de vraag aan de orde komt of Landsbanki wel topping up nodig heeft. DNB heeft de regeling van het IJslandse fonds bekeken en brengt naar voren dat als het fonds voldoende middelen heeft een spaarder volledig kan worden gecompenseerd.[56] Landsbanki verwijst naar de site en het TIF.

Intussen is er binnen DNB overleg geweest over het toezichtsrisico naar aanleiding van de in par. 4.2 genoemde e-mail. De uitkomsten hiervan zijn hiervoor vermeld in par. 4.2. Tijdens het overleg wordt stilgestaan bij de aanstaande deelname aan het DGS. Men ziet aanleiding noch mogelijkheid de aanvullende deelname van Landsbanki aan het Nederlandse DGS tegen te houden, ook al omdat een bijkantoor van de andere Europese bank inmiddels is toegelaten onder dezelfde regeling als die welke voor Landsbanki zal gaan gelden. Verder uitstel is aan Landsbanki niet meer uit te leggen, aldus het mailbericht dat een verslag geeft van de bijeenkomst.

Op 22 mei zijn DNB en Landsbanki het eens over de tekst van de overeenkomst. De overeenkomst wordt op 23 mei door het verantwoordelijke directielid ondertekend. De oplegnota vermeldt dat het IJslandse garantiefonds een bedrag van € 20.877 garandeert. Het fonds keert meer uit dan deze minimumdekking als er voldoende in het fonds zit. In de nota wordt het, gegeven het doelvermogen van het IJslandse garantiefonds en het marktaandeel van

[56] E- mail juridische zaken DNB 15 mei 2008.

Landsbanki IJsland, een zuiver theoretische situatie genoemd dat in het fonds, bij toepassing op Landsbanki, meer zou zitten dan de minimumdekking van € 20.877, gelet op de inhoud van het fonds dat 1% van de gedekte deposito's moet bevatten.

Als op 29 mei Icesave wordt gelanceerd, ontvangt DNB veel vragen over Icesave en het DGS. De informatie op de site van Icesave over het DGS is niet helemaal correct en DNB spreekt Landsbanki daarop aan. De informatie die DNB verschaft aan mensen die informatie vragen, is neergelegd in een standaardtekst, waarin het systeem van *topping up* wordt uitgelegd.

Op 2 juni bericht DNB aan TIF dat Landsbanki aanvullend deelneemt in het DGS.Intussen is overleg geweest over de toezichtinspanningen (zie daarvoor par. 4.2).Naar aanleiding van een krantenbericht over Icesave[57] wordt aan de toezichthouder gevraagd Landsbanki nog eens te wijzen op het belang van een juiste weergave van het DGS in de contacten naar buiten.

4.4 Zorgen nemen toe

Op 25 juli 2008 heeft DNB het jaarverslag en de jaarrekening 2007 van het TIF bekeken, waarin de omvang van het fonds staat vermeld.[58] Mede daardoor ontstaat twijfel: er zit te weinig in voor compensatie. Dat is niet ongebruikelijk bij dergelijke fondsen, maar vanwege de toestand van de IJslandse banken verdiende het in dit geval aandacht, aldus de toelichting die wij van DNB kregen.

Op 14 juli stelt Wellink vragen over de *topping up*, en met name over de systematiek die in andere lidstaten wordt gehanteerd. Naar aanleiding daarvan wordt een nota opgesteld. Daarin wordt, onder verwijzing naar een evaluatierapport van de Europese Commissie,[59] geconcludeerd dat een bank met een bijkantoor in een andere lidstaat recht heeft op aanvullende deelname aan het DGS en dat deze niet kan worden geweigerd of zomaar beëindigd. Er wordt op gewezen dat Nederland geen aanvullende regels kent; 'op werkvloerniveau' is het ontbreken van een AMvB ter zake in juni 2008 bij het ministerie van financiën aan de orde gesteld.

Inderdaad heeft DNB in een e-mail van 17 juni aan het ministerie een lijst met wijzigingen voor de regeling van het DGS gestuurd. Daarop staat ook het

[57] Jaap Koelewijn, Stuntspaarders krijgen gratis verzekering, FD 28 juni 2008.
[58] te vinden op http://www.tryggingarsjodur.is/modules/files/file_group_26/arsreikningur%202007_enska.pdf
[59] Verslag van de Commissie inzake de werking van de "topping-up"-bepalingen van artikel 4, leden 2 tot en met 5 van de richtlijn inzake de depositogarantiestelsels (94/19/EG), COM (2001) 595 def.

verzoek algemeen verbindende voorschriften te maken op grond van art. 3:266 Wft. In de lijst wordt verwezen naar mondelinge contacten hierover. Er zijn door DNB geen concrete tekstvoorstellen gedaan.

Intern wordt overlegd over de mogelijkheid om Landsbanki uit het DGS zetten. Juridische Zaken van DNB gaat na of dat kan. In een nota wordt geconcludeerd dat de Wft geen aanvullende voorwaarden stelt aan deelname aan het DGS en dat het opzeggen van de MoU, noch de overeenkomst met Landsbanki een mogelijkheid is om van Landsbanki af te komen. De nota wijst erop dat de overeenkomst zelf daartoe ook nauwelijks mogelijkheden biedt, gezien de bepaling dat de overeenkomst eindigt als er geen deposito´s meer zijn, en kan worden gewijzigd dan wel opgezegd na wijziging van de regelgeving of het niet nakomen van verplichtingen door Landsbanki.

Op 12 augustus 2008 wordt in een besloten directievergadering besproken welke mogelijkheden er zijn om een ongebreidelde groei van de Icesave spaarrekeningen tegen te gaan. Het bedrag dat Landsbanki verwachtte op te halen is op dat moment al zeer ruim overschreden; op dat moment zijn er al rond de 85.000 spaarrekeningen waarmee 1 miljard euro is gemoeid. De directie besluit aan Landsbanki mee te delen dat een verdere groei niet zal worden geaccepteerd. Verder besluit DNB om te proberen de overeenkomst met Landsbanki open te breken op grond van het argument dat de regelgeving waarop deze is gebaseerd, wordt herzien. Dat betekent immers – zo vullen wij onderzoekers aan – wijziging van regelgeving, waarvoor het contract een opzegmogelijkheid biedt. Verder zijn bij DNB twijfels gerezen of voor het aangaan van de overeenkomst wel alle relevante informatie is verstrekt; het is DNB niet duidelijk of de IJslandse banken wel voldoen aan hun verplichtingen jegens hun DGS.

Tijdens het bezoek op 14 augustus 2008 van een delegatie van DNB aan de FME geeft de FME uitleg over het toezicht dat zij houdt op onder meer Landsbanki. Dit gebeurt op grond van daartoe opgestelde regelgeving.[60] Volgens het door DNB opgestelde verslag ziet de FME in de problemen rondom de economie, noch ten aanzien van de explosieve groei van de commerciële banken een probleem. De banken mochten nog wel meer groeien. Geconfronteerd met de CDS spreads, die voor IJslandse banken sterk omhoog lopen en al lange tijd aanzienlijk hoger liggen

[60] No. 530/2004, Rules on FME criteria for assessing the exposure of financial undertakings and decisions on capital adequacy ratios above the statutory minimum, with later amendments.

dan het gemiddelde (zie bijlage 2), zegt FME dat deze een vertekend beeld geven omdat er sprake is van een illiquide markt.

DNB deelt mee voornemens te zijn het internetsparen te bevriezen. De FME vraagt tijdens het bezoek naar de grondslag voor dat besluit en waarschuwt voor een bankrun. Na het bezoek stuurt de FME een e-mail, waarin wordt uiteengezet dat DNB geen grondslag heeft voor optreden.

> "*Moreover, FME is not aware of any particular reason that would justify such measures. Landsbanki's business is healthy, capital levels are strong and it performs well in various stress-tests that the FME applies.*"

De FME vraagt om overleg op het hoogste niveau. Hiertoe wordt een afspraak gemaakt voor 27 augustus 2008. Door omstandigheden aan de zijde van de FME is het gesprek uiteindelijk verplaatst naar 2 september 2008. Het gesprek komt later nog aan de orde.

Eveneens op 14 augustus 2008 brengt DNB een bezoek aan het IJslandse garantiefonds TIF. DNB krijgt uitleg over de werking van het stelsel in IJsland, de manier waarop het fonds wordt gevuld en de wijze van berekening van claims. DNB heeft vragen over de bepalingen die gaan over de mogelijkheid van een lening. Als het fonds onvoldoende is, kan het een lening aangaan. Onduidelijk blijft welke partijen bij die lening worden betrokken, en onder welke voorwaarden het TIF een lening kan aangaan. In het verslag over de presentatie van het TIF, gedateerd 22 augustus 2008, wordt geconcludeerd dat DNB niet tevreden is, en dat vragen onvoldoende zijn beantwoord. De twijfel over de kwaliteit van het toezicht door FME gaat knagen.

Landsbanki Amsterdam legt op 18 augustus gegevens over met betrekking tot het liquiditeitsmanagement en andere gegevens, waaronder het *Confidence Crisis Manual* en *Liquidity Contingency Plan*. DNB stelt aanvullende vragen, onder meer over afspraken met de FME en over de resultaten van recente stress tests. Op 22 augustus verstrekt Landsbanki deze informatie, die vooral betrekking heeft op Landsbanki als geheel.

Op 19 augustus 2008 legt Landsbanki Amsterdam gegevens met betrekking tot de stand van de rekeningen bij Icesave over waaruit blijkt dat er ruim 90.000 rekeningen zijn met een totale inleg van ruim € 1,2 mrd. Op diezelfde dag bespreekt DNB opnieuw het dossier Landsbanki in een directievergadering. Het overleg met de

FME moet grondig worden voorbereid. Naast vragen over de *topping up* problematiek moeten ook vragen over de risico's van de IJslandse economie worden beantwoord en moet worden nagegaan wat de opvattingen van andere autoriteiten, zoals FSA UK en IMF, zijn over de buitenlandse activiteiten van de IJslandse banken. Ten aanzien van de *topping up* wordt besloten dat MoU's steeds aan de directievergadering moeten worden voorgelegd en dat daarbij dan ook een omgevingsanalyse moet worden geleverd voor een alomvattende beoordeling.

Ter beantwoording van de op 19 augustus gestelde vragen wordt een nota opgesteld (d.d. 25 augustus 2008). De nota bevat informatie over de macro-economische ontwikkelingen (ongunstig), de bancaire sector (explosief gegroeid, gevoelig voor verstoringen in de internationale markt, zorgen over risico management, activiteiten op de Nederlandse markt). De nota verwijst naar het 'artikel IV consultatie' rapport van IMF over IJsland van 20 augustus 2008 en noemt de analyse en toonzetting van het Artikel IV rapport zeker voor IMF begrippen 'alarmistisch.'

In de *Executive Summary* van het bedoelde IMF-rapport staat vermeld:[61]

"***Background:*** *The long expansion is coming to an end, exposing the economy's overstretched private sector balance sheets, large macroeconomic imbalances, and high dependence on foreign financing. With external liquidity constraints binding, economic activity is expected to slow significantly from unsustainably high levels, inflation to remain well above target, and the current account to narrow. Uncertainty surrounding the outlook is unusually large, dominated by significant downside risks—both external and domestic. In the event of a prolonged external liquidity crunch, the economy could face severe financial strain, especially if domestic risks materialize simultaneously.*

Staff views: *The main challenge is to facilitate an orderly rebalancing process, while mitigating risks. A key concern is external liquidity risks, which could also trigger an unwinding of domestic vulnerabilities. Monetary policy should continue to be tight, to return inflation to target and shore up confidence in the króna, given prevailing inflationary pressures and external vulnerabilities. The highly expansionary fiscal policy should be restrained to help support the central bank's efforts to combat inflation and maintain confidence. Further actions to mitigate financial sector vulnerabilities should be pursued with*

[61] INTERNATIONAL MONETARY FUND , ICELAND, Staff Report for the 2008 Article IV Consultation, http://sedlabanki.is/lisalib/getfile.aspx?itemid=6687

vigor, as concerns about banks' funding are at the core of the external liquidity risks. Contingency planning needs to continue in full force.

Authorities' views: *The authorities broadly agree with the staff's diagnosis and recommendations. However, while external risks are recognized to be substantial, the policy focus has shifted to addressing concerns about a deep domestic recession. Accordingly, the authorities see limited room to tighten monetary and fiscal policies. At the same time, they welcomed staff's recommendations to mitigate financial sector vulnerabilities and strengthen contingency planning.*"

De nota gaat in op informatie die DNB van de FSA heeft verkregen. Vanwege de vertrouwelijkheid van de gegevensuitwisseling tussen de toezichthouders, hebben wij in die informatie geen inzage kunnen krijgen.

De nota bevat ook een uitleg over het IJslandse DGS en een kort overzicht van de relatie tussen het IJslandse DGS en andere landen. DNB heeft bij andere landen geïnformeerd hoe zij omgaan met de problematiek. Ook de informatie die daaruit is verkregen, kunnen wij vanwege het vertrouwelijke karakter daarvan niet vermelden.[62] De nota gaat in op de nadere voorwaarden die gesteld kunnen worden in een AMvB over aanvullende toetreding tot het DGS.

Vervolgens gaat de nota in op de vraag wat er nu gedaan kan worden. Er zijn verschillende opties:

1) Het opzeggen MoU met IJsland. Dat kan met een termijn van 30 dagen. Hierdoor valt een voorwaarde voor de overeenkomst met Landsbanki weg.

2) Men kan het argument gebruiken dat Nederlandse DGS aanvullend is en dat de aanvullingsplicht vervalt als onvoldoende zekerheid bestaat dat de uitkering van de eerste € 20.000 gewaarborgd is.

3) Verder is er de mogelijkheid van beroep op dwaling ten aanzien van de MoU.

De bestaande deposito's blijven in alle gevallen aanvullend gedekt.

Dan bespreekt de nota twee scenario's ten aanzien van het Nederlandse DGS. Het eerste is dat de overheid ingrijpt voordat toepassing van het DGS aan de orde is. Dat kan door overheidsgaranties te geven, zodat geen deconfiture ontstaat en het DGS niet wordt geraakt. Het tweede scenario (sub b) heeft zich daadwerkelijk voorgedaan. Dat is het scenario dat de overheid pas naderhand ingrijpt als al een beroep op het DGS wordt gedaan, door achteraf de garantiedekking te verhogen.

[62] De informatie is niet relevant voor het antwoord op de gestelde vragen.

Dan blijft wel onduidelijk wat dat betekent voor de aanvullende dekking. De nota stelt voor een garantieovereenkomst te sluiten met de FME en de IJslandse centrale bank voor het geval het IJslandse DGS niet in staat is uit te keren.

DNB is na het IMF rapport en vanwege de CDS nog bezorgder dan in mei. Maar het idee bestaat op dat moment (voor de gebeurtenissen rond Lehman Brothers) wereldwijd dat overheden systeemrelevante banken niet laten omvallen.

4.5 DNB voert druk op, ontmoetingen op hoog niveau

Op 26 augustus 2008 vindt, ter voorbereiding van de ontmoeting de volgende dag met Landsbanki, een interne bijeenkomst plaats bij DNB met Wellink en verschillende medewerkers. Men overlegt mede op basis van de hiervoor genoemde nota van 25 augustus 2008 over de aanpak. Wellink stelt de vraag hoe de situatie heeft kunnen ontstaan dat risico wordt gelopen op IJsland en het IJslandse garantiefonds. Besloten wordt de discussie toe te spitsen op het wenselijke beleid, gelet op de situatie in IJsland, en niet op de Europeesrechtelijke argumenten. De President zegt dat DNB in het gesprek zal aangeven dat zij zo nodig om wetgeving zal vragen als Landsbanki de productie niet wil bevriezen.

Op 27 augustus heeft Wellink in Amsterdam een ontmoeting met de leiding van Landsbanki IJsland. Daarin uit hij de zorgen van DNB en herhaalt het verzoek dat Landsbanki moet stoppen met het aantrekken van spaargeld, bij voorbeeld door de rente te verlagen. De President stelt vragen over wat er gebeurt als het IJslandse garantiefonds onvoldoende gevuld blijkt te zijn: bij wie kan worden geleend? Zelfs al zou de IJslandse overheid bijspringen, dan hoeft de afloop niet gunstig te zijn.

Landsbanki geeft in een powerpointpresentatie positieve berichten over de liquiditeitspositie van de bank. Landsbanki kan voldoen aan de eisen van FME en doorstaat de stress test. Zij doet voorstellen om tegemoet te komen aan de zorgen van DNB en tot het nemen van specifieke liquiditeitsmaatregelen voor het bijkantoor. Zij wil bij DNB onderpand onderbrengen (*ECB repo eligible securities*) van 5% van alle '*easy access deposits*' tot 1.150 miljoen euro bovenop de reserves die bij DNB worden aangehouden. Daarnaast stelt Landsbanki voor een euro aan te houden voor elke euro *easy access deposits* die boven 1.150 miljoen euro is of wordt aangetrokken.[63] Landsbanki waarschuwt dat het bevriezen van de depots tot een schrikreactie kan leiden. Zij is van plan om in Nederland een dochtervestiging

[63] Het voorstel hebben wij bij DNB ingezien. We hebben langs onafhankelijke weg een kopie van het voorstel gekregen, waaraan wij deze informatie ontlenen.

met vergunning te openen. DNB noemt de voorstellen die Landsbanki doet een stap in de goede richting, maar stelt dat zij eerst door DNB beoordeeld moeten worden. De fundamentele problemen met de IJslandse economie en de IJslandse banken worden er niet door opgelost. Voor de beoordeling van de voorstellen moet een meer fundamentele discussie worden gevoerd met Landsbanki over de IJslandse economie, dit is urgenter dan het voornemen van de bank om het bijkantoor om te zetten naar een volwaardige bank.

DNB herhaalt dat Landsbanki moet stoppen met het aantrekken van spaargelden in Nederland. Landsbanki kan bijvoorbeeld de spaarrente verlagen. DNB geeft voorts aan dat in een eerste prognose een bedrag van 500 miljoen was genoemd.

Landsbanki betoogt dat de markt dit in hoge mate irrationeel zal vinden, aangezien een renteverlaging niet ingegeven lijkt te zijn door commerciële motieven en wijst op het risico van een bankrun als zij maatregelen neemt die de markt als een teken van problemen kan opvatten. Landsbanki beroept zich op het IMF-rapport waarin in de eerste alinea staat dat de vooruitzichten van de IJslandse economie 'enviable' (benijdenswaardig) blijven.[64] Wellink dreigt de problematiek specifiek bespreekbaar te maken bij de ECB. DNB wijst erop dat ten tijde van de realisatie van de *topping up* aanvullende regels hierover ontbraken. DNB zegt dat zij dit heeft aangekaart bij de minister van Financiën en dat dit kan leiden tot aanpassing van de MoU en de overeenkomst.

Op 1 september 2008 maakt DNB een globale beoordeling op over het liquiditeitsmanagement van Landsbanki IJsland. In de nota wordt de optie besproken dat DNB eist dat Landsbanki in Nederland liquiditeit aanhoudt. Aangegeven wordt dat de juridische haalbaarheid daarvan onderzocht moet worden, dat een dergelijk aanbod al min of meer door Landsbanki is gedaan en dat nog onderzocht moet worden in hoeverre het gedane aanbod voldoende is.

Op 2 september 2008 heeft DNB onder leiding van Wellink een gesprek met de leiding van de FME, waarin opnieuw zorg tot uitdrukking wordt gebracht over de economie en de banken. Opnieuw stelt DNB dat de activiteiten van Landsbanki in Nederland moeten worden bevroren en vraagt zij de FME bij Landsbanki op terughoudendheid aan te dringen. DNB wil tegen de achtergrond van haar zorgen

[64] P. 21 van het IMF rapport: "33. *The Icelandic economy faces significant challenges in the near term, but its longterm prospects remain enviable. The economy has a track record of rebounding quickly from shocks."*

over de IJslandse economie en de bankensector geen nieuwe bijkantoren van IJslandse banken toelaten en de activiteiten van Landsbanki in Nederland moeten worden bevroren. Als er iets fout gaat zijn DNB en de IJslanders niet goed voorbereid, ondanks het MoU. Verwezen wordt naar toestand Van der Hoop. DNB wijst op het voornemen tot Nederlandse regelgeving ter zake. Op de suggestie dat IJsland voor een hoger bedrag garant zou kunnen staan stelt FME dat daarvoor een wetswijziging nodig is. Wellink stelt dat de richtlijn gebrekkig is omdat in een situatie van flexibele wisselkoersen en rentes de beide DGS niet door middel van topping up aan elkaar kunnen worden gekoppeld.

De FME is (onder verwijzing naar Moody's)[65] van oordeel dat de banken er gezond voor staan. DNB vraagt FME om met Landsbanki te werken aan een oplossing en er bij Landsbanki op aan te dringen terughoudend te zijn.

Op 11 september vindt een bespreking plaats tussen de directie van Landsbanki Amsterdam en de toezichthouder van DNB. Het gesprek omvat deels de gewone onderwerpen die in een jaarlijks toezichtsgesprek aan de orde komen, zoals compliance en klachtenadministratie. Het Icesave portfolio wordt besproken. De stand van zaken op 10 september 2008: ruim 100.000 rekeningen waarop in totaal ruim € 1.5 miljard is ingelegd. Vijf dagen later is de totale inleg al met 25 miljoen gestegen en het aantal rekeningen met een kleine 3000. Landsbanki geeft aan dat de bank tot 3 miljard euro wil aantrekken. Er wordt afgesproken dat Landsbanki iedere twee weken een nieuw overzicht zal geven. In het verslag van de bespreking worden een aantal onderwerpen voor de follow up genoemd, die betrekking hebben op het normale lopend toezicht.

4.6 IJslandse banken vallen om

Na het debacle van Lehman Brothers en Merrill Lynch medio september 2008 vraagt DNB Landsbanki in hoeverre de bank daardoor is blootgesteld aan risico's. Landsbanki IJsland stuurt op 22 september stukken waaruit blijkt dat er inderdaad wel verlies optreedt, maar dat er voorzieningen voor zijn. DNB stelt op 1 oktober aanvullende vragen over de geleverde cijfers en de impactrisico's.

Landsbanki stuurt de FME een brief over het optreden van DNB en stelt dat DNB geen bevoegdheid heeft om van Landsbanki te eisen dat het aantrekken van deposito's wordt bevroren.[66] Wij geven hier een samenvatting van de in het Engels

[65] De rating ten tijde van het gesprek was A2.
[66] DNB kreeg deze brief van de FME, die zich met de inhoud verenigde.

gestelde brief. Landsbanki heeft advies ingewonnen bij een gerenommeerd advocatenkantoor. Landsbanki stelt zich op het standpunt dat het Europese recht DNB geen bevoegdheid tot optreden laat. DNB heeft slechts toezicht op liquiditeiten en integriteit van Landsbanki (Amsterdam) en daar zitten de zorgen niet. DNB moet aangeven wat de juridische basis voor ingrijpen is. Landsbanki verwijst naar een verzoek van de FME om zoveel mogelijk aan zorgen DNB tegemoet te komen. Het bevriezen van de activiteiten van Icesave acht Landsbanki een te groot risico zowel wat betreft concurrentie als reputatie. Wel heeft Landsbanki de reclame opgeschort, en dat heeft al geleid tot een verminderde toestroom. Landsbanki stelt voor de inspanningen te richten op het omzetten van de rekeningen in termijndeposito's. Zij stelt wederom voor onderpand bij DNB aan te houden ("*ECB repo eligible securities*") voor 5% van 1.150 miljoen euro en voor iedere euro boven de € 1.150 miljoen. Landsbanki is bereid aan DNB ook gegevens over haar liquiditeitspositie in IJsland te geven. Landsbanki wijst erop dat DNB

> "*[…] is permitted to oppose to the establishment of a permanent branch only if it doubts the adequacy of the administrative structure of the financial institution in question given its financial situation and taking into account the envisaged activities of the branch.*"

De implicaties van het toetreden van Landsbanki tot het Nederlandse DGS zijn voor die toetreding uitgebreid aan de orde geweest. DNB heeft toen geen zorgen geuit. Sindsdien is er in de financiële situatie op IJsland niets veranderd. De opinie van DNB over het IJslandse DGS is geen grondslag voor ingrijpen. Alleen in noodsituaties laat het Europese recht eenzijdig ingrijpen toe, en die situatie is er niet, DNB moet aangeven wat dan wel de juridische basis voor ingrijpen is.

Op 29 september 2008 levert Landsbanki Amsterdam een nieuw Icesave overzicht: in totaal is bijna € 1.7 miljard ingelegd en het aantal rekeningen is ongeveer 130.000.

Op 1 oktober 2008 voert DNB wederom een telefoongesprek met FSA in Londen over Landsbanki. Op 6 oktober beoordeelt DNB het liquiditeitsrapport van Landsbanki Amsterdam. Dat voldoet ruim aan de formele liquiditeitsvereisten. Op dezelfde dag vergadert de directie naar aanleiding van de noodwetgeving die in het IJslandse parlement is aangenomen. De directie besluit een stille curator aan te wijzen (art. 1:76 Wft). DNB gaat ervan uit dat in Amsterdam onvoldoende middelen aanwezig zijn om de ingelegde tegoeden te kunnen dekken. Verder wordt een

voorstel tot geven van een aanwijzing aan Landsbanki Amsterdam besproken (op grond van art. 1:75, eerste en tweede lid, Wft). Men wijst op een persbericht van de IJslandse autoriteiten van 6 oktober 2008 dat tot vragen aanleiding geeft. Dit persbericht luidt:

> "*The Government of Iceland underlines that deposits in domestic commercial and savings banks and their branches in Iceland will be fully covered. "Deposit" refers to all deposits by general customers and companies which are covered by the Deposit Division of the Depositors' and Investors' Guarantee Fund.*"[67]

Uit dit persbericht kan men – a contrario – afleiden dat de tegoeden van buitenlandse rekeninghouders niet gedekt zullen worden.

De directie besluit op grond van art. 1:75, eerste en tweede lid, Wft aanwijzingen te geven, die erop neerkomen dat Landsbanki moet stoppen met het aantrekken van spaargelden, en moet zorgen voor voldoende kasgeldreserve, mede door overboeking van gelden vanuit IJsland naar een rekening bij DNB. De marketing van Icesave moet stoppen. Het besluit tot het geven van aanwijzingen en tot het aanstellen van een stille curator wordt per brief van 6 oktober aan Landsbanki bekend gemaakt. Landsbanki maakt daartegen bezwaar.

Op 7 oktober 2008 maakt de FME in een persbericht bekend:

> "*The Icelandic Financial Supervisory Authority (FME) has under powers granted by the Icelandic Parliament proceeded to take control of Landsbanki. As declared by the Government, all domestic deposits are fully guaranteed. Landsbanki´s domestic branches, call centres, cash machines (ATMs) and internet operations will be open for business as usual. The action taken by the FME is a necessary first step in achieving the objectives of the Icelandic Government and Parliament to ensure the continued orderly operation of domestic banking and the safety of domestic deposits.*"[68]

---

[67] http://eng.forsaetisraduneyti.is/news-and-articles/nr/3033.

[68] http://www.fme.is/?PageID=581&NewsID=331.

DNB vraagt op dezelfde dag toepassing van de Noodregeling (art. 3:202 Wft) op het Nederlandse bijkantoor van Landsbanki. De rechtbank verdaagt tot tweemaal toe de zitting daarover omdat zij nog vragen heeft over de toepassing van de noodregeling op een bijkantoor, de bevoegdheid van DNB als autoriteit in de lidstaat van ontvangst en de positie van Landsbanki in IJsland. Op 13 oktober spreekt de rechtbank de noodregeling uit.

Uit het eerste verslag van de bewindvoerders van Landsbanki Nederland blijkt dat Icesave beschikte over meer dan 128.000 spaarders, met een gezamenlijk tegoed van bijna 1,7 miljard euro. Hiervoor diende door de betrokken DGS 1,66 miljard euro te worden uitgekeerd. Uit een eerste inventarisatie blijkt dat ongeveer 500 spaarders vorderingen hebben die niet (volledig) door het DGS worden gedekt, tot een bedrag van ongeveer 40 miljoen euro. Verder hebben enkele tientallen (semi-)overheden en bedrijven deposito's bij Landsbanki Nederland voor een totaalbedrag van ongeveer 250 miljoen euro. De gelden van de Icesavespaarders werden gestort op een rekening van Landsbanki bij Société Générale te Parijs. Het beheer over deze rekening werd gevoerd door de treasury afdeling van Landsbanki in IJsland. De rekening vertoonde ten tijde van het uitspreken van de Noodregeling een positief saldo van 5,4 miljoen euro.

Landsbanki IJsland reageert per brief van 7 oktober op het besluit tot het geven van aanwijzingen met de mededeling dat de bank door de IJslandse regering is overgenomen en daarom niet kan voldoen aan aanwijzing dat geldreserves moeten worden aangehouden bij DNB. In de brief wijst de bank erop dat als de gelden in Nederland worden gebruikt voor vereffening in Nederland de buitenlandse crediteuren van Landsbanki worden benadeeld.

Op 8 oktober stuurt DNB een fax aan de FME, met het verzoek aan te geven welke maatregelen in IJsland jegens Landsbanki worden genomen en wat de consequenties zijn voor de Nederlands spaarders. Daarnaast stuurt DNB een fax aan het IJslandse fonds TIF met verzoek om opheldering over de berichtgeving over het IJslandse DGS: in de officiële berichtgeving van IJslandse zijde wordt niet gesproken over de mogelijkheid aanspraken te maken op het IJslandse DGS. Daarnaast verzoekt DNB om afspraken te maken over de afhandeling van verzoeken die in Nederland binnenkomen voor het DGS. Naar aanleiding van berichten van de FME over wijzigingen in de regelgeving rond het IJslandse DGS vraagt DNB om nadere informatie.

Bij brief van 8 oktober, die door DNB als ingekomen op 15 oktober is geboekt, legt de FME uit dat Landsbanki is overgenomen door de IJslandse

regering, en dat een *Receivership Committee* de zaken zal bestieren. De wijziging in regelgeving van het DGS heeft betrekking op de versterking van de positie van de spaarders door hen voorrang te geven bij verdeling. De FME sluit niet uit dat Landsbanki voldoende middelen heeft om alle aanspraken te vervullen.

Bij brief van 10 oktober 2008 maakt Landsbanki bezwaar tegen het besluit tot het aanwijzen van een stille curator en tot het geven van aanwijzingen, enerzijds omdat door het benoemen van het *Receivership Committee* geen ruimte meer bestaat voor een stille curator en anderzijds omdat de aanwijzingen het grenzen van het liquiditeitstoezicht te buiten gaan.

5. Samenvattende analyse

5.1 De juridische beperkingen van het Europese kader

De juridische mogelijkheden van DNB in het dossier Icesave waren beperkt door het Europese richtlijnstelsel van het beginsel van *home state control* en vrije toegang tot de financiële markten elders. Landsbanki mocht, doordat zij in EER-land IJsland over een relevante vergunning beschikte, na een simpele notificatieprocedure door middel van een bijkantoor op de Nederlandse markt werkzaam zijn. Door een dergelijke notificatieprocedure kon Landsbanki eveneens haar werkzaamheden eenvoudig uitbreiden tot de consumentenmarkt met het internetspaarproduct Icesave. Tot slot had Landsbanki op grond van de richtlijn inzake depositogarantiestelsels het recht aanvullend tot het Nederlandse DGS toe te treden.

Op grond van de herziene bankenrichtlijn kon DNB op het bijkantoor van Landsbanki in Amsterdam slechts een beperkte mate van integriteitstoezicht en van liquiditeitstoezicht uitoefenen. De fundamentele problemen waarmee de IJslandse banken en de IJslandse economie te kampen hadden, vielen buiten de toezichtsbevoegdheid van DNB en binnen de verantwoordelijkheid van de IJslandse toezichthouder, de FME. Dit werd niet anders doordat Landsbanki Amsterdam aanvullend toetrad tot het Nederlandse DGS. Ook op grond van de richtlijn inzake depositogarantiestelsels kon Nederland DNB geen verdergaande toezichts-bevoegdheden toekennen dan DNB had op grond van de bankenrichtlijn. Dat Nederland geen nadere voorwaarden had geformuleerd voor de aanvullende toetreding tot het DGS, is dan ook niet relevant: ook dergelijke voorwaarden hadden DNB in dit opzicht niet meer bevoegdheden kunnen verlenen. Daarbij moet worden bedacht dat thans – na Icesave – op Europees niveau de bereidheid bestaat de bevoegdheden van nationale toezichthouders binnen het Europese kader ruimer te lezen. Een nationale toezichthouder of wetgever die daarvóór een dergelijke ruime lezing voorgestaan had, zou ongetwijfeld nationaal protectionisme zijn verweten.

Het stelsel van *home state control*, waarin de lidstaat van ontvangst weinig te zeggen heeft over de op haar markt werkzame bijkantoren, ook niet als die aanvullend aan het in de lidstaat van ontvangst geldende DGS deelnemen, is gebaseerd op de veronderstelling dat de toezichthouder in het ontvangende land kan vertrouwen op de toezichthouder in het land van herkomst. Hoewel nog niet duidelijk is wat zich precies in IJsland heeft afgespeeld, is het geen gewaagde

conclusie dat die veronderstelling in het geval van Icesave onjuist is gebleken in de financiële crisis die zich vanaf de zomer van 2008 in volle omvang begon te openbaren. De zeer ernstige problemen van de IJslandse bancaire sector moeten in die periode in IJsland duidelijk zijn geweest.[69] Die zorgen heeft de FME niet met DNB gedeeld, en zelfs toen DNB zich rond augustus 2008 met dringende zorgen tot de IJslandse toezichthouder FME wendde, werd van IJslandse zijde nog ontkend dat reden tot die zorg bestond. Voor de belangrijkste maatregel die DNB voorstond – het staken van het aantrekken van nieuwe gelden – bestond volgens zowel Landsbanki als de FME geen aanleiding. De bevoegdheid van DNB om die maatregel zelf op te leggen werd van IJslandse zijde, gesteund door advocaten, betwist. Landsbanki was enkel bereid haar positie in schuldpapier bij DNB uit te breiden. DNB vond dat onvoldoende. De discussie hierover tussen DNB, Landsbanki en de FME werd afgebroken door de ontwikkelingen in IJsland begin oktober 2008.

Met het voorgaande is overigens niet gezegd dat de FME moet hebben geweten dat Landsbanki niet meer te redden was. De ontwikkelingen die door de val van Lehman, medio september 2008, werden ingezet, heeft vermoedelijk ook de FME niet kunnen voorzien.[70] Dat de grote zorgen over Landsbanki gerechtvaardigd waren, kan de FME evenwel niet zijn ontgaan.

De kern van de problemen rond Icesave is ons inziens dan ook gelegen in de opstelling van Landsbanki en de IJslandse toezichthouder binnen het Europese stelsel van *home state control* en daarmee aan de tekortkomingen van dat stelsel.[71] Wat er in IJsland precies is voorgevallen, kunnen wij niet overzien; het valt buiten de grenzen van ons onderzoek. Het onderzoek van het IJslandse parlement, dat naar verwachting dit najaar afgerond zal worden, zal die vraag kunnen beantwoorden.

Onze belangrijkste aanbeveling is dan ook dat het Europese stelsel grondig moet worden herzien. Lapmiddelen zullen niet helpen tegen de natuurlijke neiging van

---

[69] Zie het in IJsland gepresenteerde rapport van Willem Buiter en Anne Sibert, CEPR Policy Insight No 26 (www.cepr.org). Zie voorts het rapport Jännäri, hoofdstuk 2.6, die vermeldt dat de FME de op haar optreden kritiek ongegrond en onbillijk acht, zonder dat overigens te motiveren. Al begin 2008 had de IJslandse Centrale Bank een buitenlandse expert (Andrew Gracie) uitgenodigd om noodscenario's te ontwikkelen; zie http://www.icelandreview.com/icelandreview/daily_news/?cat_id=16567&ew_0_a_id=324155.

[70] Zie hierover het rapport Jännäri, p. 19 e.v.

[71] Zie over die tekortkomingen uitgebreid: de Turner Review, en het rapport Jännäri, p. 10 e.v.

nationale toezichthouders om, als het erom spant, voor het nationale belang te kiezen. In ieder geval moet een situatie waarin een land wel het risico van de deconfiture van een financiële instelling draagt, via het DGS, maar nauwelijks zeggenschap heeft over de bewaking van dat risico, voorkomen worden. Dat kan door de toezichthouders van de ontvangende lidstaten meer bevoegdheden te geven – een terugkeer naar vroeger tijden – of door op Europees niveau te voorzien in toezicht of in betere samenwerking en conflictbeslechting tussen toezichthouders. Vermoedelijk zal voor een mengsel van deze oplossingen worden gekozen.[72]

5.2 Feitelijke in plaats van juridische mogelijkheden?

We hebben hiervoor uiteengezet dat de juridische mogelijkheden van DNB beperkt waren, en dat DNB niet gerechtigd was Landsbanki of het product Icesave van de Nederlandse markt te weren. Toch blijft de vraag of DNB niet meer had kunnen doen. Drie onderwerpen verdienen daarbij bespreking: 1) de mogelijkheid de aanvullende deelneming van Landsbanki aan het Nederlandse DGS feitelijk te vertragen; 2) de vraag of DNB het publiek niet over de gevaren van Icesave had kunnen voorlichten en 3) de vraag of DNB in de zomer van 2008 niet krachtdadiger had kunnen optreden. Deze onderwerpen komen in de navolgende paragrafen aan de orde.

Wij hechten er aan ter inleiding op de bespreking op te merken dat men het handelen en nalaten van DNB zal moeten beoordelen naar de toenmalige kennis en opvattingen. Achteraf is het eenvoudig vast te stellen dat en hoe schade voorkomen had kunnen worden; vooraf lag het scenario dat zich heeft afgespeeld nog niet vast. Een voorbeeld hiervan waar het gaat om kennis: dat Landsbanki zo snel ten onder zou gaan, dat reeds een tijdelijke vertraging van de aanvullende toetreding tot het DGS het nadeel dat thans is ontstaan zou hebben voorkomen, kon DNB toentertijd niet voorzien. Een voorbeeld waar het gaat om de opvattingen: een handelwijze van DNB ter bescherming van de Nederlandse spaarders en het Nederlandse DGS die thans, gegeven wat er door de financiële crisis is gebeurd, niet alleen aanvaardbaar maar zelfs wenselijk lijkt, zou toentertijd door velen vermoedelijk zijn opgevat als een protectionistische maatregel waardoor Nederlandse spaarders, in strijd met het Europese recht, ten onrechte de mogelijkheid op een hogere rente werd ontnomen.

[72] Wij verwijzen verder naar de Turner Review en het rapport van de commissie De Larosière, waarin ook deze kwestie uitgebreid aan de orde komt.

5.3 De aanvullende toelating tot het Nederlandse DGS

Al voordat Landsbanki met het product Icesave op de Nederlandse markt werkzaam werd, waren er binnen DNB zorgen over de positie van de IJslandse banken in verband met de IJslandse economie en het IJslandse monetaire stelsel. Die zorgen zijn expliciet onderdeel van het besluitvormingsproces geworden in de periode april-mei 2008. Daarvoor werd de aanvullende deelname van Landsbanki aan het Nederlandse DGS vooral procedureel opgepakt, zoals toentertijd ook een van de medewerkers van DNB in een intern mailbericht schreef. Wij hebben ons daarom afgevraagd of DNB in dit stadium van de besluitvorming meer had kunnen, mogen of moeten doen met de zorgen die bij haar toen al bestonden. Wij realiseren ons daarbij dat de juridische grondslag voor optreden van DNB beperkt was. Anderzijds heeft DNB, in een later stadium, beslissingen genomen waarvoor de juridische basis evenmin duidelijk was, zoals de druk die zij op Landsbanki heeft uitgeoefend om met het aantrekken van gelden met Icesave te stoppen en later het benoemen van een stille curator en het aanvragen van de noodregeling voor een bijkantoor. De vraag is dan ook gerechtvaardigd of DNB niet eerder dergelijke stappen had kunnen zetten, en, zo ja, waarom zij dat dan niet heeft gedaan.

DNB had naar ons oordeel in het voorjaar van 2008 feitelijk de mogelijkheid de aanvullende toegang van Landsbanki tot het Nederlandse DGS minder welwillend te behandelen dan zij heeft gedaan. Zo lang de aanvullende toetreding van Landsbanki tot het Nederlandse DGS niet geregeld was, zouden Nederlandse spaarders minder vertrouwen in Icesave hebben gesteld. Landsbanki verbond de start van Icesave dan ook met de aanvullende toetreding tot het Nederlandse DGS. Nu Landsbanki binnen relatief korte tijd na de lancering van Icesave ten onder is gegaan, zou een minder welwillende behandeling en de daardoor veroorzaakte vertraging vermoedelijk een groot deel van de problemen die nu zijn ontstaan, hebben voorkomen. Icesave zou vermoedelijk later zijn geïntroduceerd, of zelfs in het geheel niet, en als Iceave zonder de aanvullende deelname toch geïntroduceerd zou zijn, zouden naar alle waarschijnlijkheid de meeste Nederlandse spaarders van inleg bij Icesave hebben afgezien. Bovendien was de last van de uitkeringen onder het DGS Nederland dan bespaard gebleven.

Het belangrijkste aanknopingspunt voor het minder welwillend behandelen van de aanvullende toetreding van Landsbanki zou ons inziens hebben kunnen zijn

dat het IJslandse garantiestelsel in theorie een volledige dekking van de tegoeden omvatte. In theorie, want deze dekking gold alleen indien daarvoor voldoende fondsen beschikbaar zouden zijn, en het was evident dat die er niet waren. Toch zou DNB, met een beroep op de IJslandse regeling, hebben kunnen verdedigen dat voor aanvullende toetreding geen plaats was, of althans dat er nadere regelingen noodzakelijk waren omdat het TIF in ieder geval voorwaardelijk ook dekking bood voor claims boven het minimumbedrag. De discussie daarover, waarin van IJslandse zijde dan op de beperkingen van het eigen stelsel zou hebben moeten worden gewezen, zou geruime tijd gevergd hebben. Ook het gegeven dat IJsland geen euroland is, en de valutavragen die dit bij het vormgeven van aanvullende toetreding tot het DGS oplevert, zou een reden hebben kunnen zijn om de aanvullende toetreding geruime tijd aan te houden.

DNB heeft het verzoek van Landsbanki om aanvullend tot het Nederlandse DGS toe te treden, dat dateert van september 2007, in eerste instantie procedureel benaderd. Men was aanvankelijk vooral bezig met het formuleren van algemene beleidsuitgangspunten voor *topping up*, en daarna met de wijze waarop de afspraken tussen DNB en Landsbanki en tussen DNB en het IJslandse garantiestelsel zouden moeten worden vormgegeven. Daarbij zijn de in de vorige paragrafen genoemde moeilijkheden rond het IJslandse garantiestelsel wel gesignaleerd. DNB heeft evenwel, geheel volgens de strekking van de Europese regelgeving, geen belemmeringen gezocht om de toelating te verhinderen of uit te stellen, maar heeft voor die moeilijkheden welwillend een oplossing gezocht. Zo is zij ook uitgegaan van de reële dekking die het IJslandse garantiestelsel bood, en niet van de voorwaardelijke onbeperkte dekking. Een afweging op basis van de wenselijkheid van de toetreding van Landsbanki heeft in deze fase van de afhandeling niet plaatsgevonden.

In mei 2008 is de vraag naar de wenselijkheid van de aanvullende toetreding van Landsbanki wel inhoudelijk aan de orde gesteld, onder verwijzing naar de zorgen die bestonden over het IJslandse bankwezen en de IJslandse economie. In een bespreking is toen evenwel geconcludeerd dat de aanvullende toetreding niet was tegen te houden en dat moest worden volstaan met een aantal aanvullende toezichtsmaatregelen. Uit het verslag van deze bijeenkomst zou men kunnen opmaken dat DNB hier niet heeft afgewogen of zij, buiten de strikte grenzen van haar juridische mogelijkheden, de aanvullende toetreding van Landsbanki tot het Nederlandse DGS *feitelijk* zou kunnen en moeten belemmeren. Hier is sprake van

een opvallend verschil met de situatie in augustus 2008, toen DNB als vermeld wel buiten de grenzen van haar formele bevoegdheden heeft getracht de werkzaamheden van Icesave te beperken. Daarop komen wij hieronder nog terug.

Omdat de nadruk in het verslag van de bespreking in mei 2008 ligt op het ontbreken van juridische mogelijkheden om het aanvullend toetreden van Landsbanki tegen te houden, en omdat tevens wordt verwezen naar de lange tijd die Landsbanki al op het afhandelen van haar verzoek heeft moeten wachten, hebben wij ons afgevraagd of dit verschil in bereidheid buiten de wettelijke kaders te treden verklaard kan worden doordat de wenselijkheid van de aanvullende toetreding van Icesave in het voorjaar 2008 pas zo laat onderwerp van beraadslaging en een integrale afweging is gemaakt, dat jegens Landsbanki in redelijkheid geen nieuwe argumenten voor uitstel meer konden worden aangevoerd. DNB heeft ons desgevraagd medegedeeld dat er in mei 2008 weliswaar zorgen over de IJslandse banken en de IJslandse economie bestonden, maar dat deze nog niet zodanig waren dat zij konden rechtvaardigen dat DNB, in afwijking van de voor de aanvullende toetreding op grond van het Europese recht geldende regels, die toetreding feitelijk zou belemmeren. Dat er al enige tijd was verlopen sinds Landsbanki kenbaar maakte dat zij aanvullende wilde deelnemen, heeft daarbij volgens DNB geen invloed gehad. In augustus 2008 was de situatie zodanig ernstiger geworden, dat DNB het wel aangewezen achtte te proberen, buiten de geldende regels om, Landsbanki tot het staken van het aantrekken van gelden te bewegen, aldus DNB. DNB heeft er daarbij op gewezen dat de CDS Spread voor Landsbanki in april 2008 weer begon te dalen.

Bij dit betoog van DNB merken wij het volgende op. Wij delen de opvatting van DNB dat zij, indien zij in het voorjaar en de zomer van 2008 de aanvullende toetreding van Landsbanki tot het Nederlandse DGS desbewust feitelijk zou hebben belemmerd, in strijd zou hebben gehandeld met de strekking van de relevante Europeesrechtelijke regels. Eveneens delen wij de opvatting van DNB dat een dergelijk handelen slechts aanvaardbaar kon zijn indien daarvoor klemmende redenen aanwezig waren, waarbij wij opmerken dat DNB zelfs in dat geval volgens de Europese regels alleen in spoedeisende gevallen buiten de IJslandse toezichthouder FME om had kunnen handelen. De vraag of de situatie rond de IJslandse banken en de IJslandse economie in mei 2008, gemeten naar de kennis van toen, al zodanig was dat een dergelijk optreden toen al gerechtvaardigd was, kunnen wij niet beantwoorden, omdat deze buiten onze expertise valt.

Ook afgezien van de vraag of de situatie in IJsland al dusdanig was, dat deze het toepassen van een minder welwillende behandeling (of, negatiever geformuleerd: vertragingstactiek) rechtvaardigde, zijn er tegen het toepassen van een dergelijke tactiek goede argumenten aan te voeren. DNB heeft er terecht op gewezen dat het niet voor de hand ligt als bestuursorgaan desbewust ten nadere van een onderneming in strijd met de strekking van de toepasselijke Europese regels te handelen. Bovendien heeft Nederland, als klein land, er belang bij dat Europese regels ook naar hun strekking worden nageleefd, en moet daarin dan zelf het goede voorbeeld geven.

Het gaat ons er dan ook niet om dat DNB niet heeft gekozen voor een tactiek van vertraging, door de aanvullende toetreding van Landsbanki minder welwillend te behandelen. Wel vinden wij van belang dat ons onvoldoende is gebleken dat DNB tijdig een integrale afweging heeft gemaakt ten aanzien van de vraag hoe met Icesave zou moeten worden omgegaan. Op grond van het dossier, in het bijzonder het verslag van de bijeenkomst in mei 2008, hebben wij niet volledig kunnen vaststellen in welke mate de bovenstaande meer beleidsmatige overwegingen in het voorjaar van 2008 het handelen en nalaten van DNB hebben bepaald. Bovendien hebben wij niet met zekerheid kunnen vaststellen in hoeverre bij de bespreking in mei 2008, toen de aanvullende toetreding van Landsbanki inhoudelijk is besproken, een rol heeft gespeeld dat reeds de nodige tijd verstreken was met procedurele kwesties, voordat een integrale beoordeling van het verzoek tot aanvullende toetreding plaatsvond. DNB ontkent dat dit aspect van belang is geweest, maar er wordt in het verslag van de bijeenkomst wel naar verwezen. Tot slot is voor ons onvoldoende duidelijk of de afweging die in de bijeenkomst van mei 2008 is gemaakt ook onderdeel van de procedure zou zijn geweest als niet de senior medewerker van DNB in een e-mailbericht de vraag naar de wenselijkheid van de aanvullende toetreding van Landsbanki aan de orde had gesteld.

Wij willen dan ook aanbevelen dat nog eens wordt bezien in hoeverre de interne besluitvormingsprocedures van DNB waarborgen dat tijdig een integrale beoordeling plaatsvindt. DNB heeft haar interne besluitvormingsprocedure inmiddels al aangepast, door in augustus 2008 te besluiten dat verzoeken tot aanvullende toetreding altijd in de volledige directievergadering moeten worden besproken, en niet meer door een van de leden van de directie zullen worden afgehandeld, maar ook daarmee behoeft nog niet verzekerd te zijn dat een integrale

beoordeling tijdig plaatsvindt. Voorkomen moet worden dat aanvullende toetreding (mede) wordt toegestaan omdat de besluitvormingsprocedure zo lang heeft geduurd.

Voor de goede orde merken wij nog het volgende op. Ook als men zou menen dat DNB er, op basis van de toenmalige kennis, beter aan zou hebben gedaan Landsbanki in mei 2008 feitelijk de aanvullende toetreding tot het Nederlandse DGS onmogelijk te maken, zal dat oordeel ons inziens een beleidsmatige en geen juridische kwalificatie van het handelen en nalaten van DNB opleveren. We kunnen het achteraf betreuren dat DNB het verzoek tot aanvullende toetreding van Landsbanki welwillend conform de regels heeft afgehandeld, maar het is niet goed verdedigbaar dat er op DNB een *rechtsplicht* zou hebben gerust om die afhandeling in strijd met de strekking van de Europese regels te traineren.

5.4 Waarschuwingsplicht?

DNB is verweten dat zij het publiek eerder had moeten waarschuwen voor de risico's van Icesave. Dat verwijt kan evenwel geen doel treffen. Kenmerkend voor prudentieel toezicht is dat zodra twijfel ontstaat over de mogelijkheid van een onder toezicht staande instelling om aan haar verplichtingen te voldoen, degenen die direct opvraagbaar geld bij de betrokken instelling hebben uitstaan, dit zullen weghalen voordat deze instelling er nog slechter aan toe is.[73] Hierdoor ontstaat reeds door de waarschuwing een run op de bank. Alleen ingrijpende maatregelen, zoals een overheidsgarantie, kunnen dat proces voorkomen, zoals de afgelopen tijd is gebleken. De noodzaak informatie over problemen bij financiële instellingen buiten de openbaarheid te houden, ligt ook ten grondslag aan het wettelijke stelsel van geheimhoudingsplichten en het instituut van de 'stille curator'.

De wettelijke mogelijkheden voor DNB om mededelingen over de toestand van een financiële instelling te doen, zijn zeer beperkt. Zou DNB, buiten het wettelijk kader om, voor de toestand bij Landsbanki en Icesave gewaarschuwd hebben, dan zou zij als gezegd hoogst waarschijnlijk een run op de bank hebben veroorzaakt, niet alleen in Nederland, maar ook elders in de wereld. Het risico dat DNB hierdoor aansprakelijk zou worden jegens alle benadeelde crediteuren en aandeelhouders, was groot. Waarschuwen was dus niet alleen juridisch niet toelaatbaar, maar ook

[73] Wij verwijzen weer naar D.W. Diamond/Ph.H. Dybvig, Bank Runs, Deposit Insurance, and Liquidity, Federal *Reserve Bank of Minneapolis Quarterly Review* Vol. 24, No. 1, Winter 2000, pp. 14–23.

feitelijk geen reële optie. Dat geldt evenzeer voor andere ingewijden, zoals de minister van Financiën. DNB kan en kon slechts in algemene zin informatie verschaffen over het toezicht op banken en het DGS. In het script van deze algemene informatieverstrekking per telefoon, dat wij hebben opgevraagd, hebben wij geen onjuiste of misleidende gegevens aangetroffen. Of DNB haar informatieverstrekking steeds conform dat script heeft uitgevoerd, of dat er, zoals door benadeelden wel is gesteld, op individuele basis meer vertrouwenwekkende voorlichting heeft plaatsgevonden, hebben wij niet onderzocht, omdat dit buiten het bestek van onze onderzoeksopdracht viel. Wij kunnen daarover dan ook geen conclusie formuleren. Evenmin hebben wij onderzocht of het publiek voldoende bekend was met de beperkingen die aan de voorlichtende taak van DNB zijn gesteld – zou dat niet het geval zijn, dan zou het uitblijven van een waarschuwing ten onrechte vertrouwen hebben kunnen opwekken. Het is wenselijk dit nader te onderzoeken.

5.5 Gang van zaken in de zomer van 2008

5.5.1 Inleiding

In juli 2008 blijken bij DNB ernstige zorgen te bestaan over Icesave. Men zoekt naar wegen om Landsbanki uit het Nederlandse DGS te zetten. De zorgen leiden medio augustus tot het besluit om het aantrekken van tegoeden in Nederland niet langer toe te staan. Ter uitvoering van dat besluit vindt overleg plaats met Landsbanki en met de FME. Die ontkennen evenwel de noodzaak van een dergelijke maatregel, en betwisten de bevoegdheid van DNB die te nemen. Wel biedt Landsbanki aan extra zekerheden te stellen. DNB vindt dit een stap in de goede richting, maar het is geen oplossing voor de fundamentele problemen. Wel blijft DNB met de FME in overleg, tot het omvallen van Landsbanki begin oktober.

De gang van zaken in de periode juli-september roept twee vragen op. De eerste vraag is of DNB niet eigenmachtig haar besluiten van medio augustus 2008 had kunnen uitvoeren toen de FME daaraan niet wilde meewerken. De tweede is waarom DNB geen gevolg heeft gegeven aan het aanbod van Landsbanki tot het deponeren van extra schuldpapier.

5.5.2 Eigenmachtig ingrijpen DNB

Zoals in paragraaf 3.1.3 en 3.5 is beschreven, had DNB op grond van de Europese regels naar ons oordeel de mogelijkheid zelfstandig aanwijzingen aan Landsbanki

(Amsterdam) te geven indien zij meende dat de ontwikkelingen bij Landsbanki ook de liquiditeit van het bijkantoor in gevaar brachten en constateerde dat de IJslandse toezichthouder ook na het overleg met DNB te weinig deed om dit gevaar af te wenden.

DNB heeft de bovenstaande opvatting over de bevoegdheid aanwijzingen te geven betwist. In de opvatting van DNB mag DNB enkel kijken naar de liquiditeit van het bijkantoor zelf, en niet naar externe ontwikkelingen die deze liquiditeit bedreigen. Landsbanki Amsterdam was voor haar liquiditeit afhankelijk van de moederbank – hetgeen gebruikelijk is – maar voor het liquiditeitstoezicht is voldoende dat zij aanspraken tot het verkrijgen van gelden op de moederbank had. Dat twijfel bestond of die aanspraken geëffectueerd konden worden, staat volgens DNB buiten het liquiditeitstoezicht, en viel onder het toezicht van de FME. DNB heeft haar opvatting gesteund met een opinie van een deskundige juridisch adviseur.

Wij vinden de opvatting die DNB voorstaat zeker niet onverdedigbaar, maar achten haar te beperkt en te voorzichtig. Zij impliceert dat zelfs indien DNB informatie heeft waardoor zeer aannemelijk of zelfs zeker is dat het bijkantoor in liquiditeitsproblemen zal komen als gevolg van ontwikkelingen die de bank als geheel betreffen, zij geen maatregelen jegens het bijkantoor mag nemen om de lokale liquiditeit te verbeteren, ook niet als zij constateert dat de toezichthouder in het land van herkomst zonder daartoe redelijke gronden aan te voeren in gebreke blijft op te treden. Daarbij komt dat DNB wel degelijk inzicht had in gegevens die de solvabiliteit en de liquiditeit van Landsbanki als geheel betroffen, en dat zij daar ook actief naar op zoek was.[74] Wij wijzen er voorts op dat Landsbanki Amsterdam volgens het dossier tot op de dag dat Landsbanki in deconfiture raakte aan de lokale liquiditeitsvereisten voldeed.

Het heeft relatief lang geduurd voordat DNB over de risico's die zij bij Landsbanki zag met de FME op hoog niveau overleg voerde. Na dat overleg, begin september, had DNB kunnen constateren dat de FME te weinig deed om het gevaar af te wenden: de FME ontkende het gevaar immers op een wijze die ongeloofwaardig was, onder meer door te betwisten dat de premie voor de CDS reden gaf tot zorg.[75] Naar ons oordeel zou DNB toen zelfstandig tegen Landsbanki Amsterdam hebben

[74] Zie bijvoorbeeld par. 4.2.2 en 4.4.
[75] Volgens het rapport Jännäri was, achteraf beschouwd, de FME niet tegen haar taak opgewassen (p. 7).

kunnen optreden door haar de aanwijzing te geven het verder aantrekken van gelden te staken en voldoende liquiditeit in Nederland aan te houden.

Wij realiseren ons dat een dergelijk optreden niet zonder moeilijkheden zou zijn geweest: Landsbanki betwistte dat DNB ertoe bevoegd was. Uit de discussie die wij hiervoor vermeld hebben, blijkt al dat men daarover inderdaad van mening kan verschillen, en hoewel wij van oordeel zijn dat DNB wel had kunnen optreden, vinden we de tegengestelde opvatting als gezegd niet onverdedigbaar. Als bekend werd dat DNB tegen Icesave optrad, zou dat bovendien hetzelfde negatieve effect hebben gehad als een openbare waarschuwing. Daarbij komt dat DNB probeerde Landsbanki te bewegen tot het vrijwillig staken van het aantrekken van gelden; een formele aanwijzing zou dat proces doorkruisen en als de juridische bezwaren daartegen van Landsbanki gegrond zouden zijn verklaard, zou DNB met lege handen hebben gestaan, zoals DNB ons terecht heeft voorgehouden. Wij komen dus niet tot het oordeel dat DNB in de gegeven omstandigheden had moeten optreden door een aanwijzing te geven. Wel stellen wij vast dat ons uit het dossier onvoldoende is gebleken dat DNB een afdoende afweging van de voordelen en de nadelen van eigenmachtig optreden tegen Landsbanki heeft gemaakt. Het is bij ferme woorden gebleven vrijwel tot aan het moment dat Landsbanki in IJsland door de overheid werd overgenomen. Pas in het allerlaatste stadium heeft DNB ervoor gekozen wel maatregelen te treffen – maatregelen waarvan de juridische basis overigens eveneens niet geheel duidelijk was. De rechter heeft, na de nodige aarzeling, met de toepassing van de noodregeling op het bijkantoor ingestemd.

5.5.3 Aanbod Landsbanki tot deponeren extra schuldpapier

Landsbanki heeft tijdens het overleg met DNB aangeboden bij DNB onderpand onder te brengen in de vorm van *ECB repo eligible securities* van 5% van alle '*easy access deposits*' tot 1.150 miljoen euro, bovenop de reserves die bij DNB worden aangehouden. Daarnaast stelt Landsbanki voor één euro aan te houden voor elke euro *easy access deposits* die boven 1.150 miljoen euro is of wordt aangetrokken. DNB heeft dit voorstel een goede eerste stap genoemd, maar heeft geconstateerd dat het de fundamentele problemen niet oplost. Aan het voorstel is geen uitvoering gegeven en DNB heeft daar ook niet om gevraagd.

DNB heeft ons uiteengezet dat het voorstel van Landsbanki geen oplossing voor de problemen betekende, omdat de aangehouden tegoeden bij deconfiture van Landsbanki in de algemene boedel zouden vallen, en niet in het bijzonder ten goede zouden komen aan de Nederlandse rekeninghouders. Het aanbod van Landsbanki

was dan ook geen goed alternatief voor de wens van DNB dat Landsbanki Amsterdam het aantrekken van gelden zou staken. Daarbij komt dat de vraag was of Landsbanki de gewenste kwaliteit schuldpapier wel kon leveren.

Ook hier kan men achteraf concluderen dat het wellicht niet gebaat, maar ook niet geschaad zou hebben als Landsbanki aan haar aanbod gevolg zou hebben gegeven. In het ergste geval, waren de gedeponeerde *securities* ten goede gekomen aan alle crediteuren van Landsbanki, in het beste geval hadden de Nederlandse schuldeisers er nog iets aan overgehouden, volgens het principe "hebben is hebben, en krijgen is de kunst". Wellicht was het zelfs mogelijk geweest op het depot een zekerheidsrecht te vestigen ten bate van het Nederlandse DGS, alhoewel daar wel faillissementsrechtelijke haken en ogen aan waren verbonden. Ook hier is uit het dossier niet duidelijk waarom DNB niet met voortvarendheid vervolg heeft gegeven aan het door DNB als stap in de goede richting verwelkomde aanbod van Landsbanki.

5.6 Conclusie en aanbevelingen

1. Onze belangrijkste conclusie is dat de kern van de problemen rond Icesave is gelegen in de opstelling van Landsbanki en de IJslandse toezichthouder FME binnen het Europese stelsel van *home state control* en daarmee aan de tekortkomingen van dat stelsel.
2. Onze belangrijkste aanbeveling is dat het Europese stelsel grondig moet worden herzien. In ieder geval moet een situatie waarin een land wel het risico van de deconfiture van een financiële instelling draagt, via het DGS, maar nauwelijks zeggenschap heeft over de bewaking van dat risico, voorkomen worden. Dat kan door de toezichthouders van de ontvangende lidstaten meer bevoegdheden te geven – een terugkeer naar vroeger tijden – of door op Europees niveau te voorzien in toezicht of in betere samenwerking en conflictbeslechting tussen toezichthouders. Daarbij moet de neiging om in noodsituaties voor het nationale belang te kiezen, niet worden onderschat.
3. Wij concluderen dat het DNB niet was toegestaan te waarschuwen voor de situatie bij Landsbanki/Icesave. Wij bevelen aan dat onderzocht zou moeten worden in hoeverre de beperkingen die hierbij voor DNB en anderen, zoals het ministerie van Financiën, gelden bij het publiek voldoende bekend zijn, zodat eventuele valse verwachtingen worden voorkomen.

4. Wij stellen vast dat uit het dossier voor ons niet voldoende duidelijk is geworden waarom DNB a) niet minder welwillend is opgetreden ten aanzien van de aanvullende deelname van Landsbanki aan het Nederlandse DGS; b) niet krachtdadiger heeft opgetreden toen in de loop van de zomer 2008 bij haar grote zorgen over Landsbanki ontstonden, en zowel Landsbanki als de FME weigerden die zorgen te erkennen en daarnaar te handelen; c) niet met voortvarendheid gevolg heeft gegeven aan het aanbod van Landsbanki om schuldpapier in depot te geven naar rato van de rekeningsaldi bij Icesave. Wij stellen verder vast dat in al deze drie gevallen goede redenen voor de handelswijze van DNB kunnen worden aangevoerd, zoals ook goede redenen voor de tegengestelde handelwijze kunnen worden aangevoerd, maar dat uit het dossier onvoldoende blijkt op welke gronden DNB gekozen heeft voor de voorzichtige gedragslijn die zij heeft gevolgd.
5. Wij bevelen aan dat a) wordt nagegaan in hoeverre de interne besluitvormingsprocedures van DNB waarborgen dat tijdig een integrale beoordeling plaatsvindt en b) DNB voorziet in betere verslaglegging van de afwegingen die zij maakt, zowel om die afwegingen voor haarzelf te expliciteren als om controle daarop beter mogelijk te maken.
6. Wij benadrukken dat DNB moest handelen binnen de beperkingen van het Europese stelsel en met onzekere informatie. Dat achteraf geconcludeerd kan worden dat een andere handelwijze het nadeel dat door Icesave is ontstaan geheel of gedeeltelijk had kunnen voorkomen, impliceert niet dat DNB, binnen dat kader en naar de wetenschap die zij toentertijd had, beleidsmatig verkeerde keuzes heeft gemaakt en nog minder dat DNB rechtens gehouden zou zijn geweest anders te handelen.