

Amsterdam, 7 juni 2009

prof. mr. drs. C.M. Grundmann-van de Krol
T +31 20 717 14 58
F +31 20 717 13 13
christel.grundmann@nautadutilh.com

mr. A.J. Haasjes, advocaat
T +31 20 717 18 27
F +31 20 717 13 26
allart.haasjes@nautadutilh.com

Notitie

Aan mr. F. de Vries
De Nederlandsche Bank N.V.
Betreft Reikwijdte toezicht DNB inzake bijkantoren
Kopie prof. mr. W.A.K. Rank
NautaDutilh N.V.

1. **Inleiding**

1.1 Naar aanleiding van een door prof. mr. C.E. du Perron en prof. mr. A.J.C. de Moor-van Vugt (**de Onderzoekers**) vervaardigd conceptrapport in het kader van het Icesave-dossier (**het Conceptrapport**), heeft u ons gevraagd de volgende vragen te beantwoorden:

- a. wat is de reikwijdte van het toezicht van DNB terzake van in Nederland gevestigde bijkantoren van kredietinstellingen die beschikken over een vergunning verleend in een andere EER-staat;
- b. ten aanzien van welke kwesties kan DNB terzake van de onder a. bedoelde bijkantoren handhavende maatregelen treffen.

1.2 In dit memo zal allereerst een korte schets worden gegeven van het relevante juridische kader. Vervolgens zullen de vragen onder a. en b. worden beantwoord.

2. **Juridisch kader**

2.1 De in de inleiding weergegeven vragen zien op de bevoegdheden van DNB in het kader van de in het Nederlandse recht omgezette Europese richtlijn inzake de toegang tot en de uitoefening van de werkzaamheden van kredietinstellingen (Richtlijn 2006/48/EG (herschikking) PbEU (2006) L 177 (**de Bankenrichtlijn**)). In Overweging 7 van de Bankenrichtlijn is onzes inziens de kern weergegeven van het toezichtstelsel zoals dat van toepassing is ten aanzien van

kredietinstellingen (maar ook bijvoorbeeld in andere Europese richtlijnen zoals ten aanzien van beleggingsondernemingen). De eerste alinea van Overweging 7 luidt:

"Het is aangewezen een wezenlijke, noodzakelijke en voldoende harmonisatie tot stand te brengen om te komen tot een wederzijdse erkenning van de vergunningen en van de stelsels van bedrijfseconomisch toezicht, waardoor één en dezelfde vergunning voor de gehele Gemeenschap geldig is en waarbij het beginsel geldt dat het bedrijfseconomisch toezicht wordt uitgeoefend door de lidstaat van herkomst."

2.2 Met deze overweging wordt tot uitdrukking gebracht dat de tengevolge van de Bankenrichtlijn tot stand gebrachte harmonisatie een voldoende basis is om binnen de Gemeenschap te vertrouwen op de kwaliteit van het door de individuele lidstaten uitgeoefende toezicht (zie J.W.J.M. van der Vossen, *De Tweede Coördinatierichtlijn Bankrecht*, 1991, p. 4). Of anders gezegd: aan de noties van wederzijdse erkenning van de bankvergunning en bedrijfseconomisch toezicht, ligt de harmonisatie van het bedrijfseconomisch toezicht op banken ten grondslag. Deze harmonisatie vormt de basis dat de lidstaten een zodanig vertrouwen in elkaars toezicht kunnen hebben dat tot het stelsel van lidstaat van herkomst-toezicht (*home country control*) kon worden overgegaan (zie ook *Kamerstukken II* 1991-1992, 22 665, nr. 3, p. 7). Hoofddregel is dus dat de toezichthouders in de verschillende lidstaten vertrouwen op de kwaliteit en effectiviteit van elkaars toezicht en om die reden verleende vergunningen over en weer erkennen.

2.3 Op de hiervoor weergegeven hoofddregel van *home country control* bestaat een uitzondering indien het gaat om bijkantoren van een kredietinstelling met een vergunning verleend door de bevoegde autoriteit in de lidstaat van herkomst. In Overweging 21 van de Bankenrichtlijn is dat aldus geformuleerd:

"De bevoegde autoriteiten van de lidstaat van ontvangst dienen verantwoordelijk te zijn voor het toezicht op de liquiditeit van de bijkantoren en voor het monetaire beleid. Met betrekking tot het toezicht op het marktrisico moet er een nauwere samenwerking zijn tussen de bevoegde autoriteiten van de lidstaat van herkomst en die van de lidstaat van ontvangst."

● NautaDutilh

3

Amsterdam, 7 juni 2009

- 2.4 De bevoegdheidsverdeling tussen de autoriteiten in de lidstaat van ontvangst en herkomst is neergelegd in artikelen 40 en 41 Bankenrichtlijn. Het bedrijfseconomisch toezicht op de grensoverschrijdend opererende kredietinstelling wordt uitgeoefend door de toezichthouder in de lidstaat van herkomst (de *home supervisor*): deze is belast met het bedrijfseconomisch toezicht op de kredietinstelling waaronder het bedrijfseconomisch toezicht op de grensoverschrijdende werkzaamheden van de kredietinstelling en onverminderd de in de Bankenrichtlijn neergelegde bevoegdheden van de lidstaat van ontvangst (artikel 40 Bankenrichtlijn).
- 2.5 De toezichthouder in de lidstaat van ontvangst (ook wel aangeduid als *host supervisor*) is verantwoordelijk voor het toezicht op de liquiditeit van het bijkantoor en is tevens verantwoordelijk voor maatregelen die voortvloeien uit de tenuitvoerlegging van zijn monetaire beleid (zie artikel 41 Bankenrichtlijn). Deze uitzondering op de hoofdregel van *home country control* is, zoals uit artikel 41 Bankenrichtlijn impliciet blijkt, opgenomen omdat er ten tijde van het opstellen van de richtlijn betreffende de toegang tot en de uitoefening van de werkzaamheden van kredietinstellingen (Richtlijn 89/646/EEG Pb (1989) L 386) (**Tweede Bankenrichtlijn**) in 1989 nog onvoldoende harmonisatie was op het terrein van liquiditeit en monetair beleid. Van der Vossen, t.a.p., p. 25 verwoordt de reden voor de uitzondering als volgt:
- "Zolang binnen de EG nog verschillende valutagebieden bestaan, zal de liquiditeit van een bankinstelling die in een bepaalde valutazone actief is, gemeten worden in de valuta van die zone. Eveneens zal er vooralsnog door de verschillende lidstaten verschillend, zij het onderling gecoördineerd, monetair beleid gevoerd worden."*
- 2.6 Wij verwijzen verder naar M. Tison, *De interne markt voor bank- en beleggingsdiensten*, 1999, p. 634, die wat de redenen voor de uitzondering betreft tevens wijst op de moeilijkheid die voortvloeit uit de nauwe band van het liquiditeitstoezicht met het monetaire beleid van een lidstaat.
- 2.7 Ook ten tijde van de parlementaire behandeling inzake de implementatie van de Tweede Bankenrichtlijn in de toenmalige Wet toezicht kredietwezen 1992 (**Wtk 1992**) is als reden voor de uitzondering op de hoofdregel van *home country control* opgemerkt dat *"er thans met betrekking tot de systematiek en normering van het liquiditeitstoezicht en*

*de inhoud en tenuitvoerlegging van monetair beleid nog sprake is van een onvoldoende mate van harmonisatie" (Kamerstukken II 1991-1992, 22 665, nr. 3, p. 10). Wat het liquiditeitstoezicht betreft dient de *home supervisor* toezicht te houden op de algehele liquiditeit van de kredietinstelling inclusief de buitenlandse bijkantoren van de kredietinstelling. De primaire rol van de *home supervisor* in het liquiditeitstoezicht geeft het belang aan van een goede en nauwe samenwerking tussen *home supervisor* en *host supervisor* (zie ook Tison, t.a.p., p. 635). Ten behoeve van het toezicht dat de *host supervisor* moet uitoefenen, bevat artikel 42 Bankenrichtlijn de verplichting tot nauwe samenwerking tussen de *home supervisor* en *host supervisor*. Artikel 29 Bankenrichtlijn bepaalt dat de *host supervisor* dezelfde gegevens van een bijkantoor van een kredietinstelling met Europees paspoort kan verlangen als de gegevens die hij van de 'eigen' nationale kredietinstelling verlangt (vergelijk artikel 3:77 Wet op het financieel toezicht (Wft) jo artikel 3:72 Wft).*

- 2.8 In Overweging 22 van de Bankenrichtlijn is neergelegd dat de *host supervisor*:

"(...) op eigen initiatief of op initiatief van de bevoegde autoriteiten van de lidstaat van herkomst, in dringende gevallen [moet] kunnen nagaan of de werkzaamheden van een instelling op haar grondgebied in overeenstemming zijn met de wet, en met de beginselen van een goede administratieve en boekhoudkundige procedures en van een adequate interne controlemaatregelen."

- 2.9 Deze passage in de considerans van de Bankenrichtlijn biedt naar onze mening geen aanknopingspunt voor het treffen van maatregelen ten aanzien van een bijkantoor op het gebied van financiële soliditeit of solvabiliteit. Wij verwijzen kortheidshalve naar hetgeen Tison in dat kader heeft opgemerkt (M. Tison, t.a.p., p. 679):

"Aangezien deze mogelijkheid [genoemde passage in Overweging 22, CMGvdK/AJH], als uitzondering op de exclusieve bevoegdheid van het herkomstland, niet in de tekst van de richtlijn zelf voorkomt, dringt een bijzonder strikte interpretatie zich op: niet alleen is deze bevoegdheid enkel in uitzonderingsgevallen aan te wenden; bovendien blijft zij beperkt tot het 'nagaan' van de voormelde elementen, hetgeen enkel een onderzoeksbevoegdheid lijkt in te houden, met uitsluiting van enig dwangoptreden ten aanzien van de buitenlandse

● NautaDutilh

5

Amsterdam, 7 juni 2009

kredietinstelling. Bijgevolg is deze considerans bezwaarlijk als een verdere explicitering van de spoedprocedure ex artikel 21, lid 7 Tweede Bankenrichtlijn [thans artikel 33 Bankenrichtlijn, CMGvdK/AJH] te beschouwen."

- 2.10 Het vorenstaande geeft geen aanleiding te veronderstellen dat het toezicht op bijkantoren door de *host supervisor* meer omvat dan toezicht op de liquiditeit en het in dat kader treffen van maatregelen wanneer aan de regels omtrent liquiditeitstoezicht niet wordt voldaan door het bijkantoor.
- 2.11 Op grond van artikel 31 Bankenrichtlijn kan de *host supervisor* optreden tegen overtredingen van wettelijke bepalingen van algemeen belang. Bedacht dient te worden dat via deze weg niet kan worden opgetreden tegen schending van prudentiële regels op het gebied van financiële soliditeit of solvabiliteit. De Bankenrichtlijn voorziet namelijk reeds in een exclusieve attributie daarvan aan de *home supervisor* (vgl. M. Tison, t.a.p., p. 682). De *host supervisor* heeft in dit kader enkel bevoegdheden ten aanzien van de liquiditeit van het bijkantoor (zie ook J.W.J.M van der Vossen, De Tweede Coördinatie-richtlijn Bankrecht, 1991, p. 25). De Wft bevat geen bepaling op grond waarvan DNB vanwege het algemeen belang maatregelen kan treffen. Artikel 31 Bankenrichtlijn is in zoverre dus niet van belang voor de Nederlandse situatie.
- 2.12 Het hiervoor besproken kader is terug te vinden in de Wft. Uit artikelen 3:64 Wft jo. artikel 3:64 Wft blijkt dat ten aanzien van in Nederland gevestigde bijkantoren van kredietinstellingen met zetel in een andere EER-staat door DNB uitsluitend liquiditeitstoezicht wordt uitgeoefend. Dit was onder de tot 1 januari 2007 geldende Wtk 1992 niet anders (zie artikel 35 jo. 28 Wtk 1992 voordat deze bepalingen overgeheveld werden naar de Wft). Zo is in de toelichting van de Wtk 1992 (*Kamerstukken II*, 1991/1992, 22 665, nr. 3, p. 39-40) bij het toenmalige artikel 33 onder meer opgemerkt:

"In artikel 33 Wtk 1992 is bepaald dat de Bank in eerste instantie zelf maatregelen kan nemen indien zij constateert dat een Nederlands bijkantoor van een in een andere Lid-Staat gevestigde kredietinstelling de liquiditeitsrichtlijnen niet naleeft, of indien zij anderszins van oordeel is dat de liquiditeit van het bijkantoor in gevaar is of zou kunnen komen." (onderstreping CMGvdK/AJH)

3. Beantwoording vragen

Beantwoording vraag onder a.

- 3.1 Hiervoor is uiteengezet dat DNB geen toezicht houdt op de instelling in het land van herkomst. De *home supervisor* is belast met de vergunningverlening en -intrekking van de kredietinstelling die, al dan niet via een bijkantoor, grensoverschrijdend diensten verleent of activiteiten verricht. De *home supervisor* oefent het daarbij behorende prudentiële ("bedrijfseconomische") toezicht uit. Het is ook de *home supervisor* die beoordeelt of een bijkantoor kan worden geopend in een andere lidstaat mede gelet op de financiële positie van de kredietinstelling (zie artikel 25 Bankenrichtlijn). DNB houdt geen toezicht op de vergunninghoudende instelling in de andere lidstaat, maar houdt slechts toezicht op de liquiditeitspositie van het bijkantoor. Uit het stelsel van *home country control* volgt dat DNB mag en dient te vertrouwen op de kwaliteit en effectiviteit van het prudentiële toezicht van de *home supervisor*. Dat neemt niet weg dat het wederzijds vertrouwen tussen *home supervisor* en *host supervisor* aan spanningen onderhevig kan zijn. Indien het toezicht door de *home supervisor* naar het oordeel van de *host supervisor* tekortkomingen zou vertonen bij de concrete invulling van de door de Bankenrichtlijn opgelegde normen, dient de *host supervisor* desondanks te blijven binnen de door de Bankenrichtlijn neergelegde bevoegdheidsverdeling. Of anders gezegd, de *host supervisor* kan de erkenning van de vergunning verleend door de *home supervisor* niet weigeren wanneer het prudentiële toezicht in de lidstaat van herkomst naar het oordeel van de *host supervisor* tekortkomingen zou vertonen.
- 3.2 Hoewel er een zekere samenhang bestaat tussen de solvabiliteit en liquiditeit van een kredietinstelling en de liquiditeit van een bijkantoor zal afhangen van de liquiditeitspositie van de "moeder"-instelling, is het naar onze mening voor DNB niet toegestaan dat zij toezicht houdt op het eigen vermogen of de solvabiliteit of algehele liquiditeit van de moederinstelling. Dat is de exclusieve bevoegdheid van de *home supervisor*. Zorgwekkende ontwikkelingen in dat verband - hoewel die mogelijk ook gevolgen kunnen hebben voor het bijkantoor - dienen door de *home supervisor* te worden geconstateerd en geredresseerd. Het toezicht van DNB dient zich te beperken tot de liquiditeitspositie van het bijkantoor. Pas wanneer ten aanzien daarvan zorgwekkende ontwikkelingen ontstaan, kan er voor DNB aanleiding bestaan handhavend op te treden volgens het stramien van Afdeling 5 van de Bankenrichtlijn (met name artikelen 29-34 Bankenrichtlijn).

● NautaDutilh

7

Amsterdam, 7 juni 2009

- 3.3 Het toezicht van DNB terzake van bijkantoren is dus beperkt. Dat betekent niet dat dat toezicht zonder betekenis is. Weliswaar zal, zoals hiervoor opgemerkt, de liquiditeitspositie van een bijkantoor afhangen van ontwikkelingen bij de "moeder"-instelling (hetgeen valt onder de verantwoordelijkheid van de *home supervisor*), er zijn echter ook situaties waarbij de liquiditeit van het bijkantoor in gevaar kan komen zonder dat er sprake is van negatieve solvabiliteits- of liquiditeitsontwikkelingen bij de moederinstelling. Als voorbeeld kan worden genoemd een Nederlands bijkantoor van een Britse bank, waarbij het bijkantoor liquiditeit aanhoudt in euro's en de moeder uitsluitend over liquiditeit in Britse ponden beschikt. Wanneer het bijkantoor om wat voor reden dan ook plotseling behoefte zou hebben aan liquiditeit in euro's, kan zij daarover via de moeder niet de beschikking krijgen. Daardoor kan haar liquiditeitspositie in gevaar komen. Reeds voor dergelijke gevallen heeft het toezicht van DNB dus toegevoegde waarde. Daarnaast is het toezicht van DNB uiteraard van belang voor de *home supervisor*. In die zin kan DNB worden beschouwd als verlengstuk van de *host supervisor* bij het inwinnen van informatie (zie artikel 1:56 Wft).
- 3.4 Nu DNB ten aanzien van in Nederland gevestigde bijkantoren van kredietinstellingen met zetel in een andere lidstaat geen toezicht houdt op het eigen vermogen of de solvabiliteit van "moeder"-instelling, kunnen zorgwekkende ontwikkelingen dienaangaande ook geen grondslag vormen voor het geven van een aanwijzing door DNB. Dat zou een inbreuk zijn op de essentie van de Bankenrichtlijn, te weten het vertrouwen in de kwaliteit en effectiviteit van het toezicht van de *home supervisor*. Een dergelijke aanwijzing door DNB zou tevens het bestek van de Wft te buiten gaan, nu daarin immers – overeenkomstig de Bankenrichtlijn – is neergelegd dat het toezicht van DNB op in Nederland gevestigde bijkantoren van kredietinstellingen met zetel in een andere lidstaat uitsluitend betrekking heeft op hun liquiditeitspositie.
- 3.5 Bovendien zou een ruime taakopvatting van het liquiditeitstoezicht ten aanzien van bijkantoren door *host supervisors* tot onwerkbaar situaties leiden. Als voorbeeld kan worden genoemd een grote Nederlandse kredietinstelling met bijkantoren in alle EER-staten. Indien de *host supervisors* zich niet zouden beperken tot het liquiditeitstoezicht van die bijkantoren die zich op hun grondgebied bevinden, zou dat afbreuk doen aan de effectiviteit van het prudentiële (bedrijfseconomisch) toezicht dat DNB als *home supervisor* moet uitoefenen.
- 3.6 Daarnaast bestaat bij een te ruime taakopvatting van de *host supervisor*

het gevaar dat deze een maatregel treft die ingaat tegen het prudentiële toezicht van DNB en de kredietinstelling negatief zou kunnen beïnvloeden. Dat gevaar is niet ondenkbeeldig indien uitgegaan zou worden van een (te) ruime taakopvatting, nu - zoals hierna nader zal worden geschetst in alinea 3.10 e.v. - de *host supervisor* niet het volledige overzicht over de solvabiliteits- en liquiditeitspositie heeft van de gehele instelling (hetgeen ook niet de taak en verantwoordelijkheid is van de *host supervisor*). Bij gebreke van een volledige kennis van de relevante feiten is het zeker niet uitgesloten dat een maatregel wordt getroffen die juist prudentiële problemen veroorzaakt in plaats van deze te voorkomen of op te lossen (bijvoorbeeld publicatie van een handhavende maatregel die ertoe leidt dat klanten hun vertrouwen in de betrokken instelling verliezen en er een *bank run* ontstaat).

- 3.7 Op de vraag onder a. moet dus worden geantwoord dat de reikwijdte van het toezicht van DNB terzake van in Nederland gevestigde bijkantoren van kredietinstellingen die beschikken over een vergunning verleend in een andere EER-staat niet verder strekt dan de liquiditeitspositie van die bijkantoren.

Beantwoording vraag onder b.

- 3.8 Uit het antwoord op vraag a. volgt dat DNB uitsluitend handhavende maatregelen kan treffen ten aanzien van de liquiditeit van in Nederland gevestigde bijkantoren van kredietinstellingen die beschikken over een vergunning verleend door de bevoegde autoriteit in een andere EER-staat. Gelet op artikel 3:64 jo artikel 3:64 Wft, bestaat voor handhavende maatregelen ten aanzien van andere onderwerpen geen wettelijke grondslag. Indien DNB handhavende maatregelen (bijvoorbeeld een aanwijzing als bedoeld in artikel 1:75 Wft) zou treffen jegens de "moeder"-instelling vanwege zich bij haar voordoende negatieve ontwikkelingen ten aanzien van solvabiliteit of liquiditeit die mogelijk ook gevolgen hebben voor het bijkantoor, dan zou naar onze mening een dergelijke aanwijzing bloot staan aan vernietiging door de bestuursrechter wegens het ontbreken van een deugdelijke wettelijke grondslag.
- 3.9 Daarnaast dient te worden bedacht dat door DNB getroffen handhavende maatregelen door de bestuursrechter indringend wordt getoetst op rechtmatigheid, op kwesties als zorgvuldig feitenonderzoek, zorgvuldige voorbereiding, evenwichtige belangenafweging, juiste toepassing van de wettelijke bepalingen alsmede op de motivering van de maatregel (zie bijvoorbeeld CBb 27 september 2005, LJN: AU3486, CBb 12 september

● NautaDutilh

9

Amsterdam, 7 juni 2009

2006, LJN: AY7979, CBb 6 september 2007, LJN: BB3786, CBb 26 augustus 2008, LJN: BD5340).

- 3.10 Een voorwaarde voor een zorgvuldige besluitvorming is dat DNB beschikt over alle relevante informatie ten aanzien van de instelling waartegen de maatregel moet worden getroffen. Een besluit dat enkel is gebaseerd op vermoedens, zal reeds om die reden door een bestuursrechter worden vernietigd. DNB kan echter slechts informatie opvragen bij andere toezichthouders voor zover dat voor haar taak op grond van de Wft *noodzakelijk* is (vgl. artikel 1:51 Wft en artikel 5:13 Algemene wet bestuursrecht). De reikwijdte van de informatie-inwinning vindt haar begrenzing in de "noodzakelijkheids"-eis.
- 3.11 De hiervoor genoemde "noodzakelijkheids"-eis brengt mee dat DNB geen informatie kan inwinnen bij de "moeder"-instelling van het bijkantoor indien die informatie niet rechtstreeks betrekking heeft op het liquiditeitstoezicht van het bijkantoor (hetgeen niet per definitie het geval zal zijn ten aanzien van informatie over het eigen vermogen, de solvabiliteit of liquiditeit van de "moeder"-instelling). Dat betekent dat DNB zich geen afgewogen oordeel kan vormen over de ontwikkelingen bij de "moeder"-instelling. DNB is derhalve niet in staat te beoordelen of zich bij de "moeder"-instelling voordoende negatieve ontwikkelingen ten aanzien van solvabiliteit, eigen vermogen of liquiditeit nopen tot het treffen van handhavende maatregelen. Het zal daarom naar onze mening voor DNB niet mogelijk zijn in dat kader besluiten te nemen die blijk geven van een zorgvuldige voorbereiding en een evenwichtige belangenafweging.
- 3.12 Uiteraard betekent het vorenstaande niet dat er geen toezicht wordt of moet worden gehouden op de "moeder"-instelling. Echter, dat toezicht is, zoals al eerder opgemerkt, de exclusieve bevoegdheid van de *home supervisor*. Uit hoofde van de Bankenrichtlijn mag en dient DNB te vertrouwen op de kwaliteit en effectiviteit van het toezicht van de *home supervisor* op de "moeder"-instelling.
- 3.13 Het antwoord op de vraag onder b. luidt dat DNB uitsluitend handhavende maatregelen kan treffen in het kader van het liquiditeitstoezicht op het bijkantoor: uitsluitend bij negatieve ontwikkelingen van de liquiditeit van het bijkantoor kan DNB handhavend optreden.
