

Ondernemingsrecht, Speak softly and carry a big stick

Vindplaats:	Ondernemingsrecht 2010, 97	Bijgewerkt tot:	16-09-2010
Auteur:	Bart P.M. Joosen		

De 'Big Stick'-doctrine voor het buitenlandbeleid van de Verenigde Staten werd voor het eerst geïntroduceerd door president Theodore Roosevelt in 1901. In zijn autobiografie werd deze doctrine samengevat als volgt:

'The exercise of intelligent forethought and of decisive action sufficiently far in advance of any likely crisis.'

In het rapport van de commissie Scheltema van 23 juni 2010 wordt De Nederlandsche Bank NV ('DNB') in het toezicht op DSB Bank een aantal verwijten gemaakt. Deze verwijten komen erop neer dat DNB te laat en te weinig effectief ingreep bij DSB Bank, waardoor deze financiële onderneming uiteindelijk failliet werd verklaard. Dat, overigens volgens de commissie Scheltema door DNB niet te vermijden, faillissement heeft geleid tot grote schade voor gedupeerde cliënten van DSB Bank.

Het faillissement van DSB Bank zal nog jarenlang de sporen achterlaten van een onderneming die gedurende een kleine vijf jaar na de verlening van de vergunning door DNB een explosieve groei kende in de kredietverlening aan de particuliere sector. De onderneming van deze bank verstreekte op agressieve wijze consumentenkrediet, schond daarbij de op banken rustende zorgplichten en financierde deze groei op den duur met spaargeld dat door DSB Bank dankzij de bankvergunning werd aangetrokken. De commissie Scheltema constateert dat deze bankvergunning echter nooit had mogen worden verleend totdat fundamentele verbeteringen in de bestuursstructuur en organisatie waren aangebracht.

Met de publicatie van het rapport van de commissie Scheltema is de evaluatie van het optreden van DNB nog niet ten einde. Kort na de publicatie van het rapport werd door de Minister van Financiën aan DNB de opdracht gegeven om een plan van aanpak op te stellen voor een cultuurverandering binnen DNB en, niet zonder druk van de Tweede Kamer, werd DNB daarbij een harde deadline van één maand gegeven om dit plan van aanpak te presenteren. Op 16 augustus jl. werd dan ook door DNB het plan van aanpak 'Van Analyse naar Actie' aan de Minister van Financiën aangeboden.

Wie in de praktijk te maken heeft met de wijze waarop DNB zijn rol als prudentieel toezichthouder uitoefent en de afgelopen decennia heeft uitgeoefend, herkent zich waarschijnlijk in het hiervoor aangehaalde 'Big Stick'-citaat. DNB staat in de praktijk in het algemeen niet bekend als een lankmoedige toezichthouder. Veel meer dan welke toezichthouder dan ook en welke sector in de samenleving dan ook, is DNB verantwoordelijk geweest voor harde ingrepen bij bedrijven. Soms leidde dat tot bedrijfssluitingen en er is sprake van vele noodregelingen die de afgelopen jaren op verzoek van DNB zijn uitgesproken. Al deze interventies hebben de landelijke pers nauwelijks gehaald. Men kan

gerust zeggen dat datgene wat bekend is geraakt door de recente publiciteit en crisis bij een handvol banken de afgelopen twee à drie jaar, het topje van de ijsberg van DNB interventies vertegenwoordigt. DNB koos daarbij echter voor optreden zonder stemverheffing en ging in alle beslotenheid te werk. Desondanks gaat het bij DSB Bank enorm mis en wordt daarover door de commissie Scheltema een ernstig verwijt gemaakt aan DNB. Ook de AFM komt er overigens niet zonder kleerscheuren vanaf, ook al lijkt de publieke opinie over het optreden van deze toezichthouder milder te zijn dan die over het optreden van DNB. De commissie Scheltema heeft een indrukwekkend rapport opgeleverd met minutieuze analyses waarvoor het diepste respect kan en moet worden uitgesproken. De lessons learnt die in het rapport zijn opgenomen tezamen met de aanbevelingen voor toekomstige verbeteringen verdienen bijzondere aandacht van beide toezichthouders op de financiële sector en van de wetgever en dienen, noodwendig, door hen te worden opgevolgd met concrete acties.

Wat echter onbeantwoord blijft, is de, mijns inziens, prangende vraag naar de wijze waarop en de omstandigheden waarin DNB zijn toekomstige taken zal moeten uitvoeren. Het is inherent aan de positie van de toezichthouder op de soliditeit van financiële ondernemingen dat deze discreet en behoedzaam te werk moet gaan en moet kunnen gaan. Prudentiële toezichthouders kunnen niet als olifant door de porseleinkast manoeuvreren. Zou dat namelijk wel gebeuren, dan zou in zijn aard onrust in de financiële markten ontstaan en zou zich het risico van herhaaldelijke 'bankruns' kunnen voordoen. Tussen de regels van het rapport van de commissie Scheltema valt ook te lezen dat de met zachte stem en met kracht van argumenten door DNB aan DSB gecommuniceerde boodschappen niet werden verstaan en niet werden opgevolgd met adequate maatregelen door het management van DSB. Het lijkt ook dit element in de interactie tussen onder toezicht staande onderneming en toezichthouder dat DNB zoveel hoofdbrekens heeft gegeven. In de regel bleek immers de wijze van uitoefening van toezicht door DNB in de overweldigende meerderheid van gevallen in de praktijk uiterst effectief voor de goede verstanders bij de betrokken ondernemingen en het heeft zo veel problemen en crises voorkomen. Bij DSB werkte deze aanpak echter niet.

In het geval van DSB had DNB op den duur in feite weinig andere opties dan tot onteigening van DSB over te gaan om tot een effectieve reorganisatie van de in problemen verkerende bank te kunnen komen. Het is een publiek geheim dat zelfs in die omstandigheden DNB ernstige waarschuwingen kreeg ten aanzien van het aansprakelijkheidsrisico van een dergelijke zeer ingrijpende maatregel.

Er wordt in dit land verschillend gedacht over de effectiviteit van een algehele immuniteit van toezichthouders voor aansprakelijkheden ten aanzien van het door hen uitgevoerde toezicht en de door hen getroffen maatregelen. Mijns inziens ligt daarin echter de sleutel besloten voor het in de toekomst effectief kunnen optreden van Nederlandse toezichthouders, waarbij het zachte stemgeluid wellicht tot minder resultaten zal leiden en vaker zal moeten worden geslagen met de grote stok.