

Inleiding

In de Verenigde Staten van Amerika was in de loop van 2007 massaal sprake van steeds maar oplopende verliezen bij banken op zogeheten ‘rommelhypotheken’. Als gevolg daarvan ging op 15 september 2008, tegen de verwachtingen in, de Amerikaanse bank Lehman Brothers failliet. Daarna verspreidde de kredietcrisis zich als een olievlek over de wereld. Ook Europa ontkwam niet aan deze recessie die grote invloed heeft gehad op onder meer de economische groei, de arbeidsmarkt, de huizenmarkt, de pensioenen en de koopkracht. Iedereen in Nederland en in Europa ondervindt daarvan nog dagelijks de gevolgen. Maar weinigen hebben deze crisis zien aankomen. Hoe heeft dit kunnen gebeuren?¹ Joris Luyendijk heeft zich dat in zijn boek *Dit kan niet waar zijn* ook afgevraagd.² Ondanks de vele duizenden pagina’s aan Europese richtlijnen en verordeningen op het terrein van de financiële markten handelde iedere lidstaat voor zich en op een andere manier om zijn banken te beschermen. Sommige lidstaten konden als gevolg van het overeind houden van hun banken niet meer aan hun betalingsverplichtingen voldoen. Dit leidde in Europa tot een schuldencrisis oftewel de eurocrisis. De belangrijkste les die uit de kredietcrisis werd getrokken, is dat de wederzijdse afhankelijkheid van banken en overheden moest worden doorbroken. Een eventuele bankencrisis in de toekomst zou dan in Europa niet meer kunnen leiden tot een schuldencrisis. Een gemeenschappelijk toezicht op banken en een collectief afwikkelingsmechanisme zouden daarvoor de oplossing kunnen zijn. Na het uitbreken van de crisis heeft de Europese Commissie in snel tempo een zeer ingewikkeld complex van wet- en regelgeving en daarbij behorende organisatiestructuur opgezet, de bankenunie.³ De aanleiding tot de keuze van het onderwerp voor dit boek is de fascinatie voor het ontstaan van de wereldwijde kredietcrisis, voor het falen van het financieel toezicht daarin en voor het Europese antwoord daarop door middel van een van de meest ingrijpende veranderingen in de wetgeving en institutionele vormgeving van de Europese Unie.

De probleemstelling luidt: ‘Welke ontwikkelingen hebben zich sinds de financiële crisis, die begon in 2008, voorgedaan in het financiële toezicht op nationaal en Europees niveau, en welke politieke en juridische overwegingen liggen aan deze veranderingen ten grondslag?’ De bestudering van het financieel recht is een multidisciplinaire aangelegenheid.⁴ In dit boek wordt naast het recht ook aandacht besteed aan inzichten afkomstig uit de economie. Het onderzoek wordt beperkt tot het prudentieel (bedrijfseconomisch) toezicht op banken en betreft in de eerste plaats een beschrijvende vraag. Er wordt beschreven hoe het toezicht vóór en ná

-
1. Van Ewijk & Teulings 2009, p. 7 en 8.
 2. Luyendijk 2015.
 3. Kastelein 2014, p. V en VI.
 4. Baldwin e.a. 2012, p. 1.

de bankencrisis wettelijk is geregeld. In de tweede plaats betreft het een verklarende vraag. De oorzaken van het ontstaan van de kredietcrisis en de eurocrisis worden aan het licht gebracht. Ten derde is er sprake van vergelijkend onderzoek omdat de oude financiële toezichtsituatie wordt vergeleken met de nieuwe. De probleemstelling zal worden beantwoord aan de hand van de volgende vijf deelvragen:

1. Hoe hebben tot het moment van het uitbreken van de bankencrisis in 2008 het Nederlandse en het Europese banktoezicht zich ontwikkeld en hoe hebben ze gefunctioneerd?
2. Hoe zijn de kredietcrisis en de eurocrisis oftewel de Europese staatsschuldencrisis ontstaan?
3. Welke (wettelijke) maatregelen zijn er genomen om de financiële crisis te bedwingen en een nieuwe te voorkomen?
4. Hoe is het banktoezicht in de bankenunie (wettelijk) vormgegeven?
5. Hoe heeft bankencrisismanagement gestalte gekregen?

De bronnen van het onderzoek bestaan uit literatuur, Europese richtlijnen en verordeningen, Kamerstukken, wetsvoorstellen, implementatiewetgeving en memories van toelichting daarop. Ook is kennisgenomen van een uitgebreide reeks vakpublicaties, wetenschappelijke artikelen en beleidsdocumenten van toezichthouders zoals De Nederlandsche Bank (DNB) en de Europese Centrale Bank (ECB). De doelstelling van het onderzoek is de beantwoording van de probleemstelling. Daarmee wordt inzicht verschaft in de ontwikkelingen in het financieel banktoezicht in Nederland en Europa sinds de financiële crisis en in de politieke en juridische overwegingen die aan deze veranderingen ten grondslag hebben gelegen. Deze probleemstelling heeft betrekking op wettelijke maatregelen die de maatschappij ordenen en wenselijk geachte doelstellingen realiseren.⁵ Zowel het stelsel van financieel toezichtrecht dat gold voor de kredietcrisis als dat van erna wordt beschouwd als empirisch materiaal over hoe wordt omgegaan met conflicterende argumenten.⁶ De gehanteerde wetenschappelijke methode bestaat er in de eerste plaats in om voor het voetlicht te brengen waarom de argumenten van het stelsel van voor de crisis hebben gefaald. Vervolgens wordt gezien of de argumenten die ten grondslag liggen aan het nieuwe Europese stelsel van banktoezicht, een oplossing bieden om de doelstelling van financiële stabiliteit te realiseren. Deze methode wordt in de literatuur gekwalificeerd als empirisch-normatief.⁷ De functie van het recht is de regulering van de maatschappij. In de eerste plaats is het daarbij van belang dat rechtvaardigheid wordt nagestreefd. In zijn diesrede in 1927 stelde Meijers dat de rechtswetenschap 'zich bezighoudt met datgene wat de mens in zijn hogere aspiraties het naaste staat: de gerechtigheid'.⁸ Om die gerechtigheid na te streven dient een rechtsregel naar de mening van Fruytier⁹ op z'n minst alle belangen zo veel mogelijk te behartigen in het licht van de algemene rechtsbeginselen, zoals rechtszekerheid en daaruit voortvloeiende subbeginselen, zoals motivering (daarbij moet ook gedacht worden aan de motivering van Europese regelgeving) en legaliteit om daarmee tegemoet te komen aan de verwachtingen die degenen,

5. Schwitters 2000, p. 36.

6. Smits 2009, p. 114.

7. Smits 2009, p. 115.

8. Meijers 1954, p. 44.

9. Fruytier 2007, p. 834.

die door het recht beheerst worden, daarvan hebben. De regel moet ook doelmatig zijn.¹⁰ De juridische beoordeling en waardering van argumenten zal plaatsvinden aan de hand van de algemene rechtsbeginselen rechtvaardigheid, rechtszekerheid en doelmatigheid.

Banken vervullen een belangrijke maatschappelijke rol. Klanten van banken en de samenleving als geheel moeten kunnen rekenen op een stabiele en gezonde bancaire sector. Goed toezicht op banken is dan ook van groot maatschappelijk belang. Regulering van de bankensector en het organiseren van effectief (internationaal) toezicht zijn sinds de crisis topprioriteiten voor beleidsmakers. Er ligt inmiddels een ingewikkelde en gedetailleerde wet- en regelgeving die tot doel heeft de financiële stabiliteit te waarborgen, de nauwe banden tussen banken en overheden te doorbreken en die tracht de kosten van afwikkeling van in nood verkerende banken voor de belastingbetaler te minimaliseren. Inzicht in het functioneren van dit vaak ingewikkelde systeem van bankentoezicht met inbegrip van het daarbij behorende crisismanagement is van wezenlijk belang. Er moet worden voorkomen dat er overregulering ontstaat. Cultuur en gedrag zijn maar tot op zekere hoogte met regelgeving te sturen. Dit legt een grote verantwoordelijkheid bij de sector zelf.

Vooraf het risicovolle gedrag van banken en het ontoereikende bankentoezicht zijn verantwoordelijk voor het ontstaan van de kredietcrisis. Daarom is een stelsel van beperkingen nodig met heldere regelgeving en is een effectief bankentoezicht van groot maatschappelijk belang.

De vijf deelvragen worden in de hoofdstukken 1 tot en met 5 beantwoord. In hoofdstuk 1 wordt een beschrijving gegeven van het Nederlandse en het Europese bankentoezicht en de ontwikkeling daarin tot aan de in 2008 begonnen financiële crisis. Belangrijke items die aan de orde komen, zijn de overgang naar het functionele toezichtmodel en de complexiteit van de Wft. Verder wordt uitgebreid aandacht besteed aan het op Basel II gebaseerde prudentieel toezicht van DNB. In het tweede hoofdstuk wordt op het ontstaan van de kredietcrisis en de eurocrisis ingegaan. Belangrijke punten daarbij zijn falend toezicht en weeffouten in de Europese Monetaire Unie (EMU). Hoofdstuk 3 laat zien welke (wettelijke) maatregelen er werden genomen om herhaling van een bankencrisis te voorkomen. Achtereenvolgens komen aan de orde de Interventiewet, de oprichting van het European System of Financial Supervisory (ESFS), het initiatief van het Basel Committee en de introductie van de bankenunie. In hoofdstuk 4 ligt de focus op de doelstelling van de waarborging van de financiële stabiliteit door middel van verhoging van het eigen vermogen. Ook wordt de rechtsbescherming op grond van het Europese en het nationale rechtstelsel onderzocht. In hoofdstuk 5 wordt uitgebreid ingezoomd op het bankencrisismanagement. De organisatie daarvan en de werking van de crisisinstrumenten komen uitgebreid aan bod. In hoofdstuk 6 worden conclusies getrokken en wordt de onderzoeksvraag beantwoord.

10. Stolker 2004, p. 766-778.

Hoofdstuk 1

Nederlands en Europees banktoezicht tot aan de kredietcrisis

1.1 Inleiding

In dit eerste hoofdstuk komt de vraag aan de orde hoe tot het moment van het uitbreken van de bankencrisis in 2008 het Nederlandse en het Europese banktoezicht zich heeft ontwikkeld en hoe het heeft gefunctioneerd. In het kort wordt eerst de ontwikkeling van het Nederlands financieel toezicht geschetst tot het van kracht worden van de Wft in 2007. De Nederlandse financiële toezichtregels zijn voor het grootste gedeelte neergelegd in de Wft. Om deze reden zullen de doelstellingen en de structuur van deze wet worden uiteengezet en zal het functioneren worden geëvalueerd. Daarna zal het prudentieel toezicht dat in die tijd door DNB werd uitgevoerd, worden behandeld. De daar aan de orde komende solvabiliteits- en liquiditeitseisen, gebaseerd op Bazel II, zullen later worden vergeleken met de eisen gebaseerd op Bazel III zoals die zijn opgenomen in CRD IV. Parallel aan het Nederlandse banktoezicht wordt ook de ontwikkeling van het Europese financiële toezichtrecht geschetst. In de laatste paragraaf worden conclusies getrokken uit dit hoofdstuk.

1.2 Ontwikkeling van het Nederlands financieel toezicht

In het midden van de 19e eeuw werden er in het Wetboek van Koophandel voor het eerst enkele bepalingen opgenomen met betrekking tot de zogenaamde ‘beurs van koophandel’ en verschenen er in het Wetboek van Strafrecht bepalingen die misleiding van beleggers verboden. De Beurswet van 1914 was de eerste effectenrechtelijke wet in Nederland. Er was destijds nog geen sprake van direct toezicht op individuele banken. In de jaren dertig van de vorige eeuw spreekt DNB vrijwillig een toezichtregeling met banken af. Het betreft onder meer een kwartaalrapportage van balanscijfers.¹¹ Om de consument en de markt te beschermen kwam in Nederland na de Tweede Wereldoorlog het publiekrechtelijke toezicht op het kredietwezen tot stand. De centrale bank werd door de Bankwet van 1948 een overheidsinstelling¹² en bepaalde dat DNB toezicht hield. Het toezicht op het kredietwezen werd vanaf 1952 uitgebreid neergelegd in de Wet toezicht kredietwezen 1952. Later opgevolgd door de Wet toezicht kredietwezen 1978. Met deze wet kreeg het toezicht van DNB een grotere reikwijdte en diepgang. Er komen een vergunningensysteem en deskundigheidseisen voor de bestuurders van een bank. Met deze wet werd eveneens de eerste Europese bankenrichtlijn 1977 geïmplementeerd.¹³ De Europese regelgeving was er mede voor verantwoordelijk dat het financieel toezichtrecht vanaf

11. NVB 2008, p. 5.

12. NVB 2008, p. 11.

13. NVB 2008, p. 145.

circa 1990 een grote omvang aannam. De laatste jaren van de twintigste eeuw kenmerken zich door verdere internationalisatie van het bankwezen. Iedere sector op het terrein van de financiële markten had zijn eigen formele wet. De bepalingen van deze wetten regelden veelal dezelfde onderwerpen maar waren niet altijd gelijklopend. Daarnaast vond er op de financiële markten in toenemende mate verplechting plaats van ondernemingen en producten.¹⁴ In 2002 constateerde het Ministerie van Financiën¹⁵ dat een sectoraal toezichtmodel, zoals dat tot dan toe bestond, niet erg efficiënt, doeltreffend en marktgericht was en viel het besluit tot herziening (kanteling). Deze herziening werd in twee fasen gerealiseerd. In de eerste plaats werd het sectorale model vervuld voor het zogenoemde cross-sectorale (functionele) model dat ook wel ‘Twin Peaks’-model wordt genoemd.¹⁶ Volgens dit model heeft DNB het prudentieel toezicht en de Autoriteit Financiële Markten (AFM) het gedragtoezicht op financiële instellingen.¹⁷ In de tweede fase van de herziening verviel op 1 januari 2007 een zevental toezichtwetten en trad daarvoor de Wft in de plaats.¹⁸ In de volgende paragraaf zal uitgebreid aandacht worden geschonken aan de Wft, die een groot gedeelte van het financieel toezicht op de financiële sector in Nederland regelt.

1.2.1 Wet op het financieel toezicht (Wft)

De vervanging van de oude toezichtwetten door de Wft vormde het sluitstuk van de zogenoemde kanteling van het toezicht op de financiële marktsector.¹⁹ Inzichtelijkheid, doelgerichtheid en marktgerichtheid²⁰ waren de drie doelstellingen die bij de herinrichting van de toezichtwetgeving een rol hebben gespeeld. Het nieuwe, functionele toezichtmodel is in het ‘Algemeen deel’ van de Wft neergelegd in twee taakstellingsartikelen, waarin het onderscheid tussen de toezichttaken van DNB en van de AFM duidelijk naar voren komt.²¹ In artikel 1:24 lid 1 Wft is bepaald dat prudentieel (bedrijfseconomisch) toezicht is gericht op de soliditeit van financiële ondernemingen en het bijdragen aan de stabiliteit van de financiële sector. In artikel 1:25 lid 1 Wft is bepaald dat gedragtoezicht, mede in het belang van de stabiliteit van het financiële stelsel, is gericht op ordelijke en transparante financiële marktprocessen, zuivere verhoudingen tussen marktpartijen en zorgvuldige behandeling van cliënten.

14. *Kamerstukken II 2003/04, 29708, 3, p. 3 (MvT).*

15. *Kamerstukken II 2001/02, 28122, 2 (Nota hervorming van het toezicht op de financiële marktsector).*

16. Bierman e.a. 2013, p. 4.

17. Bierman e.a. 2013, p. 12.

18. Door de inwerkingtreding van de Wft zijn de volgende oude toezichtwetten komen te vervallen: de Wet toezicht kredietwezen 1992 (Wtk 1992), de Wet toezicht verzekeringsbedrijf 1993 (Wtvb 1993), de Wet toezicht natura-uitvaartverzekeringsbedrijf (Wtn), de Wet toezicht beleggingsinstellingen (Wtb), de Wet toezicht effectenverkeer 1995 (Wte 1995), de Wet financiële dienstverlening (Wfd), de Wet melding zeggenschap in ter beurse genoteerde vennootschappen 1996 (Wmz 1996).

19. Joosen & Raas 2013, p. 3.

20. *Kamerstukken II 2003/04, 29708, 3, p. 3-4.*

21. DNB, Wet op het financieel toezicht (Wft), te raadplegen op www.toezicht.dnb.nl/4/6/50-204722.jsp.