

FINNIUS

AANTEKENINGEN HOORZITTING

Hoorzitting DNB 22 mei 2013 om 13.00 uur
inzake het bezwaar tegen het besluit van DNB
van 27 januari 2013 met kenmerk 2013/83369
(SREP-besluit)

INLEIDING

1. De Afdeling bestuursrechtspraak oordeelde eind februari van dit jaar dat de Minister in redelijkheid heeft kunnen komen tot de onteigening van door SNS Bank en SNS Reaal uitgegeven effecten. Die onteigening was hoofdzakelijk gebaseerd op het SREP-besluit dat vandaag ter heroverweging voorligt, maar dat geen onderwerp van toetsing is geweest bij de Afdeling.
2. Naar het oordeel van bezwaarmakers is het SREP-besluit onrechtmatig. Daarvoor is een groot aantal argumenten aan te voeren. In de uitnodiging voor deze hoorzitting heeft DNB aangekondigd dat zij in het bijzonder aandacht wil besteden aan de vraag of bezwaarmakers belanghebbenden zijn bij het besluit. Ik zal daarom als eerste op dat onderwerp ingaan. Daarna zal ik de inhoudelijke bezwaren tegen het SREP-besluit toelichten.

ONTVANKELIJKHEID

3. In het pro forma bezwaarschrift en het aanvullende bezwaarschrift is al uitgebreid ingegaan op de ontvankelijkheid van bezwaarmakers in deze procedure. Ik zal mij thans beperken tot een korte samenvatting en waar nodig een nadere onderbouwing geven.
4. Daarbij zij benadrukt dat het feit dat de effecten van bezwaarmakers inmiddels zijn onteigend, geen relevante factor kan zijn voor de beoordeling van hun ontvankelijkheid in deze procedure. Dat is vanzelfsprekend niet relevant voor de VEB in haar hoedanigheid als belangenorganisatie, maar evenmin voor bezwaarmakers in hun hoedanigheid van voormalige effectenbezitters van SNS Bank en SNS Reaal. De beginselen van behoorlijk bestuur en een behoorlijke procesorde staan eraan in de weg dat met de onteigening zou worden bewerkstelligd dat daarmee ook de grondslag voor de onteigenden komt te vervallen om gebruik te maken van de hen toekomstende rechtsmiddelen.

Belangen bezwaarmakers rechtstreeks geraakt

5. De belangen van bezwaarmakers zijn rechtstreeks geraakt door het SREP-besluit, omdat zij ten tijde van het opleggen van die maatregel door DNB houder waren van effecten uitgegeven door SNS Bank dan wel SNS Reaal. Het SREP-besluit, waarmee DNB SNS Bank opdroeg om haar kernkapitaal aan te vullen met € 1,84 miljard, heeft ontegenzeggelijk rechtstreeks financiële gevolgen gehad voor degenen die op dat moment effecten hielden uitgegeven door SNS Bank of SNS Reaal. Dat geld moet immers ergens vandaan komen. De eigenaren en obligatiehouders

FINNIUS

van een bank die zich geconfronteerd zien met een dergelijke opdracht, ondervinden daar dan ook rechtstreeks de gevolgen van. Door een daling van de beurskoers, door verwatering van de waarde van de aandelen bij een emissie om aan de eisen van DNB te kunnen voldoen, door waardedaling van de obligaties, etc.

6. Het is inmiddels vaste jurisprudentie dat degene die in een financieel belang wordt geraakt door een bestuursbesluit, wordt ontvangen in de bestuursrechtelijke procedure tegen dat besluit. Zie in dit verband bijvoorbeeld de volgende passage uit een uitspraak van het CBb van 7 juni 2012 (LJN BW7748):

"Trafalgar heeft naar het oordeel van het College (...) aannemelijk gemaakt dat de fondsen een financieel belang hadden met betrekking tot de onderneming ten aanzien waarvan om handhavende maatregelen is verzocht. Het voorgaande leidt het College tot de slotsom dat Trafalgar (...) een eigen, persoonlijk belang heeft (...) en dus belanghebbende is als bedoeld in artikel 1:2, eerste lid, van de Awb (...)."

7. Het SREP-besluit is bovendien gebaseerd op een norm die strekt tot bescherming van - onder meer - bezwaarmakers. De betreffende norm heeft immers als doel dat de stabiliteit van de financiële onderneming wordt gewaarborgd. Het behoeft geen toelichting dat zulks in het belang is van aandeelhouders en obligatiehouders van de betreffende onderneming.
8. Geconcludeerd moet worden dat bezwaarmakers een eigen en persoonlijk belang hebben bij het SREP-besluit. Ten aanzien van de VEB geldt in dat verband nog dat zij naast haar hoedanigheid van effectenbezitter, ook rechtstreeks belang bij het bestreden besluit heeft in haar hoedanigheid van belangenorganisatie. Er zijn weinig besluiten van de toezichthouder die zozeer ingrijpen in de belangen van de leden van de VEB als het onderhavige SREP-besluit, waarbij een beursgenoteerde bank voor de taak wordt gesteld om binnen 4 werkdagen bijna EUR 2 mrd op te halen.
9. Het SREP-besluit heeft verder tot de nationalisatie van SNS geleid. Het behoeft geen nader betoog dat bezwaarmakers ook door die nationalisatie rechtstreeks zijn geraakt, hetgeen inmiddels door de Afdeling is bevestigd nu zij bezwaarmakers in de procedure tegen het onteigeningsbesluit ontvankelijk heeft geacht.
10. Beide besluiten, het SREP-besluit en het onteigeningsbesluit, zijn onlosmakelijk met elkaar verbonden en gelijktijdig en in onderling overleg tussen DNB en de Minister voorbereid. DNB heeft SNS Bank willens en wetens een onhaalbare datum gesteld voor het aanvullen van haar kernkapitaal, teneinde een grondslag te creëren voor de Minister om tot onteigening over te gaan. Een rechtstreeks belang bij het onteigeningsbesluit leidt daarmee tegelijkertijd tot een rechtstreeks belang bij het SREP-Besluit. Beide besluiten kunnen niet los van elkaar worden gezien.
11. Zie in dat verband onder meer de brief van DNB aan de Minister van 24 januari 2013 waarin zij de Minister adviseert om voorbereidingen te treffen om direct na het verstrijken van de termijn

FINNIUS

in het definitieve SREP-besluit tot nationalisatie over te gaan (zie ook alinea 20 uit het onteigeningsbesluit). Beide bestuursorganen werkten op dat moment al geruime tijd samen met betrekking tot de SNS casus, met welk doel een speciale gezamenlijke projectgroep was opgezet. Een gezamenlijk plan dus en een gezamenlijke uitvoering.

12. Opgemerkt zij nog dat het feit dat SNS Reaal de uitgevende instelling was van de door bezwaarmakers gehouden aandelen, en niet SNS Bank tot wie het SREP-besluit zich richt, niet relevant is, gezien de grote verwevenheid die er ook volgens DNB en de Minister bestaat tussen beide rechtspersonen. DNB heeft ook niet voor niets een kopie van het SREP-besluit gezonden aan SNS Reaal. Het SREP-besluit had hierdoor evenzeer rechtstreekse gevolgen voor SNS Reaal en haar aandeelhouders. Verwezen zij in dit verband naar de relevante jurisprudentie van de bestuursrechter, waaruit onder meer volgt dat de moedermaatschappij van een onderneming aan wie een toezichtmaatregel is opgelegd ook zelf kwalificeert als belanghebbende net als middellijke vennoten van een beboete onderneming (zie Rb. Rotterdam (vzr.) 8 juni 2010, nr. AWB 10/1294, Rb. Rotterdam 12 februari 2010, *LJN* BL3956, Rb. Rotterdam 30 maart 2004, *LJN* AO7802). Dit staat overigens nog los van het feit dat de oteigende obligaties grotendeels door SNS Bank zelf zijn uitgegeven, zodat ter zake van de obligatiehouders de verwevenheid tussen beide instellingen minder relevant is.

Parallele belangen

13. Niet alleen zijn bezwaarmakers in deze procedure ontvankelijk nu zij rechtstreeks zijn geraakt door het bestreden besluit, ook de jurisprudentie met betrekking tot parallelle belangen leidt tot de conclusie dat bezwaarmakers kwalificeren als belanghebbenden. Een en ander is al uitgebreid toegelicht in het pro forma bezwaarschrift. De kern is dat het belang van aandeelhouders moet worden geacht zodanig verweven te zijn en parallel te lopen met dat van de uitgevende instelling, dat om die reden ook de aandeelhouders van de vennootschap tot wie een besluit is gericht zijn aan te merken als rechtstreeks belanghebbenden (zie in aanvulling op de uitspraken die reeds zijn genoemd in het bezwaarschrift ABRvS 28 februari 2007, *LJN* AZ9540 en ABRvS 17 mei 2006, *LJN* AX2089).

Fundamenteel recht in het geding

14. Dat bezwaarmakers ontvankelijk zijn in deze procedure geldt temeer nu bezwaarmakers een bijzondere bescherming verdienen, gelet op het feit dat het SREP-besluit er toe heeft geleid dat zij in een aan een fundamenteel recht ontleend belang zijn geschaad. Te weten het recht op eigendom zoals onder meer is neergelegd in artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM.
15. De Afdeling bestuursrechtspraak heeft het SREP-besluit als vaststaand uitgangspunt genomen bij de beoordeling van het onteigeningsbesluit. En hoewel het SREP-besluit leidend was voor de beoordeling van de rechtmatigheid van de oteigening, is dat besluit nog geen onderwerp geweest van rechterlijke toetsing. Deze situatie, waarin de grondslag waarop een fundamenteel recht is aangetast tot op heden nog niet daadwerkelijk in rechte is getoetst, verdraagt zich niet

FINNIUS

met een niet-ontvankelijkheid in de enige procedure waarin die grondslag wel ten volle aan de orde kan komen.

16. Uit de in het bezwaarschrift genoemde jurisprudentie van de Afdeling volgt dat het feit dat partijen door een bestuursbesluit mogelijk worden geraakt in een aan een fundamenteel recht ontleend belang, een zelfstandige reden kan zijn om die partijen ontvankelijk te achten.

Procesbelang

17. Ten aanzien van de ontvankelijkheid van bezwaarmakers zij tot slot opgemerkt dat zij ook een procesbelang hebben. Indien het SREP-besluit onrechtmatig is, kunnen bezwaarmakers aanspraak maken op schadevergoeding. De rechtmatigheid van het SREP-besluit speelt verder een belangrijke rol bij de bepaling van de door bezwaarmakers te ontvangen schadeloosstelling met betrekking tot het onteigeningsbesluit. Bij die schadeloosstelling staat het toekomstperspectief van SNS Bank ten tijde van onteigening centraal. Dat toekomstperspectief is in belangrijke mate bepaald door de door DNB van SNS Bank verlangde – feitelijk niet uitvoerbare – maatregelen. Daarmee heeft DNB het voortbestaan van SNS door haar eigen toedoen op het spel gezet.

18. Uit vaste jurisprudentie volgt dat een financieel belang leidt tot procesbelang. Zie onder meer de uitspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State van 28 februari 2007 (LJN AZ9541):

"Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (bijvoorbeeld in de uitspraak van 28 februari 2007 in zaak nr. 200604193/1) kan procesbelang bestaan indien appellanten stellen schade te hebben geleden ten gevolge van bestuurlijke besluitvorming. Daartoe is vereist dat tot op zekere hoogte aannemelijk wordt gemaakt dat deze schade daadwerkelijk is geleden."

19. Nu bezwaarmakers ontvankelijk moeten worden geacht, kom ik toe aan de inhoudelijke bezwaren tegen het SREP-besluit.
20. Daaraan voorafgaand wil ik nog kort stilstaan bij de ongelijke behandeling door DNB van de verschillende bezwaarmakers bij het besluit. Zoals ik in mijn brief van 14 mei jl. heb toegelicht, is bekend dat SNS Bank en SNS Reaal ook zelf bezwaar hebben gemaakt tegen het SREP-besluit. Beide partijen zijn echter niet uitgenodigd voor de hoorzitting van vandaag. Dat is opmerkelijk. Nog opmerkelijker is dat waar de bezwaarmakers die ik bijsta met de nodige moeite uitstel hebben verkregen tot eind maart voor het aanvullen van de bezwaargronden, DNB aan SNS Bank en SNS Reaal hiervoor een termijn heeft gegund tot 8 juli aanstaande. Dat wil zeggen meer dan 3 maanden later.
21. Bezwaarmakers doen het nadrukkelijk verzoek aan DNB om toe te lichten wat de reden is van deze ongelijke – en daarmee onrechtmatige – behandeling. DNB kan zich in dat verband niet verschuilen achter de geheimhoudingsplicht als bedoeld in art. 1:89 Wft. Met het geven van een toelichting op de ongelijke behandeling, geeft DNB geen vertrouwelijke toezichtinformatie

FINNIUS

prijs. Uitgangspunt op basis van de Awb is dat alle bezwaarmakers bij een besluit voor dezelfde hoorzitting worden uitgenodigd, zodat zij over en weer van elkaars standpunten kunnen kennis nemen en daar waar nodig op kunnen reageren. DNB gaan hier in deze casus aan voorbij. De vraag is waarom.

INHOUDELIJKE BEZWAREN

Geen wettelijke grondslag voor het besluit

22. Dan de inhoudelijke bezwaren. Allereerst het ontbreken van een wettelijke grondslag. Het SREP-besluit is gebaseerd op artikel 3:111a, tweede lid, Wft. Om die bevoegdheid in te zetten:

- moet er sprake zijn van een overtreding van het bepaalde in artikel 3:17 Wft;
- moet de maatregel een tijdelijk karakter hebben; en
- mogen geen alternatieven bestaan om deze overtreding weg te nemen.

23. Uit het besluit blijkt niet dat aan deze vereisten is voldaan, zodat de maatregel een deugdelijke wettelijke grondslag ontbeert. Ik zal dat toelichten.

Geen strijd met artikel 3:17 Wft

24. Reeds de inhoud van de aanwijzing in het SREP-besluit die simpelweg luidt: 'SNS, vul je kernkapitaal aan' suggereert al dat er geen sprake was van enige strijdigheid met artikel 3:17 Wft. Artikel 3:17 Wft voorziet niet in de beoordeling en handhaving van de solvabiliteit van financiële ondernemingen. Daar is artikel 3:57 Wft, zo nodig in combinatie met artikel 1:75 Wft, voor geschreven.

25. Artikel 3:17 Wft ziet op het waarborgen van een beheerste bedrijfsvoering. Meer specifiek: het beheersen van de procedures en maatregelen voor de instandhouding van financiële waarborgen van de onderneming. Het SREP-besluit geeft er nergens blijk van dat de procedures en maatregelen ter beheersing van de in artikel 3:17 Wft genoemde risico's niet deugden. Sterker nog, het SREP-besluit geeft juist aanwijzingen voor het tegendeel. SNS Bank was zelf namelijk al in het kader van het Internal Capital Adequacy Process (ICAAP) tot de conclusie gekomen dat er aanvullende maatregelen nodig waren om haar kapitaalpositie op orde te brengen. Dat DNB daarna tot een vergelijkbare conclusie kwam, bewijst dat de risicobeheersingsystemen van SNS Bank juist uitstekend op orde waren.

Geen tijdelijk karakter

26. Uit niets blijkt verder dat de door DNB opgelegde maatregel tijdelijk was bedoeld. Het besluit beoogt SNS Bank ertoe te bewegen om het toetsingsvermogen blijvend te verhogen. Dit vormt een verdere bevestiging dat de wettelijke bepaling die DNB aan het besluit ten grondslag heeft gelegd, daar niet voor was bedoeld.

FINNIUS

Onvoldoende onderzoek naar alternatieven

27. Ten slotte geldt dat zo DNB de maatregel al op artikel 311a, tweede lid, Wft had kunnen baseren, *quod non*, zij onvoldoende heeft onderzoek heeft gedaan naar mogelijke alternatieven.
28. Zoals in het bezwaarschrift reeds is toegelicht, waren die alternatieven er wel degelijk, in de vorm van onder meer:
- participatie door CVC Capital Partners;
 - participatie Rabobank, ABN Amro en ING; en
 - verkoop verzekeringstak SNS Reaal.
29. Kortom, aan geen van de criteria die vervuld moeten zijn om gebruik te kunnen maken van de in artikel 3:111a, tweede lid, Wft neergelegde bevoegdheid is voldaan. Dit is dermate evident, dat de vraag rijst waarom DNB dan toch heeft gekozen voor de grondslag van artikel 3:111a Wft en niet voor de meer voor de hand liggende grondslag van artikel 3:57 Wft.
30. Het antwoord lijkt te zijn dat DNB zich bij de beoordeling van het kernkapitaal heeft willen baseren op de waardering van de vastgoed gerelateerde portefeuille van Property Finance door Cushman & Wakefield. En dit was niet mogelijk wanneer de maatregel zou zijn gebaseerd op artikel 3:57 Wft, omdat het toetsingsvermogen gezien het vereiste van eensporige verslaggeving op basis van die bepaling moet worden bepaald aan de hand van *dezelfde* waarderingmethodiek als gebruikt door de onderneming zelf. Oftewel de methodiek zoals gevolgd door Ernst & Young.

Geen zorgvuldige voorbereiding

31. Daarnaast kleven er aan het SREP-besluit de volgende zorgvuldigheidsgebreken.

Rapport Cushman & Wakefield

32. In de eerste plaats het rapport van Cushman & Wakefield. Het SREP-besluit steunt in de kern op dit rapport. Hoewel bezwaarmakers door de beperkte kennisneming van het rapport ernstig zijn beperkt in hun mogelijkheden om hun bezwaren tegen het gebruik van dit rapport te onderbouwen, zijn verschillende gebreken dermate evident, dat deze ook zonder kennisname van de weggelakte passages kunnen worden vastgesteld. Het gaat onder meer om de volgende onderwerpen.
33. Allereerst geldt dat Cushman & Wakefield bij het opstellen van het rapport geen contact hebben gehad met SNS. Dit is een schending van het beginsel van hoor en wederhoor en heeft geleid tot een gebrekkig rapport, nu de specifieke kennis van SNS Bank daarin niet is meegenomen.

FINNIUS

34. Het feit dat Cushman & Wakefield SNS Bank niet hebben betrokken bij hun onderzoek, heeft geleid tot de nodige feitelijke onjuistheden in het rapport, zoals dubbeltellingen van risico's en een onjuist gehanteerde discontovoet. Indien Cushman & Wakefield van een door SNS Bank reëler geachte discontovoet zou zijn uitgegaan zouden de uitkomsten van de waardering zelfs in lijn zijn geweest met de waardering door Ernst & Young. Dit is door Cushman & Wakefield met zoveel woorden bevestigd.
35. Het is in strijd met de beginselen van behoorlijke procesorde, waaronder het beginsel van equality of arms, dat juist deze discontovoet uit de openbare versie van het rapport is weggelakt. Hiermee wordt een eerlijke procesvoering, zoals ook verankerd in artikel 6 EVRM, onmogelijk gemaakt.
36. Zoals ik al aanstipte heeft Cushman & Wakefield bovendien een andere waarderingmethode (REV) gebruikt dan Ernst & Young. De bruikbaarheid van het rapport voor de bepaling van het toetsingsvermogen is daarmee nihil. Het wettelijke uitgangspunt bij het vaststellen van de hoogte van het toetsingsvermogen is immers de jaarrekening. De stelling van DNB dat de REV-methode door de Europese Commissie zou zijn voorgeschreven is onjuist en misleidend. Deze methode schrijft de Europese Commissie alleen voor om de omvang te waarderen van aan een financiële onderneming te verlenen staatssteun. Het rapport is met dat doel opgesteld, niet om het toetsingsvermogen van SNS Bank te bepalen. Opdrachtgever was ook de Minister, niet DNB. In het SREP-besluit wordt de waarderingmethode ten onrechte – want in afwijking van de op grond van artikel 3:57 Wft geldende eisen – gebruikt om het toetsingsvermogen van SNS Bank vast te stellen.
37. Deze, en overige, bezwaren, heeft SNS Bank reeds in de zienswijze fase naar voren gebracht. De bezwaren komen bezwaarmakers voor als relevant en substantieel. Uit jurisprudentie volgt dat een bestuursorgaan zich ervan moet vergewissen dat het advies en het daartoe ingestelde onderzoek naar de feiten op zorgvuldige wijze tot stand zijn gekomen en dat de feiten de conclusies kunnen dragen. Maar wat heeft DNB hier in het definitieve besluit mee gedaan? Niets. DNB heeft volstaan met een verwijzing naar de goede reputatie van Cushman & Wakefield en de onafhankelijke positie van deze adviseur. De tegen het rapport aangevoerde bezwaren zijn echter van zodanige omvang, dat een dergelijke generieke reactie in het licht van het zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel niet volstaat. DNB laat ook na in te gaan op het feit dat het rapport van Cushman & Wakefield in veel kortere tijd is opgesteld en aanzienlijk minder heeft gekost, dan het rapport van Ernst & Young. En hoe onafhankelijk was Cushman & Wakefield eigenlijk, nu zij door de Minister was ingeschakeld en door deze werd betaald?
38. Uit de in het bezwaarschrift genoemde jurisprudentie (ABRvS 20 juli 2011, *LJN* BR2279) volgt dat een bestuursorgaan niet zonder meer mag afgaan op een door een derde partij verstrekt advies, indien de conclusies niet stroken met hetgeen overigens bekend is, zoals de conclusie van een door een andere deskundige opgesteld rapport. DNB had zich derhalve niet uitsluitend op de bevindingen van Cushman & Wakefield mogelijk baseren.

FINNIUS

39. Dit klemt temeer nu in het kader van de schadeloosstellingprocedure bij de Ondernemingskamer inmiddels diverse overige deskundigen hebben vastgesteld dat de in het rapport van Cushman & Wakefield neergelegde conclusies onjuist zijn althans dat die conclusies zich niet lenen voor het door DNB en de Minister beoogde doel. Zie in dat verband onder meer de onderzoeksrapporten van Sman en Bright Orange Talanton (BOT) gedateerd 2 april 2013. Mocht DNB daar nog niet over beschikken, dan leggen bezwaarmakers graag bij deze gelegenheid een exemplaar van beide rapporten over. Verzocht wordt om de rapporten als bijlage bij deze aantekeningen als op de zaak betrekking hebbende stukken aan te merken.

Zeer kort tijdsbestek

40. Dat het besluit onzorgvuldig is voorbereid volgt ten slotte uit het korte tijdsbestek. In nauwelijks 10 dagen heeft DNB:

- de voorlopige uitkomsten van het SREP 2012 opgesteld;
- het voornemen tot het SREP-besluit opgesteld;
- de zienswijze van SNS Bank hierop ontvangen;
- de definitieve uitkomsten van het SREP 2012 vastgesteld; en
- het besluit genomen dat vandaag aan de orde is.

41. Deze opsomming laat zien dat DNB zich nauwelijks tijd heeft gegund om de – toch zeer gedetailleerde – zienswijze van SNS Bank te beoordelen. En dat terwijl zulks de kernverplichting vormt om te waarborgen dat het bestuursorgaan komt tot een zorgvuldige vergaring en beoordeling van de feiten. Het haastwerk van DNB heeft ook daadwerkelijk geleid tot onzorgvuldigheden. Zoals hiervoor aan de orde kwam, is de zienswijze van SNS Bank op het voorgenomen besluit niet of nauwelijks serieus in het besluit geadresseerd en is evenmin gemotiveerd dat is voldaan aan de criteria om de bevoegdheid van artikel 3:111a, tweede lid, Wft in te kunnen zetten. Een besluit waarin deze elementen ontbreken kan de toets aan het zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel niet doorstaan.

Onmogelijkheid om aan besluit te voldoen

42. Dan de strekking van het besluit: het aanvullen van het kernkapitaal binnen vier werkdagen van € 1,84 mrd.

43. Hiervoor merkte ik al op dat DNB *zelf* meende dat er geen oplossing bestond voor het door haar vastgestelde kapitaalstekort bij SNS Bank. Dit plaatst het hele SREP-besluit in een wel zeer bijzonder daglicht. Hieruit blijkt immers dat DNB SNS Bank willens en wetens een opdracht heeft gegeven, waarvan DNB zelf meende dat deze onuitvoerbaar was. Ik breng nog even in herinnering wat DNB hierover meldde in het bestreden besluit:

"Op basis van de huidige status van de gesprekken met betrokken partijen concludeert DNB dat er op dit moment geen oplossing is voor het, ook door SNS REAAL, vastgestelde kapitaaltekort." [onderstreping toegevoegd - gemachtigden]

FINNIUS

44. Ik kan hier, in aanvulling op het bezwaarschrift, nog veel woorden wijden aan de juridische basisbeginselen die met deze werkwijze worden geschonden, zoals het verbod op willekeur, het verbod op détournement de pouvoir, het zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel. Maar ik doe hier toch met name een beroep op uw common sense en rechtsgevoel. Ik mag hopen dat er in onze maatschappij zoveel *checks and balances* zijn ingebouwd, dat wij beschermd worden tegen een bestuursorgaan dat handelingen van een marktpartij vereist, die naar zijn eigen oordeel onmogelijk kunnen worden uitgevoerd.
45. Het voorgaande staat nog los van de termijn die SNS Bank is gegeven om haar kernkapitaal aan te vullen. SNS Bank heeft het moeten doen met de stelling van DNB dat de uitstroom van spaargelden en de negatieve berichtgeving over SNS Bank een dergelijke korte termijn rechtvaardigen. Dit wordt verder niet onderbouwd of nader toegelicht, terwijl zulks wel voor de hand lag.
46. Verwezen zij in dit verband naar de analyse van oud DNB medewerker Lex Hoogduin. Tijdens de hoorzitting in de Tweede Kamer over de onteigening van SNS liet hij blijkens het verslag daarvan het volgende weten (zie Kamerstukken II, 33 532, nr. 26, p. 34):

"De liquiditeitsuitstroom (...) was over twee weken gecumuleerd 2,5 miljard. Dat is op zichzelf best een groot bedrag, maar het gaat over een periode van twee weken. Ik heb begrepen dat de kas nog lang niet leeg was. (...) Heel recent is gezegd dat die buffers er niet zijn als een soort dood kapitaal (...) maar dat ze er ook zijn om gebruikt te worden. (...) We zitten in een periode waarin banken kapitaal moeten opbouwen. Steeds ligt de lat een stukje hoger. Als een bank nu in zo'n periode een tegenslag krijgt en hij moet zijn kapitaal gebruiken, kan dat dan niet? Zeggen we dan dat deze bank onder zijn kapitaalniveau zit zodat we meteen naar nationalisatie moeten? Het lijkt mij dat we de zaak dan heel erg op scherp zetten."

47. Ook de zienswijze van SNS Bank zelf, dat de gegunde termijn van vier dagen om haar kernkapitaal aan te vullen te kort was, blijft nagenoeg onbeantwoord. Ook dit geeft blijk van een onvoldoende gemotiveerd besluit, nog daargelaten dat het besluit innerlijk tegenstrijdig is doordat DNB enerzijds concludeert dat er op dit moment in het geheel geen oplossing is en SNS Bank anderzijds verplicht om binnen een zeer korte termijn wel degelijk met een oplossing te komen.

Belangen bezwaarmakers onvoldoende meegewogen

48. Tot slot is relevant dat DNB de belangen van bezwaarmakers onvoldoende heeft meegewogen in haar besluitvorming. Het besluit raakt zoals ik eerder heb toegelicht rechtstreeks de belangen van bezwaarmakers en gelet op het feit dat DNB met het SREP-besluit de nationalisatie van SNS in gang heeft gezet, had het voor de hand gelegen dat ook de belangen van effectenbezitters waren betrokken in de besluitvorming. Dit is niet gebeurd. Zelfs niet nadat de VEB DNB bij brief van 25 januari 2013 expliciet heeft verzocht om haar in de gelegenheid te stellen haar zienswijze te geven. Door hier geen ruimte voor te geven en

FINNIUS

evenmin op andere wijze de belangen van bezwaarmakers te betrekken, is het besluit in strijd met het bepaalde in artikel 3:4 Awb tot stand gekomen.

CONCLUSIE

49. Ik rond af. De zaak die vandaag voorligt, laat er geen twijfel over bestaan dat DNB de SNS-zaak met daadkracht ter hand heeft genomen. Zij is daarin echter zo daadkrachtig te werk gegaan, dat zij heeft nagelaten ruimte in te bouwen voor elementen die naast daadkracht nog belangrijker zijn in een besluitvormingsproces van een bestuursorgaan.
50. Voor een goed besluit is noodzakelijk dat het bestuursorgaan daarbij zorgvuldig te werk gaat en dat de feiten en omstandigheden die daaraan ten grondslag liggen juist, volledig en begrijpelijk in het besluit uiteen worden gezet. Bovendien zal de motivering van een besluit er blijk van moeten geven dat alle relevante feiten en belangen zijn meegewogen. Het bestuursorgaan moet er verder voor zorgen dat hij zonder willekeur te werk gaat en zijn bevoegdheden niet gebruikt voor andere doelen dan waarvoor deze in het leven zijn geroepen. Dit wordt nog belangrijker wanneer er besluiten worden genomen die zo ingrijpen in de autonomie van een onderneming en de rechten van derden als het onderhavige besluit.
51. De conclusie moet worden getrokken dat het SREP-besluit niet aan deze elementaire eisen voldoet. Het besluit ontbeert een wettelijke grondslag, DNB heeft SNS Bank opgezadeld met een onuitvoerbare opdracht, de besluitvorming is er in een sneltreinvaart doorheen gejaagd en de relevante bezwaren tegen het voorgenomen besluit zijn niet of nauwelijks meegenomen in de definitieve besluitvorming. En dit is nog een volledige opsomming van de tekortkomingen.
52. Al deze punten afzonderlijk zijn reeds voldoende om in de heroverweging te concluderen tot intrekking van het besluit. Wanneer ze tezamen worden gezien, is intrekking van het besluit onafwendbaar. Namens bezwaarmakers verzoek ik u dan ook om hiertoe over te gaan en aan bezwaarmakers de kosten te vergoeden die zij hebben moeten maken voor de behandeling van het bezwaar.

Amsterdam, 22 mei 2013

gemachtigden

Deze zaak wordt behandeld door mr. C.A. Doets, Finnius advocaten, Plantage Parklaan 12, 1018 ST Amsterdam, telefoon: 020 767 0180, telefax: 020 767 0181 en mr. J.H. Lemstra en mr. dr. P.J. van der Korst, Lemstra Van der Korst N.V., Prins Hendriklaan 16, 1075 BC Amsterdam, telefoon: 020 205 0567, telefax: 020 205 0560.