

Wijziging van de Wet op het financieel toezicht en de Faillissementswet, alsmede enige andere wetten in verband met de introductie van aanvullende bevoegdheden tot interventie bij financiële ondernemingen in problemen (Wet bijzondere maatregelen financiële ondernemingen)

MEMORIE VAN TOELICHTING

ALGEMEEN DEEL

1. INLEIDING

§ 1.1 Algemeen

De financiële crisis en de turbulente ontwikkelingen van de afgelopen jaren hebben het besef doen groeien dat de instrumenten die de overheid ten dienste staan om problemen in de financiële sector het hoofd te bieden, in een aantal gevallen tekortschieten. In het wettelijke instrumentarium ligt het accent op preventie: het tijdig proberen bij te sturen om te voorkomen dat een financiële onderneming in problemen geraakt. Te denken valt in dat verband onder meer aan de bevoegdheid om een aanwijzing te geven of om een zogeheten stille curator te benoemen. Op het moment echter dat een financiële onderneming in problemen is geraakt, bieden instrumenten als het geven van een aanwijzing weinig soelaas meer. Het instrumentarium van de Wet op het financieel toezicht is vanaf dat moment vooral gericht op een aanstaand faillissement van de betrokken onderneming, met alle maatschappelijke kosten van dien. Mogelijkheden voor de overheid om in dat stadium actief aan te sturen op een tijdige en ordentelijke afwikkeling van ondernemingen of op een andere uitkomst met minder maatschappelijke kosten dan een faillissement ontbreken goeddeels. Een andere tekortkoming van het huidige wettelijke instrumentarium is dat de focus daarvan ligt op de individuele onderneming en de belangen van de individuele betrokkenen bij die onderneming. Deze focus op individuele belangen miskent dat ook het algemeen belang dat gemoeid is met de stabiliteit van het financiële stelsel tot ingrijpen bij een in problemen verkerende onderneming kan nopen.

In het licht van het bovenstaande acht het kabinet het wenselijk om de mogelijkheden voor de overheid tot interventie bij financiële ondernemingen aan te vullen en te versterken en daartoe de Wet op het financieel toezicht en de Faillissementswet te wijzigen. Er worden twee categorieën maatregelen voorgesteld. De eerste categorie heeft betrekking op een tijdige en ordentelijke afwikkeling van ondernemingen in problemen. De tweede categorie dient een verdergaand doel, namelijk de borging van de stabiliteit van het financiële stelsel als geheel. Op de interventieladder gaat het om twee nieuwe sporten bovenin de ladder, waarbij de maatregelen ter borging van de stabiliteit het meest vergaand zijn en de bovenste sport vormen. In de paragrafen 2 en 3 zullen beide categorieën maatregelen nader worden toegelicht, te beginnen met de afwikkeling van financiële ondernemingen in problemen.

Tevens bevat het wetsvoorstel een regeling met betrekking tot de rechten van wederpartijen na een maatregel. De regeling beoogt de effectiviteit van de in dit wetsvoorstel voorgestelde maatregelen te versterken door de bevoegdheid van wederpartijen om na het treffen van een van deze maatregelen bepaalde rechten

uit te oefenen, te beperken. Op deze regeling inzake de zogeheten "trigger events" wordt in paragraaf 4 nader ingegaan.

Tenslotte bevat het wetsvoorstel een bepaling met het oog op de financiering van het depositogarantiestelsel en een wijziging van de Bankwet met betrekking tot de zogeheten *Emergency Liquidity Assistance*. Beide worden verder toegelicht in de artikelsgewijze toelichting bij artikel I, onderdeel IJ, en artikel V.

§ 1.2. Interventieladder

Ingeval zich tekortkomingen voordoen ten aanzien van een financiële onderneming staan toezichthouders De Nederlandsche Bank (DNB) en de Autoriteit Financiële Markten (AFM) verscheidene instrumenten ter beschikking. Het karakter van de tekortkoming zal bepalend zijn voor de toezichthouder welk instrument toe te passen. In dit kader wordt vaak de term 'interventieladder' gebruikt, vanwege de samenhang tussen de tekortkoming en het instrument: een beperkte tekortkoming zal met een mild instrument kunnen worden opgelost, terwijl een majeure tekortkoming eerder een zwaar instrument zal vereisen. Algemene principes die aan de basis liggen van het concept van de interventieladder zijn:

- Financiële ondernemingen moeten kunnen falen, echter zonder dat het falen tot grote maatschappelijke verstoringen leidt;
- Zelfredzaamheid, eventueel daartoe aangezet door de toezichthouder, geniet de voorkeur boven ingrijpen door de overheid.

DNB en de AFM kunnen momenteel op basis van de Wet op het financieel toezicht (Wft) ten aanzien van een financiële onderneming de volgende instrumenten toepassen: een aanwijzing geven, een zogeheten stille curator benoemen, een openbare waarschuwing uitvaardigen, een last onder dwangsom of een bestuurlijke boete opleggen of een vergunning aanpassen of intrekken. Tevens is wettelijk geëxpliciteerd dat DNB ten aanzien van bepaalde soorten financiële ondernemingen andere instrumenten kan inzetten. DNB kan aan bijvoorbeeld een bank en een beleggingsonderneming voorschrijven dat zij een hoger toetsingsvermogen aanhouden, een specifiek voorzieningenbeleid voeren of de risico's beperken. Voorts kan DNB de vrije beschikking door een verzekeraar over zijn waarden beperken of verbieden om anders dan met machtiging van DNB te beschikken over deze waarden. Ook kan DNB van een verzekeraar verlangen dat hij een herstelplan, saneringsplan of financieringsplan opstelt. Bovendien kan DNB ten aanzien van een levensverzekeraar waarvan het financieringsplan is afgekeurd, besluiten de portefeuille op te vangen wanneer deze nog overlevingskansen heeft. Als sluitstuk geldt dat DNB de rechtbank kan verzoeken de noodregeling of het faillissement uit te spreken ten aanzien van een bank of verzekeraar.

Banken en verzekeraars vervullen belangrijke nutsfuncties. Banken fungeren als essentiële intermediairs voor de reële economie door geldoverschotten, waarover de banken een rentevergoeding betalen, aan te trekken en deze uit te zetten bij bijvoorbeeld huizenkopers en het midden- en kleinbedrijf, waarvoor de banken een rentevergoeding vragen. In de regel hebben de aangetrokken geldoverschotten (de verplichtingen van de bank) een kortere looptijd dan de uitzettingen, hetgeen een bank kwetsbaar maakt voor een massale *bank run* en tevens, in geval van een moratorium, een doorstart of sanering vrijwel uitgesloten maakt. Tevens vervullen banken vanwege de veelal girale afwikkeling van betalingen een cruciale rol in het betalingsverkeer. Hoewel minder zichtbaar voor het grote publiek hebben banken

ook een belangrijke functie bij de zogeheten *clearing and settlement* van effectentransacties, oftewel de afhandeling van aandelen- en derivatentransacties tussen partijen.

Ook verzekeraars vervullen belangrijke nutsfuncties ten behoeve van de reële economie. De primaire functie van verzekeraars is dat zij tegen een vergoeding, de verzekeringspremie, risico's afdekken. Een tweede, secundaire functie van vooral levensverzekeraars betreft de aanwending van de premie-inkomsten door deze te investeren. Ook financiers verzekeraars bijvoorbeeld direct en indirect hypothecaire leningen. Vaak wordt een onderscheid gemaakt tussen enerzijds levensverzekeraars en anderzijds schadeverzekeraars. Levensverzekeraars verbinden zich tot de uitkering van een bepaald bedrag, de verzekerde som, in verband met het leven of de dood van de verzekerde. Een levensverzekering is daarmee vaak een langlopende verzekering, waarvan de premie aanzienlijk hoger is wanneer men de verzekering op hogere leeftijd afsluit. Schadeverzekeraars verbinden zich tot een bepaalde schadevergoeding in geld of natura als een verzekerd risico zich materialiseert ten aanzien van de polishouder. Anders dan voor een levensverzekering betreft het vaak een kortlopende (vaak periodiek verlengde) verzekering, waarvan de premie in beginsel niet afhankelijk is van de leeftijd van de polishouder (bijv. een brandverzekering). Hoewel een *run* op een levensverzekeraar veel minder waarschijnlijk is dan een *run* op een bank, vanwege het feit dat een levensverzekeraar geen direct opeisbare verplichtingen heeft, kan dit echter niet geheel worden uitgesloten. Polishouders kunnen bijvoorbeeld, ondanks een eventuele boete, om hun moverende redenen en masse hun levensverzekeringsspolissen afkopen, waardoor de levensverzekeraar onmiddellijk in liquiditeitsproblemen kan komen.

Vanwege de nutsfuncties van banken en verzekeraars kan niet altijd worden vastgehouden aan het principe dat financiële ondernemingen moeten kunnen falen. Dit falen kan onder bepaalde omstandigheden namelijk tot grote maatschappelijke verstoringen leiden, in de vorm van verstoring van het betalingsverkeer, verlies van vertrouwen in het financiële stelsel of het ontstaan van een grote groep personen waarvan de rechten worden gekort of onverzekerd raken. Dit is schadelijk voor het algemeen belang dat met een stabiel financieel stelsel is gemoeid. Het is afhankelijk van de soort, de omvang en de combinatie van nutsfuncties en de omstandigheden van het geval of een falen tot grote verstoringen leidt. In het algemeen zal gelden dat vanwege de soort en de combinatie van nutsfuncties het falen van een bank eerder tot grote verstoringen leidt dan het falen van een verzekeraar. Binnen de groep van verzekeraars zal in het algemeen gelden dat vanwege de soort verzekering het falen van een levensverzekeraar eerder tot verstoringen leidt dan dat van een schadeverzekeraar. Een polishouder bij een falende brandverzekeraar kan immers relatief eenvoudig een gelijkwaardige verzekering afsluiten bij een andere brandverzekeraar. Vooraf is het echter niet goed mogelijk te preciseren bij welk van deze financiële ondernemingen met een nutsfunctie eventuele problemen tot grote maatschappelijke verstoringen leiden.

Voor de bank en verzekeraar worden de bestaande instrumenten niet voldoende geacht. In de eerste plaats ontbreken voldoende instrumenten om met het oog op de nutsfuncties doortastend aan te sturen op een tijdige en ordentelijke afwikkeling van een bank of verzekeraar. De bestaande instrumenten zijn enerzijds vooral van preventieve aard, waarbij DNB de financiële onderneming maant de tekortkoming aan te pakken, of anderzijds gericht op een aanstaand faillissement van de financiële onderneming. Alleen ten aanzien van een levensverzekeraar kan DNB momenteel besluiten tot opvang van een portefeuille, zij het dat voor de opvang slechts

een beperkt bedrag beschikbaar is en er ook andere beperkende voorwaarden gelden. Ten aanzien van een bank of verzekeraar, anders dan een levensverzekeraar, kan momenteel buiten de noodregeling of het faillissement niet tot een gedwongen overdracht worden besloten, terwijl dit met het oog op de nutsfuncties wel wenselijk wordt geacht. In ogenschouw nemend dat het niet goed mogelijk is vooraf te preciseren wanneer sprake zal zijn van grote verstoringen, zij hierbij opgemerkt dat bij de toepassing van het voorgestelde instrumentarium proportionaliteit en subsidiariteit in acht moeten worden genomen. In de tweede plaats geldt dat, in geval van een noodregeling of faillissement het niet DNB maar de bewindvoerder, onderscheidenlijk curator is die een eventuele overdracht aan een overnemer arrangeert. Anders dan DNB hebben de bewindvoerder en curator niet primair oog voor het belang van een stabiel financieel stelsel. Bovendien kennen zij de financiële sector minder goed. In de derde plaats geldt dat het huidige criterium op grond waarvan de noodregeling kan worden uitgesproken te beperkt wordt geacht, omdat het criterium te veel ruimte laat voor een waardering van de kansen op verbetering. Het wordt echter onwenselijk geacht dat te lang wordt afgewacht of er voldoende verbetering optreedt.

De focus van de bestaande instrumenten en de in dit wetsvoorstel voorziene instrumenten om tot een tijdige en ordentelijke afwikkeling te komen, ligt met name op de individuele financiële onderneming en de belangen van de individuele betrokkenen bij die onderneming. Hoewel dit belangrijk is, miskent deze focus op individuele belangen dat ook het algemeen belang dat gemoeid is met de stabiliteit van het financiële stelsel tot ingrijpen bij een financiële onderneming kan nopen. In dit wetsvoorstel wordt daarom in nieuwe instrumenten voorzien die ten aanzien van een financiële onderneming kunnen worden toegepast wanneer er sprake is van ernstig en onmiddellijk gevaar voor de stabiliteit van het financiële stelsel. Het gaat daarbij om twee bijzondere bevoegdheden voor de Minister van Financiën: de bevoegdheid om in te grijpen in de interne bevoegdheden van een financiële onderneming en de bevoegdheid om, als ultimum remedium, zo nodig zelfs tot onteigening van een financiële onderneming over te gaan. Deze instrumenten, die zijn opgenomen in het voorgestelde nieuwe Deel 6, maken hiermee deel uit van de interventieladder en vormen daarvan in zekere zin het sluitstuk.

Tot slot zij opgemerkt dat de voorgestelde uitbreiding van het instrumentarium in lijn is met de rapporten van de Adviescommissie Toekomst Banken en de Tijdelijke commissie onderzoek financieel stelsel (Commissie De Wit).^{1,2} Op verzoek van de bancaire sector heeft de Adviescommissie Toekomst Banken in april 2009 een rapport opgeleverd met lessen en aanbevelingen naar aanleiding van de kredietcrisis. De Adviescommissie heeft hierbij onder andere aanbevolen om de bevoegdheden van de organen van een bank op te kunnen schorten opdat een nieuw onderkomen voor het betrokken/besmette deel van de bank kan worden gezocht. De parlementaire Commissie De Wit heeft in haar rapport 'Verloren krediet' van 10 mei 2010 aangegeven uitbreiding van het crisisinstrumentarium te ondersteunen.

§ 1.3. Internationale ontwikkelingen

De financiële crisis van de afgelopen jaren heeft niet alleen in Nederland, maar wereldwijd tot het besef geleid dat het bestaande instrumentarium versterking behoeft. In andere landen en binnen internationale gremia doen zich daarom momen-

¹ Adviescommissie Toekomst Banken, 'Naar herstel van vertrouwen' (april 2009).

² Kamerstukken II 2009/10, 31 980, nrs. 3-4.

teel gelijksoortige ontwikkelingen voor als in Nederland, of hebben zich daar reeds voorgedaan.

Op mondiaal niveau heeft de G20, het forum van leiders van 20 grote en opkomende economieën, reeds in het najaar van 2008 verklaard dat de bestaande regelgeving aangaande afwikkeling en insolventie van financiële ondernemingen moet worden herzien om ordentelijke afwikkeling mogelijk te maken. Naar aanleiding hiervan hebben de Financial Stability Board (FSB), het Basel Committee on Banking Supervision (BCBS), het Internationaal Monetair Fonds en de Wereldbank zich tot taak gesteld een bijdrage te leveren aan deze afspraak. De FSB monitort bijvoorbeeld de voortgang. Het BCBS, het internationale comité van nationale banktoezichthouders, heeft in dit kader in maart 2010 een rapport gepubliceerd met aanbevelingen over de afwikkeling van internationale banken.³ Hierin beveelt het comité onder andere aan dat landen een zogeheten *special resolution regime* hebben, inclusief, als laatste redmiddel, de mogelijkheid tot (tijdelijke) onteigening.

Op het niveau van de Europese Unie heeft de Europese Commissie de ontwikkeling van een Europees kader voor crisismanagement in de financiële sector ter hand genomen. Hiertoe heeft de Commissie in oktober 2009 een eerste mededeling ter publieke consultatie gepubliceerd.⁴ Hierin geeft zij onder andere in overweging, als ultimatum remedium, de mogelijkheid tot onteigening. In oktober 2010 heeft de Commissie een nieuwe mededeling gepubliceerd, in januari 2011 gevolgd door een bijbehorend consultatiedocument, waarin zij haar visie ten aanzien van een Europees kader voor crisismanagement heeft uiteengezet. De Commissie staat hierbij drie pijlers voor, te weten preventie van en voorbereiding op problemen, vroegtijdige interventie, en ordentelijke afwikkeling. Ten aanzien van de laatste pijler staat haar onder andere de bevoegdheid voor ogen om bij de afwikkeling aandelen, activa, vorderingen of verplichtingen van een falende bank over te dragen aan een andere entiteit. In eerste instantie wil de Commissie tot een kader voor crisismanagement komen voor banken en bepaalde beleggingsondernemingen. De Commissie heeft reeds aangekondigd in de nabije toekomst te willen nagaan in hoeverre dit kader voor crisismanagement ook van toepassing zou moeten zijn op andere financiële ondernemingen, zoals verzekeraars. De Commissie heeft momenteel een richtlijnvoorstel in voorbereiding. Onzeker is nog wanneer dit voorstel en daarmee de daadwerkelijke richtlijn gereed zijn.

Vanwege het grote belang dat wordt gehecht aan een stabiel financieel stelsel, heeft het kabinet besloten de Europese regelgeving niet af te wachten, maar zelf in lijn met de huidige ontwikkelingen een regeling voor te stellen om tot een tijdige en ordentelijke afwikkeling te kunnen komen. Hiermee wordt in enige mate vooruitgelopen op de door de Commissie voorgestane derde pijler van het kader voor crisismanagement. Anders dan de Commissie thans voorstaat, zijn de in dit wetsvoorstel voorziene instrumenten ook op verzekeraars van toepassing. Zoals reeds aangegeven, hebben ook deze financiële ondernemingen nutsfuncties die ingeval van falen onder omstandigheden tot grote maatschappelijke verstoringen kunnen leiden. Bovendien leert de financiële crisis dat ook verzekeraars kunnen worden geraakt. Voor de volledigheid zij opgemerkt dat de hier voorgestelde regeling ter borging

³ Basel Committee on Banking Supervision, 'Report and recommendations of the cross-border bank resolution group' (maart 2010).

⁴ Commissie van de Europese Gemeenschappen, Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité, het Europees Hof van Justitie en de Europese Centrale Bank, 'Een EU-kader voor grensoverschrijdende crisisbeheersing in de banksector' (COM(2009) 561).

van de stabiliteit van het financiële stelsel als geheel als een aanvulling van deze derde pijler kan worden gezien.

Nederland is hiermee niet het enige land dat in enige mate vooruitloopt op het door de Europese Commissie voorgestane regelgevingstraject. Verscheidene Nederland omringende landen hebben naar aanleiding van de financiële crisis reeds stappen ondernomen om het instrumentarium om problemen in de financiële sector het hoofd te bieden aan te vullen. In het Verenigd Koninkrijk is, ter vervanging van een eerdere tijdelijke wet, op 21 januari 2009 de Banking Act 2009 in werking getreden. Deze wet voorziet onder andere in de mogelijkheid voor de Bank of England en de UK Treasury om met het oog op de stabiliteit van het financiële stelsel activa en passiva of aandelen over te dragen aan een derde, waaronder een onderneming van de UK Treasury. Per 1 januari 2011 is in Duitsland het Restrukturierungsgesetz van kracht. Deze wet voorziet in twee vrijwillige regelingen, een zogeheten saneringsregeling en reorganisatieregeling, om tot een private oplossing te komen en daarnaast in de mogelijkheid voor toezichthouder BaFin om bepaalde activa over te dragen aan een overbruggingsinstelling. In België is op 2 juni 2010 een wet in werking getreden, die voorziet in de mogelijkheid dat bij Koninklijk besluit activa en passiva of aandelen ten gunste van de Staat of een derde kunnen worden overgedragen, indien de stabiliteit van het financiële stelsel dreigt te worden aangetast. Ook in, onder andere, Denemarken (Indførelse af en medgiftsordning for nødlidende pengeinstitutter), Ierland (Central Bank and credit institutions (resolution) bill – momenteel bij parlement) en Zweden (Lag om statligt stöd till kreditinstitut) zijn stappen gezet om het instrumentarium uit te breiden.

2. AFWIKKELING VAN FINANCIËLE ONDERNEMINGEN IN PROBLEMEN

Het kabinet stelt de volgende regeling voor om tot een tijdige en efficiënte afwikkeling van financiële ondernemingen in problemen te komen. De Nederlandsche Bank (DNB) wordt de mogelijkheid gegeven om, ten aanzien van een bank of verzekeraar, achter de schermen een plan op te stellen tot overdracht van deposito-overeenkomsten, overige passiva of activa, of aandelen aan een private derde partij, hetgeen in principe ook een overbruggingsinstelling kan zijn. Wanneer DNB van oordeel is dat de bank of verzekeraar problemen heeft, kan zij de rechtbank verzoeken de overdrachtsregeling uit te spreken. Zij legt bij haar verzoek het overdrachtsplan ter goedkeuring voor. Wanneer DNB de rechtbank verzoekt om de noodregeling of het faillissement uit te spreken, kan zij bij haar verzoek het overdrachtsplan overleggen. Nadat de rechtbank de overdrachtsregeling, de noodregeling of het faillissement heeft uitgesproken en het overdrachtsplan heeft goedgekeurd wordt het overdrachtsplan door de overdrager, bewindvoerder, onderscheidenlijk curator uitgevoerd.

§ 2.1. Doel

In overeenstemming met de principes van de markteconomie is het uitgangspunt dat niet wordt uitgesloten dat banken en verzekeraars kunnen falen. Dit zal betekenen dat in de relatief zeldzaam voorkomende gevallen dat een financiële onderneming in problemen verkeert zij onder de noodregeling of het faillissement zal worden geliquideerd. Vanuit het oogpunt van de nutsfuncties van banken en verzekeraars en de grote, maatschappelijke verstoring waartoe stagnatie van deze nutsfuncties kan leiden, kan het echter wenselijk zijn dat het geheel dan wel een deel

van het bedrijf van de financiële onderneming overgaat op een private derde partij. Dit neemt niet weg dat risicodragende kapitaalverschaffers, zoals aandeelhouders en onverzekerde crediteuren, zoveel mogelijk met de verliezen die zij ingeval van een liquidatie zouden hebben geleden moeten worden geconfronteerd om het moreel risico te verminderen. Om dit duale doel te bereiken zijn bevoegdheden nodig waarmee de relevante bedrijfsonderdelen van een bank of verzekeraar bij een derde kunnen worden voortgezet, zonder dat de onderneming en de bij haar betrokken partijen inspraak hebben in de wijze waarop en de voorwaarden waaronder dit gebeurt. Concreet betekent dit dat een gedwongen overdracht mogelijk moet zijn, terwijl de financiële onderneming haar bedrijf nog uitoefent. De overdracht van relevante bedrijfsonderdelen kan betekenen dat bepaalde activa en passiva van de onderneming overgaan. In dit geval is er sprake van een feitelijke opsplitsing, waarbij een derde bepaalde activa en passiva verkrijgt, terwijl andere activa en passiva achterblijven in de boedel van de onderneming. Dit mag niet ten koste gaan van achterblijvende schuldeisers. Het is echter ook mogelijk dat de gehele onderneming overgaat. Dit kan geschieden doordat alle activa en passiva van de onderneming of alle aandelen in de vennootschap op een derde overgaan. Idealiter vindt de overdracht van activa en passiva of de overdracht van de aandelen plaats uiterlijk op het moment waarop de onderneming haar bedrijf niet meer kan uitoefenen. Voor de goede orde wordt opgemerkt dat het begrip "overdracht" overeenkomstig het spraakgebruik wordt gehanteerd. Indien het begrip "overdracht" in de zin van artikel 3:80 lid 3 van het Burgerlijk Wetboek wordt bedoeld zal dit uitdrukkelijk worden vermeld.

§ 2.2. Hoofdlijnen

Gezien de nutsfuncties van banken en verzekeraars heeft het wetsvoorstel betrekking op deze financiële ondernemingen. Ingeval DNB van oordeel is dat een van deze financiële ondernemingen in problemen verkeert, kan zij een overdrachtsplan voorbereiden. Dit houdt in dat DNB het initiatief tot een overdracht neemt en deze regisseert. Zij zal hierbij op zoek gaan naar een overnemer. Het overdrachtsplan kan betrekking hebben op deposito-overeenkomsten (waarvoor doorgaans middelen van het depositogarantiestelsel zullen worden aangewend), activa of passiva anders dan deposito's, door de financiële onderneming uitgegeven aandelen of een combinatie van deze.

Indien DNB een overdrachtsplan voorbereidt, kan zij dit aan de financiële onderneming mededelen. Het gevolg hiervan is dat DNB de financiële onderneming kan verplichten gegevens of inlichtingen aan bepaalde derden, zoals een overnamekandidaat, te verschaffen en toe te staan dat deze derden plaatsen van de financiële onderneming betreden. Tegen deze verplichtingen en tegen na de mededeling gedane aanwijzingen staan geen bezwaar en beroep open. Tevens geldt dat de mededeling ertoe leidt dat elke persoon die deel uitmaakt van de organen van de financiële onderneming, op straffe van hoofdelijke aansprakelijkheid tegenover de financiële onderneming, verplicht is medewerking te verlenen aan de voorbereiding van het overdrachtsplan.

Afhankelijk van de soorten overdracht in het overdrachtsplan, staan DNB drie mogelijkheden ter beschikking wanneer het overdrachtsplan gereed is, te weten de rechtbank te verzoeken toepassing te geven aan:

1. de overdrachtsregeling;
2. de noodregeling; of
3. het faillissement.

DNB kan de rechtbank hiertoe verzoeken indien zij van oordeel is dat aan het hiervoor geldende – voor alle drie de procedures gelijklopende – criterium is voldaan, dat erop neerkomt dat een financiële onderneming in problemen verkeert zonder dat er voldoende of tijdig kans op herstel is. Bij haar verzoek aan de rechtbank legt DNB het door haar voorbereide overdrachtsplan over. Ingeval DNB een overdrachtsplan heeft voorbereid dat slechts betrekking heeft op deposito-overeenkomsten of activa of passiva anders dan deposito's, dan zal DNB de rechtbank meestal om de noodregeling of het faillissement verzoeken. Ingeval het overdrachtsplan alleen betrekking heeft op door de financiële onderneming uitgegeven aandelen, zal DNB de rechtbank verzoeken om de overdrachtsregeling uit te spreken. Het is echter ook mogelijk dat DNB, indien zij een overdrachtsplan heeft voorbereid dat ziet op deposito-overeenkomsten of activa of passiva anders dan deposito's – eventueel tevens ziende op door de financiële onderneming uitgegeven aandelen –, de rechtbank om de overdrachtsregeling verzoekt. Hierbij kan gedacht worden aan de situatie dat een overnamekandidaat interesse heeft in de deposito-overeenkomsten en een andere overnamekandidaat interesse heeft in de resterende onderneming om deze om te vormen tot een financieringsmaatschappij. Wanneer summierlijk blijkt dat aan het criterium is voldaan, spreekt zij de overdrachtsregeling, noodregeling of het faillissement uit. Tevens benoemt de rechtbank een overdrager, bewindvoerder, onderscheidenlijk curator, waarvoor DNB een voordracht kan doen. Wanneer de rechtbank tevens het overdrachtsplan goedkeurt, dient de overdrager, bewindvoerder, onderscheidenlijk curator het overdrachtsplan uit te voeren.

Voor de goede orde zij opgemerkt dat het bovenstaande onverlet laat dat DNB ook zonder een overdrachtsplan voor te bereiden de rechtbank kan verzoeken om de noodregeling of het faillissement uit te spreken.

In een consultatiereactie is de vraag gesteld of DNB kan worden betrokken bij een procedure, gebaseerd op de actio pauliana. Op grond van artikel 42 van de Faillissementswet (Fw) kan de curator ten behoeve van de boedel elke rechtshandeling die de schuldenaar voor de faillietverklaring onverplicht heeft verricht en waarvan deze bij dit verrichten wist of behoorde te weten dat daarvan benadeling van de schuldeisers het gevolg zou zijn, door een buitengerechtelijke verklaring vernietigen. DNB neemt de maatregelen of dient de verzoeken in in haar rol als toezichthouder en niet in haar rol als schuldenaar. Wanneer de rechtbank het overdrachtsplan goedkeurt, weegt deze ook de belangen van crediteuren (zie paragraaf 2.3, onder c). Met de goedkeuring van het overdrachtsplan wordt de schuldenaar/probleeminstelling tot het doen van rechtshandelingen verplicht en is niet langer voldaan aan de voorwaarde dat de schuldenaar onverplicht rechtshandelingen verricht. Theoretisch is het voorstelbaar dat een rechtshandeling van de probleeminstelling met DNB in haar hoedanigheid als schuldeiser tot een actio pauliana leidt. Dat is evenwel ook nu reeds zo, nog daargelaten dat dit een buitengewoon onwaarschijnlijk scenario is.

§ 2.3. Soorten overdracht

a. algemeen

Het wetsvoorstel ziet op drie soorten overdracht:

1. deposito-overdracht: de overdracht van deposito-overeenkomsten, doorgaans met financiering met middelen van het depositogarantiestelsel;
2. activa/passiva-overdracht: de overdracht van activa of passiva anders dan deposito's; en
3. aandelenoverdracht: de overdracht van door de financiële onderneming uitgegeven aandelen.

Een combinatie van soorten overdracht is mogelijk. Het kan bijvoorbeeld wenselijk zijn om zowel deposito-overeenkomsten als activa of passiva anders dan deposito's of zowel activa of passiva anders dan deposito's en door de onderneming uitgegeven aandelen over te dragen. De overdracht kan in beginsel alleen plaatsvinden indien een geschikte private derde partij bereid is de deposito-overeenkomsten, activa of passiva anders dan deposito's of de aandelen over te nemen. Het is echter niet uitgesloten dat aan een overbruggingsinstelling wordt overgedragen. De overdracht kan dus wel tegen de wil van de financiële onderneming en de bij haar betrokkenen plaatsvinden, maar kan een derde niet worden opgedrongen.

b. deposito-overdracht

Ten aanzien van deposito's bestaat het depositogarantiestelsel. Het depositogarantiestelsel beoogt – kort gezegd – kleine depositohouders te beschermen tegen de betalingsonmacht van de bank waarbij zij hun deposito aanhouden. Het stelsel garandeert deposito's tot €100.000 per rekeninghouder per bank. DNB voert het depositogarantiestelsel uit. Wanneer een bank betalingsonmachtig is geworden of failliet is verklaard, keert DNB een vergoeding uit aan de depositohouders van de bank. DNB treedt hierbij in de rechten van de depositohouders. Dit leidt ertoe dat DNB een vordering op de boedel van de bank heeft ter grootte van het totaalbedrag dat zij aan vergoedingen aan de depositohouders heeft uitgekeerd. Uit de boedel zal doorgaans slechts een percentage van de vordering van DNB kunnen worden betaald. Het resterende bedrag, te weten het verschil tussen het totaalbedrag aan vergoedingen verminderd met het bedrag DNB uit de boedel ontvangt, wordt door DNB over de andere aan het depositogarantiestelsel deelnemende banken omgeslagen. Overigens is het kabinet doende een Algemene Maatregel van Bestuur voor te bereiden op grond waarvan de financiering van het depositogarantiestelsel ex ante plaatsvindt, en niet langer ex post over de banken wordt omgeslagen, nadat een beroep is gedaan op het depositogarantiestelsel.

Het wetsvoorstel geeft een regeling waarbij middelen die op grond van het depositogarantiestelsel zouden moeten worden aangewend, worden gebruikt om een overdracht van schulden uit deposito's aan een derde te faciliteren. Anders gezegd: DNB betaalt met depositogarantiestelsel-geld een deposito-overdracht. Met de deposito-overdracht kunnen ten minste drie doelen worden nagestreefd, kort gezegd: het kan sneller, goedkoper, en beter voor de publieke nutsfunctie zijn dan de inwerkingstelling van het depositogarantiestelsel. Op elk van deze doelen wordt hieronder kort ingegaan.

Het eerste en belangrijkste doel is een verkorting van de periode waarin depositohouders niet over geld kunnen beschikken. Bij de deposito-overdracht kan deze korter zijn dan in het geval waar DNB tot uitkering op grond van het depositogaran-

tiestelsel moet overgaan, en mogelijkwerwijs kunnen zij zelfs geheel zonder onderbreking over hun geld beschikken. De kans dat de depositohouder continu over zijn geld kan beschikken, wordt dus vergroot. Dat is niet alleen gunstiger voor de depositohouders, maar het vermindert ook de kans op een *bank run*. Idealiter is de voorbereiding van een deposito-overdracht zo ver gevorderd, dat de overdracht terstond na het uitspreken van de overdrachtsregeling, de noodregeling of het faillissement kan plaatsvinden. DNB heeft al uitvoerig contact gehad met de persoon die zij voordraagt als overdrager, bewindvoerder, onderscheidenlijk curator, en over wie in de praktijk al informele contacten kunnen bestaan met de rechtbank. De overdrager, bewindvoerder, onderscheidenlijk curator is al op de hoogte van de details van het overdrachtsplan. Alles is reeds in gereedheid gebracht voor de overdracht. De periode waarin de depositohouder niet over zijn geld kan beschikken, wordt daardoor teruggebracht tot een minimum.

De verkorting van de periode waarin depositohouders niet over hun geld kunnen beschikken, moet wel worden gezien in het licht van de verkorting van de termijn waarbinnen DNB een vergoeding aan de depositohouders moet uitkeren ingeval het depositogarantiestelsel in werking zou worden gesteld. Hiervoor is de maximale uitkeringstermijn op grond van de gewijzigde richtlijn depositogarantiestelsels⁵ sinds het einde van 2010 20 werkdagen, in uitzonderlijke omstandigheden een keer te verlengen met ten hoogste 10 werkdagen. De Europese Commissie heeft voorgesteld deze termijn nog verder terug te brengen tot 7 dagen (niet langer werkdagen). Op dit moment is nog niet bekend of dat voorstel kan rekenen op een meerderheid. Er is dus een kans dat de periode waarin de depositohouders niet over hun geld kunnen beschikken, ten hoogste 7 dagen is. Het is deze – toch al korte – periode van 7 dagen die kan worden verkort door een deposito-overdracht. Een verkorting van een periode van 7 dagen moge op het eerste gezicht ogenschijnlijk relatief gering zijn, maar in het kader van de instandhouding van het vertrouwen in de financiële markten en van het behoud van de publieke nutsfunctie, is elke verkorting van die periode gewenst. Wanneer depositohouders op voorhand weten dat zij zonder onderbreking of met een zo kort mogelijke onderbreking over hun geld kunnen beschikken, neemt de kans op een *bank run* af. Wanneer de maximale uitkeringstermijn 20 werkdagen blijft, neemt het gewicht van de reden die is gelegen in de verkorting van de termijn waarin depositohouders niet over hun geld kunnen beschikken toe.

Het tweede doel is kostenbesparing. Dit is op twee manieren mogelijk. De belangrijkste manier waarop kosten kunnen worden bespaard bestaat in de mogelijkheid dat het met de deposito-overdracht gemoeide bedrag lager is dan het bedrag dat op grond van het depositogarantiestelsel zou moeten worden uitgekeerd. Dat komt doordat de overnemende derde doorgaans bereid zal zijn een bedrag te betalen voor het overnemen van een klantenbestand. De tweede – bijkomende – manier waarop kosten kunnen worden bespaard bestaat in de mogelijkheid dat een deposito-overdracht minder uitvoeringswerkzaamheden voor DNB met zich brengt dan de inwerkingstelling van het depositogarantiestelsel. Hierbij moet wel worden bedacht dat het in de praktijk geboden kan zijn dat DNB tijdens de voorbereidingen van een deposito-overdracht tevens de inwerkingstelling van het depositogarantiestelsel voorbereidt, voor het geval de deposito-overdracht geen doorgang vindt. In dat

⁵ Richtlijn nr. 94/19/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 30 mei 1994 inzake de depositogarantiestelsels, PbEG L 135, zoals gewijzigd bij Richtlijn nr. 2009/14/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 11 maart 2009 tot wijziging van Richtlijn 94/19/EG inzake de depositogarantiestelsels wat dekking en uitbetalingstermijnen betreft, PbEU L 68.

geval is DNB immers gehouden om binnen de maximale uitkeringstermijn de vergoeding ingevolge het depositogarantiestelsel te voldoen. Wanneer DNB tegelijkertijd doende is zowel een deposito-overdracht als de inwerkingstelling van het depositogarantiestelsel voor te bereiden, neemt het financiële voordeel dat wordt veroorzaakt door een vermindering van werkzaamheden uiteraard af.

Met betrekking tot de kosten wordt opgemerkt dat hetgeen door het depositogarantiestelsel is voldaan om de deposito-overdracht te bekostigen, nu nog achteraf wordt omgeslagen over de bestaande banken. Indien de overnemer een bank is die deelneemt aan het depositogarantiestelsel, wordt het bedrag ook over hem omgeslagen. Overigens zal de financiering van het depositogarantiestelsel worden gewijzigd van de financiering ex post (dus omslag achteraf) in een financiering ex ante (banken storten vooraf in een fonds). Voor de deposito-overdracht heeft dat geen consequenties.

Het derde doel is gelegen in de publieke nutsfunctie. Indirect is het belang van de publieke nutsfunctie van belang voor de stabiliteit van het financiële stelsel. Het financiële stelsel kan immers erbij gebaat zijn dat bekend wordt dat de deposito-overeenkomsten van een probleebank door een andere bank worden overgenomen.

De derde die de deposito-overeenkomsten overneemt, krijgt er een klantenbestand bij. Hij zal daarom een zeker bedrag over hebben om een dergelijk klantenbestand te verwerven. Daar staat tegenover dat hij met de overname van de schulden uit deposito's aanzienlijke verplichtingen op zich neemt. De derde zal alleen dan daartoe bereid zijn indien hij voldoende activa krijgt waarmee de schulden uit de deposito's kunnen worden voldaan. In het wetsvoorstel wordt niet uitgesloten dat wordt bekeken of er activa van de probleebank zijn die kunnen worden overgedragen. De vraag die daarbij zal moeten worden beantwoord is of dit niet leidt tot benadeling van het geheel van andere schuldeisers dan de depositohouders.

In dit verband wordt gewezen op de portefeuille-overdracht in het kader van de opvangregeling voor levensverzekeraars. In dat geval worden op grond van artikel 3:155, eerste lid, Wft ook activa overgedragen, namelijk de waarden die dienen tot dekking van de technische voorzieningen. Een van de verschillen tussen de deposito-overdracht en de portefeuille-overdracht bij levensverzekeraars is dat de vordering van verzekeringscrediteuren op grond van artikel 3:198, derde lid, Wft voorrang heeft, terwijl de vordering van depositohouders geen voorrang heeft. Op de activa die bij een portefeuille-overdracht bij levensverzekeraars worden overgedragen hebben de overige schuldeisers derhalve toch al slechts een achtergesteld verhaalsrecht, zodat zij door de overdracht van die activa in de praktijk niet worden benadeeld. Bij banken is dat anders: de depositohouders zijn concurrente schuldeisers. Wanneer de deposito-overdracht gepaard gaat met de overdracht van activa, waarop alle concurrente schuldeisers een verhaalsrecht hebben, bestaat er een gerede kans dat de andere schuldeisers dan depositohouders worden benadeeld. Daarom is in de regeling met betrekking tot de activa/passiva-overdracht bepaald dat de rechtbank het overdrachtsplan goedkeurt tenzij de schuldeisers die een vordering houden op de probleeminstelling daardoor zouden worden benadeeld.

Uit de aard der zaak kan de deposito-overdracht slechts plaatsvinden ingeval de financiële onderneming, waarvan DNB van oordeel is dat deze in problemen verkeert, een bank is. De deposito-overdracht werkt in essentie als volgt. De overnemer neemt de deposito-overeenkomsten over van de bank, waardoor hij aanzienlij-

ke verplichtingen tegenover de depositohouders op zich neemt. Enerzijds zal de overnemer een zeker bedrag over hebben om het klantenbestand van de bank te verwerven. Anderzijds zal de overnemer alleen tot de overdracht bereid zijn indien hij tevens voldoende activa verkrijgt, waarmee de schulden uit deposito's kunnen worden voldaan. Hiertoe ontvangt de overnemer van DNB een vergoeding uit de middelen van het depositogarantiestelsel. Voor deposito's, die op zichzelf wel onder het depositogarantiestelsel vallen maar die groter zijn dan €100.000, geldt dat DNB voor elk van een dergelijke vordering slechts een bedrag van €100.000 ter beschikking stelt. Of een dergelijke vordering geheel wordt overgedragen, hangt af van de bereidheid van de overnemer om deze geheel over te nemen. Voorstelbaar is dat er tevens activa van de bank worden overgedragen waardoor de overnemer bereid is de deposito's ook voor het bedrag boven €100.000 over te nemen, ofschoon DNB per deposito slechts een bedrag van ten hoogste €100.000 beschikbaar stelt. Wanneer de overnemer niet bereid is de deposito's ook voor het bedrag boven €100.000 over te nemen, worden de desbetreffende deposito's tot het bedrag van €100.000 overgedragen. In dat geval behouden de depositohouders voor het bedrag boven €100.000 een vordering op de boedel van de bank. Voor deze restantvordering kan geen beroep meer worden gedaan op het depositogarantiestelsel. Door de deposito-overdracht wordt namelijk reeds bewerkstelligd dat depositohouders over hun deposito kunnen blijven beschikken tot een maximum van €100.000. DNB heeft een vordering op de boedel van de bank ter grootte van de vergoeding die zij aan de overnemer heeft voldaan. Indien uit de boedel niet de gehele vordering van DNB kan worden betaald, wordt het resterende bedrag – net als bij het depositogarantiestelsel – over de andere aan het depositogarantiestelsel deelnemende banken omgeslagen.

Opmerking verdient nog wat rechtens geldt met betrekking tot mogelijke bevoegdheden van depositohouders tot verrekening uit hoofde van een aan hen door de probleeminstelling verstrekte lening. In dit verband is het goed nog eens te benadrukken dat met de regeling van het overdrachtsplan in het kader van de noodregeling of het faillissement, niets anders wordt beoogd dan mogelijk te maken dat de bewindvoerder of curator wordt verplicht tot iets dat hij nu reeds kan doen. De vraag of een depositohouder zijn verrekeningsbevoegdheid kan uitoefenen ingeval de curator de deposito-overeenkomst aan een ander overdraagt kan ook onder het huidige recht worden gesteld en staat los van de vraag of de curator kan worden verplicht tot een dergelijke overdracht. Het thans voorliggende wetsvoorstel beoogt slechts een dergelijke verplichting van de curator mogelijk te maken, en niet tevens de vraag naar de verrekeningsbevoegdheden te beantwoorden. Hetzelfde geldt met betrekking tot de situatie waarin een depositohouder zijn vordering op de probleeminstelling heeft bezwaard met een zekerheidsrecht.

Voorstelbaar is dat de deposito's worden overgedragen aan een overnemer bij wie een depositohouder reeds een deposito heeft. In dat geval bestaat de kans dat het totale bedrag dat de desbetreffende depositohouder bij de overnemer heeft, groter is dan € 100.000. Het staat iedere depositohouder, dus ook deze depositohouder, vrij onmiddellijk na de overdracht een bedrag over te maken naar een rekening bij een andere bank. Dit hoeft niet apart te worden geregeld.

c. activa/passiva-overdracht

Onder de activa/passiva-overdracht kunnen alle of bepaalde activa of passiva, uitgezonderd deposito's, worden overgedragen. Deposito's zijn van deze vorm van overdracht uitgezonderd, omdat – zoals hierboven is beschreven – voor deposito's

een bijzondere overdrachtsoort wordt voorgesteld ten behoeve waarvan de middelen van het depositogarantiestelsel kunnen worden aangewend. De begrippen 'activa' en 'passiva' moeten zo ruim mogelijk worden opgevat. In de accountantswetenschap wordt soms onder 'activa en passiva' slechts verstaan hetgeen op de balans van een onderneming staat. In dit wetsvoorstel wordt de term niet in die enge betekenis gebruikt. Alle overdraagbare rechten en verplichtingen, ook die niet op de balans staan, zijn voor deze vorm van overdracht vatbaar.

Een activa/passiva-overdracht zal vaak ingewikkelder zijn dan een deposito-overdracht. De activa/passiva-overdracht zal namelijk vaak neerkomen op een complexe splitsing van de probleeminstelling. Het is twijfelachtig of een dergelijke relatief ingewikkelde overdracht kan worden gerealiseerd in de hectiek die eigen is aan een op handen zijnde deconfiture van een probleeminstelling. Tevens geldt dat niet elke activa/passiva-overdracht even waarschijnlijk zal zijn. De kans dat een deel van de activa en een deel van de passiva worden overgedragen is naar alle waarschijnlijkheid kleiner dan de kans dat alle activa en passiva of alleen activa worden overgedragen. In geval van een overdracht van een deel van de activa en een deel van de passiva moet worden voorkomen dat de in de probleeminstelling achterblijvende crediteuren worden benadeeld ten opzichte van de crediteuren die overgaan. Dat zou het geval zijn wanneer zij minder verhaalsmogelijkheden op de boedel van de probleeminstelling hebben dan wanneer deze was geliquideerd. Bij zowel een algehele activa/passiva-overdracht als een overdracht van alleen activa tegen de marktprijs zullen in het algemeen geen crediteuren worden benadeeld. Wanneer het vermogen van de probleeminstelling gelijk blijft betekent dit niet per definitie dat er nooit sprake is van benadeling. Bij de beoordeling of al dan niet sprake is van benadeling van de achterblijvende schuldeisers dient de (hypothetische) situatie dat de instelling wordt geliquideerd nadat de activa/passiva in het kader van de uitvoering van de overdrachtsregeling zijn overgedragen te worden vergeleken met de (hypothetische) situatie dat de instelling wordt geliquideerd zonder dat een dergelijke overdracht plaatsvindt. Als het aan de individuele schuldeisers (hypothetisch) uit te keren bedrag in beide situaties gelijk is, is geen sprake van benadeling in de zin van deze wet.

Een deposito-overdracht en een activa/passiva-overdracht kunnen ook worden gecombineerd. Het is bijvoorbeeld denkbaar dat een derde bereid is zowel de deposito-overeenkomsten als activa of eventueel passiva anders dan deposito's van de probleebank over te nemen. De beide overdrachten worden alsdan gecombineerd afgehandeld. Dit betekent dat de deposito's (en eventuele andere passiva) met de activa worden verrekend.

d. aandelenoverdracht

Thans kunnen binnen noch buiten de noodregeling of het faillissement de door een probleeminstelling uitgegeven aandelen tegen de wil van de aandeelhouders aan een derde worden overgedragen. Hier wordt voorgesteld wel in de mogelijkheid van een dergelijke aandelenoverdracht te voorzien.

Gelijk aan de mogelijkheid om een reguliere fusie van ondernemingen te bewerkstelligen door middel van een bedrijfsfusie (de overname van activa en passiva) of een aandelenfusie (overname van de aandelen), voorziet het wetsvoorstel in de activa/passiva-overdracht en de aandelenoverdracht. In vergelijking met de activa/passiva-overdracht is de aandelenoverdracht, net als de aandelenfusie, conceptueel eenvoudiger, maar risicovoller omdat alle rechten en verplichtingen wor-

den overgenomen. De overnemer wordt daardoor "moeder" van de overgenomen probleeminstelling, die dus gaat functioneren als "dochter". Men kan zich afvragen of er behoefte bestaat aan de mogelijkheid van een aandelenoverdracht wanneer de probleeminstelling problemen heeft. Dat er sprake is van problemen wil echter niet zeggen dat de probleeminstelling reeds insolvent is of dat een derde de problemen niet kan verhelpen. Zelfs wanneer de probleeminstelling reeds insolvent is, kan voorkeur worden gegeven aan een aandelenoverdracht, indien bijvoorbeeld een saneringsakkoord met bepaalde crediteuren kan worden gesloten. Tevens kan de vraag worden gesteld waarom de aandeelhouders in een probleeminstelling niet in de gelegenheid worden gesteld om eigener beweging hun aandelen over te dragen. Bij voorkeur gebeurt dit wel, maar niet kan worden uitgesloten dat de problemen bij de probleeminstelling zodanig acuut zijn dat een snelle en zekere oplossing is vereist. Wanneer de aandeelhouders zelf kunnen besluiten om hun aandelen aan te bieden, zal hier enige tijd voor benodigd zijn en is daarnaast niet zeker of alle of een meerderheid van de aandelen worden aangeboden, met name niet als de huidige aandeelhouders onbekend zijn met de problemen van de probleeminstelling. Het is echter ook mogelijk dat de aandeelhouders in de ontrechte veronderstelling leven dat de overheid de probleeminstelling te hulp zal schieten. De aandeelhouders van een probleeminstelling kunnen er namelijk op speculeren dat de overheid de probleeminstelling overeind zal houden, in welk scenario de aandelen meer waard zouden worden. De mogelijkheid van de aandelenoverdracht voorkomt dat aandeelhouders een dergelijk gokje kunnen wagen.

Een aandelenoverdracht kan ook worden gecombineerd met een deposito-overdracht en/of een activa/passiva-overdracht. Het is bijvoorbeeld niet uit te sluiten dat een overnamekandidaat interesse heeft in de deposito's van de probleembank, terwijl een andere overnamekandidaat interesse heeft in de aandelen in de probleembank zonder de deposito's om deze om te vormen tot financieringsmaatschappij.

In dit verband wordt opgemerkt dat de regeling met betrekking tot de gekwalificeerde deelneming en de verklaring van geen bezwaar in de artikelen 3:95 tot en met 3:108 Wft enkele van de wettelijke voorschriften zijn waarvan het overdrachtsplan kan afwijken. Met betrekking tot de toepasselijkheid van de richtlijn overgang ondernemingen merken wij het volgende op.⁶ Artikel 5 van de in 2001 opnieuw vastgestelde richtlijn bepaalt met zoveel woorden dat Lidstaten mogen bepalen dat de artikelen 3 en 4 van die richtlijn niet van toepassing zijn wanneer de 'vervreemder is verwickeld in een faillissementsprocedure of in een soortgelijke procedure met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie (die een door een overheidsinstantie gemachtigde curator mag zijn)'. De overdrachtsregeling is geen 'faillissementsprocedure of een soortgelijke procedure met het oog op de liquidatie' van de probleeminstelling. De rechtspersoon zelf blijft immers in stand; de omstandigheid dat de probleeminstelling andere aandeelhouders krijgt, is daarop niet van invloed. Artikel 666 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek (BW), waarin gebruik is gemaakt van de mogelijkheid die artikel 5 van de richtlijn biedt met betrekking tot faillissement, wordt dan ook niet uitgebreid tot de overdrachtsregeling. Artikel 666

⁶ Oorspronkelijke richtlijn nr. 1977/187/EEG van de Europese Raad inzake de onderling aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen en vestigingen, PBEG L 61, blz. 26 e.v., later opnieuw vastgesteld als richtlijn nr. 2001/23/EG van de Europese Raad inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen en vestigingen, PbEG, L 82, blz. 16 e.v.

van Boek 7 BW wordt wel aangepast met betrekking tot de noodregeling. Zie daarvoor de toelichting op de wijziging van dat artikel.

§ 2.4. Rechtsbescherming

Wanneer de rechtbank het overdrachtsplan met betrekking tot aandelen goedkeurt, gaan de aandelen over op de overnemer en ontvangen de aandeelhouders een prijs. Het is mogelijk dat deze overdracht tegen de wens van de aandeelhouders geschiedt. Dit brengt het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (EVRM) in beeld. In het wetsvoorstel wordt voorzien in een regeling waarmee wordt bereikt dat de overdracht van aandelen in overeenstemming is met het recht op het ongestoorde genot van het eigendom in de zin van het Eerste Protocol van het EVRM.

De vraag of een gedwongen overdracht in overeenstemming is met het EVRM wordt door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) bevestigend beantwoord indien is voldaan aan vier vereisten. Het eerste vereiste is dat er voor de gedwongen overdracht een toereikende wettelijke grondslag bestaat. Daarvoor ziet dit wetsvoorstel in, zodat dit vereiste verder buiten beschouwing kan worden gelaten. De andere drie vereisten zijn:

1. Is de maatregel in het algemeen belang?
2. Is de maatregel proportioneel?
3. a. Hebben aandeelhouders wier aandelen worden overgedragen voldoende rechtsmiddelen?
b. Heeft de probleeminstelling voldoende rechtsmiddelen?

ad 1. algemeen belang

Bij de vraag of een Staat die partij is bij het EVRM mag bepalen dat een ontneming van eigendom in het algemeen belang is, komt – in de woorden van de vaste rechtspraak van het EHRM - de 'legislature' een grote beoordelingsvrijheid (*margin of appreciation*) toe.⁷ Een maatregel wordt geacht in het algemeen belang te zijn, tenzij elke rechtvaardiging voor die maatregel ontbreekt. Het EHRM heeft benadrukt dat deze ruime beoordelingsvrijheid zeker geldt voor maatregelen op het terrein van het bewaken van de stabiliteit van het bancaire en financiële stelsel:

“It is true that in such a sensitive economic area as the stability of the banking system the Contracting States enjoy a wide margin of appreciation (see *Olczak v. Poland* (dec.), no. 30417/96, § 85, ECHR 2002-X (extracts)) and that in certain situations – especially in the context of a banking crisis such as the one facing Bulgaria in 1996-97 (see paragraph 45 above) – there may be a paramount need to act expeditiously and without advance notice in order to avoid irreparable harm to the bank, its depositors and other creditors, or the banking and financial system as a whole.”⁸

Zowel het EHRM in de laatst aangehaalde uitspraak als de Hoge Raad⁹ heeft geoordeeld dat ook de overdracht aan een private derde in het algemeen belang kan zijn, en in dat opzicht in overeenstemming met het EVRM.

⁷ EHRM 20 november 1995, *Pressos Compania Naviera S.A. c.s./Belgium*, appl. no. 17849/91.

⁸ EHRM 24 november 2005, *Capital Bank AD/Bulgarije*, appl. no. 49429/99, par. 136.

⁹ HR 8 december 1993, NJ 1994, 273.

Concluderend met betrekking tot het eerste vereiste wordt opgemerkt dat, gezien de grote belangen die zijn gemoeid met het voorkomen van een *bank run*, met de instandhouding van de publieke nutsfuncties die een bank of verzekeraar vervult en met het voorkomen dat de gevolgen van de problemen overslaan naar andere financiële ondernemingen, voldaan is aan het vereiste dat de maatregel in het algemeen belang dient te zijn, mede gelet op de omstandigheid dat de 'legislature' volgens het EHRM een grote beoordelingsvrijheid in dezen heeft.

ad 2. proportionaliteit

Vervolgens is de vraag of de inmenging in het eigendomsrecht proportioneel is. Dit vereist een redelijke mate van evenredigheid tussen de gebruikte middelen en het nagestreefde doel ("*fair balance*"). Dit betekent dat een inmenging geen individuele en onevenredige last op de betrokkene mag leggen.¹⁰ Aan het nagestreefde doel is hierboven reeds aandacht besteed: het nagestreefde doel bestaat uit het voorkomen van de zeer ernstige situatie waarin depositohouders en masse hun deposito's opnemen, het voorkomen van grote maatschappelijke onrust en het continueren van de maatschappelijke nutsfunctie die een bank of verzekeraar vervult. Voor de beantwoording van de proportionaliteitsvraag is tevens van belang of de compensatie voor de gedwongen overdracht voldoende is in verhouding tot dit nagestreefde doel.

Het EHRM heeft eveneens geoordeeld dat de omstandigheid dat eventueel alternatieve maatregelen waarmee eenzelfde doel kan worden bereikt denkbaar zijn, op zichzelf niet afdoet aan de rechtvaardiging voor een ingrijpen.¹¹ De door het EVRM gegeven en het EHRM geïnterpreteerde ruime *margin of appreciation* heeft in dit wetsvoorstel tot de volgende invulling op dit punt geleid. Indien summierlijk blijkt dat aan het criterium is voldaan ("tekenen van een gevaarlijke ontwikkeling ..."; zie daarover hieronder, paragraaf 2.6), is daarmee gegeven dat de overdrachtsregeling geoorloofd is. Indien minder ingrijpende maatregelen mogelijk waren geweest, is aannemelijk dat er nog niet aan het criterium "tekenen van een gevaarlijke ontwikkeling..." is voldaan. De ernst van de situatie die met het thans voorliggende wetsvoorstel wordt geredresseerd maakt dat op grond van het EVRM de wetgever kan bepalen dat die ernst zodanig is dat de overdrachtsregeling kan worden uitgesproken.

Dat de in dit wetsvoorstel omschreven situatie zo ernstig is dat een gedwongen aandelenoverdracht gerechtvaardigd is, laat onverlet dat in een concreet geval kan worden geoordeeld dat niet is voldaan aan het criterium omdat DNB minder vergaande maatregelen had kunnen nemen. Slaagt een dergelijk verweer van een aandeelhouder echter niet, en blijkt summierlijk dat aan het criterium is voldaan, dan is daarmee de geoorlooftheid voor de overdrachtsregeling gegeven en doet de vraag of ook andere maatregelen hadden kunnen worden genomen, niet meer ter zake. Onder 'alternatieve maatregelen' wordt in dit verband niet alleen verstaan andere maatregelen dan een aandelenoverdracht, maar ook een aandelenoverdracht aan anderen dan de in het overdrachtsplan genoemde overnemer. Een eventuele discussie over een overdracht aan een andere overnemer kan ook worden gevoerd in het kader van de prijsbepaling van de aandelen.

¹⁰ EHRM 20 juli 2004, Bäck t. Finland.

¹¹ EHRM 21 februari 1986, James c.s./VK, appl. 8793/79.

Op grond van vaste jurisprudentie van het EHRM moet aan degenen wier aandelen worden overgedragen een compensatie worden geboden die in een redelijke verhouding moet staan tot de waarde van de eigendom.¹² In de jurisprudentie van het EHRM wordt geen vaste maatstaf voor de bepaling van de hoogte van de compensatie voorgeschreven. De rechtspraak biedt ruimte om, met inachtneming van de omstandigheden van het geval, de waarde te bepalen.¹³ In het wetsvoorstel is als maatstaf opgenomen dat de aandeelhouders “een redelijke prijs” voor hun aandelen ontvangen. Daarbij is uitdrukkelijk bepaald dat bij het vaststellen of de prijs al dan niet redelijk is, wordt uitgegaan van het te verwachten toekomstperspectief van de probleeminstelling in de situatie dat het overdrachtsplan niet wordt goedgekeurd en de overdrachtsregeling niet wordt uitgesproken. DNB moet in het overdrachtsplan een voorstel voor een redelijke prijs doen en de redelijkheid daarvan onderbouwen, om de rechtbank in staat te stellen de redelijkheid van de prijs te toetsen. Deze regeling biedt in algemene zin de ruimte om een prijs voor de aandelen te bepalen die voldoet aan de maatstaf van het EHRM dat het om een prijs moet gaan die in redelijke verhouding tot de waarde van het betrokken eigendom staat. Tevens is bepaald dat in het overdrachtsplan kan worden opgenomen de wijze waarop de prijs die de overnemer bereid is te betalen wordt vastgesteld, en op grond waarvan deze methode wordt geacht een redelijke methode te zijn. Er dient een keuze te worden gemaakt: hetzij de prijs, hetzij de vaststellingswijze moet in het overdrachtsplan worden vermeld.

De overdracht voldoet aan het proportionaliteitsvereiste indien een redelijke prijs wordt betaald, waarbij het geen verschil maakt of de prijs reeds in het overdrachtsplan is vermeld dan wel de wijze waarop de prijs wordt vastgesteld.

ad 3a. rechtsmiddelen van aandeelhouders wier aandelen worden overgedragen

In de jurisprudentie van het EHRM komt geen casus voor waarin sprake is van een maatregel die vergelijkbaar is met de maatregel die met dit wetsvoorstel wordt geïntroduceerd. Een terugkerend element is dat een oordeel moet kunnen worden gevraagd aan een ‘judicial body that has full jurisdiction’. Belangrijk is dat de betrokkenen zelf op enig moment in de procedure feiten en stellingen moeten kunnen inbrengen.¹⁴ Met betrekking tot de aandelenoverdracht in het wetsvoorstel is beoogd twee doelen met elkaar te verenigen. Aan de ene kant is er het doel dat de aandeelhouders adequaat worden beschermd. Aan de andere kant is er het doel dat de voorbereiding van de overdracht en de overdracht zelf snel en achter de schermen kunnen plaatsvinden teneinde de kans op het bereiken van het doel van de overdracht zo veel mogelijk te vergroten. Er is voor gekozen dat de aandeelhouders één keer feiten en stellingen bij een rechter naar voren kunnen brengen. Uitgangspunt is dat aandeelhouders achteraf, in verzet, kunnen opkomen tegen de beslissing van de rechtbank. Het vooraf horen zou de kans op uitlekken vergroten en fnuikend zijn voor de vereiste voortvarendheid. Dit telt minder zwaar wanneer er evenwel zeer weinig aandeelhouders zijn. Daarom is voor die situatie een uitzondering gemaakt op de regel dat aandeelhouders slechts achteraf in de gelegenheid

¹² Zie bijvoorbeeld EHRM 21 februari 1986, James c.s./VK, appl. 8793/79, par 54; en EHRM 11 januari 2001, Platakou/Griekenland, appl. no. 38460/97, para 55:

¹³ Zie voor een tweetal voorbeelden van het EHRM: EHRM 20 juli 2004, Bäck/Finland, FED 2004/709, rov. 70; EHRM 8 juli 1986, Lithgow c.s./Verenigd Koninkrijk, appl. no. 9006/80; 9262/81; 9263/81; 9265/81; 9266/81; 9313/81; 9405/81. Voor twee voorbeelden van de Hoge Raad: HR 11 september 1996, NJ 1997, 176, rov. 4.6 en 4.6.1; HR 8 december 1993, NJ 1994, 273.

¹⁴ EHRM 22 september 1994, Hentrich/ Frankrijk, appl. No. 13616/88, par. 42.

worden gesteld te worden gehoord. Als bijkomend argument voor het vooraf horen van grootaandeelhouders kan worden genoemd dat in het geval waarin er zeer weinig aandeelhouders zijn, zij waarschijnlijk enige mate van zeggenschap uitoefenen, en het om die reden passend is hen van te voren te horen. Het wetsvoorstel heeft als hoofdregel dat de aandeelhouders niet vooraf in de gelegenheid worden gesteld te worden gehoord. Vervolgens is op de hoofdregel een uitzondering gemaakt: de rechtbank stelt de aandeelhouders die meer dan 5% van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen in de gelegenheid vooraf te worden gehoord, uitsluitend op de voorwaarde dat de belangen van geheimhouding of spoed zich daartegen niet verzetten. Voor aandeelhouders die niet vooraf zijn gehoord staat de mogelijkheid van verzet bij de rechtbank open; deze aandeelhouders kunnen dan achteraf worden gehoord. In de publieke consultatie is opgemerkt dat de rechtbank onder alle omstandigheden een vertegenwoordiger van aandeelhouders of aandeelhouders zelf dient te horen. Een dergelijke opmerking miskent de kans dat het nieuws met betrekking tot het verzoek zich verspreidt wanneer een groot aantal kleine aandeelhouders vooraf wordt gehoord, of wanneer zij zouden worden geraadpleegd door iemand die hen vertegenwoordigt. Een regel om de aandeelhouders of hun vertegenwoordiger te horen, zou dan ook nadelig zijn voor een effectieve overdracht. De Afdeling van de Raad van State heeft zich eveneens gebogen over het evenwicht tussen de effectiviteit en de rechtsbescherming. Zij meent dat het horen van aandeelhouders voorafgaand aan het uitspreken van de overdrachtsregeling gevaren meebrengt voor de effectieve toepassing van het instrument en adviseert daarom dat aandeelhouders in principe niet vooraf worden gehoord. Daarenboven zij herhaald dat de aandeelhouders altijd achteraf tegen een en ander kunnen opkomen.

Op deze wijze hebben de aandeelhouders voldoende rechtsmiddelen: zij worden in de gelegenheid gesteld te worden gehoord door een 'judicial body that has full jurisdiction': in beginsel nadat de rechtbank beslist op het verzoek om toepassing van de overdrachtsregeling (in verzet) en in uitzonderlijke gevallen daarvoor, namelijk indien het aandeelhouders betreft die 5% van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen, en dan nog slechts op voorwaarde dat belangen van geheimhouding of spoed zich daartegen niet verzetten.

Met de mogelijkheid om gehoord te worden is nog niet de vraag beantwoord met betrekking tot welke aspecten de aandeelhouders kunnen worden gehoord. Dienaangaande wordt het volgende opgemerkt. De aandeelhouders kunnen zich in ieder geval verweren tegen de prijs of tegen de wijze waarop de prijs wordt vastgesteld. Daarnaast kunnen zij zich verweren tegen het oordeel van DNB dat voldaan is aan het criterium ("tekenen van een gevaarlijke ontwikkeling..."). Dat wil zeggen dat de beslissing van de rechter dat niet summierlijk blijkt dat is voldaan aan het criterium een reden is om de overdrachtsregeling niet uit te spreken dan wel te oordelen dat de overdrachtregeling ten onrechte is uitgesproken. Voor het geval een aandeelhouder zou aanvoeren dat andere maatregelen mogelijk waren geweest, merken we het volgende op. De omstandigheid dat de rechter het overdrachtsplan goedkeurt tenzij niet voldaan aan het criterium, brengt met zich dat het verweer dat andere maatregelen mogelijk waren geweest, van belang is voor de vraag of voldaan is aan het criterium. Voorstelbaar is dat niet summierlijk blijkt dat er tekenen van een gevaarlijke ontwikkeling zijn omdat de situatie met een minder vergaande maatregel kan worden geredresseerd. Is evenwel eenmaal summierlijk gebleken dat is voldaan aan het criterium, dan is in dat stadium een verweer dat nog andere maatregelen mogelijk waren geweest, niet meer van belang. Dit kan zonnodig aan de orde komen bij de prijsbepaling.

ad 3b. rechtsmiddelen van de probleeminstelling

De probleeminstelling kan voordat is beslist op het verzoek om de overdrachtsregeling uit te spreken in ieder geval opkomen tegen de door DNB genomen beslissing om gegevens en inlichtingen te verschaffen aan bepaalde derden, en om toe te staan dat bepaalde derden toegang hebben tot elke plaats van de probleeminstelling, om een aanwijzing te geven en om een zogeheten stille curator te benoemen. De probleeminstelling kan hiertegen opkomen indien DNB aan de probleeminstelling heeft medegedeeld dat zij een overdrachtsplan voorbereidt. Indien DNB dat niet heeft meegedeeld, staan het 'gewone' bezwaar en beroep hiertegen open. Ook kan de probleeminstelling opkomen tegen de beslissing dat de 'stille' curator de probleeminstelling kan verplichten tot het verrichten of nalaten van door de 'stille' curator te bepalen handelingen.

Daarnaast kan de probleeminstelling opkomen, in geval van een verzoek om goedkeuring van alle drie de overdrachten (deposito-overeenkomsten, activa of passiva, en aandelen), tegen het oordeel van DNB dat voldaan is aan het criterium. In geval van een verzoek om goedkeuring van een overdrachtsplan met betrekking tot activa of passiva, kan de probleeminstelling ook opkomen tegen de prijs of de wijze waarop de prijs wordt vastgesteld. Zie voor de rechtsmiddelen van de aandeelhouders in geval van een aandelenoverdracht punt 3a.

De laatste vraag die in verband met de rechtsmiddelen moet worden beantwoord, is de vraag waartoe een gegrondverklaring van de rechtsmiddelen dient te leiden. In geval van verzet tegen een eerder uitgesproken overdrachtsregeling, kan het in de omstandigheden van het geval tot onaanvaardbare gevolgen leiden dat de overdrachtsregeling ongedaan wordt gemaakt. Daarom is bepaald dat de gegrondverklaring van het verzet slechts dan tot vernietiging leidt indien de ongedaanmaking van de overdrachtsregeling geen onevenredig ernstige gevolgen zou hebben.

§ 2.5. Overdrachtsplan

Indien DNB van oordeel is dat er ten aanzien van een financiële onderneming tekenen zijn van een gevaarlijke ontwikkeling, die naar verwachting niet voldoende of niet tijdig ongedaan kan worden gemaakt, kan DNB een overdrachtsplan voorbereiden. Voor de goede orde wordt opgemerkt dat de actie van DNB om een overdrachtsplan voor te bereiden een feitelijke handeling is van de toezichthouder en geen besluit dat voor bezwaar en beroep vatbaar is.¹⁵ Ook nu reeds kan DNB het initiatief nemen tot een overdracht en deze voorbereiden. Een aantal aspecten is nieuw.

Wanneer DNB een overdrachtsplan voorbereidt, kan zij hiervan mededeling doen aan de probleeminstelling. Deze mededeling heeft de volgende gevolgen. Ten eerste krijgt DNB hierdoor twee extra bevoegdheden, te weten de bevoegdheden om de probleeminstelling te verplichten:

- a. informatie te geven aan bepaalde derden; en
- b. toe te staan dat bepaalde derden toegang krijgen tot de probleeminstelling.

De derden mogen de informatie en toegang alleen voor de voorbereiding van het overdrachtsplan gebruiken en hier geen bekendheid aan geven. Op zichzelf zouden deze twee bevoegdheden kunnen worden gezien als een aanwijzing die reeds nu in

¹⁵ Kamerstukken II 23 700, nr. 3, blz. 142 en nr. 5, blz. 53.

artikel 1:75 Wft is geregeld. Teneinde elke twijfel daaromtrent uit te sluiten worden deze twee bevoegdheden uitdrukkelijk in de wet opgenomen. Ten tweede heeft het doen van de mededeling als gevolg dat geen bezwaar en beroep openstaan tegen de besluiten om de probleeminstelling de verplichtingen op te leggen, noch tegen enig ander besluit dat DNB tijdens de voorbereiding van het overdrachtsplan met betrekking tot de probleeminstelling neemt. De probleeminstelling kan tegen besluiten, genomen door DNB tijdens de voorbereiding van het overdrachtsplan, later opkomen in het kader van de behandeling van het verzoek van DNB om het uitspreken van de overdrachtsregeling, de noodregeling of het faillissement. Tot slot heeft de mededeling een medewerkingsverplichting en hoofdelijke aansprakelijkheid tot gevolg. De probleeminstelling is verplicht medewerking te verlenen aan de voorbereiding van het overdrachtsplan. De personen die deel uitmaken van organen van de probleeminstelling die handelingen verrichten die in strijd zijn met de voorbereiding van het overdrachtsplan zijn hoofdelijk aansprakelijk jegens de probleeminstelling, tenzij het verrichten van deze handelingen niet aan hen is te verwijten en zij niet nalatig zijn geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wentelen.

De voorbereiding van een overdrachtsplan zal met zich brengen dat DNB een of meer ondernemingen een aanbod doet, dan wel dat zij een of meer ondernemingen uitnodigt een bod te doen. DNB zal hierbij moeten nagaan of de ondernemingen geschikt zijn om een deel of het geheel van de probleeminstelling over te nemen. Het wetsvoorstel gaat er niet vanuit dat DNB een veiling organiseert, maar werpt daarvoor ook geen belemmering op. Voor het organiseren van een veiling zal immers vaak te weinig tijd zijn. Daarenboven geldt dat, wanneer DNB een veiling zou organiseren, de voorbereiding van het overdrachtsplan en het aanstaande verzoek aan de rechtbank om de overdrachtsregeling, de noodregeling of het faillissement uit te spreken bij een breder publiek bekend zullen worden. Hierdoor neemt de kans op onrust en, ingeval van een bank, een eventuele *bank run* toe, hetgeen juist moet worden voorkomen.

Het wetsvoorstel laat de bevoegdheden van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) in het kader van het concentratietoezicht (de 'fusietoets') op basis van de Mededingingswet onverlet. Dit betekent dat DNB uiteraard ook de NMa zal betrekken bij de voorbereiding van een overdrachtsplan. Bepaald is dat wanneer DNB een overdrachtsplan voorbereidt, zij de raad van bestuur van de NMa hiervan in kennis stelt. Mochten belangen van spoed zich tegen de in kennisstelling verzetten, dan kan DNB hiervan afwijken. Thans bestaat er reeds een protocol tussen DNB en de NMa betreffende concentraties in de financiële sector in noodsituaties.¹⁶ Naar aanleiding van dit wetsvoorstel zal dat protocol moeten worden aangevuld, zodat ook de voorbereiding van een overdrachtsplan en de overdrachtsregeling onder het toepassingsbereik van het protocol vallen. Tevens zal DNB rekening moeten houden met eventuele Europese mededingingsrechtelijke aspecten.

Ingeval DNB een plan tot deposito-overdracht voorbereidt, zal zij een of meer banken een bod doen, dan wel zal zij een of meer banken uitnodigen een bod te doen. DNB benadert hiervoor slechts vergunninghoudende banken; zie met betrekking tot de overdracht aan een overbruggingsinstelling hieronder, paragraaf 2.8. Banken met een vergunning, gegeven door DNB of door een toezichthoudende instantie van een andere lidstaat, voldoen zonder nader onderzoek aan het voorschrift dat de overnemer een vergunning moet hebben. Met betrekking tot banken met een vergunning, gegeven door een toezichthoudende instantie van een staat

¹⁶ Stcrt. 2011, nr. 84

die geen lidstaat is, zal DNB per geval dienen te beoordelen of deze de toets der kritiek kan doorstaan. Dit behoeft geen aparte regeling. Binnen de categorie banken met een vergunning is DNB vrij in haar keuze welke bank of banken zij een bod doet, dan wel welke zij uitnodigt tot het doen van een bod. Voorstelbaar is dat een bank die een vergunning heeft toch niet geschikt wordt geacht. Het is bijvoorbeeld mogelijk dat een bank voldoende soliditeit bezit om haar bedrijf zonder problemen uit te oefenen, maar dat haar omvang te klein is om de deposito-overeenkomsten van de probleeminstelling over te nemen, of dat haar ICT-systemen onvoldoende zijn toegerust om de toeloop van een groot aantal depositohouders te verwerken. Het is niet nodig te dien aanzien nadere regels te stellen. Banken die geïnteresseerd zijn in een overname van de deposito-overeenkomsten kunnen reeds voordat het precieze bedrag bekend wordt kenbaar maken welk bedrag zij bereid zijn te betalen voor de overname van het klantenbestand. Zij kunnen bijvoorbeeld mededelen welk bedrag per over te nemen deposito-overeenkomst zij bereid zijn te betalen, zonder dat bekend is om hoeveel deposito-overeenkomsten het exact gaat.

Wanneer DNB een overdrachtsplan voorbereidt ten behoeve van de overdrachtsregeling, zijn de artikelen 662 tot en met 666 van Boek 7 BW van toepassing. Dit laat onverlet dat in het overdrachtsplan zo nodig van wettelijke voorschriften kan worden afgeweken die betrekking hebben op de rechten en verplichtingen van werknemers, voor zover EU-richtlijnen, in het bijzonder de EU-richtlijn overgang van ondernemingen, dat toestaan. Een en ander komt erop neer dat DNB ook de positie van de werknemers van de probleeminstelling en hun belangen adequaat zal moeten meenemen. Immers, ingeval van de overdrachtsregeling blijft de probleeminstelling of onderdelen daarvan, anders dan normaliter bij de noodregeling of het faillissement, normaal aan het economische verkeer deelnemen. In principe zijn in geval van de overdrachtsregeling de rechten en verplichtingen van werknemers van toepassing als ware het een reguliere overgang van onderneming.

Het wetsvoorstel voorziet ook in de mogelijkheid dat DNB nadat de noodregeling of het faillissement is uitgesproken een overdrachtsplan voorbereidt. Deze mogelijkheid is opgenomen voor het geval DNB onvoldoende gelegenheid heeft gehad om een overdrachtsplan voor te bereiden, terwijl zij zich wel gedwongen zag de noodregeling of het faillissement aan te vragen. Tevens is niet uitgesloten dat DNB bij haar verzoek tot het uitspreken van de noodregeling of het faillissement een overdrachtsplan overlegt, dat de rechtbank daarop de noodregeling of het faillissement uitspreekt, maar niet het overdrachtsplan goedkeurt. Voor deze gevallen is bepaald dat DNB tijdens de noodregeling of het faillissement alsnog of opnieuw een overdrachtsplan kan voorbereiden, dat zij ter goedkeuring aan de rechtbank kan voorleggen. De verwachting is dat van deze mogelijkheid weinig gebruik zal worden gemaakt. Verwacht mag namelijk worden dat, wanneer DNB een overdrachtsplan wenst te overleggen, zij zich zal inspannen om dit te doen tezamen met het verzoek aan de rechtbank om de noodregeling of het faillissement uit te spreken. Voorts mag worden verwacht dat als DNB een overdrachtsplan overlegt dit dusdanig is voorbereid dat slechts in uitzonderlijke gevallen de rechtbank het overdrachtsplan niet goedkeurt. Ingeval van een deposito-overdrachtsplan geldt bovendien dat na het uitspreken van de noodregeling of het faillissement de termijn waarbinnen DNB de uitkeringen ingevolge het depositogarantiestelsel dient uit te keren is aangevangen. Het alsnog of opnieuw voorbereiden van een deposito-overdrachtsplan en, ingeval van goedkeuring door de rechtbank, de uitvoering hiervan zullen daarom na het uitspreken van de noodregeling of het faillissement onder zeer grote tijdsdruk plaatsvinden. Hoe zelden naar verwachting ook van deze mogelijkheid gebruik zal worden gemaakt, toch is het wenselijk te regelen dat ook

gedurende de noodregeling of het faillissement een overdrachtsplan aan de rechtbank kan worden overgelegd. Het zou immers niet juist zijn om voor de gevallen waarin een overdrachtsplan gedurende de noodregeling of het faillissement wel een toegevoegde waarde heeft een overdrachtsplan ongeregeld te laten, waardoor een dergelijk plan minder kans van slagen heeft. In de praktijk zullen DNB en de bewindvoerder of de curator met elkaar in overleg treden en samenwerken. DNB heeft evenwel het laatste woord. De bewindvoerder of de curator behoudt zijn taken en bevoegdheden met betrekking tot alle andere aspecten van de noodregeling, onderscheidenlijk het faillissement. Wanneer de curator om welke reden dan ook het nieuwe overdrachtsplan niet wenst uit te voeren, zal hij om zijn ontslag kunnen verzoeken. Dat behoeft niet uitdrukkelijk te worden geregeld. Ook thans wordt reeds aangenomen dat een curator op eigen verzoek kan worden ontslagen, en dat gebeurt ook regelmatig, alhoewel artikel 73 Fw die mogelijkheid niet noemt. Niet is bepaald dat ook de curator om wijziging van het overdrachtsplan kan verzoeken. Het initiatief daarvoor dient bij DNB te berusten. In de praktijk zal de curator, wanneer hij meent dat het overdrachtsplan aanpassing verdient, daarover met DNB in contact treden, die op haar beurt de aanpassing kan voorstellen.

Tot slot zij opgemerkt dat de rechtbank op verzoek van DNB een reeds goedgekeurd overdrachtsplan kan aanpassen. Er kunnen zich namelijk omstandigheden voordoen die het noodzakelijk maken dat het overdrachtsplan wordt aangepast. Het maakt hierbij niet uit of het overdrachtsplan tegelijkertijd met het uitspreken van de overdrachtsregeling, de noodregeling of het faillissement is goedgekeurd of pas nadien.

§ 2.6. Verzoek aan de rechtbank

a. hoofdlijnen van de voorgestelde regeling

Indien DNB oordeelt dat een bank of een verzekeraar – kort gezegd – problemen heeft, kan zij de rechtbank verzoeken de overdrachtsregeling, de noodregeling of het faillissement uit te spreken. DNB is bij het verzoek om de overdrachtsregeling gehouden een overdrachtsplan te overleggen. Bij haar verzoek ten aanzien van de noodregeling of het faillissement heeft DNB de mogelijkheid om een overdrachtsplan te overleggen. De behandeling door de rechtbank van het verzoek van DNB vindt met de meeste spoed en op een niet openbare terechtzitting plaats. De rechtbank toetst of summierlijk blijkt dat aan het criterium is voldaan. Ingeval DNB een overdrachtsplan heeft overgelegd, toetst de rechtbank of de in het overdrachtsplan genoemde prijs redelijk is. Heeft DNB bij de voorbereiding van het overdrachtsplan gebruik gemaakt van haar bevoegdheden en heeft de financiële onderneming zich hiertegen verweerd, dan toetst de rechtbank of DNB hiertoe in redelijkheid heeft kunnen komen. De beslissingen van de rechtbank worden tegelijkertijd in één beschikking gegeven. Het spreekt voor zich dat, indien niet summierlijk blijkt dat aan het criterium is voldaan, de rechtbank niet meer toekomt aan de toetsing van het overdrachtsplan. In dat geval behoeft de rechtbank in de beschikking niet op het overdrachtsplan in te gaan, maar kan zij dat wel doen. Indien de rechtbank de overdrachtsregeling, de noodregeling of het faillissement uitspreekt, benoemt zij een of meer overdragers, bewindvoerders onderscheidenlijk curatoren. DNB kan voordrachten voor de benoemingen doen. Keurt de rechtbank ook het overdrachtsplan goed, dan is de overdrager, bewindvoerder of curator gehouden dit plan zo spoedig mogelijk uit te voeren. De toewijzing van het verzoek van DNB door de rechtbank wordt openbaar gemaakt.

b. toets verzoek overdrachtsregeling, noodregeling, faillissement

De rechtbank beslist of is voldaan aan het criterium om de overdrachtsregeling, de noodregeling of het faillissement uit te spreken. Wanneer niet voldaan is aan het criterium wijst de rechtbank het verzoek af. Onder het huidige recht kan op grond van artikel 3:160 Wft de noodregeling worden uitgesproken ingeval:

1. de solvabiliteit of de liquiditeit van een bank tekenen van een gevaarlijke ontwikkeling vertoont en
2. redelijkerwijs in die ontwikkeling geen verbetering te voorzien is.

Daarnaast bepaalt artikel 3:160 Wft dat de noodregeling wordt uitgesproken in het belang van de gezamenlijke schuldeisers.

Voorgesteld wordt het eerste element te handhaven. De onderdelen solvabiliteit en liquiditeit hebben in de praktijk tot tevredenheid gefunctioneerd, zodat er geen aanleiding is deze onderdelen aan te passen. Wel worden de onderdelen eigen vermogen en technische voorzieningen toegevoegd. Voorts wordt voorgesteld het tweede element te wijzigen en het derde element te laten vervallen. In het kader van de publieke consultatie is opgemerkt dat voor deze verschillende typen interventiemaatregelen verschillende criteria zouden moeten gelden, zonder deze overigens nader in te kleuren. Het invoeren van verschillende criteria in dit kader wordt ongewenst geacht. De hier genoemde typen interventiemaatregelen vormen tezamen de een-na-laatste sport op de interventieladder, slechts gevolgd door de maatregelen die worden voorgesteld in Deel 6. De ernst van de situatie die de intrekking van de vergunning, de overdrachtsregeling, de noodregeling en het faillissement rechtvaardigen is steeds dezelfde. De mate van die ernst is steeds dezelfde, en is zodanig dat hetzij zonder aandelenoverdracht de noodregeling of het faillissement niet kan worden voorkomen, hetzij de noodregeling of het faillissement in het geheel niet kan worden voorkomen en een overdrachtsplan met betrekking tot deposito-overeenkomsten of activa en passiva een ordentelijke afwikkeling van de noodregeling of het faillissement bevordert.

Onder het huidige recht moet de gevaarlijke ontwikkeling betrekking hebben op de solvabiliteit of de liquiditeit. Voorgesteld wordt niet langer uitsluitend naar de solvabiliteit of de liquiditeit te verwijzen, maar ook naar het eigen vermogen en de technische voorzieningen. De onderdelen eigen vermogen, technische voorzieningen, solvabiliteit en liquiditeit gelden alternatief; anders gezegd: het is voldoende dat er tekenen van een gevaarlijke ontwikkeling zijn met betrekking tot slechts een van deze onderdelen.

Ten overvloede wordt ten slotte opgemerkt dat in het eerste lid bewust is afgezien van het noemen van een oorzaak van de gevaarlijke ontwikkelingen. Het is irrelevant waardoor de gevaarlijke ontwikkeling is veroorzaakt. Die oorzaak kan bijvoorbeeld gelegen zijn in de bedrijfsuitoefening of het niet voldoen aan andere bepalingen van de Wft, maar kan evengoed gelegen zijn in bijvoorbeeld een plotse linge crisis in een land waarmee de probleeminstelling banden heeft.

Nu nog is bepaald dat in de ontwikkeling redelijkerwijs geen verbetering is te voorzien. Deze formulering biedt ruimte voor de ongewenste interpretatie dat het verzoek van DNB eerst dan kan worden toegewezen indien er redelijkerwijs geen enkele verbetering is te voorzien. Het tweede element van het criterium wordt hierin gewijzigd dat redelijkerwijs is te voorzien dat die ontwikkeling niet voldoende of niet tijdig ten goede zal keren. Het gevolg van deze wijziging is dat de overdrachts-

regeling, de noodregeling of het faillissement ook dan wordt uitgesproken indien er nog wel uitzicht is op enige verbetering van het eigen vermogen, de solvabiliteit of de liquiditeit onderscheidenlijk technische voorzieningen, maar deze verbetering onvoldoende is of zich niet tijdig zal voordoen. Een verbetering is op zichzelf niet voldoende om de afwijzing van een verzoek om het uitspreken van de overdrachtsregeling, de noodregeling of het faillissement te rechtvaardigen. Slechts wanneer duidelijk is dat de verbetering voldoende en tijdig is, zal de rechtbank een verzoek kunnen weigeren. De verbetering dient ook structureel te zijn. In dit verband wordt erop gewezen dat bij het faillissement van een 'gewone schuldenaar' (dus niet een bank of verzekeraar) de vraag of er nog een kans op verbetering is, geen enkele rol speelt. Niet goed valt in te zien waarom dat element bij deze financiële ondernemingen wel een grote rol zou moeten spelen, te meer niet wanneer men bedenkt dat in geval van deze financiële ondernemingen de maatschappelijke urgentie vaak groter zal zijn dan bij een andere schuldenaar, en het daarom juist bij deze financiële ondernemingen onverantwoord is om af te wachten hoe groot de kansen op verbetering zijn. Daar doet niet aan af dat de omstandigheden die leiden tot een faillissement van een bank of verzekeraar anders zijn dan bij 'gewone' schuldeisers.

In het huidige artikel 3:160 Wft is bepaald dat, indien aan de in dat artikel genoemde situatie met betrekking tot de solvabiliteit of de liquiditeit is voldaan, de rechtbank *in het belang van de gezamenlijke schuldeisers* de noodregeling kan uitspreken. Uit de plaatsing van de zinsnede aan het slot van beide leden is af te leiden dat niet als voorwaarde voor het uitspreken van de noodregeling wordt gesteld dat de noodregeling in het belang van de gezamenlijke schuldeisers is. Met de verwijzing in het huidige artikel 3:160 Wft is niet beoogd tot uitdrukking te brengen dat het belang van de gezamenlijke schuldeisers een zelfstandige rol zou moeten spelen bij de vraag of de noodregeling kan worden uitgesproken maar wel dat, wanneer de noodregeling eenmaal is uitgesproken, daarin het belang van de gezamenlijke schuldeisers dient te worden behartigd. Dat beginsel ligt al ten grondslag aan de overdrachtsregeling, de noodregeling en het faillissement, en dat wordt niet gewijzigd. Overigens is de toevoeging van de zinsnede 'in het belang van de gezamenlijke schuldeisers' wel historisch te verklaren. De zinsnede gaat terug tot de Wet op het Levensverzekeringsbedrijf (WoL) uit 1922. Op grond van artikel 49 WoL vervulde de toenmalige Verzekeringskamer nog de rol van bewindvoerder in de noodregeling, ook al werd dat toen nog niet zo genoemd. In artikel 50 WoL was bepaald dat de Verzekeringskamer moest waken over de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. Het was noodzakelijk dat te bepalen: in een 'normale' situatie, dat wil zeggen bij de vergunningverlening en tijdens het lopend toezicht, handelde zij slechts in het belang van de verzekeringscrediteuren. Bij haar rol van bewindvoerder diende zij ook de belangen van andere schuldeisers dan de verzekeringscrediteuren te behartigen. In dat licht moet een andere bepaling in de WoL, artikel 40, worden gelezen, waarin ook de zinsnede 'in het belang van de schuldeisers' voorkwam: wanneer redelijkerwijze was te voorzien dat de verzekeraar niet aan al zijn verplichtingen kon voldoen, kon aan de rechtbank worden verzocht te verklaren dat de verzekeraar verkeert in een toestand die, in het belang van de gezamenlijke schuldeisers, een bijzondere voorziening behoeft. De belangrijkste reden om de verwijzing naar het belang van de gezamenlijke schuldeisers in de WoL op te nemen was dan ook niet zozeer om dat belang een rol te laten spelen bij het uitspreken van de bijzondere voorziening, maar veeleer dat, wanneer de bijzondere voorziening eenmaal was gegeven, het belang van de gezamenlijke schuldeisers en niet slechts die van de verzekeringscrediteuren dienden te worden behartigd. Inmiddels is er geen regel meer die bepaalt dat DNB in een noodregeling de rol van bewindvoerder vervult, al sluit de wet het ook niet uit. Er is daarom min-

der aanleiding dan destijds om te verwijzen naar het belang van de gezamenlijke schuldeisers.

Hier wordt van de gelegenheid gebruik gemaakt om enkele opmerkingen te maken met betrekking tot de elementen van het criterium die niet worden gewijzigd. Deze elementen zijn:

- a) het betreft de solvabiliteit of liquiditeit;
- b) met betrekking daartoe moeten er tekenen zijn;
- c) van een ontwikkeling;
- d) die gevaarlijk is.

ad a

In het huidige criterium bij banken wordt niet verwezen naar crediteuren (zoals bij verzekeraars of 'gewone' debiteuren) maar naar solvabiliteit of liquiditeit. In de toelichting bij het wetsvoorstel waarin artikel 3:160 (toen nog genummerd 2:195) Wft werd ingevoerd, is opgemerkt dat dat zo is omdat bij banken ook systeemrisico kan spelen, zodat het belang van de depositohouders of andere crediteuren niet het enige aspect zou moeten zijn.¹⁷ Voldoende is dat een van beide grootheden wordt bedreigd; niet vereist is dat zij beide worden bedreigd.

ad d

Voordat aan (b) en (c) wordt toegekomen, wordt eerst een opmerking met betrekking tot (d) gemaakt. De mate waarin die solvabiliteit of liquiditeit onder druk moet staan, is niet bepaald. Er zijn geen ratio's opgenomen, maar slechts dat er tekenen van een *gevaarlijke* ontwikkeling moet zijn. Dat betekent dat de noodregeling ook dan kan worden toegepast wanneer niet onomstotelijk vaststaat dat niet is voldaan aan het solvabiliteitsvereiste of liquiditeitsvereiste. De noodregeling kan nu nog en de overdrachtsregeling, de noodregeling en het faillissement kunnen in de toekomst ook worden uitgesproken wanneer er slechts gevaar dreigt. Het woord 'gevaarlijk' laat ruimte voor appreciatie door DNB en de rechtbank. Met de combinatie van deze appreciatie met de invoering van de hierna toe te lichten summierlijke toets wordt beoogd dat de noodregeling gemakkelijker kan worden uitgesproken dan thans. De noodregeling zal immers alleen dan niet worden uitgesproken indien niet summierlijk blijkt dat er tekenen van een gevaarlijke ontwikkeling waren met betrekking tot de solvabiliteit, de liquiditeit, het eigen vermogen of de technische voorzieningen.

ad c

Er moeten tekenen van een *ontwikkeling* zijn. Nu nog kan de noodregeling en in de toekomst kunnen de overdrachtsregeling, de noodregeling en het faillissement reeds tijdens die ontwikkeling worden uitgesproken. Anders gezegd: de rechtbank hoeft niet te wachten met het uitspreken van de overdrachtsregeling, de noodregeling of het faillissement totdat het eindpunt van die ontwikkeling zich heeft voorgedaan. Ook wanneer de probleeminstelling zich beweegt in de richting van een noodlot, maar dat noodlot zich nog niet heeft voltrokken, kunnen de overdrachtsregeling, de noodregeling en het faillissement reeds worden uitgesproken.

ad b

Er moeten *tekenen* van een ontwikkeling zijn. Met deze formulering wordt beoogd een versoepeling aan te brengen in het element 'ontwikkeling'. DNB hoeft niet tot het oordeel te komen dat er daadwerkelijk een ontwikkeling is; het is al voldoende dat DNB oordeelt dat er tekenen van een ontwikkeling zijn. De overdrachtsregeling,

¹⁷ Kamerstukken II 2004/05, 29 708, nr. 10, blz. 316.

de noodregeling en het faillissement zullen alleen dan niet kunnen worden uitgesproken indien niet summierlijk blijkt dat bedoelde tekenen er zijn.

Het criterium gaat gelden voor de overdrachtsregeling, de noodregeling en het faillissement. Met betrekking tot het faillissement merken we het volgende op. In de huidige Fw is geen speciale grond opgenomen voor het uitspreken van een faillissement van een bank of verzekeraar zonder voorafgaande noodregeling. Dit heeft als consequentie dat het criterium dat voor 'gewone schuldenaren' geldt, namelijk het verkeren in de toestand dat de schuldenaar heeft opgehouden te betalen, nu ook geldt voor banken en verzekeraars. Het voor 'gewone schuldenaren' geldende criterium houdt geen rekening met de specifieke eigenschappen van banken en verzekeraars en laat geen ruimte voor een inhoudelijke beoordeling door DNB of de door de Wft beschermde belangen gediend zijn met een faillissement. Het betrekkelijk lichte criterium 'opgehouden te hebben te betalen' maakt plaats voor het hierboven toegelichte criterium, dat in gewijzigde vorm nu ook reeds geldt voor de noodregeling, inclusief de liquidatievariant daarvan.

Aansluitend op het voorgaande met betrekking tot de inhoud van het criterium, wordt hier ingegaan op de wijze waarop wordt getoetst of aan het criterium is voldaan. Onder het huidige recht dient DNB te stellen en te bewijzen dat aan het in de wet genoemde criterium is voldaan. Vervolgens toetst de rechtbank of aan het criterium is voldaan. Dit wordt gewijzigd in die zin dat wordt bepaald dat summierlijk moet blijken dat aan het criterium is voldaan. Hiermee wordt aangesloten bij art. 6, derde lid, Fw.

Het is bij nader inzien niet goed verdedigbaar dat bij 'gewone schuldenaren' slechts summierlijk wordt beoordeeld of is voldaan aan het criterium voor de aanvraag van een faillissement, terwijl DNB uitgebreid zou moeten aantonen dat aan het in de Wft en de Fw opgenomen criterium is voldaan. Bij het verzoek om het uitspreken van de overdrachtsregeling, de noodregeling of het faillissement is met het oog op de maatschappelijke belangen en de publieke nutsfunctie de noodzaak van een onverwijld ingrijpen doorgaans nog sterker dan bij de aanvraag van faillissement van een gewone schuldenaar. De bewijspositie van DNB is versoepeld, doordat is bepaald dat summierlijk moet blijken dat aan het criterium is voldaan.

c. toets overdrachtsplan

Bepaald wordt dat DNB bij het verzoek tot het uitspreken van de overdrachtsregeling gehouden is een overdrachtsplan te overleggen en dat zij bij het verzoek tot het uitspreken van de noodregeling of het faillissement een overdrachtsplan kan overleggen. Indien DNB een overdrachtsplan heeft overgelegd, keurt de rechtbank dit plan goed tenzij de hierin opgenomen prijs niet een redelijke prijs is en tenzij het overdrachtsplan niet de elementen bevat die door het wetsvoorstel worden voorgeschreven. Dit geldt niet alleen voor de prijs in geval van een aandelenoverdracht, maar ook in geval van een activa/passiva-overdracht, en het kan zelfs de deposito-overdracht betreffen, namelijk de prijs die de overnemer bereid is te betalen voor het feit dat hij deposito's en daarmee een klantenbestand krijgt. De rechtbank wordt dus niet gevraagd zich te buigen over het gehele overdrachtsplan, maar alleen over de vraag of er sprake is van een redelijke prijs. Bij de beantwoording van deze vraag kan de rechtbank wel de consequenties van alternatieve uitkomsten in beschouwing nemen.

d. toets besluiten genomen tijdens de voorbereiding

Wanneer DNB de probleeminstelling mededeelt dat zij een overdrachtsplan voorbereidt, kan zij de probleeminstelling verplichten informatie te verstrekken en toegang te verlenen aan bepaalde derden. Na de mededeling staan geen bezwaar en beroep open tegen de besluiten van DNB tot verplichting van verstrekking van informatie of verlening van toegang aan derden, of tegen een ander besluit van DNB tijdens de voorbereiding van het overdrachtsplan. In plaats van de bestuursrechtelijke toets komt een beoordeling van de rechtbank die het verzoek tot het uitspreken van de overdrachtsregeling, de noodregeling of het faillissement behandelt. Voorstelbaar is dat een probleeminstelling wenst te voorkomen dat zij gegevens verstrekt aan een concurrent, en niet wil wachten met op te komen tegen de verplichting tot de behandeling van het verzoekschrift door de civiele rechter. Zij kan dan in kort geding een voorlopige voorziening vragen. Dat niet de bestuursrechter maar de civiele rechter wordt geadieerd om op te komen tegen een besluit van DNB is geen bezwaar. In het gehele traject van een simpele aanwijzing tot het verzoek om goedkeuring van een overdrachtsplan en het uitspreken van de overdrachtsregeling, noodregeling of faillissement, dient op enig moment een omschakeling van het bestuursrecht naar het civiele recht plaats te vinden. De door DNB opgelegde verplichting om gegevens aan derden te verstrekken dient zozeer als voorbereiding van civielrechtelijke stappen, dat het goed verdedigbaar is de omschakeling van het bestuursrecht naar het civiele recht op dat moment plaats te laten vinden. Bepaald is dat de probleeminstelling zich tijdens de behandeling door de rechtbank van het verzoek van DNB tot het uitspreken van de overdrachtsregeling, de noodregeling of het faillissement en, in voorkomend geval, het verzoek van DNB tot goedkeuring van het overdrachtsplan kan verwerpen tegen de besluiten genomen tijdens de voorbereiding. De rechtbank spreekt zich alleen uit over die besluiten wanneer de probleeminstelling zich hiertegen heeft verweerd. Heeft de probleeminstelling zich tegen de besluiten genomen tijdens de voorbereiding verweerd, dan verklaart de rechtbank het verweer alleen gegrond indien DNB in redelijkheid niet tot deze besluiten heeft kunnen komen. Indien de rechtbank oordeelt dat DNB in redelijkheid niet tot de besluiten heeft kunnen komen, is het aan de rechtbank om te beslissen wat daarvan de gevolgen zijn voor de beoordeling van het verzoek tot het uitspreken van de overdrachtsregeling, de noodregeling of het faillissement of de beoordeling van het overdrachtsplan. Voorstelbaar is dat de rechtbank oordeelt dat DNB in redelijkheid niet tot de besluiten heeft kunnen komen, maar desalniettemin de overdrachtsregeling, de noodregeling of het faillissement uitspreekt of het overdrachtsplan goedkeurt. Zo is denkbaar dat de rechtbank oordeelt dat DNB in redelijkheid niet had kunnen komen tot de beslissing om de probleeminstelling te verplichten om gegevens aan een bepaald persoon te verstrekken, maar dat dit in het licht van het grote geheel niet van zodanig gewicht is dat dat zou moeten leiden tot afkeuring van het overdrachtsplan.

e. benoeming overdrager, bewindvoerder, curator

Wanneer de rechtbank de overdrachtsregeling, de noodregeling of het faillissement uitspreekt, benoemt zij een of meer overdragers, bewindvoerders onderscheidenlijk curatoren. De term 'overdrager' is gereserveerd voor de persoon in de overdrachtsregeling. Zijn voornaamste rol is om bepaalde praktische aspecten van de overdracht voor zijn rekening te nemen. De term 'bewindvoerder' wordt gehandhaafd voor de persoon in de noodregeling, de term 'curator' (niet te verwarren met de zogeheten 'stille curator') voor de persoon in faillissement. De rol van de bewindvoerder en de curator verandert niet, met dien verstande dat zij gedwongen

kunnen worden het overdrachtsplan uit te voeren; mogelijk wordt gemaakt dat zij in de toekomst *moeten* doen wat zij nu reeds *kunnen* doen. DNB kan bij haar verzoek aan de rechtbank tot het uitspreken van de overdrachtsregeling, de noodregeling of het faillissement voordrachten voor benoeming van overdragers, bewindvoerders onderscheidenlijk curatoren doen. Het staat DNB hierbij vrij voor te dragen wie zij wil. Het is mogelijk dat DNB zich bij de voorbereiding van het overdrachtsplan heeft laten bijstaan door een of meer deskundigen, zoals een advocaat of een accountant. DNB kan ervoor kiezen deze deskundigen voor te dragen, maar zij kan ook ervoor kiezen een ander voor te dragen. De rechtbank beslist op de voordrachten. De rechtbank behoeft de voordrachten van DNB niet te volgen. Indien de rechtbank de voordrachten niet volgt, behoeft zij dat niet te motiveren. In de praktijk kunnen al informele contacten bestaan tussen DNB en de rechtbank over de te benoemen personen. Het is niet gewenst te bepalen dat de rechtbank een persoon tot bewindvoerder of curator kan benoemen voor het geval de noodregeling of het faillissement in de toekomst wordt uitgesproken.

§ 2.7. Overdracht

Indien de rechtbank het overdrachtsplan goedkeurt, zijn de overdrager, bewindvoerder onderscheidenlijk curator gehouden het plan uit te voeren. Tenzij in het overdrachtsplan anders is bepaald, gaan de in het overdrachtsplan genoemde deposito-overeenkomsten, activa of passiva, of aandelen door de goedkeuring van het overdrachtsplan door de rechtbank over op de overnemer. Anders dan voor overdracht onder bijzondere titel is bepaald in artikel 155, tweede zin, van Boek 6 BW is voor de overgang van deposito-overeenkomsten of activa of passiva geen toestemming of medewerking van de depositehouders, onderscheidenlijk schuldeisers vereist. Het feit dat de rechtbank toestemming heeft gegeven voor de deposito-overdracht of activa/passiva-overdracht, het feit dat DNB heeft getoetst of de overnemende partij aan bepaalde criteria voldoet, en het feit dat DNB ingeval van een deposito-overdracht een bedrag aan de overnemende derde beschikbaar stelt, vormen voldoende waarborg dat de overnemende derde aan zijn verplichtingen jegens de depositehouders of andere schuldeisers kan voldoen. Bovendien zou een snelle overdracht worden gefrustreerd indien van elke depositehouder of schuldeiser afzonderlijk toestemming zou moeten worden verkregen. Voor zover de in het overdrachtsplan genoemde vermogensbestanddelen niet door de goedkeuring van het overdrachtsplan door de rechtbank zijn overgegaan, is de overdrager, bewindvoerder, onderscheidenlijk curator belast met de overdracht van deze vermogensbestanddelen en de daaruit voortvloeiende werkzaamheden.

In geval van een aandelenoverdracht gaan de aandelen onbezwaard op de overnemer over en vervallen de rechten op nieuw uit te geven aandelen. Eventueel op een aandeel rustende rechten of beslagen gaan over op het recht op de overdrachtprijs. In geval van certificaten van aandelen komt het recht op vergoeding toe aan de certificaathouder. Zo spoedig mogelijk nadat de rechtbank de overdrachtsregeling, de noodregeling of het faillissement heeft uitgesproken en het overdrachtsplan heeft goedgekeurd, maakt de overdrager, bewindvoerder, onderscheidenlijk curator de overdrachtprijs bekend aan de rechthebbenden en voldoet de overnemer deze prijs. Dit laat onverlet dat aandeelhouders, die is beginsel niet vooraf worden gehoord, in verzet kunnen komen. Ingeval DNB een bedrag voor de deposito-overdracht beschikbaar heeft gesteld, voldoet zij dit bedrag aan de overnemer zo spoedig mogelijk nadat de rechtbank het overdrachtsplan heeft goedgekeurd. Hierna heeft DNB een vordering ter grootte van dit bedrag op de probleem-

instelling. Wanneer DNB een percentage van haar vordering op de boedel heeft ontvangen, weet zij wat zij per saldo heeft betaald: het bedrag dat zij aan de overnemer heeft voldaan minus het bedrag dat zij uit de boedel heeft ontvangen. Dit bedrag slaat zij om over de andere banken. Daarbij wordt dezelfde verdeelsleutel gehanteerd als bij de omslag van de vergoedingen die zijn uitgekeerd ingevolge het depositogarantiestelsel.

De overdrachtsregeling houdt op van kracht te zijn doordat de probleeminstelling in staat van faillissement wordt verklaard of ten aanzien van de probleeminstelling de noodregeling wordt uitgesproken, doordat de rechtbank op verzoek van de overdrager of DNB de overdrachtsregeling beëindigt of doordat DNB vaststelt dat de overdrachtsregeling is uitgevoerd. Ten aanzien van de beëindiging van noodregeling en het faillissement verandert niets aan de huidige regeling.

§ 2.8 Overbruggingsinstelling

Onder omstandigheden kan het dienstig zijn dat deposito-overeenkomsten, activa of passiva, of aandelen aan een overbruggingsinstelling worden overgedragen. Een overbruggingsinstelling is een instelling die is opgericht door of vanwege de Staat der Nederlanden of DNB. Het doel van een overbruggingsinstelling is dat de aan haar overgedragen deposito-overeenkomsten, activa of passiva, of aandelen later worden overgedragen aan een overnemer die niet is opgericht door de Staat der Nederlanden of DNB. Dit kan een geschikte oplossing zijn ingeval op korte termijn geen private overnemer kan worden gevonden, maar wordt verwacht dat deze op langere termijn wel kan worden gevonden.

Het is niet nodig uitdrukkelijk te bepalen dat deposito-overeenkomsten, activa of passiva, of aandelen aan een overbruggingsinstelling kunnen worden overgedragen. Het wetsvoorstel beperkt de kring van mogelijke overnemers niet; het wetsvoorstel heeft dus ook betrekking op een overdracht aan een overbruggingsinstelling. Het zou zelfs onwenselijk zijn expliciet te bepalen dat aan een overbruggingsinstelling kan worden overgedragen. Een dergelijke bepaling zou onbedoeld discussies kunnen oproepen over de vraag of kan worden overgedragen aan andere instellingen die niet uitdrukkelijk worden genoemd.

Wel is bepaald dat bij Algemene Maatregel van Bestuur (AMvB) regels kunnen worden gesteld met betrekking tot een overbruggingsinstelling. De te stellen regels kunnen betrekking hebben op de oprichting, de rechtsvorm, de financiering, het bestuur en de werkwijze van een overbruggingsinstelling. Tijdens de voorbereiding van het thans voorliggende wetsvoorstel is de eerste ondergetekende in overleg met DNB hierover en over andere nader te stellen regels.

Voorts is bepaald dat bij AMvB regels kunnen worden gegeven met betrekking tot de voorwaarden waaronder aan een overbruggingsinstelling kan worden overgedragen. Deze voorwaarden zullen geen betrekking hebben op de situatie waarin een instelling moet verkeren voordat de rechtbank een overdrachtsplan kan goedkeuren. Op deze voorwaarden kan bij AMvB geen uitzondering worden gemaakt. De voorwaarden die bij AMvB kunnen worden gesteld, kunnen betrekking hebben op de vraag wanneer de overdracht aan een overbruggingsinstelling opportuun is. Niet wordt beoogd in de wet een grondslag op te nemen voor voorwaarden die een overdracht op zichzelf gemakkelijker of moeilijker maken, maar wel voor voorwaar-

den die mogelijkheid van een overdracht *aan een overbruggingsinstelling* afbakenen.

§ 2.9 Internationale dimensie

Met betrekking tot de vraag in hoeverre de in dit wetsvoorstel voorgestelde maatregelen werking hebben in andere staten wordt het volgende opgemerkt. Voor zover de in dit wetsvoorstel voorgestelde maatregelen toezichtsmaatregelen zijn, dienen zij in andere Lidstaten te worden erkend op grond van de toepasselijke toezichtsrichtlijnen, meer in het bijzonder op grond van het beginsel van 'home country control'. Voorstellen die betrekking hebben op de noodregeling of het faillissement, vallen onder de EU-richtlijnen sanering en liquidatie¹⁸. Zij dienen dan ook te worden erkend in andere EU-lidstaten. Zo zal een door de rechtbank in het kader van een noodregeling of faillissement goedgekeurd overdrachtsplan werking hebben in andere lidstaten. Hetzelfde geldt voor de overdrachtsregeling. De overdrachtsregeling kan worden gezien als een 'maatregel die bestemd is om de financiële positie van een bank of verzekeraar in stand te houden of te herstellen, en die van dien aard is dat zij de bestaande rechten van derden kan aantasten'. Daarmee is de overdrachtsregeling een saneringsmaatregel in de zin van de richtlijnen sanering en liquidatie, die op grond van die richtlijnen volledige rechtswerking hebben in de gehele Europese Unie.

De in dit wetsvoorstel voorgestelde maatregelen kunnen van invloed zijn op de inhoud van overeenkomsten die door de probleeminstelling zijn gesloten. In de praktijk komt het voor dat de probleeminstelling en haar wederpartij een ander recht dan Nederlands recht van toepassing hebben verklaard op een dergelijke overeenkomst. Voor dat geval is bepaald dat de afdeling van toepassing is op een bank of verzekeraar met zetel in Nederland, ongeacht het recht dat van toepassing is. In geval van een rechtskeuze voor buitenlands recht zal een Nederlands voorschrift dat van invloed is op de inhoud van een contractuele bepaling in beginsel niet rechtstreeks van toepassing zijn, tenzij het voorschrift bijvoorbeeld kan worden aangemerkt als een zogenaamde "voorrangsregel", dat wil zeggen een regel van bijzonder dwingend recht die moet worden toegepast ongeacht welk recht overigens van toepassing zou zijn. Om te bevorderen dat voorgestelde regeling ook effect heeft bij financiële contracten die worden beheerst door buitenlands recht, is daarom bepaald dat sprake is van "voorrangsregels" als bedoeld in de Rome I Verordening. Hiermee wordt in elk geval bereikt dat de Nederlandse rechter bedoelde bepalingen als voorrangsregels zal beschouwen. Hiermee wordt voorts bereikt dat Nederland pretendeert dat bedoelde bepalingen ook van toepassing zijn ingeval een buitenlandse rechter bevoegd is. Het is aan de buitenlandse rechter om te beslissen of hij deze pretentie honoreert. Ook in de regeling betreffende de zogeheten trigger events (zie hoofdstuk 4) is bepaald dat de daarin opgenomen bepalingen voorrangsregels zijn.

¹⁸ Richtlijn nr. 2001/17/EG van het Europees Parlement en de Europese Raad van 19 maart 2001 betreffende de sanering en liquidatie van verzekeringsondernemingen, PbEG L 110; Richtlijn nr. 2001/24/EG van het Europees Parlement en de Europese Raad van 4 april betreffende de sanering en liquidatie van kredietinstellingen, PbEG L 125.

3. STABILITEIT VAN HET FINANCIËLE STELSEL

§ 3.1. Inleiding

De tweede categorie maatregelen waarin dit wetsvoorstel voorziet, betreft de stabiliteit van het financiële stelsel. Ligt bij de eerste categorie maatregelen, de tijdige en ordentelijke afwikkeling van financiële ondernemingen in problemen, de focus vooral op de individuele belangen van de onderneming en de bij die onderneming betrokkenen, bij de tweede categorie maatregelen ligt de focus op de stabiliteit van het financiële stelsel als geheel. Op de interventieladder vormt deze categorie maatregelen de meest vergaande vorm van overheidsinterventie in de financiële sector, die zijn rechtvaardiging vindt in het grote algemene belang dat gemoeid is met een stabiel financieel stelsel.

§ 3.2. Hoofdlijnen van de voorgestelde regeling

a. interventies omwille van de stabiliteit van het financiële stelsel

Het voorgestelde nieuwe Deel 6 bevat twee bijzondere bevoegdheden voor de Minister van Financiën: de bevoegdheid om in te grijpen in de interne bevoegdheden van een financiële onderneming en de bevoegdheid om, als ultimum remedium, zo nodig zelfs tot onteigening van een financiële onderneming over te gaan. Voor beide bevoegdheden geldt dat deze slechts kunnen worden aangewend in de uitzonderlijke omstandigheid dat er ernstig en onmiddellijk gevaar dreigt voor de stabiliteit van het financiële stelsel. Bovendien moet er een rechtstreeks verband bestaan tussen de situatie van de betrokken onderneming en het dreigende gevaar voor het financiële stelsel. Dit betekent dat het niet mogelijk is om bedoelde bevoegdheden louter uit voorzorg toe te passen, wanneer de situatie van een bepaalde onderneming wellicht zorgelijk is, maar (nog) geen concreet of direct gevaar oplevert voor de stabiliteit van het stelsel. Het enkele feit dat een bepaalde onderneming in problemen verkeert, is onvoldoende. Er zal steeds sprake moeten zijn van een concreet en ernstig gevaar voor de stabiliteit van het financiële stelsel. In dat gevaar is ook de rechtvaardiging voor de voorgestelde bevoegdheden gelegen: indien de stabiliteit van het financiële stelsel ernstig in gevaar is, dient het algemeen belang dat met die stabiliteit gemoeid is, te prevaleren boven de individuele belangen van de onderneming en haar aandeelhouders.

De bevoegdheid om in te grijpen in de interne bevoegdheden van een financiële onderneming is geregeld in artikel 6:1. Op grond van dat artikel is de Minister van Financiën bevoegd om ten aanzien van een financiële onderneming onmiddellijke voorzieningen te treffen, indien hij dat, gelet op de situatie waarin de onderneming zich bevindt, met het oog op de stabiliteit van het financiële stelsel nodig acht. Daarbij kan worden gedacht aan het tijdelijk ontnemen van het stemrecht van aandeelhouders, afwijking van statutaire bepalingen of het schorsen van een bestuurder of commissaris. Dergelijke onmiddellijke voorzieningen hoeven niet op zichzelf te staan. Het is mogelijk dat zij deel uitmaken van een groter pakket van maatregelen. De ten aanzien van een onderneming te treffen voorzieningen kunnen bijvoorbeeld gepaard gaan met een kapitaalinjectie of een garantstelling door de Staat en tot doel hebben die maatregelen te flankeren en maximaal effect te laten sorteren. Het feit dat eventuele maatregelen van financiële aard de algemene middelen raken, kan een rechtvaardiging vormen voor het toepassen van de bevoegdheid om onmiddellijke voorzieningen te treffen. Een forse kapitaalinjectie uit de

algemene middelen brengt met zich dat met die gelden prudent moet worden omgegaan, en dat daartoe in het uiterste geval invloed moet kunnen worden uitgeoefend op of in de desbetreffende onderneming.

Artikel 6:2 regelt de bevoegdheid van de Minister van Financiën om desnoods, als ultimum remedium, tot onteigening over te gaan. De reden voor deze vergaande bevoegdheid is dat er rekening mee moet worden gehouden dat het instrument van de onmiddellijke voorziening niet onder alle omstandigheden een voldoende effectief instrument zal zijn. Ook is het denkbaar dat er in een eerder stadium al onmiddellijke voorzieningen zijn getroffen, maar dat die voorzieningen niet het gewenste effect hebben gehad. In dergelijke gevallen moet, als laatste redmiddel, de minister de bevoegdheid hebben om tot onteigening over te gaan. De bevoegdheid op grond van artikel 6:1 is evenwel geen noodzakelijk voorportaal voor toepassing van artikel 6:2.

Duidelijk is dat beide bevoegdheden grote consequenties (kunnen) hebben voor de betrokken onderneming. De bevoegdheden dienen daarom met grote terughoudendheid en slechts in uitzonderlijke omstandigheden te worden gebruikt. De minister zal zich er van moeten vergewissen dat er in redelijkheid geen bruikbare alternatieven zijn. De aanleiding om in te grijpen zal bovendien voldoende acuut moeten zijn om het ingrijpen te rechtvaardigen. Zowel voor de bevoegdheid om onmiddellijke voorzieningen te treffen als voor de bevoegdheid om tot onteigening over te gaan geldt dat het uiterste middelen zijn. Alleen wanneer de minister, alle relevante belangen afwegende, tot het oordeel komt dat er – mede gelet op de financiële gevolgen die voor de Staat aan andere alternatieven verbonden kunnen zijn – er in redelijkheid geen geschikte alternatieven zijn, mag hij in de interne of eigendomsverhoudingen van een financiële onderneming ingrijpen of de effecten overnemen die zij heeft uitgegeven.

Opgemerkt zij nog dat er bewust voor is gekozen om de reikwijdte van de artikelen 6:1 en 6:2 niet te beperken tot banken. Daaraan liggen de volgende overwegingen ten grondslag. De eerste overweging betreft het feit dat de recente financiële crisis heeft uitgewezen dat gevaren voor de stabiliteit van het financiële stelsel uit verschillende hoeken kunnen komen. Niet alleen banken, maar bijvoorbeeld ook verzekeraars en beleggingsondernemingen raakten door de financiële crisis in problemen. Het toepassingsbereik van de artikelen 6:1 en 6:2 moet dan ook voldoende ruim zijn om, behalve banken, ook andere categorieën financiële ondernemingen te kunnen bestrijken, mocht daarvan in een crisis gevaar voor de stabiliteit van het financiële stelsel uitgaan. Denkbaar was natuurlijk geweest om nu in de artikelen 6:1 en 6:2 alle categorieën financiële ondernemingen op te sommen waarvan, gelet op de recente crisis, in een eventuele nieuwe crisis (opnieuw) een gevaar zou kunnen uitgaan voor de stabiliteit van het financiële stelsel. Het gevaar van een dergelijke aanpak is echter dat daarbij te veel naar het verleden wordt gekeken, en dat het voorstellingsvermogen tekortschiet om de lijnen waarlangs een eventuele nieuwe crisis zich zou kunnen ontwikkelen, adequaat te voorspellen. Juist bij bijzondere bevoegdheden zoals neergelegd in de artikelen 6:1 en 6:2, is het van belang om te abstraheren van de gebeurtenissen die aanleiding zouden kunnen geven tot de toepassing van die bevoegdheden, en te focussen op het doel waartoe die bevoegdheden mogen worden aangewend en de voorwaarden waaronder. In dat doel en in die voorwaarden ligt ook de belangrijkste beperking van de bijzondere bevoegdheden uit de artikelen 6:1 en 6:2 besloten: de bevoegdheden mogen alleen worden aangewend met het oog op de stabiliteit van het financiële stelsel en bovendien alleen in gevallen waarin ernstig en onmiddellijk gevaar dreigt.

b. schadeloosstelling

Uit artikel 14 van de Grondwet volgt dat onteigening alleen is toegestaan "in het algemeen belang en tegen vooraf verzekerde schadeloosstelling, een en ander naar bij of krachtens de wet te stellen voorschriften". Zoals hierboven is opgemerkt, bestaat het algemeen belang in de stabiliteit van het financiële stelsel. Aan het vereiste van een vooraf verzekerde schadeloosstelling is in dit wetsvoorstel uitvoering gegeven door middel van hoofdstuk 6.3. In dat hoofdstuk is vastgelegd dat de onteigende partij recht heeft op schadeloosstelling. Ook is in dat hoofdstuk een aantal algemene regels ten behoeve van het bepalen van de omvang van de schadeloosstelling opgenomen. Uitgangspunt daarbij is dat de onteigende partij recht heeft op een volledige vergoeding van de schade die hij door het verlies van zijn effect of vermogensbestanddeel lijdt, te bepalen volgens de regels die in het wetsvoorstel worden gesteld.

Evenals bij het overdrachtsplan is ook het EVRM in dit kader van belang. Onteigening is immers een vorm van eigendomsontneming in de zin van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM. Het EVRM staat onder omstandigheden onteigening toe, indien is voldaan aan de in paragraaf 2.4 genoemde vereisten van wettelijke basis, algemeen belang, compensatie en rechtsmiddelen. Voor een nadere beschouwing zij verwezen naar hetgeen daarover reeds in paragraaf 2.4 is opgemerkt.

In hoofdstuk 6.3 wordt verder geregeld dat de Minister van Financiën zich zo spoedig mogelijk, doch uiterlijk zeven dagen nadat het onteigeningsbesluit onherroepelijk is geworden, tot de ondernemingskamer van het Gerechtshof te Amsterdam wendt om de schadeloosstelling te laten vaststellen. Hij doet daartoe een aanbod tot schadeloosstelling en verzoekt de ondernemingskamer om de schadeloosstelling overeenkomstig dat aanbod vast te stellen. Onteigende partijen die zich niet in de door de minister aangeboden schadeloosstelling kunnen vinden, kunnen daartegen bij verweerschrift opkomen en de ondernemingskamer verzoeken om een hogere schadeloosstelling vast te stellen. De ondernemingskamer is bevoegd om een hogere schadeloosstelling toe te kennen, indien het door de minister aangeboden bedrag geen volledige vergoeding van de geleden schade zou blijken te zijn.

c. rechtsbescherming

Naast de mogelijkheid om het bedrag van de schadeloosstelling door een rechter te laten toetsen, voorziet Deel 6 ook in rechtsbescherming tegen de door de minister te nemen besluiten zelf. Zowel tegen een door de minister getroffen onmiddellijke voorziening als tegen een onteigeningsbesluit kan beroep worden ingesteld bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. Daarbij is bepaald dat eventuele beroepen moeten worden behandeld volgens de in de Awb opgenomen regels voor versnelde behandeling. Gelet op het ingrijpende karakter van de maatregelen die de minister op grond van de in de artikelen 6:1 en 6:2 voorgestelde bevoegdheden kan nemen, is het van het grootste belang dat over die maatregelen met spoed het oordeel van een rechter kan worden verkregen. Om die reden is in het wetsvoorstel bepaald dat de Afdeling uiterlijk 14 dagen na indiening van het beroepschrift uitspraak doet. Deze snelle procedure komt, wanneer er tegen het door de minister genomen besluit beroep is ingesteld, de rechtszekerheid ten goe-

de. Daarnaast staat ook de mogelijkheid open om bij de Afdeling een voorlopige voorziening te vragen.

Voor het geval een besluit zou worden vernietigd, is nog van belang dat de Afdeling met toepassing van artikel 8:72, derde lid, Awb kan bepalen dat de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit geheel of gedeeltelijk in stand blijven. Reden kan bijvoorbeeld zijn dat het wenselijk is dat bepaalde op het vernietigde besluit gebaseerde rechtshandelingen hun geldigheid behouden. Ook is denkbaar dat op grond van het besluit feitelijke handelingen zijn verricht, die naar hun aard niet goed ongedaan kunnen worden gemaakt. In dergelijke gevallen kan de Afdeling besluiten de gevolgen van het vernietigde besluit geheel of gedeeltelijk in stand te laten. Worden de gevolgen niet in stand gelaten, dan zal bijvoorbeeld de eigendomsovergang van een aandeel of vermogensbestanddeel geacht moeten worden nooit te hebben plaatsgevonden. De aandeelhouder is gewoon aandeelhouder gebleven, de onderneming nooit onteigend; andersluidende inschrijvingen zullen moeten worden hersteld. Eventuele schade die in de tussenliggende periode is geleden door het feit dat men bijvoorbeeld niet over zijn aandeel kon beschikken, zal zich moeten oplossen in een schadevergoeding. Opgemerkt zij verder nog dat de rechtsgeldigheid van privaatrechtelijke handelingen die rusten op het vernietigde besluit, wordt bepaald door het privaatrecht en dan met name de voorzieningen van Boek 3 BW.

d. verhouding tot de overdrachtsregeling

In dit kader dient ook te worden stilgestaan bij de verhouding tussen de overdrachtsregeling uit artikel 3:159u e.v. en de onteigeningsbevoegdheid uit artikel 6:2. In beide gevallen kunnen de financiële onderneming en haar aandeelhouders worden geconfronteerd met een gedwongen eigendomsovergang, in het geval van de overdrachtsregeling op een private derde partij en in het geval van artikel 6:2 op de Staat. Het verschil is erin gelegen dat de overdrachtsregeling als achtergrond heeft de nutsfunctie van een individuele instelling te borgen, terwijl de onteigeningsbevoegdheid uit artikel 6:2 tot doel heeft de stabiliteit van het financiële stelsel als geheel te borgen. In de praktijk zou het uiteraard kunnen voorkomen dat in een bepaalde casus zowel aan het criterium voor toepassing van de overdrachtsregeling als aan het criterium voor toepassing van artikel 6:2 wordt voldaan; het falen van een financiële onderneming kan immers consequenties zowel voor de nutsfunctie van die instelling hebben als voor de stabiliteit van het financiële stelsel. In een dergelijk geval ligt het voor de hand om eerst na te gaan of met toepassing van de overdrachtsregeling kan worden volstaan alvorens, als ultimum remedium, toepassing van artikel 6:2 te overwegen. Toepassing van de overdrachtsregeling is naar haar aard immers minder ingrijpend dan onteigening op grond van artikel 6:2. Het gaat daarbij niet eens zozeer om de mate van ingrijpendheid voor de betrokken instelling en haar aandeelhouders. Wat betreft de mogelijke gevolgen voor de instelling en haar aandeelhouders ontlopen de overdrachtsregeling en de bevoegdheid op grond van artikel 6:2 elkaar niet wezenlijk. Het verschil in ingrijpendheid betreft vooral het betrokken raken van de Staat en het beroep dat in het geval van een onteigening uit hoofde van artikel 6:2 op de algemene middelen zal moeten worden gedaan. Niet alleen met het oog op de compensatie van de onteigende partij(en), maar ook met het oog op de middelen die wellicht benodigd zullen zijn om de noodlijdende onderneming weer uit de gevarezone te halen. De totale maatschappelijke impact van een onteigening op grond van artikel 6:2 is daarmee aanzienlijk groter dan de impact van een overdrachtsregeling, waarbij de oplossing immers in het private domein wordt gezocht.

Overigens geldt ook hier – evenals voor de verhouding tussen de artikelen 6:1 en 6:2 – dat toepassing van de overdrachtsregeling geen noodzakelijk voorportaal is voor toepassing van artikel 6:2. Wanneer er onmiddellijk en ernstig gevaar bestaat voor de stabiliteit van het financiële stelsel en de verwachting is dat toepassing van de overdrachtsregeling geen of onvoldoende soelaas zal bieden om het gevaar voor de stabiliteit voor het financiële stelsel tijdig te keren, kan rechtstreeks toepassing worden gegeven aan artikel 6:2. Het zou onjuist zijn om in dat geval te eisen dat eerst de mogelijkheden voor een overdrachtsregeling moeten zijn beproefd, voordat de bevoegdheid uit artikel 6:2 kan worden aangewend. Tegen de tijd dat men dan aan toepassing van artikel 6:2 toekomt, kan het kwaad reeds zijn geschied.

§ 3.3. Tijdelijke karakter van het overheidsingrijpen

Bij de in 2008 en 2009 met het oog op de stabiliteit van het financiële stelsel genomen maatregelen gold steeds als uitgangspunt dat die maatregelen slechts een tijdelijk karakter hebben.¹⁹ Dit uitgangspunt geldt ook voor eventuele op grond van Deel 6 te nemen maatregelen. Voor de bevoegdheid om een onmiddellijke voorziening te treffen is dit ook uitdrukkelijk in artikel 6:1, derde lid, vastgelegd. Op grond van dat lid dient in het besluit waarbij de onmiddellijke voorziening wordt opgelegd, ook de termijn van die voorziening te worden bepaald. Een soortgelijke bepaling ontbreekt evenwel bij de onteigeningsbevoegdheid van artikel 6:2. Niet omdat in dat geval het uitgangspunt van de tijdelijkheid daar niet zou gelden, maar omdat onteigening naar haar aard een permanent karakter heeft dat zich niet in tijd laat begrenzen. In het geval van onteigening zal de tijdelijkheid van het overheidsingrijpen zich dan ook moeten vertalen in het (eventueel geleidelijk) weer privatiseren van de financiële onderneming, zodra het gevaar voor de stabiliteit van het financiële stelsel is geweken. Dit is in lijn met het in november 2008 geformuleerde voornemen om in financiële ondernemingen te participeren totdat een goede mogelijkheid is gevonden om het aandeelhouderschap naar de private sector terug te brengen. De operationele continuïteit van de financiële sector staat daarbij voorop. Met het oog op privatisering is denkbaar dat als alternatief voor een geldelijke schadeloosstelling een combinatie van geld en effecten (bijvoorbeeld claimrechten) wordt aangeboden.

§ 3.4. Verantwoordelijkheidsverdeling en betrokkenen

De Minister van Financiën is samen met DNB verantwoordelijk voor de stabiliteit van het financiële stelsel. In het wetsvoorstel is de bevoegdheid om maatregelen te treffen als de stabiliteit van het financiële stelsel ernstig in gevaar is, neergelegd bij de minister. Gelet op de medeverantwoordelijkheid van DNB en de kennis en expertise die deze bezit, dient de minister DNB te raadplegen alvorens zijn bevoegdheden op grond van dit wetsvoorstel aan te wenden. In het wetsvoorstel is dit uitdrukkelijk geregeld. Ook voorziet het wetsvoorstel in een specifieke bevoegdheid van de minister om bij DNB de (vertrouwelijke) gegevens en inlichtingen op te vragen, die hij met het oog op zijn (mede)verantwoordelijkheid voor de stabiliteit van het financiële stelsel behoeft. Vanzelfsprekend strekt het overleg tussen de minister en DNB er tevens toe om eventuele interventies van de minister en van DNB te coördineren. In dat kader dient, indien ten gevolge van een gevaarlijke ontwikkeling bij een individuele instelling ook de stabiliteit van het financiële stelsel in ge-

¹⁹ Kamerstukken II 2008/09, 31 371, nr. 12; Kamerstukken II 2008/09, 31 371, nr. 23; Kamerstukken II 2008/09, 31 371, nr. 32; Staten Generaal 2008/09, 31 789, A en nr. 1.

vaar is, ook de afweging te worden gemaakt of het nodig is op grond van artikel 6:2 te interveniëren of dat met toepassing van de overdrachtsregeling kan worden volstaan.

Het wetsvoorstel laat onverlet de bevoegdheid van DNB om een aanwijzing te geven aan een financiële onderneming, indien zij tekenen ontwaart van een ontwikkeling die het eigen vermogen, de solvabiliteit of de liquiditeit van die financiële onderneming in gevaar kunnen brengen. Evenmin beoogt het wetsvoorstel af te doen aan de bevoegdheid van DNB om bij een financiële onderneming een zogeheten stille curator aan te stellen. De bevoegdheid tot intrekking van het besluit tot benoeming van de curator behoort tot het exclusieve terrein van DNB. De imperatieve intrekkinggronden zijn opgenomen in artikel 1:76, zevende lid, van de Wft. Wel dient daarbij te worden opgemerkt dat het niet voor de hand ligt dat DNB een curator zou aanstellen, wanneer ten aanzien van een onderneming reeds door de minister is geïntervenieerd op grond van een in dit wetsvoorstel opgenomen bevoegdheid. Van belang is ook dat de prudentiële vereisten en de gedragsnormen uit de Wft in beginsel onverkort van toepassing blijven op de financiële onderneming in kwestie. Het feit dat de minister, omwille van de stabiliteit van het financiële stelsel, met gebruikmaking van zijn bevoegdheden op grond van het voorgestelde nieuwe Deel 6 bij een financiële onderneming heeft geïntervenieerd, doet daaraan niet af.

Met betrekking tot de Autoriteit Financiële Markten (AFM) is van belang dat deze tijdig op de hoogte wordt gesteld van een besluit of voorgenomen besluit op grond van artikel 6:1 of 6:2. De AFM kan dan beoordelen of het besluit aanleiding geeft om de handel te doen stilleggen, en daartoe zo nodig voorbereidingen treffen. In één geval is de AFM zelfs verplicht om de handel te doen stilleggen. Indien de minister met betrekking tot een financiële onderneming waarvan effecten zijn toegelaten tot een gereguleerde markt of multilaterale handelsfaciliteit, heeft besloten tot onteigening van effecten van die onderneming, is de AFM zodra zij daarvan kennisgeving ontvangt, verplicht om de handel in die effecten of daaraan gerelateerde financiële instrumenten stil te doen leggen.

In dit wetsvoorstel is voorts uitdrukkelijk voorzien in betrokkenheid van de Minister-President bij de totstandkoming van besluiten op grond van de artikelen 6:1 en 6:2. De ingrijpendheid van de maatregelen maakt het wenselijk dat bij de beoordeling of moet worden ingegrepen, een andere bewindspersoon nauw betrokken is. De Minister-President ligt hierbij in de rede. Gelet op mogelijke uitstralingseffecten richting het bedrijfsleven, zal van een voorgenomen onteigeningsbesluit ook de Minister van Economische Zaken, Innovatie en Landbouw op de hoogte worden gebracht, tenzij de vereiste spoed zich daartegen verzet. Niet ondenkbaar is immers dat het besluit op zeer korte termijn en dus onder grote tijdsdruk tot stand moet komen. Dit is ook de reden dat in het wetsvoorstel de totstandkoming van het besluit zelf zo eenvoudig mogelijk is gehouden, door te bepalen dat een onteigeningsbesluit door de Minister van Financiën, in overeenstemming met de Minister-President, wordt genomen.

§ 3.5. Relatie met onteigeningswet en Noodwet financieel verkeer

Bij het opstellen van het wetsvoorstel is overwogen om de in het nieuwe Deel 6 voorgestelde onteigeningsbevoegdheid in de onteigeningswet onder te brengen. Aansluiting bij de onteigeningswet ligt echter minder voor de hand, omdat die wet

vooral is geschreven met het oog op de onteigening van onroerende zaken (grond, gebouwen) en als zodanig een minder geschikt kader biedt voor onteigening van effecten of vermogensbestanddelen van financiële ondernemingen. In de systematiek van de onteigeningswet dient een eventuele onteigening bovendien te worden voorafgegaan door een zogeheten minnelijke fase, waarin eerst moet worden getracht tot een minnelijke overeenkomst te komen. Voor de gevallen waarop Deel 6 betrekking heeft, zal een dergelijke procedure vermoedelijk te tijdrovend zijn, terwijl door de langere procedure en de fase waarin naar een minnelijke overeenkomst moet worden gestreefd, de risico's op ongewenste bekendmakingseffecten aanzienlijk toenemen. Een ander bezwaar tegen opneming in de onteigeningswet is uiteraard dat die wet slechts ten dele als kader voor de in het nieuwe Deel 6 voorgestelde maatregelen zou kunnen dienen. In de onteigeningswet zou hoogstens de in artikel 6:2 opgenomen bevoegdheid tot onteigening een plaats kunnen krijgen; voor de in artikel 6:1 geregelde bevoegdheid om onmiddellijke voorzieningen te treffen zou dan een ander kader gezocht moeten worden. Mede gelet op de inhoudelijke samenhang tussen beide bevoegdheden en hun relatie met de Wft, is er dan ook voor gekozen de nieuwe bevoegdheden in de Wft onder te brengen. Dit neemt niet weg dat bij het opstellen van Deel 6, waar mogelijk, is aangesloten bij de wijze waarop vergelijkbare onderwerpen in de onteigeningswet zijn geregeld.

De Noodwet financieel verkeer biedt evenmin een passend kader voor de bevoegdheden waarin het nieuwe Deel 6 voorziet. In die wet is weliswaar een scala aan bijzondere bevoegdheden opgenomen, maar die zijn vooral bedoeld voor buitengewone omstandigheden zoals oorlogen of watersnoodrampen. De Noodwet financieel verkeer regelt allerlei praktische zaken om te voorkomen dat in dergelijke buitengewone omstandigheden het betalingsverkeer niet meer zou functioneren. De wet ziet niet op het financiële stelsel als zodanig. Bovendien mist zij de voor Deel 6 zo belangrijke aansluiting bij (de systematiek van) de Wft, met inbegrip van de daarin geregelde taken en bevoegdheden van DNB en AFM. Uitbreiding van de Noodwet financieel verkeer met de in dit wetsvoorstel geregelde bevoegdheden (en alle bepalingen die aanvullend nodig zouden zijn om aansluiting bij de Wft te bewerkstelligen) ligt daarom niet voor de hand.

4. RECHTEN VAN WEDERPARTIJEN NA EEN GEBEURTENIS

Financiële overeenkomsten of andersoortige overeenkomsten die financiële ondernemingen met hun wederpartijen aangaan bevatten vaak bepalingen betreffende *events of default* of *notification events* (gezamenlijk ook wel aangeduid als *trigger events*). "*Events of default*" zijn gebeurtenissen of omstandigheden als gevolg waarvan een partij in verzuim is. Vaak bedingt een wederpartij dat een *event of default* haar een bepaalde bevoegdheid geeft, bijvoorbeeld om de overeenkomst te beëindigen. "*Notification events*" zijn omstandigheden ten aanzien waarvan is bedongen dat zij dienen te worden gemeld aan de wederpartij. In de praktijk komen *trigger events* in veel verschillende varianten voor. Daarbij is ook mogelijk dat een bepaalde gebeurtenis of omstandigheid zowel een "*event of default*" als een "*notification event*" vormt.

Interventies van de toezichthouder, bedoeld om de continuïteit van een financiële onderneming te waarborgen, kunnen als gevolg van dergelijke *trigger events* juist averechts werken en de financiële onderneming verder in problemen brengen. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer het opleggen van een formele toezichtmaatregel ertoe leidt dat de vorderingen van wederpartijen op de betreffende bank voortijdig

opeisbaar worden. Deze dynamiek wordt nog verder versterkt door zogenaamde *cross default clauses*: verzuimclausules die kunnen worden ingeroepen wanneer de schuldenaar in een andere overeenkomst met dezelfde wederpartij of in overeenkomsten met derden in gebreke blijft. De financiële onderneming kan in het ergste geval zelfs worden geconfronteerd met een cascade van vorderingen die worden opgeëist en het ontstaan van omvangrijke open posities die opnieuw moeten worden afgedekt.

Om de effectiviteit van de in dit wetsvoorstel voorgestelde maatregelen te waarborgen en te verbeteren, is het wenselijk te regelen dat de met dit wetsvoorstel te introduceren maatregelen geen grond kunnen opleveren voor de opschorting of beëindiging van rechtshandelingen of de vroegtijdige nakoming van daaruit voortvloeiende verplichtingen, of anderszins de wederpartij bepaalde rechten geven. Met het oog hierop bevat het wetsvoorstel in de voorgestelde nieuwe afdeling 3.5.8 een specifieke regeling, inhoudende dat de wederpartij na het treffen van een maatregel of het indienen van een verzoek, geregeld in het thans voorliggende wetsvoorstel, bepaalde additionele bevoegdheden ten gevolge van *trigger events* niet mag uitoefenen. De regeling van de *trigger events* vormt het sluitstuk van de in dit wetsvoorstel gedane voorstellen. Zonder een dergelijke regeling zouden de maatregelen zelfs contraproductief kunnen werken, niet alleen doordat een maatregel sneller zou kunnen uitlekken, maar ook doordat de uitoefening van bepaalde additionele bedongen rechten fnuikend kan zijn voor een ordentelijke afwikkeling van de financiële problemen of het waarborgen van de stabiliteit van het financiële stelsel.

De voorgestelde regeling voor *trigger events* sluit aan bij ontwikkelingen in Duitsland, het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten. Het voorstel gaat in bepaalde opzichten minder ver dan het Duitse voorstel voor een '*Restrukturierungsgesetz*', waarin alle beëindigingsgronden worden opgeschort. In de Verenigde Staten mag het overheidsingrijpen niet zelfstandig tot een beëindiging leiden. In Duitsland en het Verenigd Koninkrijk worden uitzonderingen gemaakt voor de afwikkeling van betalingen en effectentransacties in betalings- en afwikkelingsystemen en financiële-zekerheidsvereenkomsten. De regeling sluit aan bij die van het Verenigd Koninkrijk. Overwogen is om alle in de Wft genoemde maatregelen onder het begrip *trigger event* te laten vallen. Daarvan is afgezien, mede naar aanleiding van de reacties die zijn ontvangen in de consultatie. Een zodanig ruim begrip van *trigger events* zou ertoe leiden dat bijvoorbeeld ook een door DNB gegeven aanwijzing als consequentie zou hebben dat een wederpartij bepaalde bedongen rechten niet zou mogen uitoefenen. Een dergelijke regeling zou Nederlandse financiële ondernemingen in een onevenredig nadelige positie brengen ten opzichte van hun buitenlandse concurrenten. De regeling is beperkt tot de in dit wetsvoorstel geregelde maatregelen en verzoeken. Voor een nadere toelichting zij verwezen naar de artikelsgewijze toelichting bij de artikelen 3:267d tot en met 3:267g.

5. CONSULTATIE

Van 4 maart tot en met 6 mei 2011 heeft een concept van het wetsvoorstel voor publieke consultatie voorgelegd. Hierop zijn 14 reacties ontvangen van partijen uit onder andere de financiële en juridische sector en de academische wereld. Uit de reacties blijkt dat in algemene zin de noodzaak wordt onderkend om naar aanleiding van de financiële crisis van de afgelopen jaren de interventieladder aan te vullen met een aantal verdergaande interventiebevoegdheden. Wel hebben ver-

schillende respondenten opmerkingen gemaakt ten aanzien van de timing en verschillende elementen van het wetsvoorstel.

Door verscheidene respondenten is gevraagd waarom niet op het initiatief van de Europese Commissie wordt gewacht om tot een Europees kader voor crisismanagement in de financiële sector te komen. Zoals in de Inleiding is aangegeven, is het nog onzeker wanneer de voorgestane Europese regelgeving gereed zal zijn. Vanwege het grote belang dat het kabinet hecht aan een goed functionerend en stabiel financieel stelsel, heeft het besloten vooruitlopend op, maar in lijn met de Europese ontwikkelingen zelf een regeling voor te stellen om tot een tijdige en ordentelijke afwikkeling te kunnen komen en tevens te voorzien in maatregelen met betrekking tot de stabiliteit van het financiële stelsel. Wat betreft het onderdeel van het wetsvoorstel over de afwikkeling van financiële ondernemingen in problemen is verschillende malen gevraagd waarom naast banken ook verzekeraars onder de reikwijdte vallen. Ook verzekeraars zijn onder de reikwijdte opgenomen, omdat ook zij door het aangaan van verzekeringsovereenkomsten een belangrijke nutsfunctie vervullen, de schuldeisers van verzekeraars veelal particuliere verzekerden zijn, en verzekeraars van belang zijn voor een stabiel financieel stelsel.

De rechtsbescherming van met name aandeelhouders ingeval van de overdrachtsregeling werd door verschillende respondenten te beperkt gevonden. Naar aanleiding van de consultatiereacties is daarom de grens van het vooraf horen van aandeelhouders verlaagd van 10% naar 5%. Een effectieve overdrachtsregeling vraagt evenwel om een goede balans tussen rechtsbescherming enerzijds en snelheid en vertrouwelijkheid anderzijds. Om die reden is bepaald dat de rechtbank aandeelhouders die meer dan 5% van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen in de gelegenheid worden gesteld te worden gehoord, tenzij belangen van geheimhouding of spoed zich daartegen verzetten. Ook de voorgestelde regeling voor vaststelling van de schadeloosstelling ingeval van onteigening op grond van het nieuwe deel 6 oogstte kritiek. De constructie waarin de minister de schadeloosstelling vaststelt en het aan de onteigenden wordt overgelaten om die schadeloosstelling aan de rechter voor te leggen, is vervangen door een regeling waarin de rechter de schadeloosstelling vaststelt.

De meeste kritiek van de respondenten was gericht op de regeling over de rechten van wederpartijen na een gebeurtenis (trigger events). In de consultatieversie van het wetsvoorstel had deze regeling betrekking op alle maatregelen die DNB kan treffen ten aanzien van een financiële onderneming. Veel respondenten gaven aan dat deze brede toepassing van de regeling de Nederlandse financiële sector sterk zou benadelen ten opzichte de financiële sectoren in het buitenland. Om die reden is de regeling aangepast door deze in lijn te brengen met een gelijksoortige regeling in de UK Banking Act 2009. Dit betekent dat de regeling over de rechten van wederpartijen na een gebeurtenis alleen betrekking heeft op de maatregelen die in dit wetsvoorstel zijn voorzien.

Tevens hebben de consultatiereacties tot verschillende andere aanpassingen van het wetsvoorstel geleid, zoals het horen door de rechtbank van de probleeminstelling in geval van een aandelenoverdracht en het opnemen van de systematiek van de interventieladder in de memorie van toelichting.

6. INHOUDELIJKE NALEVINGSKOSTEN EN ADMINISTRATIEVE LASTEN

Het wetsvoorstel voorziet in maatregelen tot interventie bij financiële ondernemingen voor DNB en de minister van Financiën. Het voorstel heeft geen administratieve lasten tot gevolg. Administratieve lasten zijn de kosten voor het bedrijfsleven en de burgers om te voldoen aan informatieverplichtingen aan de overheid, die voortvloeien uit wetgeving en regelgeving van de overheid. Het wetsvoorstel voorziet echter niet in verplichtingen tot het verstrekken van informatie aan de overheid. In het bijzondere geval dat aan de nieuwe interventie maatregelen toepassing zou moeten worden gegeven, kan er wel sprake zijn van inhoudelijke nalevingskosten. Inhoudelijke nalevingskosten zijn de directe kosten die samenhangen met de naleving van inhoudelijke wettelijke verplichtingen van het bedrijfsleven, waaronder informatieverplichtingen aan derden. De artikelen 3:159d Wft en 212hI en 213ak Fw in het wetsvoorstel voorzien in een informatieverplichting van de probleeminstelling, respectievelijk de curator aan bepaalde derden. In het kort bepalen de artikelen dat DNB, wanneer zij de probleeminstelling, respectievelijk curator heeft medegedeeld een overdrachtsplan voor te bereiden, deze kan verplichten gegevens of inlichtingen te verschaffen aan bepaalde derden, zoals de overnemer. Denkbaar is dat de probleeminstelling of curator ten behoeve van de inlichtingenverplichting een zogeheten data room moet inrichten. Het gaat hierbij evenwel om nalevingskosten die zich slechts zeer incidenteel zouden kunnen voordoen en die zich vanwege de afhankelijkheid van het concrete geval moeilijk op voorhand laten becijferen.

ARTIKELSGEWIJZE TOELICHTING

ARTIKEL I (WET OP HET FINANCIËEL TOEZICHT)

A

De wijziging van artikel 1:104, eerste lid, onderdeel g, voorziet erin dat ook een gedwongen overdracht met toepassing van het overdrachtsinstrumentarium een grond biedt voor de discretionaire bevoegdheid van DNB om de vergunning van een probleeminstelling in te trekken. DNB kan de vergunning intrekken vanaf het tijdstip waarop zij de mededeling, bedoeld in artikel 3:159d, eerste lid, heeft gedaan. DNB kan dit doen terstond na de mededeling, desgewenst in dezelfde kennisgeving als die waarin de mededeling wordt gedaan.

B

Met de toevoeging van artikel 1:104a is geregeld dat ook de overdrager wordt aangemerkt als vergunninghoudende financiële onderneming. De vergunning die hij heeft is dezelfde vergunning als die welke is gegeven aan de onderneming ten aanzien waarvan toepassing is gegeven aan de Afdeling 3.5.4A.

C

Artikel 3:159a

Het begrip 'aandeel' is gedefinieerd als een effect als bedoeld in onderdeel a van de definitie van effect in artikel 1:1, omdat dit naast verhandelbare aandelen ook andere daarmee gelijk te stellen verhandelbare waardebewijzen of rechten omvat, zoals bijvoorbeeld verhandelbare effecten in een personenvennootschap. Het is namelijk niet uit te sluiten dat een probleeminstelling een andere ondernemingsvorm dan een naamloze of besloten vennootschap heeft.

Het begrip 'deposito-overeenkomst' is opgenomen omdat het de gehele overeenkomst, niet slechts het deposito is dat wordt overgedragen. Zie in dit verband ook artikel 159 van Boek 6 BW.

Het begrip 'deposito' is gedefinieerd in artikel 1:1 als een tegoed dat wordt gevormd door op een rekening staande gelden of dat tijdelijk uit normale banktransacties voortvloeit, en dat een bank onder de toepasselijke wettelijke en contractuele voorwaarden dient terug te betalen, alsmede schulden belichaamd in door een bank uitgegeven schuldbewijzen, met uitzondering van obligaties die voldoen aan artikel 22, vierde lid, van de richtlijn beleggingstinstellingen. In de nieuwe afdeling 3.5.4A komt het begrip "gegarandeerd deposito" voor. Een gegarandeerd deposito is een deposito voor zover dit voor vergoeding in aanmerking komt. De woorden 'voor zover' zijn opgenomen omdat er ook deposito's zijn die niet zijn gegarandeerd. Er zijn twee categorieën deposito's die niet gegarandeerd zijn: (i) deposito's die op zich wel onder de definitie van 'deposito' vallen, maar die van de dekking van het depositogarantiestelsel worden uitgesloten; deze deposito's worden genoemd in Bijlage A van het Besluit bijzondere prudentiële maatregelen, beleggerscompensatie en depositogarantie Wft en (ii) deposito's die naar hun aard wel onder het depositogarantiestelsel vallen, voor zover zij groter dan €100.000 zijn: het be-

drag dat €100.000 te boven gaat is niet gegarandeerd. Het is mogelijk dat de gehele schuld, inclusief het gedeelte dat niet onder het Nederlandse depositogarantiestelsel valt, wordt overgedragen, maar het door DNB beschikbaar gestelde bedrag kan niet groter zijn dan het bedrag dat voor vergoeding op grond van het Nederlandse depositogarantiestelsel in aanmerking komt. Wenst de overnemende derde slechts het gedeelte dat onder het Nederlandse depositogarantiestelsel valt over te nemen, dan worden de deposito-overeenkomsten tot dat bedrag overgenomen en blijft het restant achter bij de probleebank.

Het begrip "groep" is opgenomen voor enkele bepalingen in het wetsvoorstel die ook van toepassing zijn op groepsmaatschappijen van de probleeminstelling. Bij de bepaling van de definitie is aangesloten bij artikel 3:289.

Een overbruggingsinstelling is een instelling die is opgericht door of vanwege de Staat der Nederlanden of DNB. Zij treedt op als overnemer. Het doel is dat zij slechts tijdelijk de deposito-overeenkomsten, activa/passiva of aandelen heeft, totdat zij deze weer op haar beurt overdraagt aan een derde, private partij. Zie ook paragraaf 2.8 van het algemene gedeelte van de toelichting.

Het begrip 'overnemer' is gedefinieerd als degene die deposito-overeenkomsten, activa of passiva, anders dan uit hoofde van deposito-overeenkomsten, onderscheidenlijk door de probleeminstelling uitgegeven aandelen overneemt, degene die bereid is zulks te doen en degene die onderzoekt of hij daartoe bereid is. De woorden 'degene die bereid is zulks te doen en degene die onderzoekt of hij daartoe bereid is' zijn opgenomen om in de volgende artikelen enige bondigheid te kunnen betrachten. Voor de goede orde wordt opgemerkt dat het begrip 'overnemer' ook voorkomt in bepalingen waarin de fase waarin de 'overnemer' de overname nog slechts overweegt, reeds voorbij is. Een voorbeeld daarvan is artikel 3:159ae, tweede lid, waarin is bepaald dat de overnemer de koopprijs voldoet. Het spreekt voor zich dat het begrip 'overnemer' in een dergelijke bepaling niet mede betrekking heeft op degene die bereid is over te nemen of degene onderzoekt of hij daartoe bereid is; anders zou degene die slechts onderzoekt of hij bereid is over te nemen, reeds verplicht zijn de koopprijs te betalen. Hetzelfde geldt voor het opnemen van de definitie van 'probleeminstelling'.

Artikel 3:159b

Artikel 3:159b bepaalt dat de afdeling van toepassing is op een bank of verzekeraar met zetel in Nederland, ongeacht het recht dat van toepassing is op de onderneming. Dat de afdeling van toepassing is op de genoemde financiële ondernemingen met zetel in Nederland vloeit reeds voort uit de systematiek van de Wft; de desbetreffende zinsnede is eerder bedoeld als opmaat voor het slot van de zin, namelijk "ongeacht het recht dat van toepassing is". Er moet vanuit worden gegaan dat niet alle in het thans voorliggende wetsvoorstel genoemde maatregelen vallen onder de EU-richtlijnen sanering en liquidatie²⁰. Zie hierover ook het algemene gedeelte van de toelichting.

²⁰ Richtlijn nr. 2001/17/EG van het Europees Parlement en de Europese Raad van 19 maart 2001 betreffende de sanering en liquidatie van verzekeringsondernemingen, PbEG L 110; Richtlijn nr. 2001/24/EG van het Europees Parlement en de Europese Raad van 4 april betreffende de sanering en liquidatie van kredietinstellingen, PbEG L 125.

Artikel 3:159c

Het eerste lid bepaalt dat DNB een overdrachtsplan kan voorbereiden. Zie ook het algemeen deel van deze memorie van toelichting ter zake de motivering voor het gekozen criterium. In aanvulling daarop wordt hier opgemerkt dat met de zinsnede 'liquiditeit onderscheidenlijk technische voorzieningen' is beoogd rekening te houden met de omstandigheid dat het liquiditeitsvoorschrift in artikel 3:63 niet geldt voor verzekeraars en dat het voorschrift betreffende technische voorzieningen in artikel 3:67 niet geldt voor banken. Ook nu reeds staat niets eraan in de weg dat DNB achter de schermen het initiatief neemt tot een overdracht en deze regisseert. In het verleden heeft DNB dat ook gedaan en onbetwist is dat DNB de bevoegdheid daartoe had. Het eerste lid moet mede worden gezien als een opmaat voor het tweede lid en artikel 3:159d, tweede lid, en als de bepaling waarnaar in de artikelen 3:159j, eerste lid, en 3:162 wordt verwezen als grond voor het uitspreken van de overdrachtsregeling onderscheidenlijk de noodregeling.

Voor de goede orde wordt opgemerkt dat het niet zo is dat summierlijk moet blijken dat er tekenen van een gevaarlijke ontwikkelingen met betrekking tot het eigen vermogen, én de solvabiliteit, én de liquiditeit onderscheidenlijk de technische voorzieningen zijn. Ook indien er slechts sprake is van problemen met betrekking tot bijvoorbeeld de liquiditeit, maar niet met betrekking tot de solvabiliteit, kan de overdrachtsregeling worden uitgesproken.

Ten overvloede wordt ten slotte opgemerkt dat in het eerste lid bewust is afgezien van het noemen van een oorzaak van de gevaarlijke ontwikkelingen. Het is irrelevant waardoor de gevaarlijke ontwikkeling is veroorzaakt. Die oorzaak kan bijvoorbeeld gelegen zijn in de bedrijfsuitoefening of het niet voldoen aan andere bepalingen van de Wft, maar kan evengoed gelegen zijn in bijvoorbeeld een plotse linge crisis in een land waarmee de probleeminstelling banden heeft.

In het tweede lid is bepaald welke soorten overdrachtsplannen er zijn. Met betrekking tot banken heeft de eerste genoemde betrekking op deposito-overeenkomsten. Deze kan uit de aard der zaak slechts aan de orde komen met betrekking tot banken. De tweede soort heeft betrekking op activa of passiva, anders dan uit hoofde van deposito-overeenkomsten. Met betrekking tot verzekeraars wordt de overdracht van activa of passiva genoemd. De als laatst genoemde soort overdrachtsplan heeft betrekking op door de probleeminstelling uitgegeven aandelen. De overdracht van door de probleeminstelling uitgegeven aandelen is mogelijk ten aanzien van een bank en elk type verzekeraar. De verschillende soorten overdrachten kunnen worden gecombineerd. Korthedshalve zal hierna steeds worden gesproken van overdracht van deposito-overeenkomsten, de overdracht van activa of passiva anders dan uit hoofde van deposito-overeenkomsten en overdracht van aandelen.

Het besluit tot het voorbereiden van een overdrachtsplan kan worden gezien als een voorbereidingshandeling van een privaatrechtelijke rechtshandeling. Hetzelfde geldt overigens voor het aanvragen door DNB van de noodregeling, het faillissement en de overdrachtsregeling. Dit heeft als gevolg dat op grond van artikel 8:3 Awb geen beroep en dus ook geen bezwaar kan worden ingesteld tegen de voorbereiding van een overdrachtsplan.

Artikel 3:159d

In het eerste lid is bepaald dat, indien DNB een overdrachtsplan voorbereidt, zij de optie heeft dit aan de probleeminstelling mee te delen. Er is niet voor gekozen te bepalen dat DNB altijd de voorbereiding dient mede te delen. De omstandigheden van het geval kunnen met zich brengen dat het niet opportuun is dat DNB dat mededeelt. De voorbereiding van andere toezichtsmaatregelen of de voorbereiding van het verzoek om toepassing van de noodregeling of het uitspreken van het faillissement behoeven evenmin te worden medegedeeld. Het eerste lid moet worden gezien als een opmaat voor het tweede lid, artikel 3:159e en artikel 3:159g.

In het tweede lid is bepaald dat DNB na het doen van de mededeling dat zij een overdrachtsplan voorbereidt, de probleeminstelling kan verplichten gegevens of inlichtingen te verschaffen aan door DNB met name genoemde derden, en dat zij de probleeminstelling kan verplichten toe te staan dat door haar met name genoemde derden de plaatsen van de probleeminstelling betreden. Zonder een dergelijke bepaling zou mogelijkerwijs twijfel kunnen rijzen omtrent de vraag of een dergelijke maatregel valt onder het geven van een aanwijzing als bedoeld in artikel 1:75. Het tweede lid is opgenomen om buiten twijfel te stellen dat DNB bedoelde bevoegdheid heeft. De overnemer zal willen weten wat hij overneemt. Daarom is het wenselijk een regeling op te nemen op grond waarvan hij over de gegevens beschikt op grond waarvan hij kan besluiten of hij tot overname overgaat.

Degenen aan wie de probleeminstelling verplicht kan worden gegevens en inlichtingen te verschaffen zijn in de eerste plaats de overnemer en deskundigen die de overnemer bijstaan. De overnemer zal willen weten wat hij overneemt en zich een beeld willen vormen van de waarde daarvan. Voorts kan de probleeminstelling worden verplicht gegevens en inlichtingen te verschaffen aan degene die DNB voornemens is voor te dragen voor de benoeming van overdrager, bewindvoerder of curator. Indien deze persoon inderdaad wordt benoemd door de rechtbank, heeft hij zich al kunnen inwerken in de situatie met betrekking tot de probleebank en het overdrachtsplan. Overigens spreekt het voor zich dat de rechtbank niet gebonden is aan de voordracht. In de derde plaats kan de probleeminstelling worden verplicht gegevens of inlichtingen te verschaffen aan deskundigen die DNB bijstaan.

In het tweede lid, aanhef en onderdeel c, is bepaald dat DNB na de mededeling dat zij een overdrachtsplan voorbereidt, een curator als bedoeld in artikel 1:76 kan benoemen. Deze curator wordt in de wandelgangen wel "stille curator" genoemd, en dient niet te worden verward met de curator die in faillissement wordt benoemd. Ook indien zich niet een situatie als bedoeld in artikel 1:76, tweede of vierde lid, voordoet, kan een stille curator worden benoemd. De terzijdeschuiving van artikel 1:76, tweede lid, komt erop neer dat, indien DNB heeft meegedeeld dat zij een overdrachtsplan voorbereidt, voor de benoeming van een stille curator niet nodig is dat de probleeminstelling niet of niet volledig aan een aanwijzing gevolg heeft gegeven, noch dat een overtreding van hetgeen ingevolge de Wft is bepaald een adequate functionering van de probleeminstelling ernstig in gevaar heeft gebracht, en evenmin dat een dergelijke overtreding de belangen van consumenten ernstig in gevaar brengt. Met betrekking tot de ecartering van artikel 1:76, vierde lid, wordt het volgende opgemerkt. Op grond van artikel 1:76, derde lid, kan een stille curator worden benoemd indien DNB "tekenen ontwaart van een ontwikkeling die het eigen vermogen, de solvabiliteit of de liquiditeit in gevaar kunnen brengen", maar slechts indien, op grond van artikel 1:76, vierde lid, de financiële onderneming niet of niet volledig binnen de gestelde termijn aan een aanwijzing gevolg heeft gege-

ven, of indien onverwijld ingrijpen noodzakelijk is en de financiële onderneming in de gelegenheid is gesteld haar zienswijze naar voren te brengen. Voor de regel in artikel 1:76 dat DNB een stille curator kan benoemen komt artikel 3:159d, tweede lid, onderdeel c, in de plaats, in geval DNB heeft meegedeeld dat zij een overdrachtsplan voorbereidt. Het terzijde schuiven van artikel 1:76, vierde lid, komt erop neer dat, wanneer DNB eenmaal heeft meegedeeld dat zij een overdrachtsplan voorbereidt, zij ook dan een stille curator kan benoemen indien er geen sprake van is dat de probleeminstelling niet of niet volledig binnen de gestelde termijn aan een aanwijzing gevolg heeft gegeven, of indien er geen sprake van is dat onverwijld ingrijpen noodzakelijk is; in dat laatste geval behoeft de probleeminstelling dus ook niet in de gelegenheid te worden gesteld haar zienswijze naar voren te brengen. DNB kan slechts dan een overdrachtsplan voorbereiden indien zij van oordeel is dat de situatie, bedoeld in artikel 3:159c, zich voordoet. Een en ander komt erop neer dat DNB een stille curator kan benoemen indien die bedoelde situatie zich voordoet.

Aan het slot van het tweede lid is bepaald dat de artikelen 5:15 en 5:20 Awb van overeenkomstige toepassing zijn op de personen, bedoeld in onderdeel a, dus op de personen aan wie gegevens en inlichtingen moet worden verschaft en elke plaats met uitzondering van de woning van de probleeminstelling kunnen betreden. In deze artikelen is bepaald dat deze personen van hun bevoegdheden slechts gebruik maken voor zover dat redelijkerwijs voor de invulling van hun taak nodig is, en dat, kort gezegd, zij medewerking verlenen die redelijkerwijs kan worden gevorderd, alsmede dat zij verplicht zijn tot geheimhouding. Het is niet nodig dit hier tevens voor de stille curator te bepalen. Op hem zijn de bestaande bepalingen in de Wft van toepassing en het maakt daarvoor geen verschil of hij wordt benoemd voordat DNB heeft meegedeeld een overdrachtsplan voor te bereiden, dan wel daarna.

Ook tegen deze maatregelen staan geen bezwaar en beroep open, en de probleeminstelling kan hiertegen opkomen in het kader van het verzoek om toepassing van de overdrachtsregeling, het verzoek om toepassing van de noodregeling of het faillissementsverzoek. De opdracht om gegevens aan een toezichthouder te geven is volgens de jurisprudentie een feitelijke handeling, waartegen geen beroep of bezwaar openstaat. De opdrachten, bedoeld in artikel 3:159d, tweede lid, worden ook uitgesloten van administratief bezwaar en beroep voor zover zij beschikkingen zijn. Dat maakt voor de mogelijkheid om op te komen in kort geding geen verschil. Dat geen bezwaar en beroep openstaan, is geregeld in de Awb. De zinsnede 'met uitzondering van een woning' is opgenomen teneinde rekening te houden met de situatie waarin een bank of verzekeraar kantoor aan huis houdt. Dat komt weinig voor. De term 'woning' is overgenomen uit artikel 5:15 Awb.

In het derde tot en met het zevende lid is de geheimhouding geregeld. Derden mogen van de gegevens of inlichtingen die zij ontvangen niet anders gebruik maken dan voor de overdracht wordt geëist. Zij mogen aan de gegevens in het geheel geen bekendheid geven. Ook de probleeminstelling mag aan deze vertrouwelijke gegevens geen bekendheid geven anders dan voor de overdracht wordt geëist. Dat zou immers de voorbereiding van het overdrachtsplan kunnen verstoren. Om diezelfde reden worden de in het tweede lid bedoelde derden uitgesloten van bij of krachtens de wet geldende verplichtingen tot openbaarmaking van deze gegevens.

In het achtste lid is de situatie geregeld waarin DNB wel mededeling heeft gedaan van de voorbereiding van het overdrachtsplan, maar uiteindelijk de rechtbank niet verzoekt de overdrachtsregeling, de noodregeling of het faillissement uit te spreken. Zonder het achtste lid zou DNB in een dergelijk geval tot in lengte van dagen

de in het tweede lid genoemde bevoegdheden kunnen uitoefenen en zou de probleeminstelling eindeloos lang de in het tweede lid genoemde verplichtingen hebben. Ook zouden de consequenties voor de in het tweede lid genoemde personen tot in lengte van dagen voortduren. Daarom is bepaald dat de juridische consequenties van de mededeling na twee maanden vervallen, tenzij DNB opnieuw mededeelt dat zij een overdrachtsplan voorbereidt. Tevens vervallen de consequenties op het tijdstip dat de rechtbank de overdrachtsregeling, de noodregeling of het faillissement uitspreekt. Ten overvloede wordt opgemerkt dat in dat geval de medewerkingsverplichting van de artikelen 3:159ad, derde lid, en 3:175, derde lid, voor de overdrachtsregeling onderscheidenlijk de noodregeling gelden, terwijl met betrekking tot het faillissement geldt dat de medewerkingsverplichting voortvloeit uit de Fw.

Met betrekking tot de stille curator merken we het volgende op. Artikel 1:76, vijfde lid, bevat een regeling van de duur van de benoeming van een stille curator die heeft plaats gevonden op grond van eerste lid van dat artikel: de benoeming is voor ten hoogste twee jaren, met de mogelijkheid de benoeming steeds voor ten hoogste een jaar te verlengen. Die regeling blijft van kracht voor benoemingen die plaatsvinden op grond van dat artikel. Voor de benoeming van een stille curator die plaatsvindt nadat DNB mededeling heeft gedaan van de voorbereiding van een overdrachtsplan, geldt artikel 3:159d, achtste lid. De benoeming vervalt twee maanden na de mededeling, ook in geval de benoeming plaatsvindt na de mededeling, tenzij de Nederlandsche Bank aan de probleeminstelling opnieuw mededeelt dat zij een overdrachtsplan voorbereidt, of zoveel eerder als de rechtbank de overdrachtsregeling, de noodregeling of het faillissement heeft uitgesproken.

Terzijde merken we op dat in artikel 1:76 niet is geregeld dat de benoeming van de stille curator die op grond van dat artikel is benoemd, eindigt door de noodregeling of het faillissement. Dit hoeft niet apart te worden bepaald; het vloeit voort uit het systeem van de wet. In de praktijk heeft het ontbreken van een dergelijke bepaling niet tot problemen geleid. Dat het wel is geregeld in het kader van artikel 3:159d, vloeit voort uit de omstandigheid dat in dat artikel een algehele regeling is opgenomen betreffende het einde van de consequenties van de mededeling van de voorbereiding van een overdrachtsplan.

In het negende lid is bepaald dat wanneer DNB een overdrachtsplan voorbereidt, zij de AFM en de raad van bestuur van de NMa hiervan in kennis stelt. De raad van bestuur van de NMa wordt in kennis gesteld vanwege de bevoegdheden van de NMa in het kader van het concentratietoezicht (de 'fusietoets') op basis van de Mededingingswet. Zie voor de toelichting op het negende lid verder de toelichting op artikel 6:3.

In het tiende lid is bepaald dat DNB eigener beweging of desgevraagd vertrouwelijke gegevens of inlichtingen aan Onze Minister verstrekt, indien dit met het oog op toepassing van artikel 3:159u, tweede lid, nodig is. In dat artikel is geregeld dat een verzoek tot goedkeuring van een aandelenoverdracht moet worden gedaan in overeenstemming met Onze Minister. Het tiende lid bewerkstelligt dat de minister over de gegevens en inlichtingen kan beschikken, die hij nodig heeft om een adequate afweging te maken.

Artikel 3:159e

In artikel 3:159e is bepaald dat na de mededeling van DNB de probleeminstelling, de organen en de vertegenwoordigers medewerking verlenen aan de voorbereiding van het overdrachtsplan. Voorts is bepaald dat elke persoon die deel uitmaakt van een orgaan van de probleeminstelling hoofdelijk aansprakelijk is tegenover de probleeminstelling voor schade ten gevolge van handelingen die zijn verricht in strijd met de medewerkingsverplichting, tenzij het verrichten van deze handelingen niet aan hem is te verwijten en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden. Met deze bepaling is aangesloten bij het bestaande artikel 1:76, zesde lid, bijvoorbeeld voor wat betreft de zinsneden 'organen en de vertegenwoordigers', en 'medewerking' als ook de regeling betreffende de hoofdelijke aansprakelijkheid.

Artikel 3:159f

In artikel 3:159e, eerste lid, onderdeel a, is bepaald dat de organen en de vertegenwoordigers van de probleeminstelling medewerking verlenen aan de voorbereiding van het overdrachtsplan. In onderdeel b van dat artikel is bepaald dat, kort gezegd, elke persoon die deel uitmaakt van het orgaan van de probleeminstelling dat in strijd met onderdeel a handelde hoofdelijk aansprakelijk is voor de schade die voortvloeit uit het niet voldoen aan die medewerkingsverplichting. Voorstelbaar is dat desondanks de probleeminstelling onvoldoende meewerkt. Voor dat geval is artikel 3:159f geschreven. Artikel 3:159f verleent DNB de bevoegdheid om de bevoegdheden van de curator, bedoeld in artikel 1:76, eerste lid, uit te breiden. Zoals eerder opgemerkt, wordt deze curator in de praktijk wel "stille curator" genoemd, en dient niet te worden verward met de curator die in faillissement wordt benoemd. Het is mogelijk dat DNB reeds in een eerder stadium een stille curator heeft benoemd. In dat geval heeft het besluit van DNB tot gevolg dat de bevoegdheden van de reeds benoemde curator worden uitgebreid. Het is ook mogelijk dat DNB nog niet eerder een stille curator heeft benoemd en eerst dan tot de benoeming van een stille curator wenst over te gaan met de uitgebreide bevoegdheden indien zij van oordeel is dat de organen of vertegenwoordigers van de probleeminstelling onvoldoende medewerking verlenen aan de probleeminstelling. In dat geval benoemt zij een stille curator die vanaf het tijdstip van de benoeming de uitgebreide bevoegdheden heeft. Zie ook de toelichting op artikel 3:159d, tweede lid.

De uitbreiding van de bevoegdheden bestaat hierin, dat de stille curator de organen of vertegenwoordigers van probleeminstelling kan verplichten tot het verrichten van een handeling dan wel juist tot het nalaten daarvan. Dat gaat verder dan artikel 1:76. Op grond van artikel 1:76, vijfde lid, laatste volzin, mogen de desbetreffende organen of vertegenwoordigers hun bevoegdheden slechts uitoefenen na goedkeuring door de stille curator, en op grond van het zesde lid van dat artikel hebben de organen en vertegenwoordigers slechts een algemene medewerkingsverplichting. Strikt genomen dient de stille curator dus af te wachten hoe de desbetreffende organen of vertegenwoordigers hun bevoegdheden wensen uit te oefenen, en heeft hij slechts dan een rol nadat hij wordt verzocht om goedkeuring door de organen en vertegenwoordigers. Tegen een beslissing van DNB dat de stille curator de probleeminstelling kan verplichten tot het verrichten of nalaten van door de curator te bepalen handelingen, kan de probleeminstelling opkomen, niet met bezwaar en beroep, maar wel in het kader van de behandeling van het verzoek om goedkeuring van het overdrachtsplan. In het tweede lid, onderdeel c, is bepaald dat DNB kan besluiten dat de curator niet langer de probleeminstelling kan verplichten

tot het verrichten of nalaten van door de curator te bepalen handelingen. DNB kan dit te allen tijde doen; in het tweede lid, onderdeel c, ontbreken de woorden 'te allen tijde' omdat deze in een wettekst geen toegevoegde waarde hebben.

Overwogen is te bepalen wat rechtens geldt indien een door een stille curator opgelegde verplichting in strijd zou komen met een aanwijzing van DNB. Hiervan is afgezien omdat de kans dat dat zich in de praktijk voordoet, zeer gering is.

Artikel 3:159g

Hierboven is reeds opgemerkt dat geen bezwaar en beroep openstaan tegen beslissingen die worden genomen in het kader van het voorbereiden van een overdrachtsplan. Het betreft een aanwijzing die is gegeven nadat DNB heeft medegegeeld dat zij een overdrachtsplan voorbereidt en het opleggen van de verplichtingen om gegevens aan derden over te leggen en toe te staan dat derden de plaats van de probleeminstelling betreden. Daarvoor in de plaats komt de toets door de burgerlijke rechter in het kader van de beoordeling van het verzoek om toepassing van de overdrachtsregeling, het verzoek om toepassing van de noodregeling of het faillissementsverzoek, indien de probleeminstelling opkomt tegen een dergelijke beslissing. Een en ander sluit niet uit dat tegen de beslissing kan worden opgekomen bij de burgerlijke rechter door de probleeminstelling. Dat geldt ook voor andere handelingen van DNB; zo is voorstelbaar dat de probleeminstelling wenst aan te voeren dat DNB een onrechtmatige daad heeft gepleegd. Doorgaans zal het opkomen tegen een handeling van DNB gebeuren in kort geding, waarbij het geen verschil maakt of het gaat om het opkomen tegen een aanwijzing of verplichting dan wel tegen een andere handeling van DNB. Een dergelijk kort geding dient plaats te vinden op een terechtzitting die niet openbaar is. Met de gehele regeling wordt immers beoogd dat DNB achter de schermen opereert. Dat geldt in het bijzonder ten aanzien van een bank: zou het optreden van DNB bij het grote publiek bekend worden, dan ontstaat de grote kans dat depositohouders massaal hun tegoeden opvragen. De regeling beoogt dat te voorkomen.

Het is niet waarschijnlijk dat tegen de aanwijzing en het opleggen van de verplichtingen zal worden opgekomen in een bodemprocedure. Toch heeft artikel 3:159g ook daarop betrekking. Het artikel is zo geformuleerd dat het ook geldt voor gedingen die door DNB worden geëntameerd. Voor de goede orde wordt opgemerkt dat artikel 3:159g geen betrekking heeft op de behandeling van het verzoek om goedkeuring van het overdrachtsplan en het uitspreken van de overdrachtsregeling; daarvoor worden de artikelen 3:159v tot en met 3:159z voorgesteld. Artikel 3:159g heeft betrekking op gedingen voor de burgerlijke rechter die betrekking hebben op handelingen in het kader van de voorbereiding van het overdrachtsplan.

Artikel 3:159h

In artikel 3:159h is bepaald dat DNB een bedrag voor de overdracht van deposito-overeenkomsten ter beschikking kan stellen aan de overnemer. Dit bedrag kan niet hoger zijn dan het bedrag dat DNB zou moeten uitkeren indien zij het depositogarantiestelsel met betrekking tot de probleeminstelling in werking had gesteld. Dit volgt uit het tweede lid, in samenhang met de definitie van 'gegarandeerd deposito' in artikel 3:159a, aanhef en onderdeel b. Daar wordt onder 'gegarandeerd deposito' verstaan een deposito voor zover deze voor voldoening onder het depositogarantiestelsel in aanmerking komt.

Artikel 3:159i

Artikel 3:159i bepaalt wat in ieder geval in het overdrachtsplan met betrekking tot deposito-overeenkomsten moet worden opgenomen. In de eerste plaats is dat wat wordt overgenomen, met andere woorden, de deposito-overeenkomsten. In de tweede plaats is dat de overnemer. Deze moet met naam worden genoemd. In de derde plaats moet de prijs die overnemer bereid is te betalen dan wel de wijze waarop de prijs die de overnemer bereid is te betalen wordt vastgesteld, worden genoemd. De prijs kan zowel de totale prijs van alle over te nemen deposito-overeenkomsten zijn, als de prijs die de overnemer bereid is te betalen per over te nemen deposito-overeenkomst. Dit is bepaald in het tweede lid. In de praktijk kan behoefte bestaan aan de mogelijkheid om niet de totale prijs te noemen maar de prijs per over te nemen deposito-overeenkomst wanneer het aantal over te dragen deposito-overeenkomsten nog niet exact bekend is, omdat nog niet precies bekend is welke deposito's onder het depositogarantiestelsel vallen. Tot slot moet ook het bedrag dat DNB beschikbaar stelt worden genoemd. Het overdrachtsplan kan voorzien in een overname door de goedkeuring van het overdrachtsplan, een toekomstige overname door middel van goedkeuring van een aangepast overdrachtsplan of een andere wijze van overname.

Artikel 3:159j

Voorstelbaar is dat de overnemer wenst te bedingen dat in het overdrachtsplan voorwaarden worden gesteld die niet in het belang van de depositohouders zijn. Er is niet voor gekozen een lijst van voorwaarden op te nemen die niet in het belang van de depositohouders zijn, noch die vermoed worden niet in het belang van de depositohouders te zijn. Voorstelbaar is dat de overnemer minder filialen heeft dan de probleeminstelling, bijvoorbeeld in landelijke gebieden. Een dergelijke omstandigheid is niet in strijd met het eerste lid. Volstaan is met het opnemen van de bepaling dat bij het opstellen van het overdrachtsplan rekening wordt gehouden met de belangen van de depositohouders. In het overdrachtsplan met betrekking tot deposito-overeenkomsten kan niet de voorwaarde worden opgenomen dat depositohouders gedurende een langere periode dan strikt noodzakelijk is voor de voltooiing van de overdracht niet over hun deposito kunnen beschikken. In het tweede lid is bepaald dat de depositohouders zo snel mogelijk na de overdracht over hun deposito kunnen beschikken, onder de toepasselijke wettelijke en contractuele voorwaarden. De zinsnede 'onder de toepasselijke wettelijke en contractuele voorwaarden' is opgenomen om tot uitdrukking te brengen dat in geval deposito's niet of slechts onder bepaalde voorwaarden terstond opeisbaar zijn, deze voorwaarden ook na de overdracht gelden. Is er bijvoorbeeld sprake van een termijndeposito, dus een deposito dat niet terstond opvraagbaar is, dan heeft het tweede lid niet tot gevolg dat na de overdracht de depositohouder het deposito wel terstond kan opvragen. De zinsnede is overgenomen uit de definitie van 'deposito' in artikel 1:1.

Het derde lid geeft de mogelijkheid de voorwaarden die van toepassing zijn op de over te dragen deposito-overeenkomsten te wijzigen, wanneer aannemelijk is dat de overnemer alleen dan bereid is de deposito-overeenkomsten over te nemen indien de overnemer daarop dezelfde voorwaarden kan toepassen als de voorwaarden die hij toepast op de deposito's die reeds bij hem worden aangehouden. Daarvan zou bijvoorbeeld sprake kunnen zijn als de over te dragen deposito-overeenkomsten een bovengemiddeld hoge rente kennen. Het staat de depositohouders uiteraard vrij om direct na de overdracht van de deposito-overeenkomsten

een deposito bij een andere bank dan de overnemer te openen en het op het overgenomen deposito staande bedrag daarheen over te maken, tenzij dat op grond van de voorwaarden die golden tussen de probleeminstelling en de depositohouder niet mogelijk is, zoals het geval kan zijn bij termijndeposito's. Met betrekking tot het laatste voorbeeld merken we voor de goede orde op dat het alternatief is dat de deposito's niet worden overgenomen, en dat de houder van een dergelijk deposito een vergoeding ontvangt van DNB ingevolge het depositogarantiestelsel; in dat scenario behoudt de betrokkene evenmin zijn termijndeposito bij de probleeminstelling.

Ingeval de voorwaarden worden gewijzigd ingevolge het derde lid, worden de gewijzigde voorwaarden toegepast met ingang van het tijdstip waarop de deposito-overeenkomsten worden overgedragen. Op grond van artikel 3:159l, eerste lid, gaan de in het overdrachtsplan genoemde deposito-overeenkomsten, tenzij anders is bepaald in het overdrachtsplan, over op de overnemer door de goedkeuring van het overdrachtsplan door de rechtbank.

Artikel 3:159k

Artikel 3:159k bepaalt dat wanneer DNB een bedrag beschikbaar stelt voor het overnemen van deposito-overeenkomsten, DNB het in het overdrachtsplan opgenomen bedrag zo spoedig mogelijk na de goedkeuring van het overdrachtsplan aan de overnemer voldoet.

Tussen het tijdstip dat het totale bedrag aan gegarandeerde deposito's in het door de rechtbank goedgekeurde overdrachtsplan is opgenomen en het tijdstip van de daadwerkelijke overdracht zullen mutaties in de bedragen plaatsvinden. Depositohouders zullen dagelijkse betalingen verrichten en er zullen bedragen worden gestort. Het totale bedrag aan gegarandeerde deposito's dat in het overdrachtsplan is opgenomen zal daarom enigszins afwijken van het totale bedrag aan deposito's dat daadwerkelijk wordt overgedragen. Het tweede lid voorziet erin dat DNB uiteindelijk het juiste bedrag voldoet, hetzij doordat zij hetgeen te weinig is betaald alsnog betaalt, hetzij doordat de overnemer hetgeen te veel is betaald restitueert aan DNB.

In het derde lid is bepaald dat DNB ter grootte van dat bedrag een vordering heeft op de probleeminstelling. Teneinde misverstanden te voorkomen is bepaald dat DNB na het uitspreken van de noodregeling of het faillissement voor deze vordering als concurrent schuldeiser kan opkomen. Voor de goede orde merken wij op dat de terminologie in artikel 3:261, derde lid, hier niet kan worden overgenomen. In artikel 3:261, derde lid, is bepaald dat DNB in de rechten treedt van de depositohouder ter zake van een vordering die de depositohouder op de betalingsonmachtige financiële onderneming heeft voor zover zij een vergoeding aan de depositohouder heeft betaald. DNB heeft niet aan de depositohouder betaald, maar aan de overnemende derde. De depositohouder heeft niet langer een vordering op de probleeminstelling maar op de overnemende derde.

Artikel 3:159l

Het eerste lid bevat de algemene regeling voor de wijze van overgang van de rechten en verplichtingen die voortvloeien uit de deposito-overeenkomsten. In het voorstel is gekozen voor een regeling die met zich brengt dat de deposito-overeenkomsten waarop het overdrachtsplan betrekking heeft, snel en eenvoudig

kunnen overgaan op de overnemer, zonder dat toestemming of medewerking van derden nodig is en zonder dat per actief of passief afzonderlijk de voor levering of contractsoverdracht benodigde formaliteiten behoeven te worden vervuld. Medewerking van elke individuele depositohouder zou in de situatie waarop het wetsvoorstel betrekking heeft ondoenlijk zijn. Het zou te veel tijd vergen. Bovendien zou de situatie waarin een deel van de depositohouders wel toestemming geeft en een ander deel niet, onpraktisch zijn. De goedkeuring door de rechtbank van het overdrachtsplan komt in de plaats van de medewerking van de desbetreffende depositohouders. Daarmee wordt gewaarborgd dat de belangen van de depositohouders geen geweld wordt aangedaan. De overgang van de betreffende deposito-overeenkomsten vindt van rechtswege plaats door de goedkeuring door de rechtbank van het overdrachtsplan, tenzij in het overdrachtsplan anders is bepaald. Deze overgang vindt plaats onder algemene titel. Artikel 80 van Boek 3 BW zal daartoe worden aangevuld (zie artikel III onder A). Inschrijving van registergoederen kan geschieden op de voet van artikel 3:17 BW.

Ingeval activa zijn bezwaard met zakelijke rechten, gaan deze mee over; dat is eigen aan de aard van zakelijke rechten. Indien de overnemer niet bereid is bezwaarde activa over te nemen, zal daarvoor een regeling moeten worden getroffen.

De voorgestelde regeling van een overgang van rechtswege doet recht aan de grote tijdsdruk waaronder de overname dient te geschieden en aan het vertrouwelijke karakter van de voorbereiding van het overdrachtsplan. Vergelijkbare bepalingen zijn opgenomen in artikel 3:159p en 3:159s, respectievelijk ten aanzien van (i) activa of passiva anders dan uit hoofde van deposito-overeenkomsten en (ii) door de probleeminstelling uitgegeven aandelen.

Omdat is gekozen voor een verkrijging onder algemene titel, is de toestemming of medewerking van de depositohouders niet vereist (vgl. voor overdracht onder bijzondere titel artikel 159, eerste lid, van Boek 6 BW).

In het vierde lid is een antwoord gegeven op de vraag vanaf welk tijdstip de overgang van de deposito-overeenkomsten werkt jegens alle andere betrokkenen dan de probleeminstelling en de overnemer. Dat is in het bijzonder van belang voor de depositohouders. De overdracht werkt jegens die anderen met ingang van de dag waarop de overnemer van de overdracht mededeling in de Staatscourant heeft gedaan. Daarmee is aangesloten bij de regeling in artikel 3:120, zesde lid, inzake de overdracht van de portefeuille van een levensverzekeraar. De overnemer is verplicht die mededeling te doen.

Artikel 3:159m

Artikel 3:159m, eerste lid, is overgenomen uit artikel 3:259, eerste lid, laatste volzin. Zoals hierboven reeds is opgemerkt, is het kabinet doende een algemene maatregel van bestuur voor te bereiden op grond waarvan de financiering van het depositogarantiestelsel ex ante plaatsvindt, en niet langer ex post over de banken wordt omgeslagen nadat een beroep is gedaan op het depositogarantiestelsel. Het ligt in het voornemen deze algemene maatregel van bestuur in werking te laten treden op hetzelfde tijdstip als het tijdstip waarop het thans voorliggende wetsvoorstel in werking treedt, op voorwaarde dat dit wordt aanvaard en tot wet wordt verheven. De overdracht van deposito-overeenkomsten zal op dezelfde wijze worden gefinancierd als de vergoedingen die DNB dient uit te betalen aan de depositohou-

ders op grond van het depositogarantiestelsel: uit het te vormen depositogarantiefonds.

In het tweede lid is bepaald dat bij of krachtens algemene maatregel van bestuur nadere regels kunnen worden gesteld met betrekking tot de financiering, bekostiging en verdeling van baten van de overdracht van deposito-overeenkomsten. Deze bepaling is overgenomen uit artikel 3:259, vierde lid, aanhef en onderdeel b, met dien verstande dat in het tweede lid is bepaald dat nadere regels 'kunnen' worden gesteld, in plaats van 'worden gesteld' *tout court*.

Artikel 3:159n

Artikel 3:159n heeft betrekking op deposito's groter dan €100.000. Zoals hierboven reeds opgemerkt, belet het wetsvoorstel niet dat deze in hun geheel worden overgenomen. Het bedrag dat DNB voor een dergelijke vordering aan de overnemer betaalt, is evenwel €100.000. Dat kan de overnemer aanleiding geven de vordering slechts voor een bedrag van €100.000 over te nemen, en niet voor het gedeelte daarboven. In dat geval heeft de depositohouder voor zijn restantvordering uit het deposito een vordering op de probleeminstelling. Zonder artikel 3:159n had de opvatting kunnen postvatten dat hij voor die restantvordering een beroep zou kunnen doen op het depositogarantiestelsel. Dat is niet de bedoeling. Voor de goede orde wordt opgemerkt dat de regeling aan de depositohouder het voordeel biedt dat hij met een minimale of geen onderbreking zijn deposito kan gebruiken, maar niet noodzakelijkerwijs dat een deposito groter dan €100.000 volledig wordt vergoed. Depositohouders met een deposito groter dan €100.000 lijden slechts dan geen schade wanneer de overnemer het volledige deposito overneemt.

Artikel 3:159o

De artikelen 3:159o en 3:159p hebben betrekking op het overdrachtsplan met betrekking tot activa of passiva anders dan uit hoofde van deposito-overeenkomsten. In het overdrachtsplan dient in ieder geval te worden opgenomen op welke activa of passiva anders dan uit hoofde van deposito-overeenkomsten het betrekking heeft, de met name genoemde overnemer en de prijs die de overnemer bereid is te betalen en de motivering op grond waarvan deze prijs wordt geacht een redelijke prijs te zijn dan wel de wijze waarop de prijs die de overnemer bereid is te betalen wordt vastgesteld, en op grond waarvan deze methode wordt geacht een redelijke methode te zijn (zie hiervoor ook paragraaf 2.4 van het algemeen deel van de toelichting).

Artikel 3:159p

Artikel 3:159p met betrekking tot activa of passiva anders dan uit hoofde van deposito-overeenkomsten is de evenknie van artikel 3:159l met betrekking tot de deposito-overeenkomsten. Zie ook de toelichting op dat artikel. Ook hier vindt de overgang van rechtswege plaats door de goedkeuring van het overdrachtsplan door de rechtbank tenzij in het overdrachtsplan anders is bepaald. De overgang van rechtswege kan slechts plaatsvinden met betrekking tot activa en passiva die door het overdrachtsplan in voldoende mate worden bepaald. Voldoende is in dit verband dat het overdrachtsplan zodanige gegevens bevat dat - eventueel achteraf - aan de hand daarvan kan worden bepaald om welke activa en passiva het gaat. De in het voorstel voorziene mogelijkheid van een overgang van rechtswege laat de normale wijzen van overgang van activa en passiva onverlet. In het bijzonder is

denkbaar dat ten aanzien van bepaalde individuele activa (bijvoorbeeld het bedrijfsspan van de probleeminstelling) wordt gekozen voor een reguliere overdracht of dat ten aanzien van bepaalde individuele overeenkomsten wordt gekozen voor een contractovername. Ook kan het overdrachtsplan voorzien in een gefaseerde overgang, waarbij eerst duidelijk omschreven activa of passiva overgaan en ten aanzien van andere activa of passiva wordt bepaald dat deze later overgaan door individuele levering of aanpassing en goedkeuring daarvan van het overdrachtsplan.

Artikel 3:159q

De aandelenoverdracht kan zo nodig in afwijking van wettelijke of statutaire voorschriften plaatsvinden. Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de vennootschapsrechtelijke bepalingen van Boek 2 BW, maar ook aan een statutaire blokkeringsregeling of andere beschermingsmaatregelen in de statuten van de probleeminstelling. Eveneens kan worden gedacht aan de Wet giraal effectenverkeer. Ook afwijking van de Wft zelf is denkbaar (bijvoorbeeld waar het gaat om de biedingsregels, bedoeld in artikel 5:70 e.v.). Wel is uitdrukkelijk bepaald dat niet kan worden afgeweken van Afdeling 3.5.4a van de Wft om uit te sluiten dat van de waarborgen waarmee de bevoegdheden uit deze afdeling zijn omkleed, zou kunnen worden afgeweken. Ook overigens is de afwijkingsbevoegdheid niet onbegrensd. Het spreekt voor zich dat niet mag worden afgeweken van de Grondwet (Gw) en van een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties (artikel 94 Gw). Verder volgt uit de aard van de afwijkingsbevoegdheid dat er een rechtstreeks verband moet bestaan tussen een aandelenoverdracht en de eventuele afwijking van een wettelijk of statutair voorschrift. De afwijking moet bovendien nodig zijn voor de effectiviteit van de aandelenoverdracht en, evenals de aandelenoverdracht zelf, in een redelijke verhouding staan tot het met de aandelenoverdracht te bereiken doel: de waarborging van de nutsfuncties van banken en verzekeraars.

Artikel 3:159r

In artikel 3:159r is bepaald dat in ieder geval in het aandelenoverdrachtsplan moet zijn opgenomen: (i) de door de probleeminstelling uitgegeven aandelen waarop het overdrachtsplan betrekking heeft; (ii) wie de overnemer is; (iii) de prijs die de overnemer bereid is te betalen en de motivering op grond waarvan de prijs wordt geacht een redelijke prijs te zijn, dan wel de wijze waarop de prijs die de overnemer bereid is te betalen wordt vastgesteld, en op grond waarvan deze methode wordt geacht een redelijke methode te zijn; (iv) de aandeelhouders die meer dan 5% van de door de probleeminstelling uitgegeven aandelen hebben; en (v) of en op welke manier van wettelijke of statutaire bepalingen wordt afgeweken. Dit laatste is opgenomen teneinde de rechtbank een goed inzicht te kunnen geven in de voorgenomen overdracht. Afwijkingen van wettelijke voorschriften en statutaire bepalingen dienen alleen te zijn toegestaan voor zover in het overdrachtsplan bepaald en door de rechter goedgekeurd. Met betrekking tot de prijs en de wijze waarop de prijs wordt vastgesteld zij erop gewezen dat een keuze dient te worden gemaakt: hetzij de prijs, hetzij de vaststellingswijze moet in het overdrachtsplan worden vermeld. Het is niet zo dat zowel de prijs als de vaststellingswijze in het overdrachtsplan dienen te zijn vermeld.

Artikel 3:159s

In dit artikel is bepaald dat de eigendom van de aandelen wordt verkregen door de overnemer door goedkeuring van het overdrachtsplan conform de regeling van de overdracht van deposito-overeenkomsten en die van de overdracht van activa en passiva tenzij anders is bepaald in het overdrachtsplan. Zie ook de toelichting op de artikelen 3:159l en 3:159p.

Artikel 3:159t

Het uitgangspunt van de regeling van het overdrachtsplan is dat een private derde partij als overnemer zal optreden. De regeling in Deel 6 van de Wft voorziet in twee bijzondere bevoegdheden voor de Minister van Financiën met het oog op de stabiliteit van het financiële stelsel. Voor het ingrijpen op grond van Deel 6 geldt een zwaarder criterium voor ingrijpen, namelijk ernstig en onmiddellijk gevaar voor de financiële stabiliteit. Zou in het overdrachtsplan kunnen worden opgenomen dat de overdracht aan de Staat plaatsvindt, dan kan daarmee het zwaardere criterium in Deel 6 van de Wft worden ontweken. Daarom is in het eerste lid bepaald dat de Staat niet de overnemer kan zijn.

Voorstelbaar is evenwel dat er geen private derde partij gevonden kan worden in het vaak korte tijdsbestek dat beschikbaar zal zijn om een overdracht te realiseren. Het wetsvoorstel sluit niet uit dat wordt overgedragen aan een overbruggingsinstelling. Dat de overdracht aan een overbruggingsinstelling plaatsvindt, behoeft niet apart te worden geregeld. Bij algemene maatregel van bestuur kunnen wel regels met betrekking tot de overbruggingsinstelling worden gesteld. Het tweede lid biedt daarvoor de grondslag. Zie ook paragraaf 2.8 van het algemene gedeelte van de toelichting.

Artikelen 3:159u tot en met 3:159aa

De artikelen 3:159u tot en met 3:159aa regelen wanneer de overdrachtsregeling kan worden toegepast en de procedurele gang van zaken. Deze artikelen komen overeen met de artikelen 212hc tot en met 212hi Fw. Zie ook de toelichting op die artikelen.

Artikel 3:159u

Artikel 3:159u, eerste lid, bepaalt dat DNB een door haar voorbereid overdrachtsplan kan overleggen. Zij vraagt aan de rechtbank om het overdrachtsplan goed te keuren en de overdrachtsregeling uit te spreken.

In het tweede lid is geregeld dat een verzoek dat betrekking heeft op door de probleeminstelling uitgegeven aandelen, moet worden gedaan in overeenstemming met de minister van Financiën. Dit vanwege het feit dat, gelet op artikel 3:159ab, aan een aandelenoverdracht ook financiële consequenties voor de Staat verbonden kunnen zijn. In de afweging om al dan niet een aandelenoverdracht in gang te zetten, dient daarom ook het algemeen belang van een zorgvuldige besteding van de publieke middelen te worden betrokken. Het ligt in de rede dat DNB en de minister deze afweging gezamenlijk maken, waarbij uiteraard het oordeel of het belang van een ordentelijke afwikkeling van de probleeminstelling een eventueel beroep op de publieke middelen rechtvaardigt, aan de minister is voorbehouden. Opgemerkt zij nog dat het tweede lid niet inhoudt dat de minister het overdrachtsplan als zodanig

moet goedkeuren. Het strekt er slechts toe de formele betrokkenheid van de minister te regelen bij de afweging of het, gelet op het beroep dat mogelijk gedaan zal worden op de publieke middelen, in het algemeen belang is de door DNB voorbereide aandelenoverdracht door te zetten en de rechter daartoe te verzoeken het overdrachtsplan goed te keuren en de overdrachtsregeling uit te spreken.

Artikel 3:159v

Zie voor de toelichting op artikel 3:159v de toelichting op artikel 212he Fw.

Artikel 3:159w

Het eerste lid regelt het horen van de aandeelhouders. De hoofdregel is dat de aandeelhouders niet vooraf in de gelegenheid worden gesteld te worden gehoord. In het eerste lid is bepaald dat aandeelhouders niet in de gelegenheid worden gesteld te worden gehoord. De reden om dit uitdrukkelijk te bepalen ten aanzien van aandeelhouders is dat anders twijfel zou kunnen ontstaan met betrekking tot het antwoord op de vraag of aandeelhouders, gelet op hun belang, vooraf kunnen worden gehoord. Die mogelijke twijfel wordt door de eerste volzin van het eerste lid weggenomen. Met betrekking tot anderen, die minder of geen belang hebben bij een aandelenoverdracht, rijst die twijfel niet. Het zou dan ook onjuist zijn uit de omstandigheid dat anderen dan aandeelhouders niet worden genoemd, af te leiden dat zij wel in de gelegenheid worden gesteld te worden gehoord. Een andere reden om uitdrukkelijk te bepalen dat aandeelhouders niet in de gelegenheid worden gesteld te worden gehoord, is om een opmaat te creëren voor de uitzondering in de tweede volzin in het eerste lid.

Wel staat de mogelijkheid van verzet bij de rechtbank open; zij kunnen dan dus achteraf worden gehoord. Vervolgens is op de hoofdregel een uitzondering gemaakt: de rechtbank stelt de aandeelhouders die meer dan 5% van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen wel in de gelegenheid vooraf te worden gehoord, doch uitsluitend op de voorwaarde dat de belangen van geheimhouding of spoed zich daartegen niet verzetten. De regeling is als volgt. Op grond van artikel 3:159r, aanhef en onderdeel d, vermeldt DNB in het overdrachtsplan of er aandeelhouders zijn die meer dan 5% van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen, en zo ja, wie dat zijn. Indien er geen aandeelhouders zijn die meer dan 5% van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen, hoort de rechtbank vooraf geen aandeelhouders. Zijn er wel aandeelhouders die meer dan 5% van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen, stelt de rechtbank deze aandeelhouders in de gelegenheid te worden gehoord, op twee voorwaarden: (1) belangen van geheimhouding verzetten zich niet tegen het in de gelegenheid stellen van de aandeelhouders te worden gehoord en (2) belangen van spoed verzetten zich evenmin daartegen. Doordat de drie voorwaarden (meer dan 5% van het geplaatste kapitaal, belangen van geheimhouding, belang van spoed) cumulatief gelden, zal de rechtbank slechts in uitzonderlijke situaties een aandeelhouder vooraf horen.

Overwogen is te bepalen dat de rechtbank een persoon die aandeelhouders vertegenwoordigt die tezamen meer dan 5% van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen, in de gelegenheid kan stellen te worden gehoord. Daarvan is afgezien. Dan zou ook moeten worden bepaald dat het een dergelijke persoon verboden is de aandeelhouders die hij vertegenwoordigt op de hoogte te stellen van het verzoek, teneinde de kans op het uitlekken van een dergelijk verzoek klein te houden. Dat zou tot praktische problemen leiden.

Artikel 3:159x

In artikel 3:159x is bepaald waartegen de probleeminstelling zich kan verweren. De eerste categorie beslissingen waartegen de probleeminstelling zich kan verweren zijn de beslissingen die DNB heeft genomen nadat zij aan de probleeminstelling heeft medegedeeld dat zij een overdrachtsplan voorbereidt. Het betreft de verplichting om gegevens of inlichtingen te verschaffen aan een derde, degene ten aanzien van wie DNB voornemens is deze als overdrager, bewindvoerder of curator te benoemen en deskundigen. Voorts kan de probleeminstelling zich verweren tegen de beslissing dat de zogeheten stille curator de probleeminstelling kan verplichten tot het verrichten of nalaten van door deze curator te bepalen handelingen. Ten derde kan de probleeminstelling zich verweren tegen de benoeming van een zogeheten stille curator nadat DNB aan de probleeminstelling heeft medegedeeld dat zij een overdrachtsplan voorbereidt. Het laatste type beslissingen in deze categorie waartegen de probleeminstelling zich kan verweren zijn het geven van de aanwijzing als bedoeld in artikel 1:75 en de benoeming van een stille curator die niet is gebaseerd op artikel 3:159f, maar op artikel 1:76, nadat DNB heeft medegedeeld een overdrachtsplan voor te bereiden. In het tweede lid is bepaald dat de rechtbank de verweren tegen de beslissingen in deze categorie uitsluitend dan gegrond acht indien DNB in redelijkheid niet tot die beslissingen heeft kunnen komen. Hiermee wordt aangesloten bij het systeem van het bestuursrecht, waarin de rechter marginaal toetst. Reden voor de invoering van een marginale toetsing van deze beslissingen is dat deze beslissingen op het terrein van het bestuursrecht liggen. Zij zijn uitgesloten van bestuursrechtelijk beroep en bezwaar omdat zij kunnen worden getoetst tegelijkertijd met de beoordeling van het verzoek om goedkeuring van een overdrachtsplan. Voorts worden in de onderdelen d en e twee andere elementen genoemd waartegen de probleeminstelling zich kan verweren. Deze elementen hebben een nauwere band met het overdrachtsplan zelf. De probleeminstelling kan zich verweren tegen het oordeel van DNB dat voldaan is aan artikel 3:159c, met andere woorden, tegen het oordeel dat er tekenen van een gevaarlijke ontwikkeling zijn met betrekking tot het eigen vermogen, de solvabiliteit of de liquiditeit onderscheidenlijk de technische voorzieningen en redelijkerwijs is te voorzien dat die ontwikkeling niet voldoende of niet tijdig ten goede zal keren. De probleeminstelling kan zich daartegen verweren in geval van alle drie de typen overdrachtsplan, dus zowel het overdrachtsplan met betrekking tot de aandelen, als met betrekking tot de activa of passiva, alsook het overdrachtsplan met betrekking tot deposito-overeenkomsten.

Voorts is bepaald dat, in geval van een verzoek om goedkeuring van een overdrachtsplan met betrekking tot aandelen of tot activa of passiva, anders dan uit hoofde van deposito-overeenkomsten, de probleeminstelling zich kan verweren tegen de in het overdrachtsplan opgenomen prijs dan wel de wijze waarop de prijs die de overnemer bereid is te betalen wordt vastgesteld. Met betrekking tot de aandelenoverdracht wordt opgemerkt dat de probleeminstelling weliswaar geen aandeelhouder is, maar wel als belanghebbende moet worden aangemerkt en het om die reden passend is dat de probleeminstelling zich kan verweren tegen de prijs. Met betrekking tot de overdracht van activa of passiva geldt dat de probleeminstelling wel eigenaar is van hetgeen wordt overgedragen, zodat voor de hand ligt dat zij zich kan verweren tegen de prijs of de wijze waarop de prijs wordt vastgesteld.

Met betrekking tot de overdracht van deposito-overeenkomsten wordt het volgende opgemerkt. Bij dit type overdracht kan de omvang van de overgedragen gegarandeerde deposito's nauwkeurig en objectief worden vastgesteld zodat een verweer daartegen niet opportuun wordt geacht. Mogelijk is de overnemer bereid een prijs te betalen voor het overnemen van de deposito-overeenkomsten, omdat hij daarmee een klantenbestand verwerft. Het zou te ver voeren te bepalen dat de probleeminstelling zich zou kunnen verweren tegen een dergelijke eventuele prijs.

Zie ook het algemene gedeelte van de toelichting, paragraaf 2.4, ad 3b.

Artikel 3:159j

Het eerste lid bepaalt dat de rechtbank de overdrachtsregeling uitspreekt indien zij het overdrachtsplan goedkeurt en indien summierlijk blijkt dat zich een situatie als bedoeld in artikel 3:159c voordoet. Met de 'summierlijke toets' is aangesloten bij artikel 6, derde lid, Fw.

Het tweede lid bepaalt dat de rechtbank het overdrachtsplan goedkeurt tenzij daarin niet is opgenomen hetgeen in artikel 3:159i, 3:159o of 3:159r wordt genoemd, of tenzij de in het overdrachtsplan opgenomen prijs of methode van prijsvaststelling niet een redelijke prijs of methode is. Teneinde de rechtbank een referentiekader te geven, is in de artikelen 3:159i, 3:159o en 3:159r bepaald dat in het overdrachtsplan moet worden aangegeven op grond waarvan de in het overdrachtsplan opgenomen prijs of methode wordt geacht redelijke te zijn. Bij het indienen van het overdrachtsplan kunnen deskundigenverklaringen worden gevoegd of andere documentatie op grond waarvan de partijen tot de conclusie zijn gekomen dat dit het geval is. Bij het beoordelen van de redelijkheid van de opgenomen prijs of methode moet rekening worden gehouden met de situatie waarin de probleeminstelling zou komen te verkeren indien het overdrachtsplan niet goedgekeurd zou worden. Immers, de aandeelhouders en crediteuren dienen niet te profiteren van het feit dat de overdrachtsregeling wordt uitgesproken. Tegelijkertijd zou bij het bepalen van een redelijke prijs of methode uitgangspunt moeten zijn dat de aandeelhouders en crediteuren niet slechter af zijn vergeleken met de situatie waarin ze zouden verkeren als het overdrachtsplan niet zou worden goedgekeurd.

Overwogen is te bepalen dat de rechtbank niet alleen beoordeelt of de prijs of methode redelijk is, maar of er ruimte dient te zijn om ten overstaan van de rechtbank de redelijkheid van het plan als geheel te betwisten. Daarvan is afgezien. Wanneer de rechtbank eenmaal heeft vastgesteld dat DNB in redelijkheid tot het oordeel heeft kunnen komen dat is voldaan aan het in artikel 3:159c, eerste lid, opgenomen criterium, is daarmee de geoorloofdheid van de maatregel gegeven. In dit kader verdient aandacht of, in het kader van een aandelenoverdracht, de rechtbank nog dient te beoordelen of minder vergaande maatregelen mogelijk zouden zijn geweest, en of de overdracht niet beter aan een andere derde dient te geschieden. De vraag of andere maatregelen mogelijk zouden zijn geweest, kan worden beantwoord in het kader of is voldaan aan het in artikel 3:159c neergelegde criterium. Ingeval de situatie met minder vergaande maatregelen dan een overdrachtsregeling zou kunnen worden geredresseerd, is voorstelbaar dat de rechtbank tot het oordeel komt dat er nog geen sprake is van een gevaarlijke ontwikkeling, en dus niet is voldaan aan de grond om de overdrachtsregeling uit te spreken. Komt de rechtbank evenwel tot het oordeel dat wel aan het criterium is voldaan, dan is daarmee gegeven dat de overdrachtsregeling kan worden uitgesproken, tenzij de prijs of methode niet redelijk is of het in het lid 3 genoemde geval zich voordoet.

De vraag of aan een ander had kunnen worden overgedragen kan wel van belang zijn bij het vaststellen van de prijs of methode. Het overdrachtsplan kan worden afgekeurd indien daarin niet de in artikel 3:159i, 3:159o of 3:159r genoemde elementen zijn opgenomen.

Een uitzondering op de regel dat de rechtbank het overdrachtsplan goedkeurt tenzij niet is voldaan aan artikel 3:159i, 3:159o of 3:159r of tenzij de prijs niet redelijk is, is opgenomen in lid 3. Lid 3 heeft betrekking op de overdracht van activa en passiva. Hierin is bepaald dat de rechtbank het plan met betrekking tot de overdracht van activa en passiva goedkeurt tenzij de schuldeisers die een vordering houden op de probleeminstelling daardoor zouden worden benadeeld. Onderkend wordt dat de kans op benadeling van de achterblijvende schuldeisers bestaat. De praktijk is evenwel altijd gevarieerder dan de wetgever kan voorzien; teneinde rekening te houden met de mogelijkheid dat de achterblijvende schuldeisers niet worden benadeeld, is het derde lid opgenomen.

In het vierde lid is bepaald dat de rechtbank ambtshalve aan de goedkeuring voorwaarden kan verbinden met betrekking tot de voldoening van de prijs. Hierbij kan worden gedacht aan de voorwaarde dat de overnemer de prijs voor de deposito-overeenkomsten, activa of passiva, of aandelen heeft voldaan. Indien de rechtbank niet een dergelijke voorwaarde aan de goedkeuring heeft verbonden, geldt artikel 3:159ae, tweede lid. Ook is mogelijk dat de rechtbank als voorwaarde stelt dat de overnemer zekerheid stelt voor de betaling van de prijs. Zonder door de rechtbank aan de goedkeuring verbonden voorwaarden en zonder andersluidend overdrachtsplan wordt de overnemer eigenaar voordat hij de prijs heeft betaald. Dat behoeft geen probleem te zijn: DNB zal de overnemer met zorg hebben uitgekozen. Ingeval DNB een risico aanwezig acht, kan in het overdrachtsplan een bepaling betreffende de betaling zijn opgenomen. Voor het geval de rechtbank een dergelijke bepaling ontoereikend acht, of er niet een dergelijke bepaling is opgenomen, is het vierde lid opgenomen.

Artikel 3:159z

Het eerste en het tweede lid behoeven geen toelichting. Zie voor een toelichting op het derde tot en met het zesde lid de toelichting op artikel 6:3.

Artikel 3:159aa

Artikel 3:159aa regelt de rechtsbescherming. Zie voor de verhouding met het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden het algemene gedeelte van deze memorie van toelichting. Uitgangspunt is dat de betrokkenen één keer in de gelegenheid worden gesteld om te worden gehoord, hetzij vooraf, hetzij in verzet. De hoofdregel is dat de aandeelhouders niet vooraf in staat worden gesteld te worden gehoord, maar achteraf, in verzet. Een uitzondering op deze regel is gemaakt voor grootaandeelhouders, dat wil zeggen aandeelhouders die meer dan 5% van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen. Omdat hun belangen ook kunnen worden geraakt door het verzet achteraf van de kleine aandeelhouders, is hun de mogelijkheid geboden zich te voegen in het verzet. Hetzelfde geldt voor de probleeminstelling, die ook vooraf in de gelegenheid wordt gesteld zich te laten horen.

In dit kader wordt gewezen op artikel 143 van het Wetboek van Burgerlijk Rechtsvordering (Rv), waarin is bepaald dat de gedaagde die bij verstek is veroor-

deeld, daartegen verzet kan doen. De reden waarom in artikel 3:159aa uitdrukkelijk is bepaald dat de aandeelhouders, die in beginsel niet vooraf worden gehoord, in verzet kunnen komen, is dat artikel 143 Rv niet op hen van toepassing is. Aandeelhouders zijn in het kader van de overdrachtsregeling immers geen gedaagden in de zin van artikel 143 Rv. Zij kunnen wel als belanghebbenden worden aangemerkt. Het is niet nieuw dat belanghebbenden het recht van verzet hebben; vergelijk in dit verband artikel 10 Fw, op grond waarvan belanghebbenden in een 'gewoon' faillissement het recht van verzet hebben.

In dit verband zij gewezen op de positie van de directeur-groootaandeelhouder. Hij kan van te voren worden gehoord in zijn hoedanigheid van degene die de probleeminstelling vertegenwoordigt. In dat geval kan de probleeminstelling zich verweren tegen het oordeel van de Nederlandsche Bank dat zich een situatie als bedoeld in artikel 3:159c, eerste lid, voordoet. Daarnaast kan de directeur-groootaandeelhouder als aandeelhouder worden gehoord indien voldaan is aan de voorwaarden, genoemd in artikel 3:159w, namelijk dat hij meer dan 5% van het geplaatste aandelenkapitaal vertegenwoordigt, en de belangen van geheimhouding of spoed zich daartegen niet verzetten. Het enkele feit dat hij tevens als bestuurder wordt gehoord, geeft geen aanleiding om hem in zijn hoedanigheid van aandeelhouder anders te behandelen dan andere aandeelhouders die meer dan 5% van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen.

Gekozen is voor een verzettermijn van acht dagen omdat het van het grootste belang is dat de snel duidelijkheid ontstaat over de onderwerpen waarover de rechtbank zich kan uitspreken. In geval van verzet tegen een eerder uitgesproken overdrachtsregeling, kan het in de omstandigheden van het geval tot onaanvaardbare gevolgen leiden dat de overdrachtsregeling ongedaan wordt gemaakt. Daarom is bepaald dat de gegrondverklaring van het verzet slechts dan tot vernietiging leidt indien de ongedaanmaking van de overdrachtsregeling geen onevenredig ernstige gevolgen zou hebben.

In het vijfde lid is bepaald dat het verzet zich niet kan richten tegen de prijs die de overnemer bereid is te betalen of de wijze waarop de prijs die de overnemer bereid is te betalen, wordt vastgesteld. De reden is dat de gang naar de ondernemingskamer van het Hof Amsterdam is opengesteld voor de aandeelhouder die zich tegen de prijs of de vaststellingswijze wenst te verweren: zie artikel 3:159ab.

De beschikkingen betreffende de beoordeling van de aanwijzingen en de verplichtingen, het verzoek om het uitspreken van de overdrachtsregeling en de goedkeuring van het overdrachtsplan zijn uitvoerbaar bij voorraad.

Artikel 3:159ab

In artikel 3:159w is geregeld dat aandeelhouders in beginsel niet voorafgaand aan het uitspreken van de overdrachtsregeling worden gehoord; wel hebben zij op grond van artikel 3:159aa de mogelijkheid om daar achteraf tegen in verzet te komen. Bij een dergelijke regeling past dat aandeelhouders een rechtsgang wordt geboden waarin zij adequaat kunnen opkomen tegen eventuele schade die voor hen voortvloeit uit het overdrachtsplan. In deze rechtsgang wordt door het onderhavige artikel voorzien. Op grond van dit artikel kunnen aandeelhouders – ongeacht of zij vooraf zijn gehoord of achteraf in verzet zijn gekomen – die van mening zijn dat de door de overnemer te betalen prijs geen volledige vergoeding vormt voor de schade die zij lijden, de ondernemingskamer van het Gerechtshof te Amsterdam

verzoeken om een aanvullende schadeloosstelling vast te stellen. Daarbij is, conform het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State, aangesloten bij de schadeloosstellingsregeling die geldt bij onteigeningen op grond van artikel 6:2 (zie aldaar voor de toelichting).

De termijn voor het indienen van een verzoek tot aanvullende schadeloosstelling bedraagt zes weken. Indien in het overdrachtsplan een concrete overnameprijs is opgenomen, vangt deze termijn aan de dag nadat de beschikking tot het uitspreken van de overdrachtsregeling in kracht van gewijsde is gegaan. Het is echter ook mogelijk dat in het overdrachtsplan geen concreet bedrag is genoemd, maar een waarderingsmethode is opgenomen. In dat geval begint de termijn van zes weken, wanneer de overnameprijs op het moment waarop de beschikking tot het uitspreken van de overdrachtsregeling in kracht van gewijsde gaat nog niet bekend zou zijn, pas te lopen op de dag waarop de overnameprijs op de in het overdrachtsplan bepaalde wijze is komen vast te staan.

Opgemerkt zij nog dat de aanvullende schadeloosstelling niet door de overnemer, maar door de Staat wordt betaald. Hiervoor is gekozen, omdat een regeling waarbij de overnemer achteraf met een hogere overnameprijs zou kunnen worden geconfronteerd, potentiële overnemers zou afschrikken. Zij zouden dan immers onvoldoende duidelijkheid hebben over de prijs die zij voor de overname moeten betalen. Een gevolg van de gekozen constructie is uiteraard wel dat er ook voor de Staat (financiële) consequenties aan een aandelenoverdracht verbonden kunnen zijn. Met het oog hierop is in artikel 3:159u bepaald dat bij een aandelenoverdracht het verzoek tot goedkeuring van het overdrachtsplan moet worden gedaan in overeenstemming met de minister van Financiën.

Artikel 3:159ac

Door de benoeming van de overdrager verliest de probleeminstelling van rechtswege de beschikking en het beheer over dat deel van haar vermogen dat in het overdrachtsplan als over te dragen is opgenomen. Conform de regeling van het faillissement, werkt het verlies van de beschikking en het beheer over het vermogen of een deel daarvan terug tot 00.00 uur van de dag waarop de rechtbank de overdrager benoemt. In het tweede tot en met het vierde lid worden twee typen van rechtsverhoudingen uitgezonderd van de hoofdregel neergelegd in het eerste lid. De hoofdregel houdt in dat een maatregel terugwerkende kracht heeft tot het begin van de dag waarop zij door de rechtbank wordt uitgesproken. De gemaakte uitzonderingen houden nauw verband met de zogeheten Finaliteitsrichtlijn en de Richtlijn financiëlezekerheidsovereenkomsten (hierna te noemen: FZO-richtlijn).²¹ Beide richtlijnen sluiten de mogelijkheid uit tot het verbinden van terugwerkende kracht aan een faillissement, surseance van betaling of het van toepassing verklaren van de noodregeling ten aanzien van rechten en verplichtingen die voortvloeien uit deelname in een systeem alsmede uit financiëlezekerheidsovereenkomsten. Daarnaast garanderen de richtlijnen de afdwingbaarheid van rechtshandelingen die

²¹ Richtlijn nr. 98/26/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Gemeenschappen van 19 mei 1998 betreffende het definitieve karakter van de afwikkeling van betalingen en effectentransacties in betalings- en afwikkelingssystemen (PbEG L166) en Richtlijn 2002/47/EG betreffende financiëlezekerheidsovereenkomsten wat gekoppelde systemen en kredietvorderingen betreft (PbEG L 168), beide gewijzigd bij Richtlijn 2009/44/EG van het Europees Parlement en de Europese Raad van 6 mei 2009 tot wijziging van Richtlijn 98/26/EG betreffende het definitieve karakter van de afwikkeling van betalingen en effectentransacties in betalings- en afwikkelingssystemen en Richtlijn 2002/47/EG betreffende financiëlezekerheidsovereenkomsten wat gekoppelde systemen en kredietvorderingen betreft (PbEU L 146)

worden verricht na het uitspreken van faillissement, surseance van betaling of de noodregeling, maar voordat de betreffende wederpartijen hiermee bekend is of behoren te zijn. Nu de rechtsgevolgen van een faillissement, surseance van betaling of noodregeling niet in strijd mogen komen met deze richtlijnen, dient hetzelfde te gelden voor de rechtsgevolgen van een overdrachtsregeling. Dit is de reden waarom in de onderhavige bepaling, evenals in artikel 3:267f, een uitzondering is opgenomen voor betalings- en afwikkelingsystemen en voor financiële zekerheidsvereenkomsten.

Artikel 3:159ad

Artikel 3:159ad regelt de taak en bevoegdheden van de overdrager en het einde van diens benoeming. In het eerste lid is bepaald dat de overdrager belast is met de overdracht, voor zover de overdracht niet reeds heeft plaatsgevonden door de goedkeuring door de rechtbank van het overdrachtsplan. Op grond van de artikelen 3:159l, eerste lid, 3:159p, eerste lid en 3:159s, eerste lid, gaan de deposito-overeenkomsten, de activa of passiva en de aandelen over op de overnemer op het tijdstip waarop de rechtbank het overdrachtsplan goedkeurt, tenzij anders is bepaald in het overdrachtsplan. Indien het overdrachtsplan anders bepaalt, vindt de overgang niet onder algemene titel plaats, maar zullen de rechtsverhoudingen uit de deposito-overeenkomsten, de activa of passiva en de aandelen onder bijzondere titel moeten worden overgedragen (vgl. artikel 80, derde lid, Boek 3 BW). Dit betekent dat hiervoor afzonderlijke leveringshandelingen zijn vereist. Wanneer het overdrachtsplan niet anders bepaalt, behoeft de overdrager dus geen handelingen te verrichten om de overdracht te doen plaatsvinden. Wel zal hij andere werkzaamheden moeten verrichten, zoals het openen van een kwaliteitsrekening ingevolge artikel 3:159ae, eerste lid, het erop toezien dat de overnemer de prijs betaalt, en het overmaken daarvan naar de rekening van de probleeminstelling of de aandeelhouders. Onder andere deze laatste werkzaamheden zijn de werkzaamheden die worden bedoeld met de zinsnede 'en de daaruit voortvloeiende werkzaamheden'.

Het tweede lid maakt duidelijk dat de overdrager bij uitsluiting bevoegd is alle handelingen te verrichten in verband met een overdrachtsplan, waaronder mede begrepen de voorbereiding van een aangepast overdrachtsplan. Het derde lid is overgenomen uit artikel 3:175, derde lid. Het zesde lid regelt wanneer de overdrachtsregeling ophoudt van kracht te zijn. Het zevende lid bepaalt dat de benoeming van de overdrager eindigt doordat de overdrachtsregeling ophoudt van kracht te zijn. Zie ook de toelichting bij artikel 212m Faillissementswet. Het achtste lid bepaalt dat DNB mededeling doet in de Staatscourant van de beëindiging door de rechtbank of de vaststelling door DNB dat de overdrachtsregeling is uitgevoerd. Van de andere twee wijzen van beëindiging van de overdrachtsregeling, het uitspreken van de noodregeling of faillissement, behoeft DNB geen mededeling te doen; dat gebeurt door de bewindvoerder onderscheidenlijk de curator. Het negende lid bepaalt dat het salaris van de overdrager en alle andere kosten in verband met de overdracht voor rekening van de probleeminstelling komen, voor zover niet anders in het overdrachtsplan is bepaald. Dit is in lijn met artikel 1:40. De overdrager kan zelf geen gewijzigd overdrachtsplan ter goedkeuring overleggen.

Artikel 3:159ae

De overdrager dient een derdengeldrekening te openen, die los staat van de natuurlijke persoon van de overdrager, tenzij in het overdrachtsplan anders is bepaald. De overnemer voldoet de prijs op deze rekening zo spoedig mogelijk nadat

de rechtbank de overdrachtsregeling heeft uitgesproken, tenzij het overdrachtsplan anders bepaalt en tenzij de rechtbank andersluidende voorwaarden aan de goedkeuring heeft verbonden.

Artikel 3:159af

In het eerste lid is buiten twijfel gesteld dat de overdracht kan afwijken van wettelijke voorschriften of statutaire bepalingen. In artikel 3:159q is met betrekking tot een aandelenoverdracht al bepaald dat het overdrachtsplan zo nodig kan voorzien in een overdracht die afwijkt van wettelijke voorschriften, behoudens de voorschriften van afdeling 3.5.4a Wft, of statutaire bepalingen. In artikel 3:159ij, tweede lid, is bepaald dat een dergelijke afwijking geen grond is voor het niet goedkeuren van het overdrachtsplan. Het eerste lid van dit artikel is het sluitstuk van de regeling op dit punt.

Het tweede lid regelt nadere werkzaamheden van de overdrager. Hij dient de overdracht en de hoogte van de vergoeding zo spoedig mogelijk bekend te maken aan de rechthebbenden.

In het derde lid is geregeld dat in het overdrachtsplan genoemde aandelen onbezwaard overgaan. Rechten van pand of vruchtgebruik die op die aandelen rusten en, voor zover bekend, de beslagen die op die goederen zijn gelegd, vervallen niet, maar gaan over op het recht op de koopprijs. Dit sluit aan bij de wettelijke regelingen uit de artikelen 92a, achtste lid, en 359c, negende lid, van Boek 2 BW die gelden voor de uitkoop van aandelen. De regeling is beperkt tot door de probleeminstelling uitgegeven aandelen.

Indien de in het overdrachtsplan genoemde aandelen in een naamloze vennootschap met medewerking van de probleeminstelling zijn gecertificeerd, komt het recht op de koopprijs niet toe aan de aandeelhouders maar aan de economisch rechthebbenden, de certificaathouders.

Artikel 3:159ag

Dit artikel komt overeen met artikel 212hq Fw. Zie ook de toelichting bij dat artikel. Wanneer de rechtbank de door DNB verzochte aanpassing niet goedkeurt, wijst zij het verzoek om aanpassing van het overdrachtsplan af en blijft het overdrachtsplan ongewijzigd in stand. Overwogen is te bepalen dat van een eenmaal uitgevoerd overdrachtsplan geen wijziging kan worden verzocht. Hiervan is afgezien omdat dat zich in de praktijk niet zal voordoen.

Artikel 3:159ah

In Nederland kan een bijkantoor van een probleeminstelling met zetel in een derde land worden onderworpen aan de overdrachtsregeling. De artikelen 3:159a tot en met 3:159ag zijn daarop van overeenkomstige toepassing.

D

Zie de toelichting bij onderdeel F.

E

Het eerste lid heeft betrekking op probleeminstellingen met zetel in Nederland met een door DNB verleende vergunning. Het criterium voor het voorbereiden van een overdrachtsplan is tevens een grond voor het uitspreken van de noodregeling. Voor de noodregeling van verzekeraars en entiteiten voor risico-acceptatie geldt hetzelfde criterium als voor de noodregeling van banken. Er is niet langer aanleiding om een verschillend criterium te hanteren. Onder artikel 3:160, met verwijzing naar art. 3:159c, eerste lid, kan de noodregeling worden uitgesproken ingeval DNB oordeelt dat er ten aanzien van een vergunninghouder, zijnde een bank of verzekeraar of entiteit voor risico-acceptatie, tekenen van een gevaarlijke ontwikkeling zijn met betrekking tot het eigen vermogen, de solvabiliteit of de liquiditeit onderscheidenlijk de technische voorzieningen en redelijkerwijs is te voorzien dat die ontwikkeling niet voldoende of niet tijdig ten goede zal keren. Zie ook de toelichting op artikel 3:159c, eerste lid.

Het tweede lid heeft betrekking op illegale probleeminstellingen. Het criterium dat nu nog geldt voor illegale verzekeraars en entiteiten voor risico-acceptatie gaat ook gelden voor illegale banken. Er is niet langer aanleiding om een verschillend criterium te hanteren.

F

Het criterium voor de noodregeling van verzekeraars en entiteiten voor risico-acceptatie gaat ook gelden voor banken. Dat criterium is overgebracht naar artikel 3:160, tweede lid. Artikel 3:161, eerste lid, kan daarom vervallen. De bepaling dat onder 'verzekeraar' mede wordt verstaan 'entiteit voor risico-acceptatie' en onder 'verzekering' 'risico-acceptatie' is overgeheveld naar artikel 3:159ai.

Het nieuwe artikel 3:161 bepaalt dat DNB gelijktijdig met het verzoek tot het uitspreken van de noodregeling de rechtbank kan verzoeken een overdrachtsplan als bedoeld in artikel 3:159c goed te keuren.

G en H

De artikelen 3:162 tot en met 3:162d regelen de procedurele gang van zaken ten aanzien van het uitspreken van de noodregeling en, in voorkomende gevallen, het overdrachtsplan. Ten aanzien van een eventueel verzoek het overdrachtsplan als bedoeld in artikel 3:161 goed te keuren, komen deze procedurele regels overeen met de procedure voor het goedkeuren van het overdrachtsplan en het uitspreken van de overdrachtsregeling buiten de noodregeling om. Zie de toelichting op artikelen 3:159v tot en met 3:159z.

I

In dit artikel is bepaald dat geen aparte machtiging nodig is voor de uitvoering van een goedgekeurd overdrachtsplan en dat de uitvoering van een overdrachtsplan voor gaat op verleende machtigingen.

J

Deze wijziging vloeit voort uit de wijzigingen van de artikelen 3:160 en 3:161 en het nieuwe artikel 3:162c, eerste lid, dat bepaalt dat de rechtbank de noodregeling uitspreekt wanneer summierlijk blijkt dat zich een situatie, als bedoeld in artikel 3:159c, eerste lid, voordoet.

K

Zie de toelichting op onderdeel J.

L

Zie de toelichting op onderdeel J.

M

Artikel 3:174a

In artikel 3:174a worden de artikelen 3:159k, 3:159l en 3:159p van overeenkomstige toepassing verklaard. Artikel 3:159k regelt de betaling van de door DNB ingevolge het depositogarantiestelsel beschikbaar gestelde bedrag en het regresrecht van DNB op de boedel. Artikel 3:159l bepaalt dat de deposito-overeenkomsten op de overnemer overgaan door de goedkeuring van het overdrachtsplan. Artikel 3:159p bepaalt hetzelfde met betrekking tot de activa en passiva.

De artikelen 3:159f, 3:159i tot en met 3:159j, 3:159m tot en met 3:159o en 3:159q behoeven niet van overeenkomstige toepassing te worden verklaard. Deze artikelen hebben betrekking op het overdrachtsplan zelf, ongeacht of het overdrachtsplan wordt overgelegd bij een verzoek om het uitspreken van de overdrachtsregeling dan wel bij een verzoek om het uitspreken van de noodregeling.

Artikel 3:174b

Artikel 3:174b introduceert de mogelijkheid tijdens de noodregeling een overdrachtsplan voor te bereiden.

N

Zie de toelichting op onderdeel J.

O

Zie de toelichting op onderdeel J.

P

Zie de toelichting op onderdeel J.

Q

De belangrijkste wijziging van artikel 3:191 betreft het invoegen van een nieuw derde lid. Dit nieuwe derde lid komt erop neer dat geen hoger beroep openstaat tegen het uitspreken van een noodregeling indien de rechtbank eveneens het verzoek om goedkeuring van een overdrachtsplan heeft toegewezen. De voornaamste reden voor deze bepaling is dat, in geval de rechtbank tegelijkertijd met het uitspreken van de noodregeling een overdrachtsplan heeft goedgekeurd, er in de regel sprake zal zijn van een situatie waarin de mate van urgentie groot is. De belangen van de nutsfunctie van de bank of verzekeraar en het beperken van de maatschappelijke onrust, en daarenboven de belangen van degenen die direct zijn betrokken bij de noodregeling en het overdrachtsplan, maken een voortvarend en doortastend optreden van DNB en de overnemer gewenst. Om die reden is met betrekking tot die situatie ervoor gekozen de rechtsmiddelen te beperken tot het cassatieberoep. Daarmee is aangesloten bij de regeling van de rechtsmiddelen tegen de overdrachtsregeling.

R

De wijziging van artikel 3:202 betreft de aanpassing van het criterium op grond waarvan de noodregeling kan worden uitgesproken ten aanzien van een illegaal in Nederland gelegen bijkantoor van een bank of verzekeraar met zetel in een andere lidstaat.

S tot en met U

In artikel 3:206 wordt een regeling gegeven met betrekking tot in Nederland gelegen bijkantoren van banken, levensverzekeraars of schadeverzekeraars met zetel in een staat die geen lidstaat is. De regeling is op dezelfde leest geschoeid als de regeling met betrekking tot banken en verzekeraars met zetel in Nederland. In verband met de wijziging van artikel 3:206 vervalt artikel 3:207 en wordt artikel 3:208 terminologisch aangepast.

V

Deze wijziging vloeit voort uit de aanpassing van artikel 3:206 en het vervallen van artikel 3:207.

W

Zie de toelichting op onderdeel V.

X

Zie de toelichting op onderdeel V.

IJ

Artikel 3:259a houdt primair verband met de financiering van het depositogarantiestelsel. Zoals bij verschillende gelegenheden is aangekondigd, onder andere bij brief van 14 maart 2011²² en in een algemeen overleg met de Tweede Kamer, heeft de regering besloten de financiering van het depositogarantiestelsel te hervormen tot een ex ante financiering, dus een financiering vooraf, zonder dat zich in de praktijk reeds een concreet geval heeft voorgedaan waarin DNB ingevolge artikel 3:260, eerste lid, heeft besloten tot toepassing van het depositogarantiestelsel. Bepaald is dat er een rechtspersoon is voor het beheer en de instandhouding van een garantiefonds dat is bestemd voor het aan DNB vergoeden van bedragen die deze heeft uitgekeerd ingevolge een vangnetregeling. Met betrekking tot deze rechtspersoon kunnen bij of krachtens AMvB nadere regels worden gesteld, bijvoorbeeld met betrekking tot de vaststelling en wijziging van de statuten, de bestemming van het vermogen van deze rechtspersoon, de samenstelling van het bestuur en de bevoegdheden van het bestuur. Tevens kunnen bij of krachtens AMvB nadere regels worden gesteld met betrekking tot degenen die het dagelijks beleid en het beleid van de bedoelde rechtspersoon bepalen. Daarbij kan worden gedacht aan de geschiktheidsvoorschriften die ingevolge de artikelen 3:8 en 3:9 ook gelden voor beleidsbepalers van bijvoorbeeld banken.

Het artikel is zo geformuleerd dat het betrekking heeft op zowel het beleggerscompensatiestelsel als het depositogarantiestelsel. Op grond van de huidige wet zijn bij AMvB reeds nadere regels gesteld met betrekking tot de Stichting Beleggers Compensatiefonds: artikel 16 Besluit bijzondere prudentiële regels, beleggerscompensatie en depositogarantie Wft. De grondslag hiervoor in de wet is artikel 3:259, vierde lid, onderdeel b. Dat artikel biedt op zich ook een grondslag om nadere regels te stellen met betrekking tot de rechtspersoon die zorg draagt voor het beheer en de instandhouding van het depositogarantiefonds. De reden om nu uitdrukkelijk in de wet een grondslag voor deze rechtspersoon op te nemen, is hoofdzakelijk gelegen in de omstandigheid dat wij de mogelijkheid willen hebben bij AMvB nadere regels te stellen met betrekking tot de geschiktheid van degenen die het beleid en het dagelijkse beleid van bedoelde rechtspersoon bepalen. Betwijfeld zou kunnen worden of het huidige artikel 3:259, vierde lid, onderdeel b, daarvoor voldoende grondslag biedt. Daarin wordt immers slechts bepaald dat bij AMvB nadere regels kunnen worden gesteld met betrekking tot de *financiering*. Over het antwoord op de vraag of de bevoegdheid om nadere regels te stellen met betrekking tot de financiering mede omvat de bevoegdheid om nadere regels te stellen met betrekking tot de deskundigheid en geschiktheid van de beleidsbepalers, kan verschillend worden gedacht. Om elke twijfel omtrent de toereikendheid van een in de Wft opgenomen grondslag weg te nemen, wordt artikel 3:259a opgenomen. Voor de goede orde merken wij op dat de omschakeling van de huidige ex post financiering naar een ex ante financiering wel valt onder het begrip 'financiering'. De Wft, zoals die geldt op de datum van indiening van het thans voorliggende wetsvoorstel, biedt dus wel een toereikende grondslag voor die omschakeling.

²² Brief van 14 maart 2011 van de minister van ondergetekende aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal, Kamerstukken II 2010/11, 31 980, nr. 38, § 2.

Ten slotte wijzen wij er nog op dat de bepaling facultatief is: bij AMvB *kunnen* regels worden gesteld. Wij zijn vooralsnog niet voornemens nadere regels te stellen met betrekking tot het beleggerscompensatiestelsel. Het bedrag dat is gemoeid met het fonds dat wordt aangehouden ingevolge het beleggerscompensatiestelsel is beduidend lager dan dat is gemoeid met het op te richten fonds dat wordt aangehouden ingevolge het depositogarantiestelsel. Nadere regels met betrekking tot de Stichting Beleggers Compensatiestelsel zijn dan ook vooralsnog minder aangewezen dan nadere regels met betrekking tot de op te richten Stichting Depositogarantiestelsel. Een aantal onderwerpen die we eventueel nader willen regelen met betrekking tot de Stichting Depositogarantiestelsel zijn met betrekking tot de Stichting Beleggerscompensatiestelsel geregeld in de statuten, die op grond van artikel 16, tweede lid, Besluit bijzondere prudentiële maatregelen beleggerscompensatie en depositogarantie Wft kunnen worden gewijzigd door DNB, welke wijziging op grond het derde lid van dat artikel de goedkeuring behoeft van de Minister van Financiën.

Z

Afdeling 3.5.8 **Rechten wederpartij na een gebeurtenis**

Afdeling 3,5,8 regelt de materie van de zogeheten *trigger events*; zie hiervoor ook paragraaf 4 van het algemene gedeelte van deze toelichting.

Artikel 3:267d

In de praktijk worden veel financiële contracten beheerst door een ander recht dan Nederlands recht, bijvoorbeeld Engels recht of het recht van New York. Hierdoor is het onzeker of een wettelijke regeling in de praktijk het gewenste effect zal sorteren. In geval van een rechtskeuze voor buitenlands recht zal een Nederlands voorschrift waarmee een contractuele bepaling buiten toepassing wordt verklaard in beginsel niet rechtstreeks van toepassing zijn, tenzij het voorschrift bijvoorbeeld kan worden aangemerkt als een zogenaamde "voorrangsregel", dat wil zeggen een regel van bijzonder dwingend recht die moet worden toegepast ongeacht welk recht overigens van toepassing zou zijn. Om te bevorderen dat voorgestelde regeling ook effect heeft bij financiële contracten die worden beheerst door buitenlands recht, bepaalt artikel 3:267d daarom dat sprake is van "voorrangsregels" als bedoeld in de Rome I Verordening. Voor wat betreft het begrip "groep" is aangesloten bij de definitie in artikel 3:289.

Artikel 3:267e

Het eerste lid geeft een opsomming van hetgeen onder 'gebeurtenis' moet worden verstaan. Een 'gebeurtenis' is, kort gezegd, een gebeurtenis die in het thans voorliggende wetsvoorstel wordt geregeld of een gebeurtenis die daarmee samenhangt. Om te voorkomen dat partijen onder de werking van deze regeling proberen uit te komen door niet aan te knopen bij de gebeurtenis zelf maar bij daarmee verband houdende handelingen of rechtsgevolgen, bepaalt artikel 3:267e, tweede lid, artikel dat met een gebeurtenis worden gelijkgesteld het verrichten van voorbereidende of uitvoerende handelingen, de uitoefening van bevoegdheden of het ontstaan dan wel nakomen van verplichtingen die daarmee verband houden. De term 'gebeurtenis' is niet beperkt tot door DNB genomen maatregelen of door haar inge-

diende verzoeken. Ook bijvoorbeeld het instellen door DNB tegen aan afwijzing van een verzoek om toepassing van het overdrachtsinstrument is een gebeurtenis.

Artikel 3:267f

Het eerste en tweede lid van artikel 3:267f bevatten de kern van deze regeling. Uitgangspunt is dat een gebeurtenis geen grond oplevert voor de opschorting of beëindiging van een rechtshandeling of het verlangen van al dan niet vroegtijdige nakoming van daaruit voortvloeiende verplichtingen. Ook de uitoefening van andere contractuele rechten kunnen echter problematisch zijn voor de financiële onderneming, zoals een verplichting om in voorkomend geval al dan niet additionele zekerheid te verstrekken. Daarnaast zullen wederpartijen van de financiële onderneming mogelijk proberen een contractueel beding zo te formuleren dat het niet valt onder de reikwijdte van deze regeling. Dit artikel is daarom ruim geformuleerd.

Het vierde lid zondert twee typen van rechtsverhoudingen uit van het toepassingsgebied van dit artikel. Deze uitsluiting houdt nauw verband met twee Unierechtelijke regelingen. De eerste regeling is richtlijn nr. 98/26/EG betreffende het definitieve karakter van de afwikkeling van betalingen en effectentransacties in betalings- en afwikkelingsystemen, zoals gewijzigd bij richtlijn nr. 2009/44/EG (hierna te noemen: de Finaliteitsrichtlijn). Belangrijke elementen van de richtlijn die in dit verband van belang zijn betreffen onder meer: de beperking van de mogelijkheid tot herroeping van overboekingsopdrachten aan een systeem, de afdwingbaarheid van overboekingsopdrachten, opdrachten tot verrekening en andere rechtshandelingen nodig om opdrachten in het systeem uit te voeren en de afdwingbaarheid van zekerheden die in het kader van een systeem zijn gesteld. De tweede regeling sluit aan op de Finaliteitsrichtlijn en de FZO-richtlijn, eveneens zoals gewijzigd bij Richtlijn 2009/44/EG. Belangrijke elementen van de FZO-Richtlijn zijn in dit verband dat de zekerheidsnemer ingeval van een executiegrond in de zin van artikel 7:51 onderdeel g BW de verschafte zekerheidsrechten kan uitwinnen door middel van onder meer verkoop of toe-eigening van de betreffende goederen, alsmede dat vervroegde 'verrekening' van verplichtingen in verband met een financiëlezekerheidsovereenkomst steeds mogelijk moet zijn indien die overeenkomst daartoe een clause bevat en aan de voorwaarden voor 'verrekening' wordt voldaan. Aan de mogelijkheden tot het uitwinnen van de zekerheidsrechten dan wel 'verrekening' mag geen afbreuk worden gedaan door de enkele omstandigheid dat het faillissement of de surseance van betaling is uitgesproken van de zekerheidsgever of de zekerheidsnemer. Nu de rechtsgevolgen van een faillissement, surseance of noodregeling niet in strijd mogen komen met deze richtlijnen, dient hetzelfde te gelden voor de rechtsgevolgen van een gebeurtenis. Dit is de reden waarom in de onderhavige bepaling een uitzondering is opgenomen voor betalings- en afwikkelingsystemen en voor financiëlezekerheidsovereenkomsten.

Artikel 3:267g

Naast de directe gevolgen die door een 'event of default' aan een toezichtgebeurtenis kunnen zijn verbonden, kan een overeenkomst contractuele mededelingsverplichtingen ('notification events') bevatten als gevolg waarvan een gebeurtenis bekend raakt in de markt. Indien bijvoorbeeld bekend wordt dat er overdrachtsplan wordt voorbereid, kan dat het vertrouwen in de betreffende financiële onderneming ernstig schaden. Artikel 3:267g bepaalt dat jegens de financiële onderneming of een tot dezelfde groep behorende onderneming geen beroep kan worden gedaan op enige mededelingsverplichting of enige verplichting tot het verstrekken van informatie met betrekking tot een gebeurtenis.

AA

Artikel 5:71

Dit artikel bevat een uitzondering op het verplicht uit te brengen openbaar bod op de resterende aandelen of met medewerking van de vennootschap uitgegeven certificaten door degene die overwegende zeggenschap verkrijgt in een financiële beursonderneming. Indien de Staat der Nederlanden (of een op grond van artikel 6:2, vierde lid, aangewezen rechtspersoon) in het algemeen belang, al dan niet handelend in onderling overleg met andere partijen, overwegende zeggenschap verkrijgt, blijft de biedplicht buiten toepassing. Zou de biedplicht van toepassing zijn, dan zou dit een partiële verkrijging door de Staat van aandelen in een financiële onderneming of haar moedermaatschappij – hetgeen onder omstandigheden van belang kan zijn met het oog op de financiële stabiliteit – in de weg kunnen staan. Een partiële verkrijging van aandelen kan bijvoorbeeld aan de orde zijn indien de Staat aandelen in het algemeen belang koopt van bestaande aandeelhouders. Ook zou sprake kunnen zijn van partiële verkrijging van aandelen als gevolg van een door de Staat gegarandeerde emissie van aandelen door de financiële onderneming.

De bestaande uitzonderingen op de biedplicht zijn opgenomen in artikel 5:71, tweede lid, onderdeel a tot en met k. Artikel 5, vijfde lid, van de zogeheten overnamerichtlijn²³, waarop de biedplicht is gebaseerd, biedt voldoende ruimte voor een uitzondering. De uitzondering op de biedplicht neemt uiteraard niet weg dat de Staat indien zij overwegende zeggenschap verkrijgt rekening zal moeten houden met de gerechtvaardigde belangen van de andere (minderheids)aandeelhouders met inachtneming van de maatstaf van redelijkheid en billijkheid.

AB

Artikel 6:1

Dit artikel regelt de bevoegdheid van de Minister van Financiën om onder bijzondere omstandigheden onmiddellijke voorzieningen te treffen ten aanzien van een financiële onderneming. Een besluit tot het treffen van een voorziening kan de minister eerst nemen na raadpleging van DNB. Bovendien dient het in overeenstemming met de Minister-President te worden genomen. De voorzieningen worden getroffen met het oog op de stabiliteit van het financiële stelsel. De omstandigheden bestaan er uit dat de situatie waarin de financiële onderneming zich bevindt, zodanig is dat de stabiliteit van het financiële stelsel ernstig en onmiddellijk gevaar loopt. Met de omschrijving 'ernstig en onmiddellijk gevaar' wordt tot uitdrukking gebracht dat het moet gaan om een acute dreiging. Met de bevoegdheid om onmiddellijke voorzieningen te treffen kan de minister actief trachten het gevaar voor de stabiliteit van het financiële stelsel te keren. Het instrument van de onmiddellijke voorziening is vergelijkbaar met de bevoegdheid die de ondernemingskamer van het gerechtshof te Amsterdam op grond van artikel 2:349a BW toekomt.

²³ Richtlijn nr. 2004/25/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 21 april 2004 betreffende het openbaar overnamebod (PbEU L 142).

Of de situatie waarin de onderneming zich bevindt een ernstig gevaar voor de stabiliteit van het financiële stelsel vormt, hangt af van veel omstandigheden. De situatie kan zijn oorsprong vinden in de onderneming zelf, bijvoorbeeld als zij dreigt niet meer te kunnen voldoen aan de minimaal vereiste solvabiliteitseisen of wanneer sprake is van een (acuut) liquiditeitstekort. Maar niet ondenkbaar is dat de situatie waarin de onderneming zich bevindt, mede of zelfs grotendeels wordt veroorzaakt door het gedrag van belangrijke partijen rondom die onderneming; men denke aan problemen in concernverhoudingen of zelfs de weigering van anderen de onderneming nog langer in de kredietverleningsstroom te betrekken. Ook een sterke daling van het vertrouwen van het publiek in een financiële instelling kan tot een ernstig gevaar voor het financiële stelsel leiden. Van belang is voorts dat de omvang van de onderneming niet doorslaggevend is. Bepalend is of de situatie waarin een financiële onderneming verkeert, gevolgen heeft voor de stabiliteit van het financiële stelsel. Of daarvan sprake is, zal steeds aan de hand van het concrete geval moeten worden beoordeeld. Met het criterium "ernstig en onmiddellijk gevaar" wordt ook tot uitdrukking gebracht dat de situatie zo acuut is, dat niet kan worden gewacht op bijvoorbeeld de afronding van overleg met de ondernemingsleiding.

De onmiddellijke voorzieningen die de minister kan treffen, kunnen naar gelang van de omstandigheden en de aard van de financiële onderneming verschillen. Naar hun aard gaat het om (orde)maatregelen die gerechtvaardigd moeten kunnen worden vanuit het streven naar versterking van de toestand van de financiële onderneming en het daarmee afwenden of verminderen van een ernstig gevaar voor de stabiliteit van het financiële stelsel. Het voorgaande betekent dat er geen grondslag is voor een willekeurig ingrijpen in de onderneming. Er moet een verband zijn tussen de getroffen maatregel, de toestand van de financiële onderneming en de stabiliteit van het financiële stelsel. Met inachtneming van de genoemde uitgangspunten moet een besluit tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen vanzelfsprekend deugdelijk worden gemotiveerd. Het is mogelijk dat het treffen van onmiddellijke voorzieningen gepaard gaat met of vooraf wordt gegaan door een verschaffing van eigen vermogen (Tier 1 kapitaal) door de Staat aan de financiële onderneming of door een garantstelling door de Staat van vermogensonderdelen van de financiële onderneming. De onmiddellijke voorzieningen kunnen dan deze financiële maatregelen faciliteren. In dat verband kunnen twee situaties worden onderscheiden: 1. de overheid overweegt het inzetten van financiële instrumenten, en wil ervan verzekerd zijn dat de daarmee beoogde effectiviteit niet kan worden doorkruist door besluiten van bevoegde organen binnen de betreffende financiële onderneming; of 2. de overheid acht het geboden dat maatregelen worden getroffen die er juist op zijn gericht de noodzaak van de inzet van financiële instrumenten (en daarmee een beroep op de algemene middelen) zo veel mogelijk te voorkomen.

De mogelijkheid om onmiddellijke voorzieningen te treffen heeft niet tot zelfstandig doel om het bestuur van de onderneming in handen van de Staat te leggen. De onderneming blijft zelfstandig aan het rechtsverkeer deelnemen. De bestuurders en commissarissen van de vennootschap blijven verantwoordelijk voor het reilen en zeilen van de onderneming. Indien bijvoorbeeld het beleid van bepaalde organen van de onderneming indruist tegen de financiële stabiliteit of de spoed daartoe noodzaakt, kan het echter wenselijk zijn bepaalde onmiddellijke voorzieningen te treffen. Hierbij kan gedacht worden aan de tijdelijke benoeming van een commissaris met een doorslaggevende stem ten aanzien van aangelegenheden met betrekking tot de (verbetering van de) financiële toestand van de onderneming. Een dergelijke commissaris zal naast de verbetering van de financiële toestand van de on-

onderneming eveneens – evenals de overige commissarissen – het richtsnoer van het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming bij zijn handelen als uitgangspunt dienen te nemen. Ook is het mogelijk dat een goedkeuringsrecht van houders van (prioriteits)aandelen ten aanzien van een besluit dat cruciaal is voor de verbetering van de toestand van de vennootschap, tijdelijk buiten werking wordt gesteld. Zou het desbetreffende besluit al zijn genomen, dan zou het kunnen worden geschorst. Het treffen van onmiddellijke voorzieningen kan samen gaan met een onteigening op grond van artikel 6:2. Voorts is het denkbaar dat een reeds genomen besluit van een van de organen van de vennootschap wordt geschorst. De onmiddellijke voorzieningen kunnen zo nodig in afwijking van wettelijke of statutaire voorschriften worden getroffen. Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de vennootschapsrechtelijke bepalingen van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, maar ook aan eventuele blokkerings- of andere beschermingsmaatregelen in de statuten van de betrokken onderneming. In het kader van artikel 6:2, dat eveneens in een afwijkingsbevoegdheid voorziet, kan voorts worden gedacht aan de Wet giraal effectenverkeer. Ook afwijking van de Wft zelf is denkbaar (bijvoorbeeld waar het gaat om de biedingsregels, bedoeld in artikel 5:70 e.v.). Wel is in de artikelen 6:1 en 6:2 uitdrukkelijk bepaald dat niet kan worden afgeweken van Deel 6 van de Wft om uit te sluiten dat van de waarborgen waarmee de bevoegdheden uit de artikelen 6:1 en 6:2 zijn omkleed, zou kunnen worden afgeweken. Ook overigens is de afwijkingsbevoegdheid niet onbegrensd. Het spreekt voor zich dat niet mag worden afgeweken van de Grondwet en van een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties (artikel 94 Gw). Verder volgt uit de aard van de afwijkingsbevoegdheid dat er een rechtstreeks verband moet bestaan tussen een te treffen onmiddellijke voorziening – of, in het geval van artikel 6:2, een onteigening – en de eventuele afwijking van een wettelijk of statutair voorschrift. De afwijking moet bovendien nodig zijn voor de effectiviteit van de maatregel en, evenals de maatregel zelf, in een redelijke verhouding staan tot het met die maatregel te bereiken doel: de stabiliteit van het financiële stelsel.

Opgemerkt zij nog dat onmiddellijke voorzieningen naar hun aard geen permanent karakter dragen. Mede daarom bepaalt het derde lid dat de duur van de voorziening in het besluit moet worden bepaald.

Artikel 6:2

Op grond van het eerste lid kan de Minister van Financiën, indien hij van oordeel is dat de situatie waarin een financiële onderneming met zetel in Nederland zich bevindt, een ernstig en onmiddellijk gevaar vormt voor de stabiliteit van het financiële stelsel, bij wijze van ultimum remedium tot onteigening van vermogensbestanddelen van de financiële onderneming of van door de financiële onderneming uitgegeven effecten overgaan. Onder vermogensbestanddelen worden activa en passiva van de onderneming verstaan. Bij onteigening van effecten die door of met medewerking van de financiële onderneming zijn uitgegeven kan onder meer gedacht worden aan aandelen in het kapitaal van de onderneming, converteerbare obligaties of zogeheten *perpetuals*.

Een besluit tot onteigening kan de minister eerst nemen na raadpleging van DNB. Bovendien dient het in overeenstemming met de Minister-President te worden genomen. Het besluit behoeft een deugdelijke motivering waarin, mede gelet op het ingrijpende karakter van het besluit, onder meer uitleg verwacht mag worden waarom een minder vergaande maatregel niet effectief zou zijn met het oog op de

stabiliteit van het financiële stelsel. In paragraaf 3 van het algemeen deel is reeds aangegeven dat de houders van wie de effecten onteigend zijn, respectievelijk de eigenaren van wie de vermogensbestanddelen onteigend zijn, schadeloos gesteld moeten worden. Deze schadeloosstelling wordt geregeld in de artikelen 6:8 en verder.

Het besluit moet op grond van het derde lid uitdrukkelijk het tijdstip van inwerkingtreding vermelden. Dit dient een exact tijdstip te zijn, hetgeen in het bijzonder van belang is met betrekking tot effecten die op een gereguleerde markt of ander handelsplatform worden verhandeld. De bekendmaking van het besluit aan belanghebbenden geschiedt op grond van artikel 3:41 van de Algemene wet bestuursrecht. Omdat het onteigeningsbesluit ook relevant kan zijn voor niet-belanghebbenden, dient van het besluit tevens mededeling te worden gedaan in de Staatscourant. Het doen van deze mededeling is overigens geen constitutief vereiste. In het derde lid is voorts uitdrukkelijk geregeld dat het tijdstip van inwerkingtreding van het besluit ook het tijdstip is waarop de eigendom van de onteigende effecten of vermogensbestanddelen overgaat.

Uitgangspunt is dat vermogensbestanddelen of effecten door onteigening overgaan op de Staat. Op grond van het vierde lid kan in het besluit echter worden bepaald dat de vermogensbestanddelen of effecten overgaan op een in dat besluit aangewezen privaatrechtelijke rechtspersoon. Hiervoor is gekozen, omdat het wenselijk kan zijn de door onteigening verworven vermogensbestanddelen of effecten op het moment van onteigening vermogensrechtelijk af te scheiden van het vermogen van de Staat en aldus geen aansprakelijkheid van de Staat te laten ontstaan voor schulden die deel uitmaken van het met de transactie gemoeide vermogen. Bij onteigening van aandelen speelt dit aansprakelijkheidsrisico niet op die manier, omdat de aandeelhouder niet gehouden is tot meer dan de volstorting van (de nominale waarde van) zijn aandeel (zie artikel 2:81 BW). Een en ander staat uiteraard los van de verplichting tot schadeloosstelling die bij onteigening op de Staat komt te rusten. Het vierde lid heeft uitsluitend betrekking op onteigende vermogensbestanddelen, niet op het met de onteigening samenhangende recht op schadeloosstelling.

In het vijfde lid is – evenals in artikel 6:1, derde lid – bepaald dat de Minister de gevolgen van de onteigening regelt. Bij onteigening van onroerende zaken valt onder meer te denken aan de aanpassing van de registers van het kadaster en het stroomlijnen van fiscale consequenties. Niet ondenkbaar is de situatie dat ook op wettelijk niveau een voorziening moet worden getroffen met het oog op een bestaande vpb-plicht. Dit zal uiteraard bij wet in formele zin plaatsvinden. De rechtsbescherming tegen een besluit op grond van dit artikellid is hetzelfde als de rechtsgang die open staat tegen het onteigeningsbesluit op grond van het eerste lid. Er kan dus sprake zijn van een separate procedure als niet tegelijkertijd bij het onteigeningsbesluit de gevolgen worden geregeld.

In het zesde lid is geregeld dat onteigende vermogensbestanddelen of effecten onbezwaard overgaan. Rechten van pand, hypotheek of vruchtgebruik die op die vermogensbestanddelen of effecten rusten en, voor zover bekend, de beslagen die op die aandelen of vermogensbestanddelen zijn gelegd, vervallen niet, maar gaan ingevolge artikel 6:8, derde lid, over op het recht op schadevergoeding. Deze constructie is ontleend aan de wettelijke regelingen uit de artikelen 2:92a, achtste lid, en 2:359c, negende lid, BW die gelden voor de uitkoop van aandelen.

Indien effecten worden onteigend, vervallen daarmee ook bestaande rechten op uit te geven nieuwe effecten van diezelfde klasse. Reden hiervoor is dat het onwenselijk is dat, wanneer de minister met het oog op de financiële stabiliteit effecten in een financiële onderneming onteigent, er vervolgens door de financiële onderneming nieuwe effecten aan derden worden uitgegeven. Voorbeelden van rechten op nieuw uit te geven aandelen zijn een recht op conversie dat is verbonden aan obligaties (tenzij deze ook zijn onteigend), een recht dat is toegekend aan een zogeheten Stichting continuïteit ("*call-recht*") of rechten tot het nemen van effecten die door de financiële onderneming zijn toegekend aan bestuurders of werknemers ("*warrants*"). Voor het bij wet laten vervallen van door de financiële onderneming toegekende rechten tot koop van aandelen die op het tijdstip van onteigening reeds waren uitgegeven, en door de financiële onderneming in portefeuille worden gehouden, bestaat geen noodzaak. Deze rechten kunnen door de financiële onderneming, die immers een schadeloosstelling voor de bedoelde aandelen ontvangt, in geld worden afgewikkeld. Een afwikkeling in geld zal niet aan de orde zijn ingeval de uitoefenprijs van het recht hoger is dan de werkelijke waarde van het aandeel op het tijdstip van onteigening, de optie is dan "*out of the money*", of indien andere voorwaarden uit de overeenkomst hieraan in de weg staan. Optiecontracten die tussen de aandeelhouder en een derde of tussen derden onderling zijn gesloten, en die al dan niet op een gereguleerde markt worden verhandeld, kunnen overeenkomstig de voorwaarden van het optiecontract en het daarop van toepassing zijnde recht worden afgewikkeld.

Onteigening van aandelen zal alleen aan de orde zijn bij een financiële onderneming die de rechtsvorm heeft van een naamloze of besloten vennootschap. Indien de aandelen met medewerking van de vennootschap zijn gecertificeerd, komt het recht op schadeloosstelling niet toe aan de onteigende aandeelhouder maar aan de economisch rechthebbende, de certificaathouder. Dit volgt uit artikel 6:8, vierde lid, dat hieronder nader zal worden toegelicht.

Wanneer de onteigende aandelen of andere effecten zijn toegelaten tot de handel op een gereguleerde markt, zullen de onteigende aandelen zijn opgenomen in het stelsel van de Wge of een daarmee vergelijkbaar stelsel. De effecten zullen dan zijn opgenomen in giro- of verzameldepots als bedoeld in die wet. De girodepots worden beheerd door het centraal instituut (Euroclear Nederland). Na onteigening gaan de in depots opgenomen effecten onbezwaard over op de Staat. Het recht op schadeloosstelling zal toekomen aan de aangesloten instellingen (banken) die deelgenoot zijn in depots en die hun deelgenootschap rechtstreeks of middellijk houden ten behoeve van de uiteindelijk economisch rechthebbenden op de onteigende effecten. Aan die rechthebbenden zal de facto de schadeloosstelling toekomen.

Aangezien artikel 6:2 een bijzondere regeling bevat voor de onteigening van effecten en vermogensbestanddelen van financiële ondernemingen die onder buitengewone omstandigheden verkeren, kan de algemene onteigeningsregeling uit de onteigeningswet buiten toepassing blijven. Om die reden is in het zevende lid bepaald dat de onteigeningswet niet van toepassing is.

Artikel 6:3

In het eerste lid is bepaald dat de minister de AFM moet informeren, indien hij voornemens is om een besluit op grond van artikel 6:1 of 6:2 te nemen. Vanzelfsprekend dient hij de AFM ook te informeren, zodra een besluit is genomen. Deze informatie stelt de AFM in staat om te bezien of het aangewezen is uitvoering te

geven aan haar wettelijke taken of bevoegdheden, en daartoe zo nodig voorbereidingen te treffen. Zo is het voorstelbaar dat bij een besluit van de minister om op grond van het voorgestelde artikel 6:1 onmiddellijke voorzieningen te treffen ten aanzien van een financiële onderneming waarvan financiële instrumenten zijn toegelaten tot de handel op een gereguleerde markt, het wenselijk is de handel in die financiële instrumenten op grond van artikel 5:32h Wft op te schorten of te onderbreken. Het tijdig informeren van de AFM heeft uiteraard ook ten doel de AFM in staat te stellen om eventueel marktmisbruik te constateren en daartegen op te treden

Indien het besluit strekt tot onteigening van effecten in een financiële beursonderneming, verplicht de AFM op grond van het tweede lid door middel van een aanwijzing de betrokken marktexploitant of betrokken beleggingsonderneming de handel op te schorten of te onderbreken. Meer specifiek wordt de AFM in het tweede lid de gebonden bevoegdheid toegekend om de handel in door een financiële onderneming uitgegeven onteigende effecten of daaraan gerelateerde financiële instrumenten, zoals opties of andere derivatencontracten, die zijn toegelaten tot de handel op een gereguleerde markt, waarvan de marktexploitant een vergunning heeft op grond van artikel 5:26 Wft, te laten opschorten of onderbreken. Hiertoe zal de AFM moeten weten welk type en welke klasse onteigende effecten het betreft. Met de terminologie van "opschorten" en "onderbreken" wordt aangesloten bij de bevoegdheden van artikel 5:32h en 4:4b Wft en de Europese richtlijn marktmisbruik²⁴ en de richtlijn markten en financiële markten.²⁵

De bevoegdheid strekt zich ook uit tot de handel die plaatsheeft op een multilaterale handelsfaciliteit die in Nederland door een beleggingsonderneming als bedoeld in artikel 4:4b Wft geëxploiteerd wordt. Hetzelfde geldt op grond van het derde lid voor de systematische interne afhandeling in aandelen die geschiedt bij een beleggingsonderneming als bedoeld in genoemd artikel 4:4b.

Indien effecten zijn onteigend, is het vanzelfsprekend niet meer de bedoeling dat de handel in die effecten wordt hervat, althans niet zolang de effecten worden gehouden door de Staat. Dit geldt ook voor de handel in certificaten van onteigende aandelen. Sterker nog, onteigening zal er op grond van de toepasselijke beursregels waarschijnlijk toe leiden dat de notering respectievelijk de mogelijkheid tot verhandeling van de onteigende effecten of certificaten van onteigende aandelen wordt beëindigd (het zogeheten proces van "*delisting*"). Ten aanzien van opties en derivaten zal het hervatten van de handel onder meer afhangen van hetgeen is geregeld ten aanzien van afwikkeling van de desbetreffende contracten op de desbetreffende gereguleerde markt of multilaterale handelsfaciliteit.

Artikel 6:4

Het eerste lid van dit artikel bepaalt dat een onmiddellijke voorziening ook tot de moedermaatschappij gericht kan zijn. Daarvoor is niet vereist dat de moedermaatschappij ook zelf in problemen verkeert. De moedermaatschappij kan als beleidsbepaler invloed uitoefenen op de besluitvorming bij haar dochteronderneming en zo

²⁴ Richtlijn nr. 2003/6/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 28 januari 2003 betreffende handel met voorwetenschap en marktmanipulatie (PbEU L 96).

²⁵ Richtlijn nr. 2004/39/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 21 april 2004 betreffende markten voor financiële instrumenten, tot wijziging van de Richtlijnen 85/611/EEG en 93/6/EEG van de Raad en van Richtlijn 2000/12/EG van het Europees Parlement en de Raad en houdende intrekking van Richtlijn 93/22/EEG van de Raad (PbEU L 145).

afbreuk doen aan maatregelen die op grond van artikel 6:1 bij de dochter zijn getroffen. Om die reden is het wenselijk dat een onmiddellijke voorziening niet alleen de dochter, maar ook de moeder kan betreffen.

Het tweede lid maakt het mogelijk om ook de moedermaatschappij van een financiële onderneming te onteigenen. Vaak zal de moedermaatschappij zelf geen financiële onderneming zijn, maar een holdingmaatschappij waarin de aandelen van een of meer financiële ondernemingen zijn ondergebracht, en die op haar beurt beursgenoteerd is. Een reden om de moedermaatschappij in de onteigening te betrekken kan zijn dat de problemen waarin de dochtermaatschappij verkeert, het gevolg of mede het gevolg zijn van problemen waarin de moedermaatschappij verkeert, doch dit is niet noodzakelijk. Denkbaar is ook dat de moedermaatschappij, hoewel zij zelf niet in problemen verkeert, wel de sleutel vormt tot de oplossing voor de gevaarlijke situatie waarin haar dochter zich bevindt. Dat kan bijvoorbeeld zijn doordat de moedermaatschappij over voldoende andere activa beschikt om – desnoods door de verkoop van bepaalde bedrijfsonderdelen – haar dochter financieel te hulp te schieten. Is zij daartoe om welke reden dan ook niet bereid, dan kan het algemeen belang dat is gemoeid met een zorgvuldige besteding van de algemene middelen met zich brengen dat niet uitsluitend de noodlijdende dochter, maar ook haar moeder wordt onteigend.

Artikel 6:5

Een goede informatiepositie is cruciaal om een zorgvuldige afweging te maken bij de voorgenomen aanwending van de bijzondere ministeriële bevoegdheden uit dit wetsvoorstel. De toezichthouder bezit deze informatie doorgaans al op grond van haar wettelijke taakuitoefening van de Wft. De informatiepositie van de minister dient echter te worden versterkt ten behoeve van zijn (mede) verantwoordelijkheid voor de stabiliteit van het financiële stelsel en zijn thans in dat kader toegekende bevoegdheden, zoals tot uitdrukking gebracht in de artikelen 6:1 en 6:2. Hierbij is nauwlettend gekeken naar de mogelijkheden die de Europese richtlijnen bieden. Verschillende richtlijnen stellen beperkingen aan de verstrekking aan derden van vertrouwelijke gegevens over financiële ondernemingen die berusten bij de toezichthouder. De bepalingen gaan uit van een in beginsel gesloten stelsel van informatieverstrekking teneinde te waarborgen dat financiële ondernemingen die zijn onderworpen aan toezicht er op kunnen vertrouwen dat de vertrouwelijke informatie die zij verplicht zijn aan de toezichthouder te verstrekken door deze als vertrouwelijk zal worden behandeld. Met dit regime wordt beoogd geen belemmering op te werpen voor de informatiestroom richting de toezichthouder.

Met dit systeem verhoudt zich een informatieverstrekkingsplicht van de toezichthouder aan de minister in het kader van de eventuele toepassing van zijn bevoegdheden uit hoofde van de artikelen 6:1 en 6:2. Gesteld kan worden dat de minister optreedt als een in de richtlijnen bedoelde bevoegde autoriteit waardoor de door de richtlijnen vereiste en in artikel 1:89 neergelegde geheimhoudingsplicht vertrouwelijkheid ook voor hem geldt. Er wordt dan ook geen inbreuk gemaakt op het in beginsel gesloten stelsel.

De aard van de informatie en de hoedanigheid waarin de minister die ontvangt is een andere dan de gevallen waar artikel 1:42 Wft op ziet.

Artikelen 6:6 en 6:7

Tegen een besluit op grond van artikel 6:1 of 6:2 staat beroep open op de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. Gelet op het ingrijpende karakter van de maatregelen waartoe de minister op grond van die artikelen kan besluiten, is het van het grootste belang dat over die maatregelen met spoed het oordeel van de rechter kan worden uitgelokt. Voorkomen moet worden dat de vraag of de minister terecht heeft besloten om in te grijpen, te lang boven de markt zou blijven hangen. Een lange gerechtelijke procedure zou ernstig afbreuk kunnen doen aan de effectiviteit van de genomen maatregelen, zeker wanneer deze er toe strekken om door overheidsingrijpen de rust op de financiële markten te doen terugkeren. Om die reden is gekozen voor een snelle gerechtelijke procedure, met toepassing van de in de Awb opgenomen regels voor versnelde behandeling.

De behoefte aan een snelle rechterlijke toetsing is ook de reden dat voor een dual stelsel is gekozen, waarin de schadeloosstelling bij onteigening is losgekoppeld van het hoofdbesluit tot onteigening. Dat betekent dat de toetsing van de Afdeling bestuursrechtspraak zich zal beperken tot de vraag of – binnen de daarvoor geldende nationale en internationale wettelijke kaders – de Minister van Financiën in redelijkheid tot gebruikmaking van zijn in artikel 6:1 of 6:2 bepaalde bevoegdheid heeft kunnen komen. Hiermee wordt voorkomen dat de behoefte aan een snelle rechterlijke toetsing van het hoofdbesluit in de weg zou staan aan een zorgvuldige bepaling van de hoogte van de schadeloosstelling, terwijl op haar beurt de schadeloosstellingsprocedure de toetsing van het hoofdbesluit niet vertraagt. Het wetsvoorstel verschilt op dit punt van de systematiek van de onteigeningswet, waarin hoofdbesluit en schadeloosstelling wel gekoppeld zijn. In de onteigeningswet is die koppeling echter geen probleem, omdat bij onteigeningen op grond van die wet in veel mindere mate een spoedeisend belang aanwezig is.

In artikel 6:6 is de toetsing van meergenoemde besluiten opgedragen aan de Afdeling bestuursrechtspraak. Gelet op het uitzonderlijke karakter van de maatregelen die de minister kan nemen – maatregelen waarmee mogelijk nooit, doch in elk geval slechts zeer zelden ervaring zal worden opgedaan – lag het voor de hand om de toetsing van die maatregelen door de hoogste algemene bestuursrechter te laten geschieden. Bijkomende overweging is geweest dat de Afdeling als hoogste algemene bestuursrechter ook meteen een eindoordeel kan vellen, zodat onmiddellijk duidelijkheid wordt verschaft over de toelaatbaarheid (of ontoelaatbaarheid) van de door de minister getroffen maatregelen.

Van het besluit op grond van artikel 6:1 of 6:2 staat rechtstreeks beroep open op de Afdeling. Tegen het besluit behoeft, in afwijking van artikel 7:1 Awb, niet eerst bezwaar te worden gemaakt. Met het oog op de gewenste spoed is in het eerste lid van artikel 6:7 bepaald dat de termijn voor de indiening van het beroepschrift tien dagen bedraagt, terwijl het vijfde lid van artikel 6:7 bepaalt dat de Afdeling uiterlijk veertien dagen na ontvangst van het beroepschrift uitspraak doet. Om dit mogelijk te maken voorziet het derde lid van artikel 6:7 in een versnelde behandeling van de zaak door te bepalen dat de zaak met toepassing van afdeling 8.2.3 Awb moet worden behandeld.

Voor de goede orde zij nog vermeld dat het instellen van beroep geen schorsende werking heeft. Artikel 6:16 Awb is onverkort van toepassing. Wel staat de mogelijkheid open om bij de Afdeling een voorlopige voorzieningen te vragen. Dit voorkomt dat belanghebbenden zich tot een andere rechter zouden moeten wenden,

wanneer zij een voorlopig oordeel over de toelaatbaarheid van het bestreden besluit wensen uit te lokken. Aan een voorlopig oordeel zou bijvoorbeeld behoefte kunnen bestaan, wanneer de (feitelijke) gevolgen van het bestreden besluit na een vernietiging niet meer goed zouden kunnen worden teruggedraaid.

Artikelen 6:8 en 6:9

Het recht op schadeloosstelling bij onteigening is vastgelegd in artikel 6:8, eerste lid. Daarin is bepaald dat de onteigende partij schadeloos wordt gesteld. Uitgangspunt voor het bepalen van de omvang van de schadeloosstelling is dat een volledige vergoeding wordt gegeven voor alle schade die de onteigende partij "rechtstreeks en noodzakelijk" door het verlies van zijn goed lijdt. In het algemeen worden bij onteigening drie soorten schade onderscheiden. Allereerst is er de schade die wordt geleden door het verlies van het onteigende goed zelf. Daarnaast kan het zijn dat door de onteigening van een bepaald goed ook de waarde van bepaalde niet onteigende goederen die toebehoren aan de onteigende partij vermindert. Dit soort schade zal echter vooral aan de orde zijn bij (gedeeltelijke) onteigening van onroerende zaken. In het kader van dit wetsvoorstel ligt het minder voor de hand dat er ook een waardevermindering van andere, niet-onteiende goederen optreedt. Vergoeding van die schade is in beginsel alleen aan de orde als de betrokkene daardoor onevenredig wordt benadeeld. Tot slot is, onder bijzondere omstandigheden, denkbaar dat er overige voor vergoeding in aanmerking komende inkomens- of bedrijfsschade optreedt, bijvoorbeeld doordat men door de onteigening niet meer aan contractuele verplichtingen met betrekking tot het onteigende goed kan voldoen en daardoor zelf schadeplichtig wordt jegens een contractspartij. Daar staat tegenover dat een contractuele verplichting, bijvoorbeeld een geschreven call optie op een onteigend aandeel, ook tot gevolg kan hebben dat de werkelijke waarde van het onteigende goed zelf voor de onteigende partij navenant lager ligt. Onder uitzonderlijke omstandigheden, bijvoorbeeld als betrokkene onevenredig wordt getroffen, is dan plaats voor een vergoeding.

Steeds geldt dat de schade een rechtstreeks en noodzakelijk gevolg moet zijn van de onteigening. Zo komt de waarde die een aandeel reeds voorafgaand aan de onteigening heeft verloren ten gevolge van een dalende beurskoers, niet voor vergoeding in aanmerking. Deze waardevermindering is immers geen gevolg van de onteigening. Van belang is voorts dat slechts de werkelijke waarde van het onteigende goed wordt vergoed (zie artikel 6:8, tweede lid). Daarbij dient het toekomstperspectief dat de onderneming zou hebben gehad als er geen onteigening had plaatsgevonden, als uitgangspunt te worden genomen (vgl. artikel 3:159ij). De werkelijke waarde is vervolgens de prijs die, gegeven dat toekomstperspectief, bij een normale verkoop tussen twee "redelijk handelende" partijen tot stand zou zijn gekomen (artikel 6:9, eerste lid; vgl. artikel 40b van de onteigeningswet). Ingeval van beursgenoteerde aandelen (of andere effecten) ligt het voor de hand om mede naar de beurskoers van die aandelen te kijken. Overwogen is om in het wetsvoorstel te bepalen dat de in het eerste lid bedoelde prijs in dat geval aan de hand van de laatste beurskoers of aan de hand van een gewogen gemiddelde beurskoers over een bepaalde referentieperiode (bijvoorbeeld de week voorafgaand aan de onteigening) wordt vastgesteld. Hiervan is echter om een aantal redenen afgezien. In de eerste plaats omdat de beurskoers niet noodzakelijk een adequate afspiegeling is van de prijs die een redelijk handelende koper bereid zou zijn voor de onderneming te betalen. Een redelijk handelende koper zal vooral naar de intrinsieke waarde van het aandeel kijken. Bij een onderneming in financiële problemen zal hij zich bovendien de vraag stellen welke aanvullende investeringen nodig zijn om de onderne-

ming weer financieel gezond te maken, en daarmee rekening houden in de prijs die hij bereid is per aandeel te betalen. Ook kan het zijn dat de beurskoers een te gunstig beeld geeft van de werkelijke waarde van een onderneming, omdat de ernst van de problemen waarin die onderneming verkeert, nog niet in volle omvang bekend is bij beleggers. Dit nog afgezien van het feit dat bij beleggers ook andere overwegingen kunnen spelen, die wellicht meer met de concrete verhandelbaarheid van het aandeel op een bepaald moment dan met de intrinsieke waarde van het aandeel te maken hebben. Belangrijker echter nog is dat het opnemen van een waardebepalingsregel die uitgaat van de beurskoers op een bepaald moment of de gemiddelde koers over een bepaalde periode, ertoe zou kunnen leiden dat beleggers gaan speculeren op de mogelijke onteigening van de onderneming, in de wetenschap dat een hogere beurskoers automatisch tot een hogere schadeloosstelling zal leiden. In het ergste geval zou een vaste koppeling tussen beurskoers en schadeloosstelling zelfs in de weg kunnen staan aan private oplossingen voor de problemen waarin de onderneming verkeert. Dat zou bijvoorbeeld het geval kunnen zijn wanneer aandeelhouders pogingen van de onderneming om door een claimemissie nieuw kapitaal aan te trekken blokkeren, omdat zij menen bij een onteigening een betere "prijs" voor hun aandelen te kunnen krijgen dan zij op de beurs zouden krijgen, nadat er een claimemissie heeft plaatsgevonden. Een vaste koppeling tussen beurskoers en schadeloosstelling zou daarmee een onteigening zelfs dichterbij kunnen brengen, hetgeen uiteraard niet de bedoeling is. Onteigening dient een laatste redmiddel te zijn, niet een alternatief voor private oplossingen. Indien een financiële onderneming verschillende klassen van aandelen heeft uitgegeven, kan de schadeloosstelling, naar gelang de werkelijke waarde, per klasse van aandelen verschillen. Opgemerkt zij verder nog dat bij het bepalen van de schadeloosstelling ook rekening wordt gehouden met eventuele financiële steun die de onderneming reeds van overheidswege heeft ontvangen. De waarde die deze steun vertegenwoordigt, dient op grond van het tweede lid van artikel 6:9 in de schadeloosstelling te worden verdisconteerd. Dit om te voorkomen dat de onderneming of haar aandeelhouders ten gevolge van de verleende steun een hogere schadeloosstelling ontvangen dan op grond van de werkelijk door hen geleden schade gerechtvaardigd is.

Een onteigend aandeel of goed gaat op grond van artikel 6:2, zesde lid, onbezwaard over op de Staat. De op het aandeel of goed rustende beperkte rechten worden niet onteigend. Dit betekent dat de beperkt gerechtigde voor de schade die hij ten gevolge van de onteigening lijdt een vordering op de onteigende partij krijgt. Met het oog hierop is in het derde lid van artikel 6:8 geregeld dat de rechten van pand en vruchtgebruik met betrekking tot het onteigende goed op het moment van onteigening op het recht op schadeloosstelling overgaan. Hetzelfde geldt voor eventuele beslagen die op het onteigende goed zijn gelegd, voor zover deze althans bij de minister bekend zijn. Rechten van hypotheek kunnen niet rusten op het recht op schadeloosstelling, omdat dat recht niet vatbaar is voor vestiging van hypotheek. Daarom bepaalt de tweede volzin dat zo'n hypotheekrecht wordt omgezet in een pandrecht. De formulering is ontleend aan de rechtsfiguur conversie (artikel 3:42 BW). Het aldus ontstane pandrecht komt te rusten op het recht op schadevergoeding. In het vierde lid van artikel 6:8 is bovendien een voorziening getroffen voor het geval met betrekking tot een aandeel met medewerking van de vennootschap certificaten zijn uitgegeven. In dat geval wordt de certificaathouder gelijk gesteld met de aandeelhouder en komt het recht op schadeloosstelling aan de certificaathouder toe.

Tot slot bevat artikel 6:8, tweede lid, nog een voorziening voor het geval een aandeel niet volledig is volgestort. In dat geval wordt de werkelijke waarde van het aandeel slechts naar rato van het gestorte bedrag vergoed.

Artikelen 6:10 en 6:11

In artikel 6:10, eerste lid, is de vaststelling van de schadeloosstelling opgedragen aan de ondernemingskamer van het Gerechtshof te Amsterdam. Hiermee is gewaarborgd dat de schadeloosstelling in alle gevallen door de rechter wordt getoetst, ook wanneer een onteigende partij zelf niet in de gelegenheid is de schadeloosstelling ter toetsing aan de rechter voor te leggen of daar om andere reden van afziet. Er is niet voor gekozen om – zoals in de consultatieversie van het wetsvoorstel nog werd voorgesteld – de schadeloosstelling door de Minister van Financiën te laten vaststellen en het aan de individuele onteigenden over te laten om de schadeloosstelling al dan niet ter toetsing aan de rechter voor te leggen. In de consultatiefase werd er terecht op gewezen dat dit een te hoge drempel zou kunnen vormen voor bijvoorbeeld kleine aandeelhouders. Bovendien had de aanvankelijk voorgestelde regeling als nadeel dat alleen onteigenden die de gang naar de rechter hadden gemaakt, aanspraak konden maken op een eventueel door de rechter vast te stellen hogere schadeloosstelling. Aan de thans voorgestelde regeling, waarbij de schadeloosstelling steeds door de rechter wordt vastgesteld, kleven deze bezwaren niet. Opgemerkt zij nog dat de keuze voor de ondernemingskamer is ingegeven door de expertise die de ondernemingskamer heeft in procedures waarin waarderingsaspecten spelen (te denken valt onder meer aan uitkoop en openbaar bod), terwijl zij ook beschikt over waarderingsdeskundigen onder haar raden.

De schadeloosstellingprocedure wordt ingeleid met een aanbod tot schadeloosstelling en een verzoek aan de ondernemingskamer om de schadeloosstelling overeenkomstig dat aanbod vast te stellen (artikel 6:10, tweede lid). Het is wenselijk dat de minister zo snel mogelijk duidelijkheid verschaft over de schadeloosstelling die hij aanbiedt ter vergoeding van de door de onteigende partij geleden schade. Met het oog hierop bepaalt artikel 6:10 dat de minister zo spoedig mogelijk, doch uiterlijk zeven dagen nadat het besluit tot onteigening onherroepelijk is geworden, een aanbod tot schadeloosstelling doet. Het streven zal er uiteraard op gericht zijn om reeds bij de bekendmaking van het besluit tot onteigening een aanbod te doen.

Artikel 6:11, eerste lid, bepaalt dat de ondernemingskamer het verzoek tot vaststelling van de schadeloosstelling behandelt op de voet van de rechtspleging in burgerlijke zaken. In concreto betekent dit – gegeven het feit dat de procedure wordt ingeleid met een verzoekschrift van de minister – dat de verzoekschriftprocedure van Boek 1, derde titel, van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering van toepassing is. Tegen de beschikkingen van de ondernemingskamer kan beroep en cassatie worden ingesteld door degenen die in de procedure bij de ondernemingskamer verschenen zijn (art. 426 Rv).

Bij de vaststelling van de schadeloosstelling mag de ondernemingskamer uitgaan van het door de minister gedane aanbod (artikel 6:11, tweede lid). Zij hoeft zich niet eerst zelf een (voorlopig) oordeel te vormen over wat een passende schadeloosstelling zou kunnen zijn. Het feit dat de ondernemingskamer van het aanbod van de minister mag uitgaan, heeft tevens als voordeel dat onteigenden niet eerst het oordeel van de ondernemingskamer behoeven af te wachten, maar in beginsel meteen nadat het verzoekschrift tot vaststelling van de schadeloosstelling is ingediend, hun positie kunnen bepalen. Als zij het aanbod van de minister te laag vin-

den, kunnen zij zich bij verweerschrift tot de ondernemingskamer wenden met het verzoek om een hogere schadeloosstelling vast te stellen.

De ondernemingskamer kan een hogere schadeloosstelling vaststellen, als zij aannemelijk acht dat de door de minister aangeboden schadeloosstelling geen volledige vergoeding vormt voor de ten gevolge van de onteigening geleden schade. Dit betekent dat onteigenden niet noodzakelijk ieder voor zich behoeven aan te tonen dat de aangeboden schadeloosstelling hun schade niet volledig dekt. De ondernemingskamer kan zich bij de vaststelling van de schadeloosstelling ook baseren op feiten en omstandigheden die door andere onteigenden zijn aangedragen of op een door haar zelf bevolen deskundigenrapport (artikel 194 Rv). De vrijheid die de ondernemingskamer heeft in de bewijsmiddelen die zij aan de vaststelling van de schadeloosstelling ten grondslag legt, betekent overigens niet dat zij ook in andere opzichten vrij is in het toekennen van schadeloosstellingen. De schadeloosstellingen dienen binnen de grenzen van de artikelen 6:8 en 6:9 te blijven.

Tot slot bevat artikel 6:11, vierde lid, nog een regeling betreffende de kosten van de procedure tot vaststelling van de schadeloosstelling. Het vierde lid is ontleend aan de artikelen 2:92a, zesde lid, en 2:359c, zevende lid, BW.

Artikelen 6:12 en 6:13

De onderhavige artikelen hebben betrekking op de betaling van de schadeloosstelling. Gekozen is voor een constructie waarbij de minister spoedig nadat hij een aanbod tot schadeloosstelling heeft gedaan, het bedrag van de door hem aangeboden schadeloosstelling bij wijze van voorschot betaalbaar stelt (artikel 6:12, eerste lid). Op deze wijze is verzekerd dat onteigenden niet eerst de vaststellingsprocedure behoeven af te wachten, voordat zij een (eerste) betaling tegemoet kunnen zien. Mocht door de rechter uiteindelijk een hoger bedrag aan schadeloosstelling worden toegekend, dan zal het verschil zo spoedig mogelijk worden nabetaald (artikel 6:12, vierde lid). Opgemerkt zij nog dat geen regeling behoeft te worden getroffen voor (gehele of gedeeltelijke) terugbetaling van hetgeen bij wijze van voorschot is betaald. Omdat de ondernemingskamer op grond van artikel 6:11, tweede lid, alleen naar boven toe kan afwijken van de door de minister aangeboden schadeloosstelling, zal het voorschot – behoudens in gevallen waarin onverschuldigd zou zijn uitgekeerd aan iemand die geen recht op schadeloosstelling heeft – nooit behoeven te worden teruggevorderd.

Voor de wijze van betaling is zoveel mogelijk aansluiting gezocht bij de uitkoopregeling uit Boek 2 BW. Artikel 6:12, tweede lid, is ontleend aan de artikelen 2:92a, zevende lid, en 2:359c, achtste lid, BW. De in artikel 6:13 opgenomen bevoegdheid om de schadeloosstelling te consigneren komt overeen met de bevoegdheid die de overnemer in de uitkoopregeling heeft op grond van het achtste, onderscheidenlijk negende, lid van die artikelen.

Over de schadeloosstelling is rente verschuldigd, te rekenen vanaf de dag van onteigening tot aan de dag van betaling (artikel 6:12, derde lid; vgl. de artikelen 2:92a, vijfde lid, en 2:359c, zesde lid, BW). Deze rente is, behalve in het geval van consignatie, gelijk aan de wettelijke rente. Vanaf het moment dat een schadeloosstelling geconsigneerd is, gaat er een andere rente gelden: op geconsigneerde gelden is het op grond van artikel 9, derde lid, van de Wet op de consignatie van gelden vastgestelde rentepercentage van toepassing.

ARTIKEL II (FAILLISEMENTSWET)

A

Betreft de vervanging van de definitie van “effect” door de definitie van “financieel instrument”.

B

De wijziging van artikel 212d, eerste en tweede lid, houdt geen rechtstreeks verband met de andere wijzigingen die met het thans voorliggende wetsvoorstel worden voorgesteld. Wij grijpen deze gelegenheid aan om een onnauwkeurigheid in de wet te redresseren. Op grond van artikel 2, aanhef en onderdeel a, tweede gedachtestreepje, van de Finaliteitsrichtlijn mag de lidstaat *waarvan het recht toepasselijk is* op een systeem een systeem aanwijzen om zo te bereiken dat op dat systeem de finaliteitsbescherming van toepassing is.²⁶ Op grond van deze richtlijnbevestiging kan eerste ondergetekende slechts die systemen aanwijzen waarop Nederlands recht van toepassing is doordat de deelnemers dat recht als het toepasselijke recht hebben gekozen. Artikel 212d, eerste en tweede lid, is echter nu nog ten onrechte zo geformuleerd dat eerste ondergetekende ook systemen kan aanwijzen waarop een ander recht dan het Nederlandse recht van toepassing is. De voorgestelde wijziging van artikel 212d, eerste en tweede lid, brengt de tekst van de wet in overeenstemming met de tekst van de richtlijn. Overigens heeft de discrepantie tussen de richtlijntekst en de wettekst niet tot problemen in de praktijk geleid: eerste ondergetekende heeft geen systemen aangewezen waarop een ander recht dan het Nederlandse recht van toepassing is.

C

Artikel 212g wordt aangevuld met dezelfde definities als in artikel 3:159a Wet op het financieel toezicht, met uitzondering van de definitie van ‘probleeminstelling’, omdat deze term in de huidige Faillissementswet niet voorkomt en het voor de systematiek van de Faillissementswet niet nodig is deze term in te voeren.

D

Artikel 212ha

In artikel 212ha, eerste lid, is bepaald op welke gronden het faillissement van een legale bank of verzekeraar kan worden uitgesproken. Hierop is in het algemene gedeelte van deze toelichting reeds uitgebreid ingegaan: zie aldaar. In het tweede lid is bepaald dat een ander dan DNB niet het faillissement kan aanvragen. Artikel

²⁶ Richtlijn nr. 99/26/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 19 mei 1998 betreffende het definitieve karakter van de afwikkeling van betalingen en effectentransacties in betalings- en afwikkelingssystemen (PbEG L 166, blz. 45 e.v.), zoals gewijzigd bij richtlijn nr. 2009/44/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 6 mei 2009 tot wijziging van Richtlijn 98/26/EG betreffende het definitieve karakter van de afwikkeling van betalingen en effectentransacties in betalings- en afwikkelingssystemen en Richtlijn 2002/47/EG betreffende financiële zekerheidsvoorzieningen wat gekoppelde systemen en kredietvorderingen betreft (PbEU L 146, blz. 37 e.v.)

212ha komt in de plaats komt van artikel 1, en geeft dus niet een daarop aanvullende regeling. Dit heeft in de eerste plaats tot gevolg dat het criterium dat geldt voor 'gewone schuldenaren' niet geldt. Met andere woorden: irrelevant is of de probleeminstelling in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen, ofwel dat hij meer dan een schuld onbetaald laat. In de tweede plaats kan alleen DNB het faillissement verzoeken, beter gezegd, een verzoek van anderen is niet-ontvankelijk. De reden daarvoor is gelegen in het gegeven dat een eventueel faillissement van een bank grote consequenties kan hebben voor bijvoorbeeld de nutsfuncties die door die bank worden vervuld. Het is onwenselijk dat een faillissement van een bank zou kunnen worden bewerkstelligd door toedoen van een individuele schuldeiser, omdat er grotere maatschappelijke belangen mee gemoeid zijn dan het belang van de schuldeiser. Deze kan wel een rechtsvordering instellen tegen de bank, maar niet het faillissement aanvragen.

Bovendien is onduidelijk aan de hand van welke criteria de rechtbank een faillissementsverzoek zou moeten beoordelen. Zou dat het criterium zijn dat de desbetreffende bank twee of meer schulden onbetaald laat, dan kan de toewijzing van het verzoek het prudentiële toezicht van DNB kunnen doorkruisen. In het bijzonder zou een dergelijk verzoek de voorbereiding van een overdrachtsplan kunnen obstructeren. Zou daarentegen voor het faillissementsverzoek van een individuele schuldeiser hetzelfde criterium gelden als voor het verzoek van DNB om een overdrachtsregeling, noodregeling of faillissement uit te spreken, dan geldt het bezwaar dat de individuele schuldeiser geen inzicht heeft in de gegevens aan de hand waarvan wordt beoordeeld of aan dat criterium is voldaan. Voorts geldt dat het enkele verzoek van een individuele schuldeiser om het faillissement van een bank uit te spreken, kan leiden tot ongewenste speculaties met betrekking tot de financiële situatie van de bank in kwestie. Niet ondenkbaar is dat een schuldeiser het faillissement aanvraagt met het oogmerk ongunstige speculaties op gang te brengen. Het loutere dreigen met een faillissementsverzoek zou hem een pressiemiddel kunnen verschaffen waarbij zijn belang niet in verhouding staat tot het belang dat DNB dient.

In dit verband vervalt artikel 212k, eerste lid. Daarin is bepaald dat de rechtbank op een verzoek van een individuele schuldeiser niet beslist dan nadat zij DNB heeft gehoord. Die bepaling is overbodig geworden na het vervallen van de mogelijkheid dat een individuele schuldeiser het faillissement van een bank verzoekt. Afgezien daarvan is het onduidelijk aan de hand van welke criteria de rechtbank zou moeten beslissen wanneer zij DNB hoort. DNB kan bezwaarlijk aanvoeren dat zij achter de schermen een overdrachtsplan voorbereidt, welke voorbereiding zou worden verhinderd indien de rechtbank het faillissement zou uitspreken. DNB zal daarom slechts in vage termen kunnen aanvoeren dat vanuit oogpunt van prudentieel toezicht een faillissement ongewenst is. De rechtbank zou dan rekening moeten houden met de mogelijkheid dat DNB op grond van haar geheimhoudingsplicht niet alle negatieve aspecten van een faillissement naar voren brengt. Van de rechtbank kan niet worden gevraagd een afweging te maken op gronden waarvan zij niet weet of deze volledig zijn.

Artikel 212hb

Artikel 212hb heeft betrekking op illegale banken en verzekeraars. Hiervoor is het criterium uit het bestaande artikel 3:161, eerste lid, Wft betreffende de noodregeling van illegale verzekeraars overgenomen. Artikel 212hb geeft, in tegenstelling tot artikel 212ha, wel een aanvullende regeling. Dit is onder woorden gebracht met de zinsnede «onverminderd artikel 1». Dit heeft tot gevolg dat ook anderen dan DNB het faillissement van een illegale bank en verzekeraar kunnen aanvragen. Voor de

aanvraag door een 'gewone schuldeiser' geldt het criterium van artikel 1. Het verschil met artikel 212ha wordt verklaard uit de omstandigheid dat DNB niet noodzakelijkerwijs op de hoogte is van het bestaan van een illegale bank of verzekeraar. Het zou daarom ongerijmd zijn dat slechts DNB het faillissement kan aanvragen.

Artikel 212hc

In de Wft zijn de typen overdrachtsplan geregeld. Wanneer DNB het faillissement verzoekt, kan zij een overdrachtsplan overleggen en verzoeken het overdrachtsplan goed te keuren. Een overdrachtsplan met betrekking tot door de probleeminstelling uitgegeven aandelen kan niet worden overgelegd: bij een aandelenoverdracht blijft de probleeminstelling als zodanig bestaan, maar komt zij in eigendom van andere aandeelhouders. De aandelenoverdracht is daarom niet verenigbaar met het faillissement, dat tot gevolg heeft dat de probleeminstelling ophoudt te bestaan.

Artikel 212hd tot en met 212hh

De artikelen 212hd tot en met 212hh regelen de procedure van de behandeling van het faillissementsverzoek. In artikel 212he is bepaald dat de behandeling met de meeste spoed gebeurt. Dat betekent dat de behandeling 's avonds, 's nachts en in het weekeinde kan plaatsvinden, zoals in de praktijk ook is voorgekomen. De probleeminstelling kan zich verweren tegen beslissingen die worden genomen in het kader van het voorbereiden van een overdrachtsplan. Wanneer de probleeminstelling zich niet verweert tegen de beslissingen die DNB tijdens de voorbereiding van het overdrachtsplan heeft genomen, toetst de rechtbank die beslissingen niet. Wanneer de probleeminstelling zich daartegen wel heeft verweerd, toetst de rechter die beslissingen marginaal, dat wil zeggen dat de rechter beoordeelt of DNB in redelijkheid tot die beslissingen heeft kunnen komen. Indien de rechter de beslissingen vernietigt, behoeft dat niet van invloed te zijn op de beoordeling van het faillissementsverzoek en van het overdrachtsplan. Anders gezegd: ook indien de rechter oordeelt dat DNB in redelijkheid niet de beslissingen had kunnen nemen, dan nog kan de rechter wel oordelen dat summierlijk blijkt dat is voldaan aan de gronden voor het faillissementsverzoek en het overdrachtsplan goedkeuren. De rechter toetst of summierlijk is gebleken of is voldaan aan het criterium om het faillissement uit te spreken. Indien summierlijk blijkt dat aan het criterium is voldaan, en indien DNB een overdrachtsplan heeft overgelegd, beoordeelt de rechter of het overdrachtsplan kan worden goedgekeurd. Die beoordeling is eveneens marginaal.

De terechtzitting is niet openbaar. Dat is ook nu reeds zo. De reden daarvoor is dat een openbare terechtzitting een gevaar oplevert voor de openbare orde. Wanneer bekend zou worden dat het faillissement is aangevraagd, kan dat leiden tot een *bank run*, het verlies van vertrouwen in de financiële markten en een ondermijning van de financiële stabiliteit. De regel dat de behandeling op een niet openbare rechtszitting plaatsvindt komt nu reeds voor in bijvoorbeeld artikel 3:162, tweede lid, en kwam vroeger reeds voor in bijvoorbeeld artikel 156, zesde lid, Wtv 1993. De praktijk heeft geen aanleiding gegeven deze bepaling anders te formuleren. Zo is het bijvoorbeeld niet nodig uitdrukkelijk te bepalen dat de procedure niet op de rol van de rechtbank wordt vermeld.

Artikel 212hi

De beschikkingen betreffende de beoordeling van de aanwijzingen en de verplichtingen, het faillissementsverzoek en de goedkeuring van het overdrachtsplan zijn uitvoerbaar bij voorraad.

Artikel 212hj

In artikel 212hj worden de artikelen 3:159k, 3:159l en 3:159p van overeenkomstige toepassing verklaard. Artikel 3:159k van die wet regelt de betaling van de door DNB ingevolge het depositogarantiestelsel beschikbaar gestelde bedrag en het regresrecht van DNB op de boedel. Artikel 3:159l Wft bepaalt dat de deposito-overeenkomsten op de overnemer overgaan door de goedkeuring van het overdrachtsplan. Artikel 3:159p Wft bepaalt hetzelfde met betrekking tot de activa en passiva. De verwijzing naar artikel 3:159u Wft is vooral van belang voor het tweede lid van dat artikel. Daarin is bepaald dat een verzoek als bedoeld in het eerste lid van dat artikel, indien het overdrachtsplan betrekking heeft op door de probleeminstelling uitgegeven aandelen, wordt gedaan in overeenstemming met Onze Minister.

De artikelen 3:149f, 3:159j, 3:159m tot en met 3:159o en 3:159q Wft behoeven niet van overeenkomstige toepassing te worden verklaard. Deze artikelen hebben betrekking op het overdrachtsplan zelf en bijvoorbeeld de financiering van een deposito-overdracht, ongeacht of het overdrachtsplan wordt overgelegd bij een verzoek om het uitspreken van de overdrachtsregeling dan wel bij een verzoek om het uitspreken van de noodregeling of het faillissement. Daarom gelden die artikelen ook in geval van het uitspreken van de noodregeling of het faillissement.

Artikel 212hk tot en met 212hp

De artikelen 212g tot en met 212hp zijn geschreven voor de gevallen waarin DNB het faillissement verzoekt maar geen overdrachtsplan overlegt, en dat tijdens faillissement alsnog wil doen. Die situatie kan zich bijvoorbeeld voordoen wanneer de situatie zo urgent is dat DNB zich gedwongen voelt het faillissement te verzoeken terwijl zij niet of onvoldoende een overdrachtsplan heeft kunnen voorbereiden. Ook is voorstelbaar dat zij voorafgaand aan het faillissementsverzoek geen overnemer heeft kunnen vinden, maar dat, nadat het faillissement is uitgesproken en bekend is geworden, zich wel een overnemer meldt. Als laatste voorbeeld is nog denkbaar dat de rechtbank een overgelegd overdrachtsplan niet goedkeurt. Voor die gevallen voorziet de wet in de mogelijkheid dat DNB tijdens faillissement alsnog of wederom een overdrachtsplan overlegt.

De artikelen 212hj tot en met 212ho volgen hetzelfde stramien als de artikelen in de Wft die het overdrachtsplan en de daarbij behorende bevoegdheden van DNB regelen. DNB kan aan de curator mededelen dat zij een overdrachtsplan voorbereidt. Na een dergelijke mededeling heeft DNB extra bevoegdheden. Zij kan de curator verplichten gegevens aan een overnemer te verschaffen of te verplichten een overnemer toe te staan plaatsen van de probleeminstelling te betreden. In het in deze fase overgelegde overdrachtsplan wordt hetzelfde opgenomen als in het overdrachtsplan dat voorafgaand aan het faillissementsverzoek wordt voorbereid.

Artikel 212hq

Het is denkbaar dat een door de rechtbank goedgekeurd overdrachtsplan aanpassing behoeft. Voor die gevallen is een aanpassingsmechanisme noodzakelijk. De systematiek van het aanpassen van een overdrachtsplan sluit aan bij de systematiek waarvoor is gekozen bij het opstellen en goedkeuren van het oorspronkelijke overdrachtsplan.

Artikel 212hr

De artikelen 212ha tot en met 212hq worden van overeenkomstige toepassing verklaard op in Nederland gelegen bijkantoren van een bank met zetel in een staat die geen lidstaat is.

E

Deze wijziging hangt samen met artikel 212ha. Zie de toelichting op dat artikel.

F

Artikel 212l heeft betrekking op de situatie waarin de bank haar eigen faillissement heeft aangevraagd (aangifte genoemd) en tegelijkertijd DNB een verzoek om toepassing van de overdrachtsregeling of noodregeling heeft verzocht. In dat geval wordt de behandeling van de aangifte geschorst totdat op het verzoek tot het uitspreken van de overdrachtsregeling onderscheidenlijk noodregeling is beslist. Het artikel is gewijzigd omdat het niet langer mogelijk is dat een derde het faillissement aanvraagt.

G

Indien de rechtbank bij de toepassing van de noodregeling een overdrachtsplan heeft goedgekeurd, en vervolgens het faillissement wordt uitgesproken, blijft het overdrachtsplan van kracht. De rechtbank behoeft het overdrachtsplan niet opnieuw goed te keuren. De curator in faillissement is verplicht het overdrachtsplan dat is opgesteld in het kader van de aanvraag van de noodregeling uit te voeren. Voor de goede orde wordt opgemerkt dat, indien DNB geen overdrachtsplan heeft overgelegd in het kader van de aanvraag van de noodregeling of indien zij dat wel heeft gedaan maar de rechtbank heeft het overdrachtsplan niet goedgekeurd, DNB alsnog een overdrachtsplan kan overleggen in het kader van de omzetting van de noodregeling in het faillissement.

H

De wijziging van artikel 213 heeft betrekking op de definitie van “verzekeraar” en “overnemer” in de afdeling over het faillissement van een verzekeraar.

I

Artikelen 213aa tot en met 213aq

In de artikelen 213aa tot en met 213aq is hetgeen dat is geregeld met betrekking tot de overnames in het faillissement van banken, mutatis mutandis geregeld voor de overnames in het faillissement van verzekeraars.

J

Hetgeen in artikel 212l is bepaald met betrekking tot banken, is in artikel 213e bepaald met betrekking tot verzekeraars. Zie de toelichting op artikel 212l.

K

De wijziging van artikel 213f is vergelijkbaar met die van artikel 212m. Zie de toelichting op dat artikel.

ARTIKEL III (BURGERLIJK WETBOEK)

A

Artikel 80 van Boek 3 BW ziet op de verkrijging van goederen. Lid 2 geeft een opsomming van rechtshandelingen die verkrijging van goederen onder algemene titel bewerkstelligen: erfopvolging, boedelmenging, fusie en splitsing. Deze opsomming wordt aangevuld met de goedkeuring van het overdrachtsplan met betrekking tot deposito-overeenkomsten, activa of passiva dan wel door de probleeminstelling uitgegeven aandelen. Men zie voorts de toelichting bij artikel 3:159l.

B

Met de wijziging van het Burgerlijk Wetboek wordt gebruik gemaakt van de in de richtlijn overgang ondernemingen²⁷ opgenomen mogelijkheid die richtlijn buiten toepassing te laten in geval van een liquidatieprocedure.

ARTIKEL IV (ALGEMENE WET BESTUURSRECHT)

Het doen van de mededeling heeft als gevolg dat geen bezwaar en beroep openstaan tegen de besluiten om de probleeminstelling de verplichtingen op te leggen, noch tegen enig ander besluit dat DNB tijdens de voorbereiding van het overdrachtsplan met betrekking tot de probleeminstelling neemt. Het betreft in het bijzonder (1) het opleggen van de verplichting om medewerking te verlenen aan de voorbereiding van het overdrachtsplan, (2) het opleggen van de verplichting om toe te staan bepaalde personen elke plaats van de probleeminstelling te betreden, (3) het geven van een aanwijzing als bedoeld in artikel 1:75, en het benoemen van een curator als bedoeld in artikel 1:76 (ook wel 'stille curator' genoemd). De probleeminstelling kan tegen besluiten, genomen door DNB tijdens de voorbereiding van het overdrachtsplan, later opkomen in het kader van de behandeling van het verzoek van DNB om de faillietverklaring onderscheidenlijk het overdrachtsinstrument en om goedkeuring van het overdrachtsplan. Aan deze keuze ligt ten grondslag dat het doorgaan om zeer urgente situaties gaat, waarin het wenselijk is dat, indien de probleeminstelling wenst op te komen tegen de besluiten, de behandeling daarvan door de rechter wordt geconcentreerd met andere door de rechter te nemen besluis-

²⁷ Richtlijn 77/187/EEG van de Europese Raad van 14 februari 1977 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der Lid-Staten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan (PBL 61)

singen. De desbetreffende besluiten maken na de mededeling deel uit van een traject waarin aan de faillissementsrechter reeds om andere beoordelingen wordt gevraagd: een beoordeling van het faillissementsverzoeken van het verzoek om goedkeuring van het overdrachtsplan. De besluiten maken dus deel uit van een regeling waarin een rechtsgang bij de faillissementsrechter is opengesteld.

ARTIKEL V (BANKWET)

DNB is op grond van artikel 8, eerste lid, van de Bankwet 1998 bevoegd om transacties in de financiële markten te verrichten. De formulering van het eerste lid is ruim; DNB dient in de ruimste zin in de financiële markten te kunnen opereren om haar taken uit te voeren. DNB is op grond van dit artikel onder meer bevoegd om krediettransacties te verrichten. Deze bevoegdheid betreft zowel de reguliere monetaire beleidstransacties van DNB als eventuele bijzondere kredietverlening. Hier valt dus ook eventuele kredietverlening als 'lender of last resort' onder (liquiditeitssteun).²⁸

DNB kan op grond van transacties, verricht op basis van artikel 8, eerste lid, in de positie komen van schuldeiser jegens een financiële onderneming. Een goed voorbeeld hiervan is de genoemde liquiditeitssteun die DNB in voorkomende gevallen kan verlenen aan een bank in liquiditeitsnood. DNB wordt dan een belangrijke schuldeiser van de onderneming in kwestie.

Daarbij zal DNB conform het genoemde artikel toereikend onderpand bedingen. In een dergelijke rechtsverhouding zouden andere schuldeisers van de onderneming in kwestie zich op het standpunt kunnen stellen dat zij benadeeld worden in hun verhaalsmogelijkheden. Afhankelijk van de omstandigheden van het geval zouden die schuldeisers of een curator dan kunnen trachten de betreffende rechtshandelingen te vernietigen op grond van de artikelen 45 tot en met 48 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek of de artikelen 42 tot en met 51 van de Faillissementswet (de civielrechtelijke Actio pauliana dan wel de faillissementsrechtelijke Actio pauliana).

Het staat buiten kijf dat de mogelijkheid van schuldeisers of een curator om op grond van de betreffende artikelen in het Burgerlijk Wetboek en de Faillissementswet rechtshandelingen te laten vernietigen, de bevoegdheden en verplichtingen van DNB op grond van de Bankwet niet behoort te doorkruisen. Gelet op het belang bij een ongehinderde taakuitoefening door DNB moet voorkomen worden dat een eventueel beroep op de genoemde artikelen uit het Burgerlijk Wetboek of de Faillissementswet zou leiden tot onzekerheid daaromtrent.

In het onderhavige artikel wordt daarom de vernietigbaarheid van dergelijke rechtshandelingen op grond van artikel 45 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek of de artikelen 42 en 47 van de Faillissementswet uitgesloten.

²⁸ Zie nader de brief Minister van Financiën aan de Tweede Kamer van 5 november 2003 "hervorming van het toezicht van de financiële sector", Kamerstukken 2003/2004, 28122, nr. 18

ARTIKEL VI

Het onderhavige artikel regelt dat de wet in werking treedt met ingang van een bij koninklijk besluit te bepalen tijdstip. Artikel 3:259a, met betrekking tot de rechtspersoon voor het beheer en de instandhouding van een garantiefonds, dient in werking te treden op het tijdstip waarop de regels met betrekking tot de ex ante financiering van het depositogarantiefonds in werking treden. Artikel VI voorziet in de mogelijkheid dat dat artikel op een andere datum in werking treedt dan de datum waarop de andere artikelen in werking treden.

DE MINISTER VAN FINANCIËN,

DE MINISTER VAN VEILIGHEID EN JUSTITIE,