

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

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 al dan niet onomkeerbare 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 onomkeerbare 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 onomkeerbare 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 en van toezichtmaatregelen in het algemeen te versterken door de bevoegdheid van wederpartijen om na het treffen van

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

2. AFWIKKELING VAN FINANCIËLE ONDERNEMINGEN IN PROBLEMEN

Het kabinet stelt de volgende regeling voor om tot een tijdige en efficiënte afwikkeling van financiële ondernemingen met onomkeerbare problemen te komen. De Nederlandsche Bank (DNB) wordt de mogelijkheid gegeven om, ten aanzien van een kredietinstelling, entiteit voor risico-acceptatie 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 of een overbruggingsinstelling. Wanneer DNB van oordeel is dat de kredietinstelling, entiteit voor risico-acceptatie of verzekeraar onomkeerbare 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. Achtergrond en doel

a. huidige situatie

Momenteel kan DNB als een kredietinstelling, entiteit voor risico-acceptatie of een verzekeraar ten onder dreigt te gaan en niets meer kan worden gedaan om het tij te keren het volgende ondernemen:

1. DNB kan de financiële onderneming trachten te bewegen haar bedrijf aan een derde over te dragen. DNB heeft echter niet de bevoegdheid om de overdracht af te dwingen. Wel kan zij op grond van artikel 1:76 Wet op het financieel toezicht (hierna ook te noemen: Wft) een curator benoemen om de overdracht te bevorderen. Deze wordt ook wel 'stille curator' genoemd. De rol van de stille curator is echter beperkt tot de goedkeuring van de uitoefening van de bevoegdheden van organen en vertegenwoordigers en het geven van opdrachten die door de organen en vertegenwoordigers in acht moeten worden genomen. De organen en vertegenwoordigers van de financiële onderneming behouden dus hun functie.
2. DNB kan de rechtbank verzoeken de noodregeling uit te spreken. Indien de rechtbank het verzoek honoreert, benoemt zij een of meer bewindvoerders die zij een machtiging tot sanering of liquidatie van de financiële onderneming kan verlenen.
3. DNB kan de rechtbank om faillietverklaring verzoeken. Indien de rechtbank het verzoek honoreert, worden een of meer curatoren aangesteld. De curatoren zijn belast met het beheer en de vereffening van de failliete boedel.

Deze mogelijkheden zijn niet altijd geschikt om een kredietinstelling, entiteit voor risico-acceptatie of verzekeraar met onomkeerbare problemen efficiënt af te wikkelen. Om in bepaalde situaties tot een efficiënte afwikkeling te komen is het namelijk van belang dat voldaan wordt aan twee fundamentele randvoorwaarden, te weten doorzettingsmacht en geen moratorium. De huidige mogelijkheden van DNB vol-

doen slechts aan een van beide randvoorwaarden. Ingeval DNB de financiële onderneming tracht te bewegen haar bedrijf over te dragen is er geen sprake van een moratorium, maar DNB kan de overdracht niet afdwingen. De noodregeling en het faillissement kunnen daarentegen wel worden afdwongen, maar leiden tot een moratorium. Wat betreft de randvoorwaarde dat er niet of nog niet sprake mag zijn van een moratorium het volgende. Dit betekent dat de onderneming nog steeds haar bedrijf uitoefent en dat de schuldeisers nog altijd individueel hun rechten kunnen uitoefenen. Meer dan voor andere ondernemingen geldt voor kredietinstellingen, entiteiten voor risico-acceptatie en verzekeraars vanwege hun bedrijfsmodellen en nutsfuncties dat een moratorium de mogelijkheid van een doorstart of een sanering vrijwel uitgesloten maakt. Het bedrijfsmodel van kredietinstellingen bijvoorbeeld, waarbij – kort gezegd – kortlopende verplichtingen worden aangegaan om langlopende uitzettingen te doen, is sterk afhankelijk van kortlopende verplichtingen aan depositohouders en andere schuldeisers. Een moratorium leidt ertoe dat de depositohouders en de andere schuldeisers tijdelijk niet meer hun rechten kunnen uitoefenen. Het opheffen van een moratorium om het bedrijf voort te zetten zal tot een directe behoefte aan kortlopende middelen leiden, waaraan echter waarschijnlijk niet onmiddellijk kan worden voldaan. Kredietinstellingen, entiteiten voor risico-acceptatie en verzekeraars vervullen ook belangrijke nutsfuncties, zoals het aannemen van deposito's, het aangaan van verzekeringsovereenkomsten, het faciliteren van het betalingsverkeer en *clearing* en *settlement*. Stagnatie van deze nutsfuncties kan tot grote, maatschappelijke verstoring leiden, hetgeen het vertrouwen in het financiële stelsel kan ondermijnen. De tweede randvoorwaarde is de onderneming en degenen die bij haar zijn betrokken gedwongen moeten kunnen worden tot medewerking aan een efficiënte afwikkeling.

Tevens geldt dat de huidige mogelijkheden van DNB enkele beperkingen kennen. Ten eerste zijn de overdrachtmogelijkheden beperkt. De enige thans bestaande mogelijkheid van overdracht is dat de bewindvoerder in de noodregeling of de curator in het faillissement activa en passiva overdraagt. Deposito-overeenkomsten kunnen dus worden overgedragen, maar het is momenteel niet mogelijk dat voor de financiering hiervan een beroep wordt gedaan op de middelen van het depositogarantiestelsel. Ten tweede is het huidige criterium op grond waarvan de noodregeling kan worden uitgesproken te beperkt. Het criterium laat namelijk te veel ruimte voor een waardering van de kansen op verbetering. In de praktijk is het echter onwenselijk dat wordt afgewacht of er verbetering optreedt. Ten derde geldt dat DNB momenteel geen invloed heeft op de bewindvoerder in de noodregeling of de curator in het faillissement. Ingeval van de noodregeling of het faillissement is het niet DNB die een overnemer selecteert, maar de bewindvoerder, onderscheidenlijk curator. Hierbij heeft de bewindvoerder of curator niet primair oog voor de belangen van het financiële stelsel. Bovendien kent de bewindvoerder of curator de financiële sector minder goed dan DNB.

b. doel

In overeenstemming met de principes van de markteconomie is het uitgangspunt dat kredietinstellingen, entiteiten voor risico-acceptatie en verzekeraars moeten kunnen falen. Dit zal betekenen dat in de relatief zeldzaam voorkomende gevallen dat een financiële onderneming in onoverkomelijke financiële problemen verkeert zij onder de noodregeling of het faillissement zal worden geliquideerd. Vanuit het oogpunt van de nutsfuncties van kredietinstellingen, entiteiten voor risico-acceptatie en verzekeraars en de grote, maatschappelijke verstoring waartoe stagnatie van deze nutsfuncties kan leiden, kan het echter wenselijk zijn het geheel dan

wel een deel van het bedrijf van de financiële onderneming over te dragen aan een private derde partij of een overbruggingsinstelling. Dit neemt echter 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 kredietinstelling, entiteit voor risico-acceptatie 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 worden overgedragen. In dit geval is er sprake van een splitsing, waarbij bepaalde activa en passiva worden overgedragen aan een derde en 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 overdracht van relevante bedrijfsonderdelen betekent dat de gehele onderneming wordt overgedragen. Dit kan geschieden door alle activa en passiva van de onderneming of alle aandelen in de vennootschap aan een derde over te dragen. 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.

Het wetsvoorstel sluit hiermee aan bij de werkzaamheden van de Europese Commissie ten aanzien van een richtlijnvoorstel voor crisisbeheersing in de financiële sector.¹ In haar mededeling van 20 oktober 2010 heeft de Europese Commissie onder andere aangegeven de bevoegdheid te willen introduceren om bij de afwikkeling aandelen, activa, vorderingen of verplichtingen van een omvallende bank over te dragen aan een andere entiteit. Vooruitlopend op de totstandkoming van de Europese richtlijn hebben verschillende EU-lidstaten nationaal hun crisisinstrumentarium reeds uitgebreid. Voorbeelden hiervan zijn de *UK Banking Act 2009* in het Verenigd Koninkrijk en het *Restrukturierungsgesetz* in Duitsland.

§ 2.2. Hoofdlijnen

Gezien de nutsfuncties van kredietinstellingen, entiteiten voor risico-acceptatie en verzekeraars heeft het wetsvoorstel betrekking op deze financiële ondernemingen. Ingeval DNB van oordeel is dat een deconfiture van een van deze financiële ondernemingen onafwendbaar is, 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. In het algemeen zal de overnemer een private derde partij zijn. In bijzondere omstandigheden kan het echter wenselijk zijn dat een overbruggingsinstelling als overnemer optreedt. Het overdrachtsplan kan betrekking hebben op de overdracht van 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 overdrachten.

¹ Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité, het Comité van de Regio's en de Europese Centrale Bank "Een EU-kader voor crisisbeheersing in de financiële sector" (COM(2010) 579) van 20 oktober 2010.

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 zijn 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 deconfiture nabij is zonder dat er een kans op algeheel 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. Wanneer de rechtbank van mening is dat DNB in redelijkheid tot het oordeel heeft kunnen komen 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.

§ 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 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 of anders het wenselijk wordt geacht dat een overbruggingsinstelling de vermogensbestanddelen overneemt. 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 momenteel 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 wetsvoorstel 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, in een eerder stadium 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 depositogarantiestelsel moet overgaan, en mogelijk 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 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 is 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 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.

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 problembank door een andere kredietinstelling 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 klanten-

bestand 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 een deconfiture onafwendbaar is, een bank is. De deposito-overdracht werkt in essentie als volgt. De overnemer neemt de deposito-overeenkomsten over van de bank, waardoor hij aanzienlijke 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.

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 worden geen crediteuren van de probleeminstelling benadeeld ten opzichte van andere crediteuren van de probleeminstelling.

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 werkstellen 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". Afgevraagd kan worden of er behoefte bestaat aan de mogelijkheid van een aandelenoverdracht wanneer de probleeminstelling onomkeerbare problemen heeft. Dat er sprake is van onomkeerbare 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 onterechte 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 merken wij op 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.² 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 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 over-

² 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.

drachtsregeling. Artikel 666 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.

Aangezien het kabinet de conformiteit met het EVRM van groot gewicht acht, wordt dit thans betrekkelijk uitvoerig toegelicht. 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. Daar voorziet 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. Is de maatregel in het algemeen belang?

Bij de vraag of de 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.³ 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."⁴

Het EHRM heeft eveneens geoordeeld dat de omstandigheid dat eventueel alternatieve maatregelen waarmee eenzelfde doel kan worden bereikt denkbaar zijn, op

³ EHRM 20 november 1995, *Pressos Compania Naviera S.A. c.s./Belgium*, appl. no. 17849/91.

⁴ EHRM 24 november 2005, *Capital Bank AD/Bulgarije*, appl. no. 49429/99, par. 136.

zichzelf niet afdoet aan de rechtvaardiging voor een ingrijpen.⁵ 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 de rechter heeft vastgesteld dat DNB in redelijkheid heeft kunnen komen tot het oordeel dat aan het criterium is voldaan ("tekenen van een gevaarlijke ontwikkeling ..."; zie daarover hieronder, § 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 stelt de rechtbank vast dat DNB in redelijkheid heeft kunnen komen tot het oordeel dat aan het criterium is voldaan, dan is daarmee de geoorloofdheid 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 worden gevoerd in het kader van de prijsbepaling van de aandelen.

Zowel het EHRM in de laatst aangehaalde uitspraak als de Hoge Raad⁶ 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.

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 kredietinstelling, entiteit voor risico-acceptatie of verzekeraar vervult en met het voorkomen dat de gevolgen van een deconfiture 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. Is de maatregel proportioneel?

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.⁷ Voor de beantwoording van deze vraag is tevens van belang of de compensatie voor de gedwongen overdracht voldoende is.

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.⁸ In de jurisprudentie van

⁵ EHRM 21 februari 1986, James c.s./VK, appl. 8793/79.

⁶ HR 8 december 1993, NJ 1994, 273.

⁷ EHRM 20 juli 2004, Bäck t. Finland.

⁸ 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:

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.⁹ 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.

Ad 3a. Hebben aandeelhouders wier aandelen worden overgedragen voldoende rechtsmiddelen?

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.¹⁰ 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. Het wetsvoorstel introduceert een regeling die het mogelijk maakt onderscheid te maken tussen gevallen waarin er slechts een of zeer weinig aandeelhouders zijn en gevallen waarin er veel aandeelhouders zijn. Bepaald is dat de rechtbank aandeelhouders met een belang van 10% in de gelegenheid kan stellen te worden gehoord voordat de rechtbank beslist op het verzoek om toepassing van de noodregeling. Aandeelhouders met een belang van minder dan 10% worden niet gehoord voordat de rechtbank op een dergelijk verzoek beslist, maar in dat geval staat wel de mogelijkheid van verzet bij de rechtbank open. Tevens is voor dit geval bepaald dat de rechtbank een persoon kan horen die tot taak heeft de belangen van de aandeelhouders te behartigen. Deze persoon kan worden gezien als een 'amicus curiae': hij is zelf geen partij in de zin dat hij geen aandeelhouder noch toezichthouder is maar hij geeft wel zijn mening over de overdracht en de in het overdrachtsplan opgenomen prijs. Hij leeft zich daarbij in in de positie van de aandeelhouders. Hij kan hierover slechts contact hebben met een beperkt aantal personen: DNB, de overnemer, de beoogde overdrager en betrokken deskundigen. In geen geval heeft hij contact met de aandeelhouders of met organisaties die de belangen van de aandeelhouders behartigen; een dergelijk contact staat haaks op de wens de voorbereiding achter de schermen te doen plaatsvinden. Het voordeel van deze amicus curiae is dat reeds in een vroeg stadium aandacht kan worden besteed aan de belangen van de

⁹ 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.

¹⁰ EHRM 22 september 1994, Hentrich/ Frankrijk, appl. No. 13616/88, par. 42.

aandeelhouders zonder dat het discrete karakter van de voorbereiding wordt aangetast.

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': hetzij voordat de rechtbank beslist op het verzoek om toepassing van de overdrachtsregeling (bij een of zeer weinig aandeelhouders), hetzij daarna, indien zij in verzet komen (bij veel aandeelhouders).

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. 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 DNB niet in redelijkheid heeft kunnen komen tot het oordeel 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 de prijs niet redelijk is en 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 wordt geoordeeld dat DNB in redelijkheid niet heeft kunnen komen tot het oordeel dat er tekenen van een gevaarlijke ontwikkeling zijn omdat de situatie met een minder vergaande maatregel kan worden geredresseerd. Is evenwel eenmaal vastgesteld dat DNB in redelijkheid heeft kunnen komen tot het oordeel 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 zonodig aan de orde komen bij de prijsbepaling.

Ad 3b. Heeft de probleeminstelling voldoende rechtsmiddelen?

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 curator de probleeminstelling kan verplichten tot het verrichten of nalaten van door de curator te bepalen handelingen.

Daarnaast kan de probleeminstelling opkomen, in geval van een verzoek om goedkeuring van een overdracht van deposito-overeenkomsten of activa of passiva, tegen het overdrachtsplan en tegen het uitspreken van de overdrachtsregeling. Er is geen aanleiding, in geval van een aandelenoverdracht, voor de mogelijkheid dat de probleeminstelling ook tegen het overdrachtsplan of het uitspreken van de overdrachtsregeling kan opkomen. In dat geval worden de eigendomsrechten van de probleeminstelling zelf immers niet geraakt. In geval van een aandelenoverdracht hebben de aandeelhouders wel rechtsmiddelen; zie daarover hierover ad 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 volledig 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.¹¹ 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 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 im-

¹¹ Kamerstukken II, 23 700, nr. 3, blz. 142, nr. 5, blz. 53.

mers 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 kredietinstelling, een eventuele *bank run* toe, hetgeen juist moet worden voorkomen.

Ingeval DNB een plan tot deposito-overdracht voorbereidt, zal zij een of meer kredietinstellingen een bod doen, dan wel zal zij een of meer kredietinstellingen uitnodigen een bod te doen. DNB benadert hiervoor slechts vergunninghoudende kredietinstellingen. Kredietinstellingen 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 kredietinstellingen met een vergunning, gegeven door een toezichthoudende instantie van een staat 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 kredietinstellingen met een vergunning is DNB vrij in haar keuze welke kredietinstelling of kredietinstellingen zij een bod doet, dan wel welke zij uitnodigt tot het doen van een bod. Voorstelbaar is dat een kredietinstelling die een vergunning heeft toch niet geschikt wordt geacht. Het is bijvoorbeeld mogelijk dat een kredietinstelling 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. Kredietinstellingen 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.

In het algemeen zal DNB op zoek gaan naar een geschikte private derde partij. Het is echter ook mogelijk dat een overbruggingsinstelling als tijdelijke overnemer optreedt. Momenteel wordt voorgesteld in artikel 3:159a om een overbruggingsinstelling te definiëren als een onderneming met het doel zoveel mogelijk tijdelijk een rol te spelen bij de overdracht.

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 dusda-

nig 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 kredietinstelling, entiteit voor risico-acceptatie of een verzekeraar – kort gezegd – onomkeerbare 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 DNB in redelijkheid tot haar verzoek heeft kunnen komen. 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 de rechtbank oordeelt dat DNB in redelijkheid niet tot haar verzoek om de overdrachtsregeling, de noodregeling of het faillissement uit te spreken heeft kunnen komen, 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 uitsprekt, 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 kredietinstelling 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 en het tweede element te wijzigen en het derde element te laten vervallen. Het aldus gewijzigde criterium gaat gelden voor zowel de intrekking van de vergunning als het uitspreken van de overdrachtsregeling, de noodregeling en het faillissement voor kredietinstellingen, entiteiten voor risico-acceptatie en verzekeraars.

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, de technische voorzieningen, de beheerste bedrijfsvoering of de integere bedrijfsuitoefening. Met betrekking tot de gevaarlijke ontwikkeling ten aanzien van de beheerste bedrijfsvoering of de integere bedrijfsuitoefening wordt het volgende opgemerkt. Dit is op zichzelf geen ontwikkeling die noodzakelijkerwijs rechtstreeks verband houdt met, kort gezegd, de financiële situatie van de probleeminstelling. Daarom kan de overdrachtsregeling, de noodregeling of het faillissement ook dan worden uitgesproken, wanneer alleen is voldaan aan het criterium met betrekking tot de beheerste bedrijfsvoering of integere bedrijfsuitoefening. De ene grond, die verband houdt met financiële factoren (eigen vermogen, solvabiliteit of liquiditeit, onderscheidenlijk technische voorzieningen) en de andere grond, die verband houdt met de bedrijfsvoering en de bedrijfsuitoefening, behoeven dus niet cumulatief te worden aangevoerd door DNB in een verzoekschrift. Voldoende is dat een van de twee gronden zich voordoet. Uiteraard kan DNB beide gronden aanvoeren indien daartoe in een concreet geval aanleiding bestaat, maar dan als alternatieve gronden; zie daarover ook de toelichting op artikel 3:159b in het artikelsgewijze gedeelte. Het alternatieve criterium met betrekking tot de bedrijfsvoering of bedrijfsuitoefening wordt voorgesteld omdat de situatie voorstelbaar is waarin nog wordt voldaan aan de voorschriften inzake eigen vermogen, solvabiliteit en liquiditeit, onderscheidenlijk technische voorzieningen, maar waarin de bedrijfsvoering of bedrijfsuitoefening zodanig slecht op orde is, dat er onvoldoende overlevingskansen voor

de probleeminstelling zijn. Dit zal op den duur ook leiden tot gevaar voor het eigen vermogen, de solvabiliteit of de liquiditeit, onderscheidenlijk technische voorzieningen. Ook als dat gevaar er nog niet is, is het, teneinde die situatie voor te zijn, gewenst dat de overdrachtsregeling, de noodregeling of het faillissement wordt uitgesproken in de hier aan de orde zijnde situatie. De mogelijkheid dat de overdrachtsregeling, de noodregeling of het faillissement wordt uitgesproken voordat er financiële problemen zijn, bestaat alleen wanneer er problemen met de bedrijfsvoering of de bedrijfsuitoefening zijn. Wanneer er bijvoorbeeld problemen met betrekking tot de integriteit van een bestuurder zijn die nog niet hebben geleid tot financiële problemen, kan de overdrachtsregeling, de noodregeling of het faillissement niet worden uitgesproken. In een dergelijk geval ligt het meer voor de hand dat maatregelen ten aanzien van de desbetreffende bestuurder worden genomen.

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 volledig ten goede zal keren. Het gevolg van deze wijziging is dat de overdrachtsregeling, de noodregeling of het faillissement ook dan wordt uitgesproken indien er nog wel uitzicht is op enige verbetering van de bedrijfsvoering of bedrijfsuitoefening, of het eigen vermogen, de solvabiliteit of de liquiditeit onderscheidenlijk technische voorzieningen. 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 geheel is, dat wil zeggen dat duidelijk is dat de problemen volledig zullen worden opgelost, zal de rechtbank een verzoek kunnen weigeren. Van de rechtbank wordt niet gevraagd de kans op verbetering te wegen. Wanneer DNB tot het oordeel is gekomen dat de ontwikkeling niet volledig ten goede zal keren, is het aan de rechtbank slechts om te oordelen of DNB in redelijkheid tot dat oordeel heeft kunnen komen. Indien het te voorzien is dat de ontwikkeling slechts gedeeltelijk zal verbeteren, is het niet aan de rechtbank om de omvang van de te verwachten of mogelijke verbetering te waarderen. De rechter heeft bij de marginale toetsing al een waarderingsbevoegdheid. Hij dient immers te oordelen of DNB *in redelijkheid* tot haar oordeel heeft kunnen komen. In het element "in redelijkheid" ligt een waarderingsmogelijkheid besloten. Wanneer de rechter niet alleen moet waarderen of DNB in redelijkheid tot haar oordeel is gekomen, maar ook of de omvang van de mogelijke verbetering voldoende is om het verzoek af te wijzen, zou de rechter twee te onderscheiden waarderingsbevoegdheden hebben. Daarvoor zijn geen goede argumenten aan te voeren. In dit verband wordt erop gewezen dat bij het faillissement van een 'gewone schuldenaar' (dus niet een kredietinstelling, entiteit voor risico-acceptatie 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 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.

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 lei-

den 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 minder 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 kredietinstellingen 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) werd ingevoerd, is opgemerkt dat dat zo is omdat bij kredietinstellingen ook systeemrisico kan spelen, zodat het belang van de depositohouders of andere crediteuren niet het enige aspect zou moeten zijn.¹² Voldoende is dat een van beide grootheden wordt bedreigd; niet vereist is dat zij beide worden bedreigd.

¹² Kamerstukken II 2004/05, 29 708, nr. 10, blz. 316.

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 marginale toets wordt beoogd dat de noodregeling gemakkelijker kan worden uitgesproken dan thans. De noodregeling zal immers alleen dan niet worden uitgesproken indien DNB niet in redelijkheid tot het oordeel heeft kunnen komen dat er tekenen van gevaar waren met betrekking tot de solvabiliteit of liquiditeit.

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 noodregeling, de overdrachtsregeling 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 voorgedaan, 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, de noodregeling en het faillissement zullen alleen dan niet kunnen worden uitgesproken indien DNB in redelijkheid niet tot het oordeel heeft kunnen komen dat bedoelde tekenen er zijn.

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 ingeval DNB oordeelt dat bepaalde gronden zich voordoen, de rechtbank het verzoek toewijst tenzij DNB in redelijkheid niet tot haar oordeel heeft kunnen komen dat aan de door haar aangevoerde gronden is voldaan. Deze wijziging komt erop neer dat de rechtbank het verzoek om het uitspreken van de overdrachtsregeling, de noodregeling of het faillissement marginaal toetst. Daar zijn twee redenen voor. De eerste is gebaseerd op een vergelijking met het criterium voor de faillietverklaring van schuldenaren, niet zijnde een kredietinstelling of verzekeraar. De tweede houdt verband met de omstandigheid dat DNB een bestuursorgaan is, wiens beslissingen beschikkingen zijn in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (Awb).

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 Faillissementswet (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. Bij het versoepelen van de bewijspositie van DNB is er niet voor gekozen te regelen dat slechts summierlijk hoeft te blijken van feiten en omstandigheden die aantonen dat aan het in de Wft en de Fw opgenomen criterium is voldaan. Er is voor gekozen te bepalen dat de rechtbank het verzoek toewijst tenzij DNB in redelijkheid niet tot haar oordeel heeft kunnen komen. Dit houdt verband met het gegeven dat DNB een bestuursorgaan is en zich derhalve mede op het terrein van het bestuursrecht beweegt. Daarmee wordt een brug geslagen met de tweede reden voor het voorstel om de aanvraag van de overdrachtsregeling, de noodregeling of het faillissement marginaal te laten toetsen.

De tweede reden voor de aanpassing van de toetsing van een aanvraag van de overdrachtsregeling, de noodregeling of het faillissement houdt verband met de omstandigheid dat DNB een bestuursorgaan is. DNB houdt toezicht op onder andere kredietinstellingen en verzekeraars. Haar staat een geheel van toezichts- en handhavinginstrumenten ten dienste. Zij kan een aanwijzing geven, een stille curator benoemen, een vergunning intrekken, en, bij verzekeraars, de beschikkingsbevoegdheid beperken en een financieringsplan en herstelplan eisen. Al deze besluiten zijn beschikkingen in de zin van de Awb. DNB dient bij het geven van die beschikkingen dus op grond van artikel 3:4 Awb de rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen af te wegen, en de voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een door DNB gegeven besluit mogen niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen. De toets of aan deze criteria is voldaan, omvat de beoordeling of het bestuursorgaan in redelijkheid tot het besluit heeft kunnen komen. Bij de aanvraag door DNB van de overdrachtsregeling, de noodregeling of het faillissement wordt niet de bestuursrechtelijke weg bewandeld, maar de civielrechtelijke weg. Daarvoor is veel te zeggen want een faillissement betreft hoofdzakelijk tegenstellingen tussen privaatrechtelijke belangen; de goederenrechtelijke en contractuele relatie tussen schuldenaar en schuldeisers wordt vastgesteld. Wanneer een schuldeiser het faillissement van een schuldenaar aanvraagt, zal hij daarmee hoofdzakelijk beogen zijn eigen belang te dienen. Wanneer DNB de overdrachtsregeling, de noodregeling of het faillissement aanvraagt, is dat evenwel anders. DNB beoogt niet haar eigen belang, maar belangen te behartigen die zijn gemoeid met het voorkomen van een *bank run*, met de instandhouding van de publieke nutsfuncties die een financiële onderneming vervult en met het voorkomen dat de gevolgen van een deconfiture overslaan naar andere financiële ondernemingen. Zij vraagt de overdrachtsregeling, de noodregeling of het faillissement aan in haar rol als toezichthouder. Als toezichthouder beoogt zij naast het algemene belang van bescherming en bevordering van het vertrouwen in het financiële stelsel, de individuele vermogensbelangen van depositohouders en verzekeringscrediteuren zo veel mogelijk veilig te stellen door het verzoek om het uitspreken van de overdrachtsregeling, de noodregeling of het faillissement. Het verzoeken om de overdrachtsregeling, de noodregeling of het faillissement behoort dan ook tot de uitoefening van haar toezichtstaak. Met het verzoek beoogt DNB dus een doel te behartigen dat zich mede op het terrein van het bestuursrecht bevindt. Bij het uitoefenen van haar toezichtstaak komt haar een aanzienlijke beleids- en beoordelingsvrijheid toe. Deze beleids- en beoordelingsvrijheid brengt een terughoudende toetsing door de rechtbank mee. Hierbij past dat de rechtbank waaraan een aanvraag door DNB van de overdrachtsregeling, de noodregeling of het faillisse-

ment is voorgelegd, beoordeelt of DNB in redelijkheid tot het oordeel heeft kunnen komen dat de gronden voor toewijzing van een dergelijke aanvraag zich voordoen.

De invoering van deze vorm van toetsing is overigens geen novum in de Wft. Een dergelijke toetsing is reeds opgenomen in artikel 3:154, derde lid, Wft. In de daar geregelde situatie verleent de rechtbank een machtiging om de portefeuille van een levensverzekeraar over te dragen tenzij DNB in redelijkheid niet tot het oordeel heeft kunnen komen dat de portefeuille van de desbetreffende levensverzekeraar nog overlevingskansen heeft.

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. 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 verweren 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 rechter oordeelt dat de recht-

bank 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. 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 depositohouders, 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 depositohouders of andere schuldeisers kan voldoen. Bovendien zou een snelle overdracht worden gefrustreerd indien van elke depositohouder 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 overdrachtsprijs. In geval van certificaten van aandelen komt het recht op vergoeding toe aan de certificaathouder. Zo spoedig mogelijk nadat de rechtbank de over-

drachtsregeling, 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 een aandeelhouder die niet is gehoord, in verzet kan 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 probleeminstelling. 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.

3. STABILITEIT VAN HET FINANCIËLE STELSEL

§ 3.1. Inleiding

a. achtergrond en doel

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 onomkeerbare 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.

Eén van de lessen die uit de financiële crisis moet worden getrokken, is dat het huidige instrumentarium van de Wft tekortschiet, wanneer van normale marktomstandigheden geen sprake meer is en de stabiliteit van het financiële stelsel in gevaar is. Daarvoor is het huidige instrumentarium van de Wft toezicht te veel toegesneden op de soliditeit van individuele ondernemingen onder normale marktomstandigheden.

Op 10 juli 2009 heeft het vorige kabinet in reactie op de financiële crisis zijn visie op de toekomst van de financiële sector uiteengezet.¹³ Het gaf hierin aan dat de gesignaleerde zwakten in het bestaande raamwerk voor crisismanagement moeten worden versterkt. Hierbij werd onder andere aan het beperken van de rechten van vennootschapsorganen gerefereerd en, als uiterste redmiddel, het onteigenen van een financiële onderneming, indien dit met het oog op de stabiliteit van het financiële stelsel noodzakelijk is. Bij brief van 15 december 2009 heeft de toenmalige

¹³ Kamerstukken II 2008/09, 32 013, nr. 1.

Minister van Financiën deze visie nader vormgegeven.¹⁴ De met het oog op de stabiliteit van het financiële stelsel benodigde versterkingen van het wettelijke instrumentarium maken deel uit van een interventieladder en vormen daarvan in zekere zin het sluitstuk. Als uitgangspunt van de interventieladder geldt dat elke financiële onderneming failliet moet kunnen gaan, zolang dit ordentelijk gebeurt en de negatieve externe effecten voor het financiële stelsel als geheel beperkt blijven.

In dit kader is ook de Adviescommissie Toekomst Banken relevant. In haar rapport van april 2009 heeft die commissie 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.¹⁵ Voorts heeft ook de Tijdelijke commissie onderzoek financieel stelsel (Commissie De Wit) in haar rapport 'Verloren krediet' van 10 mei 2010 aangegeven uitbreiding van het crisisinstrumentarium te ondersteunen.¹⁶

b. internationale ontwikkelingen

De voorgestelde uitbreiding van het crisisinstrumentarium met maatregelen ter borging van de stabiliteit van het financiële stelsel sluit ook aan bij internationale ontwikkelingen. Zowel op mondiaal niveau als op EU-niveau is naar aanleiding van de crisis geconcludeerd dat het raamwerk voor crisismanagement versterking behoeft. In het kader van de G20, het forum van 20 grote wereldeconomieën, en de Financial Stability Board, het forum van internationale en nationale autoriteiten op het terrein van financiële stabiliteit, is mondiaal afgesproken dat landen een wettelijk raamwerk voor crisisinterventie introduceren. Tevens heeft het Basel Committee on Banking Supervision, het internationale comité van nationale toezichhouders op banken, in maart 2010 een rapport met aanbevelingen ten aanzien van de afwikkeling van grensoverschrijdende banken gepubliceerd.¹⁷ Dit comité beveelt onder andere aan dat landen een zogeheten *special resolution regime* hebben, inclusief, als laatste redmiddel, de mogelijkheid tot (tijdelijke) onteigening. Op EU-niveau heeft de Europese Commissie op 20 oktober 2009 een mededeling over een EU-raamwerk voor crisismanagement ter consultatie gepubliceerd.¹⁸ In deze mededeling geeft de Europese Commissie ook de mogelijkheid tot onteigening in overweging.

c. ontwikkelingen in individuele EU-lidstaten

Evenals in Nederland zijn in andere EU-lidstaten naar aanleiding van de financiële crisis maatregelen getroffen om de financiële stabiliteit te waarborgen. In verschillende lidstaten zijn ten tijde van de getroffen maatregelen of daarna tevens stappen gezet om in een aanvullend wettelijk instrumentarium ter borging van de stabiliteit van het financiële stelsel te voorzien. Bij de voorbereiding van het wetsvoorstel zijn daarom de ontwikkelingen in België, Duitsland, Ierland, Oostenrijk, het Verenigd Koninkrijk en Zweden in ogenschouw genomen.

¹⁴ Kamerstukken II 2009/10, 32 013, nr. 6.

¹⁵ Adviescommissie Toekomst Banken, 'Naar herstel van vertrouwen' (april 2009).

¹⁶ Kamerstukken II 2009/10, 31 980, nrs. 3-4.

¹⁷ Basel Committee on Banking Supervision, 'Report and recommendations of the cross-border bank resolution group' (maart 2010).

¹⁸ 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).

Op 21 februari 2008 is in het Verenigd Koninkrijk de tijdelijke wet Banking (Special Provisions) Act 2008 in werking getreden. Diezelfde datum is de toen in ernstige financiële problemen verkerende bank Northern Rock op grond van deze wet genationaliseerd. Toen later in 2008 de bank Bradford & Bingley en de Engelse onderdelen van twee IJslandse banken problemen kregen, is eveneens van deze tijdelijke wet gebruikgemaakt om de deposito's en de hypotheekportefeuille over te dragen. Om dit soort crisisinstrumentarium ook in toekomstige situaties te kunnen gebruiken, is deze tijdelijke wet per 21 januari 2009 vervangen door de permanente wet Banking Act 2009. Deze wet voorziet in de mogelijkheden voor de Bank of England en de 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 Treasury zelf.

In Oostenrijk en Zweden zijn in oktober 2008 wetten in werking getreden, die beide in een uitgebreid crisisinstrumentarium voorzien (Interbankmarktstärkungsgesetz, respectievelijk Lag om statligt stöd till kreditinstitut). Het crisisinstrumentarium bestaat uit het verschaffen van kapitaal aan financiële ondernemingen, het verwerven van deelnemingen in financiële ondernemingen en, als laatste redmiddel, het nationaliseren van financiële ondernemingen. In Ierland kwam eind 2008 de bank Anglo Irish Bank Corporation in financieringsproblemen, waarna de Ierse Staat op basis van de Anglo Irish Bank Corporation Act 2009 tot nationalisatie van de bank is overgegaan.

Het Rettungsübernahmegesetz maakte het in Duitsland van april tot en met juni 2009 mogelijk om in het uiterste geval financiële ondernemingen te nationaliseren. Deze tijdelijke wet was met name geïntroduceerd vanwege de situatie die was ontstaan bij het in financiële problemen verkerende Hypo Real Estate. 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.

§ 3.2. Hoofdpijnen 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 alge-

meen 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.

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 zo spoedig mogelijk, doch uiterlijk zeven dagen nadat het onteigeningsbesluit onherroepelijk is geworden, de schadeloosstelling vaststelt. Kan de onteigende partij zich daarin niet vinden, dan kan hij zich tot de ondernemingskamer van het Gerechtshof te Amsterdam wenden. De ondernemingskamer is bevoegd om een andere schadeloosstelling toe te kennen, indien het door de minister vastgestelde 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 goede. 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 3:159s e.v. en de onteigeningsbevoegdheid uit artikel 6:2. In beide gevallen kunnen de probleemstelling en haar aandeelhouders worden geconfronteerd met een gedwongen eigendomsovergang, in het geval van de overdrachtsregeling op een private derde partij of een overbruggingsinstelling 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 probleeminstelling 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 gevaarzone 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 gevaar 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

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.

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 onmiddellijk op de hoogte wordt gesteld van een 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. In één geval is de AFM daartoe zelfs verplicht. 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 òf 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 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.

4. RECHTEN VAN WEDERPARTIJEN NA EEN MAATREGEL

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.

Ook toezichtmaatregelen, zoals de benoeming van een stille curator of het geven van een bepaalde aanwijzing, gelden in de praktijk vaak als *trigger events*. Interventies van de toezichthouder, bedoeld om de continuïteit van een probleeminstelling te waarborgen, kunnen als gevolg van dergelijke *trigger events* juist averechts werken en de probleeminstelling verder in problemen brengen. Bijvoorbeeld door-

dat 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 probleeminstelling 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 bepaalde toezichtmaatregelen 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. Hetzelfde geldt voor de bijzondere bevoegdheden in de artikelen 6:1 en 6:2. 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 toezichtmaatregel of een maatregel als bedoeld in de artikelen 6:1 en 6:2 bepaalde additionele bevoegdheden ten gevolge van *trigger events* niet mag uitoefenen.

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-zekerheidsovereenkomsten.

Voor een nadere toelichting zij verwezen naar de artikelsgewijze toelichting bij de artikelen 3:267d tot en met 3:267g.

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 3:159c, 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 een overbruggingsinstelling en de overdrager worden aangemerkt als vergunninghoudende financiële

onderneming. De vergunning die zij hebben 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 '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 voldoening ingevolge het depositogarantiestelsel 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 bedrag 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 probleembank.

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 Wft.

De overbruggingsinstelling is een onderneming met het doel zoveel mogelijk tijdelijk een rol te spelen bij een overname van deposito-overeenkomsten, activa of passiva anders dan uit hoofde van deposito-overeenkomsten, onderscheidenlijk door de probleeminstelling uitgegeven aandelen.

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 3:159x, tweede lid, waarin is bepaald dat de overnemer de overdrachtprijs 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 overdrachtprijs te betalen.

Hetzelfde geldt voor het opnemen van de definitie van 'probleeminstelling'.

Artikel 3:159b

Het eerste lid bepaalt dat DNB een overdrachtsplan kan voorbereiden. Zie ook het algemeen deel van deze memorie van toelichting terzake 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 kredietinstellingen. 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 3:159c, tweede lid, en als de bepaling waarnaar in de artikelen 3:159t, tweede en vijfde lid, en 3:162, vijfde lid, wordt verwezen als grond voor het uitspreken van de overdrachtsregeling, onderscheidenlijk de noodregeling.

Voor de goede orde wordt met betrekking tot de verhouding tussen de in onderdelen a en b genoemde gronden het volgende opgemerkt. Deze gronden gelden niet cumulatief maar alternatief. Anders gezegd: voldoende is dat aan slechts een van deze vereisten is voldaan; de rechtbank kan ook dan het verzoek toewijzen. Het is voorstelbaar dat in de praktijk DNB van oordeel is dat er bij een instelling zowel tekenen van een gevaarlijke ontwikkeling zijn met betrekking tot het eigen vermogen, de solvabiliteit, of de liquiditeit, onderscheidenlijk technische voorzieningen, als tekenen van een gevaarlijke ontwikkeling met betrekking tot de bedrijfsvoering of bedrijfsuitoefening. Het ligt dan in de rede dat DNB beide gronden aanvoert maar niet op een zodanige wijze dat ze worden samengevoegd. Aangevoerd zou kunnen worden dat er tekenen zijn van een gevaarlijke ontwikkeling met betrekking tot bijvoorbeeld de liquiditeit die reeds op zichzelf rechtvaardigen dat de overdrachtsregeling wordt uitgesproken, en dat, als de rechtbank in haar marginale toets tot de beslissing zou komen dat DNB niet in redelijkheid tot dat oordeel heeft kunnen komen, er ook nog problemen zijn met betrekking tot de bedrijfsvoering, die eveneens op zichzelf reeds rechtvaardigen dat de overdrachtsregeling wordt uitgesproken. Voorts geldt dat zowel binnen onderdeel a als binnen onderdeel b sprake is van alternatieve gronden en niet van cumulatieve gronden. Het is dus niet zo dat DNB in redelijkheid heeft moeten kunnen komen tot het oordeel dat er tekenen van een gevaarlijke ontwikkeling met betrekking tot het eigen vermogen, én de solvabiliteit, én de liquiditeit, onderscheidenlijk de technische voorzieningen. 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. Datzelfde geldt ook voor onderdeel b. Ook wanneer er problemen zijn slechts met betrekking tot bijvoorbeeld de bedrijfsuitoefening, maar niet met betrekking tot de bedrijfsvoering, kan de noodregeling worden uitgesproken. De rechter zal elke door DNB aangevoerde grond separaat toetsen. Daardoor wordt de kans dat de rechter het verzoek toewijst groter: wanneer de ene grond

niet voldoende zou zijn om het verzoek toe te wijzen, is het mogelijk dat de andere grond daarvoor wel voldoende is. Ook indien aan slechts één grond binnen onderdeel a of b is voldaan, kan de overdrachtsregeling worden uitgesproken. Voorts laat de formulering ruimte voor de mogelijkheid dat de ontwikkeling met betrekking tot de solvabiliteit op zich zelf niet voldoende gevaarlijk is om het uitspreken van de overdrachtsregeling te rechtvaardigen, en ook dat de ontwikkeling met betrekking tot de liquiditeit op zich zelf niet voldoende gevaarlijk is om het uitspreken van de overdrachtsregeling te rechtvaardigen, maar dat beide ontwikkelingen in onderlinge samenhang bezien wel voldoende gevaarlijk zijn om het uitspreken van de overdrachtsregeling te rechtvaardigen. Voorstelbaar is dat DNB een dergelijke omstandigheid subsidiair in haar verzoekschrift aanvoert.

Nadrukkelijk wordt opgemerkt dat het noemen van de alternatieve gronden in een apart onderdeel a en een apart onderdeel b slechts door redactionele overwegingen is ingegeven en niet beoogt de suggestie te wekken dat de gronden a en b cumulatief gelden. Zo is overwogen om de bepaling als volgt te formuleren:

Indien de Nederlandsche Bank oordeelt dat er ten aanzien van (...) tekenen van een gevaarlijke ontwikkeling zijn met betrekking tot het eigen vermogen, de solvabiliteit of de liquiditeit, onderscheidenlijk de technische voorzieningen dan wel met betrekking tot de beheerste bedrijfsvoering of integere bedrijfsuitoefening, zodanig dat moet worden gevreesd voor gevaar voor het eigen vermogen, de solvabiliteit of de liquiditeit, onderscheidenlijk de technische voorzieningen, en redelijkerwijs is te voorzien dat die ontwikkeling niet volledig ten goede zal keren, kan zij een overdrachtsplan voorbereiden.

Van deze formulering is afgezien omdat zij minder leesbaar is door haar compactheid. Er is geen inhoudelijk verschil tussen de zojuist weergegeven formulering en artikel 3:159b, eerste lid.

Ten overvloede merken wij ten slotte op 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, maar ook in bijvoorbeeld een onvoldoende mate van integriteit van een bestuurder. De oorzaak kan ook gelegen zijn in een omstandigheid die niets van doen heeft met een in de Wft gegeven voorschrift, bijvoorbeeld een plotselinge crisis in een land waarmee de probleeminstelling banden heeft.

In het tweede lid is bepaald welke soorten overdrachtsplannen er zijn. Met betrekking tot kredietinstellingen is de eerste genoemde overdracht de overdracht van deposito-overeenkomsten. Deze kan uit de aard der zaak slechts aan de orde komen met betrekking tot kredietinstellingen. De tweede soort is de overdracht van 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 betreft de overdracht van door de probleeminstelling uitgegeven aandelen. De overdracht van door de probleeminstelling uitgegeven aandelen is mogelijk ten aanzien van een kredietinstelling, elk type verzekeraar en een entiteit voor risico-acceptatie. De verschillende soorten overdrachten kunnen worden gecombineerd. Kortheidshalve 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 overdrachtsregeling, de noodregeling en het faillissement. 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 3:159c

In het eerste lid is bepaald dat, indien DNB een overdrachtsplan voorbereidt, zij de optie heeft dit aan de probleeminstelling mee te delen. Het eerste lid moet worden gezien als een opmaat voor het tweede lid, artikel 3:159d en artikel 3:159e.

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 kan beschikken op grond waarvan hij kan besluiten of hij tot overname wil overgaan.

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 probleeminstelling 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. Overwogen is om tevens te bepalen dat de probleeminstelling kan worden verplicht gegevens en inlichtingen te verschaffen aan de persoon, bedoeld in artikel 3:159t, tweede lid: de persoon die op verzoek van DNB door de rechtbank wordt gehoord in het kader van de beoordeling van het plan met betrekking tot overdracht van aandelen, en die tot taak heeft de belangen van de aandeelhouders te behartigen. Hiervan is afgezien. Bij de beoordeling van hetgeen een redelijke prijs voor de over te dragen aandelen is, moet worden uitgegaan van de kennis van een aandeelhouder, niet van de kennis van een persoon die toegang heeft tot vertrouwelijke gegevens en inlichtingen.

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 of 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 3:159c, 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 kredietinstelling of verzekeraar kantoor aan huis houdt. Dat komt weinig voor.

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.

Artikel 3:159d

In artikel 3:159d is bepaald dat na de mededeling van DNB de probleeminstelling medewerking verleent 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, ten aanzien van de zogeheten stille curator.

Artikel 3:159d1

In artikel 3:159d, 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 3:159d1 geschreven. Artikel 3:159d1 verleent DNB de bevoegdheid om de bevoegdheden van de curator, bedoeld in artikel 1:76, eerste lid, uit te breiden. Deze curator wordt in de wandelgangen 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 indien zij van oordeel is dat de organen of vertegenwoordigers van de probleeminstelling onvoldoende medewerking verlenen aan de voorbereiding van het overdrachtsplan. In dat geval benoemt zij een stille curator die vanaf het tijdstip van de benoeming de uitgebreide bevoegdheden heeft.

De uitbreiding van de bevoegdheden bestaat hierin, dat de stille curator de organen of vertegenwoordigers van de 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 de 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.

Artikel 3:159e

Hierboven is reeds opgemerkt dat geen beroep en bezwaar 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 medegedeeld 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 of 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. Ook dient de uitspraak te worden gedaan 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 kredietinstelling: 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 3:159e ook daarop betrekking.

Het artikel is zo geformuleerd dat het ook geldt voor gedingen die door DNB worden geëntameerd.

Artikel 3:159f

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. Wel kunnen voor de overbruggingsinstelling speciale

regels worden gesteld bij algemene maatregel van bestuur. Het tweede lid biedt daarvoor de grondslag.

Artikel 3:159g

In artikel 3:159g 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 3:159h

Artikel 3:159h bepaalt wat in ieder geval in het overdrachtsplan met betrekking tot deposito-overeenkomsten moet worden opgenomen. In de eerste plaats is dat wat wordt overgedragen, 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 worden genoemd. Dit kan zowel de totale prijs van alle over te dragen 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 overdracht door de goedkeuring van het overdrachtsplan, een toekomstige overdracht door middel van goedkeuring van een aangepast overdrachtsplan of een andere wijze van overdracht.

Artikel 3:159i

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 gevold 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.

Artikel 3:159j

Artikel 3:159j 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 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 wordt opgemerkt 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.

In het vierde 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 vierde lid is bepaald dat nadere regels 'kunnen' worden gesteld, in plaats van 'worden gesteld' *tout court*.

Artikel 3:159k

Het eerste lid bevat de algemene regeling voor de wijze van overgang van 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 de voor levering of contractsoverdracht benodigde formaliteiten behoeven te worden vervuld. Medewerking van elke individuele depositehouder 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 depositehouders 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 depositehouders. Daarmee wordt gewaarborgd dat de belangen van de depositehouders geen geweld worden 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 en staat daarmee op een lijn met de wijzen van overgang onder algemene titel die in artikel 80 van Boek 3 BW worden genoemd (erfopvolging, boedelmenging, juridische fusie en juridische splitsing).

Ook kan het overdrachtsplan voorzien in een gefaseerde overgang, waarbij eerst duidelijk omschreven activa of passiva overgaan onder algemene titel en ten aanzien van andere activa of passiva wordt bepaald dat deze later separaat worden overgedragen door individuele levering.

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 3:159o en 3:159r, 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 depositehouders niet vereist (vgl. voor overdracht onder bijzondere titel artikel 159, eerste lid, van Boek 6 BW).

In het derde 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 depositehouders. 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 3:159l

Artikel 3:159l, eerste lid, is overgenomen uit artikel 3:259, eerste lid, laatste volzin. Het tweede en derde lid zijn overgenomen van artikel 3:262. DNB slaat het bedrag dat gemoeid is geweest met de overgang van deposito-overeenkomsten om over de financiële ondernemingen bedoeld in artikel 3:258. Deze financiële ondernemingen voldoen hun bijdragen binnen de door DNB vastgestelde termijn.

Artikel 3:159m

Artikel 3:159m 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 3:159m 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 de volledige deposito-overeenkomst overneemt.

Artikel 3:159n

De artikelen 3:159n en 3:159o 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 welke activa of passiva anders dan uit hoofde van deposito-overeenkomsten worden overgedragen, de met name genoemde overnemer en de prijs die de overnemer bereid is te betalen en de motivering op grond waarvan de prijs wordt geacht een redelijke prijs te zijn.

Artikel 3:159o

Artikel 3:159o met betrekking tot de overdracht van activa of passiva anders dan uit hoofde van deposito-overeenkomsten is de evenknie van artikel 3:159k met betrekking tot de overdracht van 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 bedrijfspand van de probleeminstelling) wordt gekozen voor een reguliere overdracht of dat ten aanzien van bepaalde individuele overeenkomsten wordt gekozen voor een contractsovername.

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 3:159p

De aandelenoverdracht kan zo nodig in afwijking van wettelijke of statutaire voorschriften plaatsvinden. Hierbij kan gedacht worden aan een blokkeringsregeling als bedoeld in artikel 195 van Boek 2 BW. Wat wettelijke voorschriften betreft kan het bijvoorbeeld gaan om bepalingen van Boek 2 BW, de Wft en de Wet giraal effectenverkeer (Wge).

Artikel 3:159q

In artikel 3:159q is bepaald dat in ieder geval in het aandelenoverdrachtsplan moet zijn opgenomen: (i) welke door de probleeminstelling uitgegeven aandelen worden overgedragen; (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; en (iv) of en op welke manier van wettelijke voorschriften 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.

Artikel 3:159r

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 3:159k en 3:159o.

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

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

Artikel 3:159s

Artikel 3:159s 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.

Artikel 3:159t

Zie voor de toelichting op het eerste, derde en vierde lid, de toelichting op artikel 212hd van de Fw.

In het tweede lid is bepaald dat de rechtbank aandeelhouders kan horen die meer dan 10% van die aandelen hebben of een persoon die aandeelhouders vertegenwoordigt die tezamen meer dan 10% van die aandelen hebben, dan wel een persoon die tot taak heeft de belangen van de aandeelhouders te behartigen.

Het vijfde lid bepaalt dat ook voor het uitspreken van de overdrachtsregeling een marginale toets geldt. De rechtbank spreekt de overdrachtsregeling uit tenzij DNB

in redelijkheid niet tot het oordeel heeft kunnen komen dat een situatie bedoeld in artikel 3:159b, eerste lid, zich voordoet en mits zij het overdrachtsplan goedkeurt.

Het zesde lid bepaalt dat de rechtbank het overdrachtsplan goedkeurt tenzij daarin niet is opgenomen hetgeen in artikel 3:159q wordt genoemd, of tenzij de in het overdrachtsplan opgenomen prijs niet een redelijke prijs is. Teneinde de rechtbank een referentiekader te geven, is in de artikelen 3:159h, 3:159n en 3:159q bepaald dat in het overdrachtsplan moet worden aangegeven op grond waarvan de in het overdrachtsplan opgenomen prijs wordt geacht een redelijke prijs 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 de opgenomen prijs een redelijke prijs is. Bij het beoordelen van de redelijkheid van de opgenomen prijs 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 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 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 3:159b, eerste lid opgenomen criterium, is daarmee de geoorlooftheid 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 3:159b 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 niet redelijk is of het in het lid 5a 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 van de aandelen. Het overdrachtsplan kan worden afgekeurd indien daarin niet de in artikel 3:159h, eerste lid, 3:159n of 3:3:159q, eerste lid genoemde elementen zijn opgenomen.

Een uitzondering op de regel dat de rechtbank het overdrachtsplan goedkeurt tenzij niet is voldaan aan 3:159q of tenzij de prijs niet redelijk is, is opgenomen in het zevende lid. Dit lid heeft betrekking op de overdracht van activa en passiva. Bij een dergelijke overdracht bestaat de kans dat achterblijvende schuldeisers erop achteruit gaan. Het zevende lid bepaalt dat het overdrachtsplan niet wordt goedgekeurd indien die schuldeisers zouden worden benadeeld.

In het achtste 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 3:159x, 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.

Artikel 3:159u

Artikel 3:159u regelt de rechtsbescherming. Zie voor de verhouding met het EVRM het algemene gedeelte van deze memorie van toelichting.

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 3:159v

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).²⁰ 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 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 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 financiëlezekerheidsovereenkomsten.

Artikel 3:159w

Artikel 3:159w 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 3:159k, eerste lid, 3:159o, eerste lid, en 3:159r, eerste lid, gaan de deposito-overeenkomsten, de

²⁰ 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)

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. 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 3:159x, eerste lid, het erop toezien dat de overdrager 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 vijfde 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 Fw.

Het zesde 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 achtste 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 3:159x

De leden regelen nadere werkzaamheden van de overdrager. De overnemer maakt het bedrag over op een derdenrekening die door de overdrager is geopend.

Artikel 3:159j

In het eerste lid is buiten twijfel gesteld dat de overdracht kan afwijken van wettelijke voorschriften of statutaire bepalingen. In artikel 3:159p is met betrekking tot een aandelenoverdracht al bepaald dat het overdrachtsplan zo nodig kan voorzien in een overdracht die afwijkt van wettelijke voorschriften of statutaire bepalingen. In artikel 3:159t, zesde 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.

In het tweede lid is bepaald dat de overdrager de overdracht en de hoogte van de vergoeding zo spoedig mogelijk bekend dient te maken aan de rechthebbenden.

In dit artikel is geregeld dat overgedragen 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 prijs. 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 een overdracht betrokken aandelen in een naamloze vennootschap met medewerking van de probleeminstelling zijn gecertificeerd, komt het recht op

de prijs niet toe aan de aandeelhouders maar aan de economisch rechthebbenden, de certificaathouders.

Artikel 3:159z

Dit artikel komt overeen met artikel 212m Fw. Zie ook de toelichting bij dat artikel. Opgenomen is dat de probleeminstelling zich kan verweren tegen het oordeel van de Nederlandsche Bank dat zich een situatie als bedoeld in artikel 3:159b, eerste lid, zich voordoet. Dit verweer heeft de probleeminstelling al kunnen voeren tijdens de behandeling van het verzoek om de overdrachtsregeling uit te spreken. Dat ook in het kader van de aanpassing van het overdrachtsplan is bepaald dat de probleeminstelling dit verweer kan voeren, moet worden gezien in het licht van de opmerking hierboven dat voorstelbaar is dat wordt geoordeeld dat DNB in redelijkheid niet heeft kunnen komen tot het oordeel dat er tekenen van een gevaarlijke ontwikkeling zijn omdat de situatie met een minder vergaande maatregel kan worden geredresseerd.

Artikel 3:159aa

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 3:159z zijn daarop van overeenkomstige toepassing.

D

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 entiteiten voor risico-acceptatie en verzekeraars geldt hetzelfde criterium als voor de noodregeling van kredietinstellingen. Er is niet langer aanleiding om een verschillend criterium te hanteren. Onder artikel 3:160, met verwijzing naar art. 3:159b, eerste lid, kan de noodregeling worden uitgesproken ingeval DNB oordeelt dat er ten aanzien van een vergunninghouder, zijnde een kredietinstelling of entiteit voor risico-acceptatie of verzekeraar, tekenen van een gevaarlijke ontwikkeling zijn met betrekking tot het eigen vermogen, de solvabiliteit of de liquiditeit, onderscheidenlijk technische voorzieningen en redelijkerwijs is te voorzien dat die ontwikkeling niet volledig ten goede zal keren. Zie ook de toelichting op artikel 3:159b, eerste lid. De zinsnede dat 'die ontwikkeling niet volledig ten goede zal keren' heeft tot beoogd gevolg dat een afwijzing door de rechter van een aanvraag door DNB van de overdrachtsregeling dan wel de noodregeling of het faillissement minder vaak voorkomt.

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 kredietinstellingen. Er is niet langer aanleiding om een verschillend criterium te hanteren.

E

Het criterium voor de noodregeling van verzekeraars en entiteiten voor risico-acceptatie gaat ook gelden voor kredietinstellingen. Dat criterium is overgebracht naar artikel 3:160, tweede lid. Artikel 3:161, eerste lid, kan daarom vervallen.

F

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

G

Dit artikel regelt 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 3:161a 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 artikel 3:159t.

H

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.

I

Artikel 3:174a

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

De artikelen 3:149f, 3:159h tot en met 3:159i, 3:159l tot en met 3:159n en 3:159p 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.

J

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 kredietinstelling of verzekeraar met zetel in een derde land.

J1 tot en met J3

In artikel 3:206 wordt een regeling gegeven met betrekking tot in Nederland gelegen bijkantoren van kredietinstellingen, 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 kredietinstellingen 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.

K

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 'maatregel' moet worden verstaan. Om te voorkomen dat partijen onder de werking van deze regeling proberen uit te komen door niet aan te knopen bij de maatregel zelf maar bij daarmee verband houdende handelingen of rechtsgevolgen, bepaalt artikel 3:267e, tweede lid, artikel dat met een maatregel 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.

Artikel 3:267f

Het eerste en tweede lid van artikel 3:267f bevatten de kern van deze regeling. Uitgangspunt is dat een maatregel 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 probleeminstelling, zoals een verplichting om in voorkomend geval al dan niet additionele zekerheid te verstrekken. Daarnaast zullen wederpartijen van de probleeminstelling 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 verschaftte 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 financiëlezekerheidsvereenkomst 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 maatregel. Dit is de reden waarom in de onderhavige bepaling, alsmede in artikel 3:159aa, een uitzondering is opgenomen voor betalings- en afwikkelingsystemen en voor financiëlezekerheidsvereenkomsten.

Artikel 3:267f

Naast de directe gevolgen die door een 'event of default' aan genomen toezichtmaatregelen kunnen zijn verbonden, kan een overeenkomst contractuele mededelingsverplichtingen ('notification events') bevatten als gevolg waarvan een genomen toezichtmaatregel bekend raakt in de markt. Indien bijvoorbeeld bekend wordt dat er een stille curator is benoemd of een bepaalde aanwijzing is gegeven, kan dat het vertrouwen in de betreffende probleeminstelling ernstig schaden. Artikel 3:267f bepaalt dat jegens de probleeminstelling 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 maatregel.

L

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 overnamerichtlijn²¹, 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.

M

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 ontleend aan de bevoegdheid die de ondernemingskamer van het gerechtshof te Amsterdam op grond van artikel 2:349a BW toekomt.

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

²¹ 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).

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 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 samengaan 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. Hierbij kan gedacht worden aan onmiddellijke voorzieningen met betrekking tot de raad van bestuur of commissarissen van een zogenaamde structuurvennootschap. Wat de wetgeving betreft kan het

onder meer gaan om bepalingen van Boek 2 van het Burgerlijk wetboek, de Wft en de Wet giraal effectenverkeer (Wge). Onmiddellijke voorzieningen dragen naar hun aard geen permanent karakter. 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).

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. Dit sluit aan bij 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 zogenoemde 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 daarvoor in de plaats tredende recht op schadeloosstelling zal dan vervolgens deel uitmaken van het girodepot. Dit volgt uit artikel 10, onderdeel e, en artikel 35, onderdeel d, van de Wge en is vergelijkbaar met de gang van zaken ingeval in het Wge-stelsel opgenomen aandelen op grond van artikel 2:92a of 2:359c BW worden uitgekocht. 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 AFM onmiddellijk in kennis wordt gesteld van een besluit op grond van artikel 6:1 of 6:2 Wft. De AFM heeft dan de mogelijkheid om te bezien of het aangewezen is uitvoering te geven aan haar wettelijke taken of bevoegdheden. 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.

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. Met de terminologie van "opschorten" en "onderbreken" wordt aangesloten bij de bevoegdheden van artikel 5:32h en 4:4b Wft en de Europese richtlijn marktmisbruik²² en de richtlijn markten en financiële markten.²³

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.

²² 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).

²³ 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).

Indien effecten zijn onteigend, is het vanzelfsprekend niet meer de bedoeling dat de handel in die effecten wordt hervat, althans niet zolang de aandelen 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 gereglementeerde 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 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 duaal 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 onmiddell-

lijk 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 schadeloos 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). Het gaat niet om, zoals artikel 40b van de onteigeningswet het verwoordt, de "denkbeeldige" waarde van het goed. De kans dat een aandeel in de toekomst wellicht in waarde gestegen zou zijn, blijft bij de bepaling van de schadeloosstelling buiten beschouwing. Daar staat tegenover dat de Staat zich evenmin kan beroepen op het feit dat de waarde van het aandeel, indien geen onteigening had plaatsgehad, wellicht nog verder zou zijn gedaald. Bepalend is de werkelijke waarde op het moment van onteigening. Bij het bepalen van die waarde moet worden uitgegaan van de prijs die 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 certificaten van aandelen, die met medewerking van de vennootschap zijn uitgegeven, ligt het voor de hand om in eerste instantie naar de beurskoers van die aandelen of certificaten te kijken. Denkbaar is dat daarbij wordt uitgegaan van de koers op het tijdstip van onteigening, maar eveneens denkbaar is dat wordt uitgegaan van de gemiddelde koers over een bepaalde referentieperiode (bijvoorbeeld 5 beursdagen). 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, onbezwaaard 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.

Artikel 6:10

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 het eerste lid van het onderhavige artikel dat hij zo spoedig mogelijk, doch uiterlijk zeven dagen nadat het besluit tot onteigening onherroepelijk is geworden, de schadeloosstelling vaststelt. Het streven zal er uiteraard op gericht zijn om reeds bij de bekendmaking van het besluit tot onteigening de schadeloosstelling vast te stellen.

In het derde lid is bepaald dat de vaststelling geen besluit in de zin van de Awb is. De reden hiervoor is gelegen in het feit dat in artikel 6:11 in een bijzondere rechtsgang bij de ondernemingskamer is voorzien. Daarom is het wenselijk de mogelijkheid om op grond van de Awb bezwaar te maken of beroep in te stellen uit te sluiten.

Artikel 6:11

Dit artikel regelt de mogelijkheid om de ondernemingskamer te verzoeken een andere schadeloosstelling toe te kennen dan is aangeboden door de minister. Het verzoek kan worden ingediend door degene die de onteigende aandelen hield of de onteigende goederen in eigendom had. Ook de rechthebbende waarvan het recht op nieuw uit te geven aandelen op grond van het voorgestelde artikel 6:2 is vervallen kan een verzoekschrift indienen waarin hij opkomt tegen de vastgestelde schadevergoeding. De verzoekschriftprocedure van Boek 1, derde titel, van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering is van toepassing. 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).

Het tweede lid van onderhavig artikel bevat in aanvulling hierop nog enkele aanvullende procedurele bepalingen. Zo dient het verzoekschrift met redenen te zijn omkleed en te vermelden in welk opzicht de aangeboden schadeloosstelling zou moeten worden aangepast. Het verzoekschrift dient binnen twee maanden, gerekend vanaf de dag dat de schadeloosstelling door Onze Minister wordt vastgesteld, te worden ingediend. Het derde lid bevat de materiële norm waaraan de ondernemingskamer dient te toetsen. Het verzoek kan alleen worden toegewezen wanneer de verzoeker heeft aangetoond dat de vastgestelde schadeloosstelling geen volledige vergoeding betreft van de door hem als gevolg van de onteigening geleden schade. De ondernemingskamer kan op grond van artikel 194 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering besluiten om deskundigen te horen.

Artikel 6:12

Het onderhavige artikel strekt tot regeling van de betaalbaarstelling van de schadeloosstelling. Aan onteigenden die geen verzoek hebben ingediend bij de ondernemingskamer om een afwijkende schadeloosstelling vast te stellen, wordt nadat de termijn voor indiening van een verzoekschrift is verstreken de door de minister aangeboden schadevergoeding onverwijld betaalbaar gesteld. Dit volgt uit het eerste lid. De betaling van de schadeloosstelling aan aandeelhouders die bekend zijn bij de Staat, aandeelhouders die zijn opgenomen in het aandeelhoudersregister, zal om praktische redenen waarschijnlijk door tussenkomst van de betrokken financiële onderneming geschieden. De betaling aan aandeelhouders, zoals houders van aandelen die op een gereguleerde markt worden verhandeld, zal geschieden door middel van consignatie. In het tweede lid is bepaald dat de schadeloosstelling aan degenen die wel een verzoekschrift bij de ondernemingskamer hebben ingediend betaalbaar wordt gesteld onverwijld nadat de schadeloosstelling na gerechtelijk

gewijsde is komen vast te staan. Op verzoek verlenen van voorschoten op de betaalbaarstelling wordt door niet op voorhand uitgesloten.

ARTIKEL II (FAILLISEMENTSWET)

A

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.

B

Artikel 212ha

In artikel 212ha, eerste lid, is bepaald op welke gronden het faillissement van een legale kredietinstelling 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 212ha komt in de plaats 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.

Artikel 212hb

Artikel 212hb heeft betrekking op illegale kredietinstellingen 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 kredietinstelling 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 kredietinstelling 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. Voor de goede orde wordt opgemerkt dat een aandelenoverdrachtsplan niet kan 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

Artikel 212hd regelt de procedure van de behandeling van het faillissementsverzoek. In het eerste lid 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 toetst 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 DNB in redelijkheid tot het oordeel heeft kunnen komen dat voldaan is aan de gronden voor het faillissementsverzoek en het overdrachtsplan goedkeuren. De rechter toetst het faillissementsverzoek marginaal. Indien dat wordt toegewezen 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. Hetzelfde geldt overigens ook voor de aanvraag van de overdrachtsregeling.

Artikel 212he

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

Artikel 212hf

In artikel 212hf worden de artikelen 3:159j, 3:159k en 3:159o Wft van overeenkomstige toepassing verklaard. Artikel 3:159j 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 3:159k Wft bepaalt dat de deposito-overeenkomsten op de overnemer overgaan door de goedkeuring van het overdrachtsplan. Artikel 3:159o Wft bepaalt hetzelfde met betrekking tot de activa en passiva.

De artikelen 3:149f, 3:159h tot en met 3:159i, 3:159l tot en met 3:159n en 3:159p Wft 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 of faillissement.

Artikel 212hg tot en met 212hl

De artikelen 212g tot en met 212hl 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 212hf tot en met 212hk 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 212hm

Het is denkbaar dat een door de rechtbank goedgekeurd overdrachtsplan nadien niet of moeilijk uitvoerbaar blijkt. Ook kan een overdrachtsplan voorzien in een overdracht van goederen op een later tijdstip, door goedkeuring van een aangepast overdrachtsplan. 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.

D

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.

E

Artikelen 213ab tot en met 213am

In de artikelen 213ab tot en met 213am is hetgeen dat is geregeld met betrekking tot de overnames in het faillissement van kredietinstellingen, mutatis mutandis geregeld voor de overnames in het faillissement van verzekeraars.

F

Artikel 213f

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

ARTIKEL III (BURGERLIJK WETBOEK)

Met de wijziging van het Burgerlijk Wetboek wordt gebruik gemaakt van de in de richtlijn overgang ondernemingen²⁴ 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). HDe 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 doorgaans 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 beslissingen. 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.

²⁴ 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 (PB L 61)

ARTIKEL V (WET GIRAAL EFFECTENVERKEER)

Indien effecten worden onteigend die zijn opgenomen in bewaar- en girodepots op grond van de Wet giraal effectenverkeer (Wge), zal de vordering tot schadeloosstelling in de plaats van die aandelen komen te behoren tot de relevante bewaar- en girodepots. In de onderhavige wijziging van de Wge is dat geëxpliciteerd.

ARTIKEL VI

Het onderhavige artikel regelt dat de wet in werking treedt met ingang van een bij koninklijk besluit te bepalen tijdstip.

DE MINISTER VAN FINANCIËN,

DE MINISTER VAN VEILIGHEID EN JUSTITIE,