

Vergaderjaar 2011–2012

33 059

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

Nr. 4

ADVIES RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT¹

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 19 september 2011 en het nader rapport d.d. 26 oktober 2011, aangeboden aan de Koningin door de minister van Financiën mede namens de minister van Veiligheid en Justitie. Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Bij Kabinetsmissive van 4 juli 2011, no. 11.001608, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Financiën, mede namens de Minister van Veiligheid en Justitie, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet houdende 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), met memorie van toelichting.

Het voorstel omvat twee categorieën van maatregelen, die de hoogste twee treden zullen vormen van de zogenoemde interventieladder. De eerste categorie heeft betrekking op een tijdige en ordentelijke afwikkeling van financiële ondernemingen die in problemen komen. De motivering daarvoor ligt in de nutsfunctie van deze instellingen. De Nederlandsche Bank (DNB) wordt de mogelijkheid gegeven om, ten aanzien van kredietinstellingen, entiteiten voor risicoacceptatie of verzekeraars die in problemen komen, achter de schermen een plan op te stellen tot overdracht van deposito-overeenkomsten, overige activa of passiva, of aandelen aan een private derde partij. Zij kan vervolgens de rechtbank verzoeken de overdrachtsregeling uit te spreken, waarbij zij het overdrachtsplan ter uitvoering voorlegt. Ook wanneer DNB met het oog op de situatie van een financiële onderneming de rechtbank verzoekt om de noodregeling of het faillissement uit te spreken, kan zij bij haar verzoek een overdrachtsplan overleggen. Nadat de rechtbank de overdrachtsregeling, de noodregeling of het faillissement heeft uitgesproken en het overdrachtsplan heeft goedgekeurd, wordt het overdrachtsplan door een overdrager, bewindvoerder respectievelijk curator uitgevoerd.

¹ De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Afdeling advisering van de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

De tweede categorie maatregelen is het meest vergaand van beide, en heeft het oog op borging van de stabiliteit van het financiële stelsel als geheel. Het voorgestelde Hoofdstuk 6 van de Wet op het financieel toezicht (Wft) bevat daartoe twee nieuwe 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 ultimatum remedium, zo nodig tot onteigening van een financiële onderneming over te gaan.

De Afdeling advisering van de Raad van State kan zich vinden in de tweede categorie maatregelen. Deze hebben weliswaar grote gevolgen voor de betrokken onderneming en haar aandeelhouders, maar de desbetreffende bevoegdheden mogen alleen worden gebruikt in de uitzonderlijke situatie dat de stabiliteit van het financiële stelsel ernstig en onmiddellijk in gevaar komt. Door dit criterium is het bereik van deze bevoegdheden bovendien beperkt tot de – kleine groep van – financiële ondernemingen die relevant zijn voor de bescherming van het algemeen belang van een stabiel financieel stelsel.

Blijkens de toelichting berust de voorgestelde eerste categorie maatregelen, zoals opgenomen in de nieuwe Afdeling 3.5.4A Wft, op de onderkenning van de regering dat ook voor financiële ondernemingen die niet relevant zijn voor de bescherming van het belang van een stabiel financieel stelsel, het bestaande instrumentarium van de toezichthouders een gat bevat tussen de verschillende maatregelen die zijn gericht op het voorkomen van (verdere) problemen bij de desbetreffende financiële onderneming en het aanvragen van haar faillissement. Er zijn, aldus de toelichting, omstandigheden waarin het wenselijk is dat, in plaats van het aanvragen van een faillissement, wordt gestreefd naar een tijdige en ordentelijke afwikkeling van een instelling in problemen, in het belang van het voorkomen of verminderen van maatschappelijke kosten. Terecht noemt de memorie van toelichting (par. 1.2.) daarbij twee «algemene principes die aan de basis liggen van het concept van de interventieladder in het financieel toezicht»: financiële ondernemingen moeten kunnen falen (failleren), mits dat niet leidt tot grote maatschappelijke kosten, en zelfredzaamheid, «eventueel daartoe aangezet door de toezichthouder», geniet de voorkeur boven ingrijpen door de overheid. Verder is voor de beoordeling van het voorstel van belang dat de voorgestelde figuur van de overdrachtsregeling wordt afgestemd op internationale ontwikkelingen (par. 1.3. van de toelichting) en met de rapporten van de Adviescommissie Toekomst Banken en de Commissie-De Wit.

Een interventie op de grondslag van Afdeling 3.5.4A Wft is zeer ingrijpend. Dat geldt uiteraard in de eerste plaats voor de desbetreffende financiële onderneming. Maar het raakt ook de positie van DNB, die immers een grote verantwoordelijkheid op zich neemt met een voorgenomen interventie als hier aan de orde. Bij haar handelen is ook het vertrouwen in het geding dat de samenleving moet kunnen stellen in het financieel toezicht. De Afdeling tekent verder aan dat bij een voorgenomen interventie gericht op ordentelijke afwikkeling, moet worden voorkomen dat de Staat, en dus de gemeenschap, uiteindelijk wordt geconfronteerd met een financieel risico voor handelen van een private marktpartij. In dat kader wijst de toelichting (par. 2.4.), in verband met de positie van risicodragende kapitaalverschaffers, dan ook terecht op het belang van het zo veel mogelijk verminderen van het moreel risico. Dit alles stelt niet alleen eisen aan de kwaliteit van de toelichting op de voorgestelde nieuwe bevoegdheid voor DNB uit een oogpunt van nut en noodzaak, maar vervolgens ook aan de prudentie van de toezichthouder bij het overwegen of zal worden overgegaan tot een interventie als hier bedoeld, en bij de motivering van een daartoe strekkend voorstel.

Met inachtneming van het voorgaande, maakt de Afdeling, na te zijn ingegaan op de reikwijdte van het voorstel, in het bijzonder opmerkingen over de inhoud van het criterium dat de basis biedt voor de toepassing van de voorgestelde bevoegdheden en over de beoordeling door de rechter en de door hem te bieden rechtsbescherming. De Afdeling is van oordeel dat in verband daarmee aanpassing van het voorstel wenselijk is.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 4 juli 2011, nr. 11.001608, machtigde Uwe Majesteit de Afdeling advisering van de Raad van State haar advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 19 september 2011, nr. W06.11.0256/III, bied ik U hierbij aan.

In reactie op het advies van de Afdeling merk ik, mede namens mijn ambtgenoot van Veiligheid en Justitie, het volgende op, waarbij de volgorde van punten wordt aangehouden zoals die door de Afdeling is gehanteerd.

1. De reikwijdte van het voorstel

Het voorstel loopt vooruit op een Europese regeling die in voorbereiding is. Dit betekent dat de nu voorgestelde regeling te zijner tijd moet worden afgestemd op de voorgenomen Europese richtlijn. De voorbereiding van deze richtlijn is tot nu toe alleen gericht op banken en een aantal beleggingsinstellingen.¹ Het bereik van het onderhavige wetsvoorstel strekt zich echter ook uit tot verzekeraars en entiteiten voor risicoacceptatie.

De toelichting onderbouwt daarbij, naar het oordeel van de Afdeling, onvoldoende waarom ook bij deze financiële ondernemingen steeds sprake zou zijn van een nutsfunctie die de voorgestelde maatregelen noodzakelijk maakt. Evenmin wordt duidelijk waarom binnen de categorie van verzekeraars geen onderscheid wordt gemaakt. Weliswaar kan verdedigd worden dat ook verzekeraars, evenals banken, een nutsfunctie vervullen, maar bij de invulling van die functie lijken verzekeraars en entiteiten van risicoacceptatie niet (direct) de risico's te spelen die bijzondere maatregelen nodig maken, zoals het gevaar van een «bankrun». Daarbij is tevens relevant dat de in voorbereiding zijnde voorstellen van de Europese Commissie ook zien op aanpassing van het instrumentarium op lagere treden op de interventieladder. In zoverre lijkt het niet nodig om het zwaarste instrumentarium ook te hanteren ten aanzien van ondernemingen die opereren in andere omstandigheden dan banken.

De Afdeling adviseert, gelet op het bovenstaande, de keuze om, anders dan in de thans bekende Europese voorstellen, ook verzekeraars en entiteiten voor risicoacceptatie binnen het bereik van het voorstel te brengen, nader te motiveren.

1. De reikwijdte van het voorstel

De Afdeling heeft geadviseerd de keuze om naast banken ook verzekeraars en entiteiten voor risico-acceptatie binnen het bereik van het voorstel te brengen nader te motiveren. Volgens de Afdeling blijkt onvoldoende waarom bij verzekeraars en entiteiten voor risico-acceptatie steeds sprake zou zijn van een nutsfunctie die de voorgestelde maatregelen noodzakelijk maakt. Tevens merkt zij op dat niet duidelijk wordt waarom geen onderscheid tussen categorieën verzekeraars wordt gemaakt. Tot slot wijst de Afdeling op de in voorbereiding zijnde voorstellen van de Europese Commissie, die alleen gericht zijn op banken en een bepaalde beleggingsondernemingen.

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

Terecht wijst de Afdeling in algemene zin op het verschil in nutsfuncties tussen banken, verzekeraars en entiteiten voor risico-acceptatie. Banken bieden de mogelijkheid om te sparen en te lenen, zij spelen een cruciale rol in het betalingsverkeer en zij hebben een belangrijke functie bij de afhandeling van aandelen- en derivatentransacties. Verzekeraars daarentegen dekken individuele risico's af en wenden de premie-inkomsten aan voor investeringen. Banken en verzekeraars hebben dus hun eigen belangrijke nutsfuncties ten behoeve van de reële economie. Vanwege deze nutsfuncties kan een falen van deze financiële ondernemingen tot grote maatschappelijke verstoringen leiden. Het is evenwel niet mogelijk vooraf exact te preciseren onder welke omstandigheden dit het geval zal zijn. In het algemeen zal gelden dat het falen van een bank eerder tot verstoringen leidt dan het falen van een verzekeraar, en dat het falen van een levensverzekeraar eerder tot verstoringen leidt dan dat van een schadeverzekeraar. De praktijk kan echter weerbarstig zijn. Bij de toepassing van het voorgestelde instrumentarium zullen dan ook het proportionaliteits- en het subsidiariteitsbeginsel in acht moeten worden genomen. Vanwege de nutsfuncties en vanwege het feit dat de financiële crisis ook verzekeraars heeft geraakt, wordt het, anders dan de Europese Commissie thans voorstaat, wenselijk geacht het instrumentarium reeds nu op verzekeraars van toepassing te laten zijn. Naar aanleiding van het advies van de Afdeling is heroverwogen of entiteiten voor risico-acceptatie, entiteiten die door een verzekeraar overdragen risico's accepteren, binnen de reikwijdte van het wetsvoorstel behoren. Geconcludeerd is dat er ten aanzien van entiteiten voor risico-acceptatie geen sprake is van nutsfuncties ten behoeve waarvan het voorgestelde instrumentarium noodzakelijk is. Om die reden heeft het wetsvoorstel niet langer betrekking op entiteiten voor risico-acceptatie.

Tevens is, zoals geadviseerd door de Afdeling, de memorie van toelichting aangevuld in lijn met het bovenstaande.

2. Het criterium voor uitspreken van de overdrachtsregeling, de noodregeling en het faillissement

De voorgestelde maatregelen zien op een tijdige en ordentelijke afwikkeling van financiële ondernemingen die in problemen komen. Daarbij speelt, aldus de toelichting, dat het huidige criterium op grond waarvan de noodregeling kan worden uitgesproken te beperkt is.¹

De voorgestelde regeling haakt aan bij het huidige criterium voor het uitspreken van de noodregeling voor kredietinstellingen, maar verruimt dit.² Ingevolge het voorgestelde artikel 159b, eerste lid, Wft kan DNB een overdrachtsplan voorbereiden, indien zij oordeelt dat:

- (a) er ten aanzien van een kredietinstelling of verzekeraar tekenen van een gevaarlijke ontwikkeling zijn met betrekking tot het eigen vermogen, de solvabiliteit of de liquiditeit onderscheidenlijk de technische voorzieningen en redelijkerwijs is te voorzien dat die ontwikkeling niet volledig ten goede zal keren, of*
- (b) er tekenen van een gevaarlijke ontwikkeling zijn 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.*

Ten opzichte van het criterium van de bestaande noodregeling voor kredietinstellingen bevat het voorstel de volgende uitbreidingen:

- er wordt niet langer uitsluitend verwezen naar gevaarlijke ontwikkelingen met betrekking tot de solvabiliteit of de liquiditeit, maar ook naar*

¹ Het nieuw voorgestelde criterium wordt gehanteerd bij de overdrachtregeling, de noodregeling én de faillissementsregeling. Zie hierna onder 4a.

² De noodregeling kan momenteel voor kredietinstellingen worden uitgesproken indien de solvabiliteit of de liquiditeit van een kredietinstelling tekenen van een gevaarlijke ontwikkeling vertoont en redelijkerwijs in die ontwikkeling geen verbetering te voorzien is. De noodregeling wordt uitgesproken in het belang van de gezamenlijke schuldeisers. Voor verzekeraars geldt thans dat de noodregeling kan worden uitgesproken «indien het belang van de gezamenlijke schuldeisers bij de afwikkeling van een bedrijf een bijzondere voorziening behoeft».

- die met betrekking tot het eigen vermogen en de technische voorzieningen;
- ook tekenen van een gevaarlijke ontwikkeling met betrekking tot de beheerste bedrijfsvoering of integere bedrijfsvoering, zodanig dat moet worden gevreesd voor gevaar voor het eigen vermogen, de solvabiliteit of de liquiditeit onderscheidenlijk de technische voorzieningen, worden onder het criterium gebracht;
 - de tekenen moeten zodanig zijn dat «redelijkerwijs te voorzien is dat die ontwikkeling niet volledig ten goede zal keren», terwijl nu nog geldt dat «redelijkerwijs in die ontwikkeling geen verbetering te voorzien is».

De Afdeling is van oordeel dat, mede door de voorgestelde uitbreidingen, het wettelijke criterium voor het toepassen van de in Afdeling 3.5.4A Wft voorgestelde bevoegdheden te ruim is gelet op de verstrekking van die bevoegdheden. Zo kent het voorgestelde criterium niet meer een direct verband met een aanstaand faillissement¹ van de onderneming: het gaat slechts om «tekenen van een gevaarlijke ontwikkeling» die niet «volledig» ten goede kan worden gekeerd. Voorts geldt voor de toevoeging van de «gevaarlijke ontwikkeling met betrekking tot de beheerste bedrijfsvoering of de integere bedrijfsuitoefening» dat het daarbij op zichzelf niet gaat om een ontwikkeling die noodzakelijkerwijs rechtstreeks verband houdt met de financiële situatie van de probleeminstelling.² Ook als er «tekenen van gevaarlijke ontwikkeling zijn met betrekking tot de beheerste bedrijfsvoering of integere bedrijfsvoering» terwijl er nog geen gevaar is voor het eigen vermogen, de solvabiliteit of liquiditeit (maar moet worden gevreesd voor een dergelijk gevaar) biedt het voorstel echter de mogelijkheid om de overdrachtsregeling, de noodregeling of het faillissement uit te spreken.³

Naar het oordeel van de Afdeling vergen de ingrijpende gevolgen van een op basis van het onderhavige voorstel uit te spreken overdrachtsregeling dat het wettelijke criterium dat bepaalt wanneer de regeling kan worden uitgesproken zo nauwkeurig mogelijk is en daardoor niet meer ruimte geeft dan nodig is gelet op de aard van de situatie waarop het voorstel ziet. In elk geval zal daarin tot uitdrukking moeten komen dat de situatie van de desbetreffende financiële onderneming zo ernstig is dat de continuïteit van (een substantieel deel van) haar activiteiten onmiddellijk en rechtstreeks wordt bedreigd, zodanig dat er ernstig rekening mee moet worden gehouden dat de situatie intreedt waarin haar faillissement zal (moeten) worden aangevraagd. Dergelijke precisering is niet alleen van belang uit een oogpunt van het begrenzen van de beoordelingsruimte van DNB, maar ook voor de toets door de rechter van een door DNB voorgestelde overdrachtsregeling (zie hierna, punt 3., onder b.).

De Afdeling adviseert het voorstel dienovereenkomstig te preciseren.

2. Het criterium voor uitspreken van de overdrachtsregeling, de noodregeling en het faillissement

Naar aanleiding van de opmerkingen van de Afdeling betreffende het criterium is het wetsvoorstel op de volgende punten aangepast:

1. de verwijzing naar de beheerste bedrijfsvoering en integere bedrijfsuitoefening is vervallen;
2. de eis dat redelijkerwijs is te voorzien dat de ontwikkeling «niet volledig ten goede zal keren», is vervangen door «niet voldoende of niet tijdig zal keren»;
3. de regel dat de rechter marginaal toetst is vervangen door de regel dat het verzoek wordt toegewezen indien summierlijk blijkt dat aan het criterium is voldaan.

¹ Toelichting, p. 1.

² Toelichting, p. 22.

³ Toelichting, p. 23.

Deze wijzigingen licht ik als volgt toe. De Afdeling merkt op dat tot uitdrukking zou moeten komen dat (a) de continuïteit van de activiteiten of een substantieel daarvan onmiddellijk en rechtstreeks wordt bedreigd en (b) ernstig rekening ermee moet worden gehouden dat de situatie intreedt waarin het faillissement zal of zal moeten worden aangevraagd, en zij betreft daarbij de wijze waarop door de rechter een door DNB voorgestelde overdrachtsregeling wordt getoetst. Naar aanleiding hiervan worden de volgende opmerkingen gemaakt.

Het criterium in de huidige wet luidt «ingeval de solvabiliteit of de liquiditeit (...) tekenen van een gevaarlijke ontwikkeling vertoont en redelijkerwijs in die ontwikkeling geen verbetering te voorzien is». Dit criterium bevat impliciet eveneens een continuïteitsaspect. Het gevaar van de ontwikkeling met betrekking tot de solvabiliteit en liquiditeit zal in de praktijk veelal betrekking hebben op de continuïteit van de activiteiten. Daarenboven geldt dat de gedachte dat de continuïteit moet worden bedreigd, tevens is vervat in het tweede deel van het huidige criterium, namelijk dat redelijkerwijs in de gevaarlijke ontwikkeling geen verbetering is te voorzien. Dat een gevaarlijke ontwikkeling de continuïteit slechts tijdelijk kan bedreigen, komt mij als een theoretische mogelijkheid voor. De conclusie is dat de elementen van het huidige criterium inhoudelijk grotendeels dezelfde zijn als de elementen die door de Afdeling naar voren zijn gebracht en daarvan hoofdzakelijk slechts in terminologie verschillen. Het huidige criterium staat reeds lang in de wet (sinds 1978 voor de noodregeling). Het verdient niet de voorkeur een grotendeels uitgekristalliseerd criterium te vervangen door een criterium dat daarvan inhoudelijk weinig afwijkt; het gedeelte van het criterium dat steeds goed heeft gefunctioneerd, wordt niet gewijzigd.

In het door de Afdeling genoemde criterium gaat het in wezen om dat de continuïteit van de instelling op het spel staat. Mede naar aanleiding daarvan ben ik van mening dat problemen met louter de beheerste bedrijfsvoering of integere bedrijfsuitoefening zonder dat deze de continuïteit bedreigen, niet tot de maatregelen moeten kunnen leiden die in het wetsvoorstel zijn opgenomen, doch slechts indien het eigen vermogen, de solvabiliteit, liquiditeit, onderscheidenlijk de technische voorzieningen gevaar lopen. Hierdoor komt de verwijzing naar de beheerste bedrijfsvoering en de integere bedrijfsuitoefening te vervallen.

Overwogen is in het criterium op te nemen dat ernstig rekening moet worden gehouden met het intreden van de situatie waarin het faillissement zal of zal moeten worden aangevraagd. Dat verdient niet de voorkeur. Een van de doelen van het wetsvoorstel is om één omslagpunt te preciseren, bij het bereiken waarvan DNB aan de rechtbank verschillende regelingen kan verzoeken: de overdrachtsregeling, de noodregeling met een overdrachtsplan, de noodregeling zonder een overdrachtsplan, het faillissement met een overdrachtsplan en het faillissement zonder overdrachtsplan. De verwijzing in het criterium naar een aanstaand faillissement heeft twee nadelen. In de eerste plaats is het criterium dan niet toepasbaar voor het aanvragen van het faillissement zelf, zodat voor de verschillende regelingen niet steeds hetzelfde criterium zou gelden. Het doel van het wetsvoorstel dat één omslagpunt moet worden gepreciseerd, wordt dan niet bereikt. In de tweede plaats wordt met het invoeren van de overdrachtsregeling beoogd mogelijk te maken dat een faillissement wordt voorkomen. De verwijzing naar het intreden van de situatie waarin het faillissement moet of zal moeten worden aangevraagd zou daarmee niet in overeenstemming zijn.

In het aan de Afdeling gezonden voorstel van wet was opgenomen dat een voorwaarde voor het toewijzen van het verzoek is dat redelijkerwijs is te voorzien dat de ontwikkeling «niet volledig ten goede zal keren». Het in de huidige wet opgenomen criterium («redelijkerwijs is in de ontwikkeling geen verbetering te zien») zou zo kunnen worden geïnterpreteerd dat een verzoek wordt afgewezen indien het in een concreet geval te vroeg is om te zeggen dat er geen enkel uitzicht is op een verbetering. Daarom wordt voorgesteld dit onderdeel van het criterium te wijzigen. In het aan de Afdeling gezonden voorstel van wet was gekozen voor de formulering «niet volledig ten goede keren». Deze formulering zou ertoe leiden dat verzoeken vaker worden toegewezen: slechts wanneer redelijkerwijs is te voorzien dat een ontwikkeling volledig ten goede keert, wordt het verzoek afgewezen. Mede naar aanleiding van de opmerkingen van de Afdeling advisering van de Raad van State is thans in het wetsvoorstel opgenomen dat het verzoek wordt toegewezen indien de ontwikkeling «niet voldoende of niet tijdig ten goede zal keren».

Voor de toelichting op de derde wijziging van het criterium wordt verwezen naar de reactie onder 3.b (de toetsing van de overdrachtsregeling).

3. Rechtsbescherming

De voorgestelde Afdeling 3.5.4A Wft ziet op de situatie waarin DNB nog voldoende mogelijkheden ziet voor voortzetting van (een deel van de activiteiten van) de betrokken financiële onderneming door een andere instelling, zodat er in zoverre voor haar geen reden is om te kiezen voor de weg van de noodregeling en/of het faillissement. Bij de beoordeling van het wetsvoorstel moet ermee rekening worden gehouden dat het dan gaat om situaties waarin in de regel zal moeten worden gehandeld onder hoge tijdsdruk en waarin geheimhouding tot het laatst geboden is. Dit is nodig om te voorkomen dat de voorgenomen ordentelijke afwikkeling, door gebruik van de figuur van de overdrachtsregeling, op voorhand door de feiten wordt achterhaald. Uit het oogpunt van behoud van de nutsfunctie van de betrokken financiële onderneming en beperking van de maatschappelijke kosten van de afwikkeling van deze onderneming is het daarom noodzakelijk dat DNB effectief kan opereren. Tegelijk geldt echter ook dat voor belanghebbenden effectieve rechtsbescherming dient open te staan tegen het optreden van DNB. In het wetsvoorstel moet dan ook een goed evenwicht worden gevonden tussen effectiviteit/uitvoerbaarheid en rechtsbescherming.

Het voorstel voorziet in regeling van deze rechtsbescherming door te bepalen dat DNB niet zelf bevoegd is tot het treffen van de overgangsregeling: de rechter is belast met het uitspreken van de overdrachtsregeling en de goedkeuring van het overdrachtsplan, op verzoek van DNB.¹ Het voorstel bepaalt hoe de behandeling door de rechtbank van het verzoek van DNB tot het goedkeuren van het overdrachtsplan plaatsheeft.² Het gaat bij de rechtsbescherming allereerst om de probleeminstelling. Naar het oordeel van de Afdeling voorziet het voorstel er terecht in dat deze instelling wordt gehoord bij de behandeling van het voorstel van DNB tot het treffen van een overgangsregeling. De Afdeling zal zich hierna in het bijzonder richten op de procespositie van hen die door een door DNB beoogde overdracht van aandelen en/of van activa/passiva, in hun belang worden getroffen.

Zij maakt in dit kader de volgende opmerkingen.

¹ Artikel 159s.

² Artikel 159t.

a. Het horen van aandeelhouders

Indien het overdrachtsplan (mede) betrekking heeft op door de probleeminstelling uitgegeven aandelen, stelt de rechtbank aandeelhouders die meer dan 5%¹ van die aandelen hebben in de gelegenheid te worden gehoord, tenzij belangen van geheimhouding of spoed zich daartegen verzetten.² Bovendien kan de rechtbank ingevolge het voorstel een persoon die tot taak heeft de belangen van aandeelhouders te behartigen, in de gelegenheid stellen te worden gehoord. Aandeelhouders die niet door de rechtbank zijn gehoord, hebben het recht van verzet tegen een beschikking tot het uitspreken van het overdrachtsplan gedurende acht dagen na de dag van de goedkeuring indien het overdrachtsplan wordt goedgekeurd. Indien deze aandeelhouders in verzet komen, kunnen de aandeelhouders en de probleeminstelling die wel door de rechtbank zijn gehoord, zich voegen.

De hoofdregel van het voorstel is derhalve dat voorafgaand aan de beslissing van de rechtbank aandeelhouders die meer dan 5% van de aandelen hebben, worden gehoord en aandeelhouders met een kleiner aandeel niet. DNB – en met haar de ECB – hebben gewezen op de grote problemen die het horen van aandeelhouders meebrengt voor het effectief kunnen uitvoeren van een overdrachtsregeling waarbij het overdrachtsplan voorziet in een overdracht van aandelen. DNB acht het daarom geboden dat wordt afgezien van de mogelijkheid dat de rechtbank in het kader van de behandeling van het verzoek van DNB naast de probleeminstelling ook andere belanghebbenden hoort.

De Afdeling heeft begrip voor deze opvatting. Horen van aandeelhouders voorafgaand aan het uitspreken van de overdrachtsregeling heeft – ook als dit wordt beperkt tot de kring van grote aandeelhouders – het risico van een belemmering van het vereiste van tijdig en slagvaardig optreden en van voortijdig uitlekken van het verzoek van DNB tot het uitspreken van de overdrachtsregeling. Dit brengt gevaren mee voor een effectieve toepassing van het instrument van de overdrachtsregeling. De Afdeling meent daarom dat, anders dan nu voorgesteld, als hoofdregel zou moeten gelden dat de rechtbank aandeelhouders niet hoort bij de behandeling van het voorstel van DNB. Deze omkering van de hoofdregel betekent dat bezwaren van aandeelhouders in beginsel pas na het uitspreken van de overdrachtsregeling bij de rechter aan de orde moeten kunnen worden gesteld.³ Echter, in die gevallen waarin duidelijk is dat belangen van spoed en geheimhouding zich daartegen niet verzetten, zou de rechtbank de mogelijkheid moeten hebben om af te wijken van de hoofdregel. De Afdeling meent dat de rechtbank bij het gebruik van de desbetreffende bevoegdheid het horen wel, conform de beperking in het wetsvoorstel, zou moeten beperken tot aandeelhouders die meer dan 5% van de aandelen hebben. De Afdeling deelt verder de overwegingen die de regering hebben gebracht tot het standpunt dat geen ruimte moet bestaan om ook aandeelhouders met een belang van minder dan 5% voorafgaand aan het uitspreken van de overdrachtsregeling te horen.

Bijzondere aandacht vraagt echter nog wel de situatie waarin sprake is van een directeur-grootaandeelhouder (DGA). In deze situatie ligt het in de rede dat de DGA in zijn hoedanigheid van bestuurder de onderneming zal vertegenwoordigen als deze onderneming wordt gehoord door de rechtbank. Nader bezien zal moeten worden of hij daarbij de gelegenheid moet krijgen om tevens zijn belangen als aandeelhouder naar voren te brengen. Wanneer hij hoe dan ook wordt gehoord als bestuurder, spelen overwegingen van vertrouwelijkheid en slagvaardigheid niet. Het zou aan de rechtbank kunnen worden gelaten om, in het kader van de bovenbedoelde uitzondering op de hoofdregel, te bezien of het horen van de DGA

¹ In de consultatieversie was dit nog 10%.

² Artikel 3:159t, tweede lid.

³ Zie hierna, par. 3, onder c., voor de consequentie van deze omkering voor de rechtsbescherming, zoals deze mede wordt vereist door artikel 1, Eerste Protocol bij het EVRM.

ook in verband met diens belangen als aandeelhouder eventuele andere aandeelhouders onaanvaardbaar op achterstand zou zetten.

De Afdeling adviseert het voorstel aan te passen.

b. De toetsing van de overdrachtsregeling

Het voorgestelde artikel 3:159t, vijfde lid, Wft bepaalt dat de rechtbank de overdrachtsregeling uitspreekt «indien zij het overdrachtsplan goedkeurt, tenzij De Nederlandsche Bank in redelijkheid niet heeft kunnen komen tot het oordeel dat een situatie als bedoeld in artikel 3:159b, eerste lid, zich voordoet.» Vervolgens bepaalt het zesde lid ondermeer dat het overdrachtsplan wordt goedgekeurd «tenzij de in het overdrachtsplan genoemde prijs, gegeven de omstandigheden van het geval, niet een redelijke prijs is.» In het zevende lid wordt daar aan toegevoegd dat de rechtbank het overdrachtsplan met betrekking tot activa en passiva goedkeurt, «tenzij de schuldeisers die een vordering houden op de probleeminstelling daardoor zouden worden benadeeld.» Tegen de beschikking van de rechtbank staat, indien het verzoek van DNB wordt toegewezen, geen hoger beroep open. Aandeelhouders die niet door de rechtbank worden gehoord, hebben het recht van verzet gedurende acht dagen na de dag van de goedkeuring.¹ Indien de rechtbank het verzet gegrond verklaart, leidt dit evenwel niet tot vernietiging van de overdrachtsregeling indien de ongedaan making van de overdrachtsregeling onevenredig ernstige gevolgen zou hebben.²

Uit de aangehaalde bepalingen van artikel 3:159t Wft blijkt dat de toetsing door de rechter van een door DNB voorgestelde overdrachtsregeling twee componenten heeft. In de eerste plaats dient de rechtbank het oordeel van DNB over de situatie van de probleeminstelling te toetsen. Artikel 3:159b, eerste lid, Wft geeft, met een aantal tamelijk open criteria, DNB de nodige beoordelingsruimte. DNB moet, met haar deskundigheid als toezichthouder, in staat worden geacht om adequaat te beoordelen of de situatie van de betreffende instelling het uitspreken van de overdrachtsregeling voldoende rechtvaardigt. Van DNB mag worden verwacht dat zij haar voorstel in het licht van de criteria van artikel 3:159b, eerste lid, Wft toereikend motiveert.

In de gegeven omstandigheden zal de rechterlijke toets van het gemotiveerde oordeel van DNB vervolgens niet anders dan een zeer terughoudende kunnen zijn. Overigens onderstreept een dergelijke terughoudende rol van de rechter bij de beoordeling of aan het wettelijk criterium is voldaan, ook uit een oogpunt van rechtsbescherming het belang dat de criteria van artikel 159b, eerste lid, Wft niet ruimer zijn dan onvermijdelijk is gegeven de situatie waarop de overdrachtsregeling ziet (zie hiervoor, punt 2).

De Afdeling plaatst echter wel een kanttekening bij de wijze waarop, in artikel 3:159t, vijfde lid, Wft de hiervoor bedoelde marginale toetsing door de rechtbank is geformuleerd, namelijk als een marginale toetsing. Zij wijst daartoe ter vergelijking op artikel 6, derde lid, van de Faillissementswet. Daarin is bepaald dat de faillietverklaring wordt uitgesproken indien summierlijk blijkt van het bestaan van feiten en omstandigheden, welke aantonen dat de schuldenaar in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen. Bij toepassing van de toets zoals neergelegd in de Faillissementswet zou de rechtbank ter motivering uitspreken dat DNB in grote lijnen voldoende reden heeft aangevoerd om over te gaan tot het uitspreken van de overdrachtsregeling. Dat zou op zichzelf passen bij het uitzonderlijke van de situatie waarin DNB reden ziet voor het toepassen van de overdrachtsregeling. Niet duidelijk is of de regering, met de in het

¹ Artikel 3:159u, derde lid.

² Artikel 3:159u, vierde lid.

voorstel gekozen formulering van een marginale toetsing, genoemd verschil met de Faillissementswet heeft beoogd.
De Afdeling adviseert het genoemde verschil toe te lichten.

c. De toetsing van het overdrachtsplan; compensatie

Hiervoor, onder a., heeft de Afdeling geadviseerd tot omkering van de hoofdregel, in die zin dat belanghebbenden voorafgaand aan het besluit over de overdrachtsregeling in beginsel niet worden gehoord. Een dergelijke beperking is verstrekkend en zou, mede gelet op artikel 1, Eerste Protocol EVRM, een niet aanvaardbare verstoring zijn van de balans tussen slagvaardigheid en rechtsbescherming indien niet tegelijk zou worden voorzien in een rechtsgang waarin belanghebbenden tenminste adequaat kunnen opkomen om de schade die voor hen voortvloeit uit de overdrachtsregeling vergoed te krijgen. Vanuit dit perspectief zal de Afdeling hierna het voorstel verder bezien.

In de hiervoor, onder b., aangehaalde onderdelen van artikel 3:159t Wft is het goedkeuren van het overdrachtsplan in die zin vervlochten met het goedkeuren van de overdrachtsregeling dat beide beslissingen worden neergelegd in dezelfde beschikking van de rechtbank. Het voorstel lijkt aldus weinig ruimte te bieden voor een zelfstandige beoordeling van het overdrachtsplan door de rechter. Dit kan ertoe leiden dat de balans tussen slagvaardigheid en rechtsbescherming doorslaat ten nadele van de rechtsbescherming. De rechter dient, naar het oordeel van de Afdeling, voldoende ruimte te hebben om het overdrachtsplan te beoordelen. Dit betreft in het bijzonder de in dat plan voorgestelde compensatie van hen die door het voorstel tot overdracht van aandelen en/of van activa/passiva in hun financiële belangen worden getroffen.

Op het moment dat de situatie van een financiële onderneming zo hachelijk is dat deze ingrijpen door middel van een overdrachtsregeling rechtvaardigt, en gegeven de tijdsdruk die zich dan veelal zal voordoen, zal er voor DNB, en vervolgens voor de rechter, mogelijk niet altijd voldoende gelegenheid zijn om de waarde van de aandelen en van activa en passiva die worden overgedragen, naar de stand op de datum van overdracht, met de vereiste nauwkeurigheid en zorgvuldigheid te bepalen, waar van toepassing met – de door het voorstel voorgeschreven – inachtneming van de belangen van eventuele andere schuldeisers. In dit verband moet er rekening mee worden gehouden dat het in dat stadium wellicht ook niet altijd mogelijk zal zijn om – als de waardebepaling vraagt om specifieke expertise of om contra-expertise – daarvoor deskundigen in te schakelen. Een eventuele verzetsprocedure zal in dit verband – de uitzonderlijke situatie daargelaten dat de overdrachtsregeling alsnog ongedaan kan worden gemaakt – mogelijk evenmin voldoende remedie kunnen bieden, waar voor een ordentelijke afwikkeling ook deze procedure onder tijdsdruk zal kunnen komen te staan.

Dit alles mag op zichzelf begrijpelijk of zelfs onvermijdelijk zijn, het betekent tegelijk dat daardoor een risico bestaat dat onvoldoende recht wordt gedaan aan belanghebbenden als hiervoor bedoeld. De Afdeling meent daarom dat hiervoor een afzonderlijke voorziening zou moeten worden geschapen. In dit kader merkt de Afdeling op dat in het voorgestelde deel 6 van de Wft voor het geval van onteigening in het stelsel van rechtsbescherming een splitsing is aangebracht, tussen het besluit als zodanig (te beoordelen door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State) en de schadeloosstelling bij onteigening. Voor het geval van onteigening krachtens hoofdstuk 6 bepaalt het voorstel namelijk dat een rechthebbende ten aanzien van een onteigend vermogensbestanddeel of effect of een vervallen recht op nieuw uit te geven effecten recht heeft op

schadeloosstelling.¹ De schadeloosstelling vormt een volledige vergoeding voor de schade die hij rechtstreeks en noodzakelijk door het verlies van zijn vermogensbestanddeel of effect of vervallen recht lijdt. De schadeloosstelling wordt vastgesteld door de ondernemingskamer van het Gerechtshof te Amsterdam.²

De Afdeling meent dat voor de rechthebbenden de situatie dat door een overdrachtsregeling eigendom wordt ontnomen, niet wezenlijk afwijkt van de situatie dat aandeelhouders van een onderneming krachtens hoofdstuk 6 van het voorstel eigendom wordt onteigend. Daarom zou het passend zijn indien de rechtsbescherming voor deze rechthebbenden op overeenkomstige wijze zou worden geregeld. De Afdeling herhaalt dat daarvoor te meer reden is indien deze rechthebbenden niet in aanmerking worden gebracht om te worden gehoord door de rechtbank over de door DNB voorgestelde overdrachtsregeling.

Gedacht zou kunnen worden aan het scheppen van de mogelijkheid voor belanghebbenden om tegen het door de rechtbank vastgestelde overdrachtsplan, wat betreft de daarin genoemde prijs, in beroep te komen bij de – in een materie als hier aan de orde ervaren – ondernemingskamer. De Afdeling onderkent overigens dat een eventuele verhoging van de eerder al door de rechtbank, met de goedkeuring van het overdrachtsplan, vastgestelde prijs vereist dat duidelijk is wie deze verhoging dient te voldoen. Denkbaar is dat voor zo'n situatie een fonds wordt gecreëerd analoog aan het depositiegarantiefonds.

De Afdeling adviseert het voorstel overeenkomstig het voorgaande aan te passen.

3. Rechtsbescherming

a. Het horen van de aandeelhouders

Naar aanleiding van het advies van de Afdeling om de hoofdregel dat aandeelhouders vooraf worden gehoord door de rechtbank te wijzigen, is deze hoofdregel omgedraaid, in die zin dat de aandeelhouders niet in staat worden gesteld te worden gehoord bij de behandeling van het voorstel van DNB door de rechtbank. In uitzondering op deze hoofdregel stelt de rechtbank aandeelhouders die meer dan 5% van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen in de gelegenheid te worden gehoord, op voorwaarde dat belangen van geheimhouding of spoed zich daartegen niet verzetten. Gegeven deze omdraaiing van de hoofdregel is de figuur van de zogeheten *amicus curiae* komen te vervallen.

b. De toetsing van de overdrachtsregeling

Naar aanleiding van het advies van de Afdeling is voor de wijze waarop de rechtbank toetst of aan het criterium voor het uitspreken van de overdrachtsregeling, noodregeling of faillissement is voldaan, een andere formulering gekozen. Niet langer is aangesloten bij de terminologie die gebruikelijk is in het bestuursrecht («De rechtbank spreekt de overdrachtsregeling uit (...) tenzij DNB niet in redelijkheid tot haar oordeel heeft kunnen komen dat (...)»), maar bij de terminologie in artikel 6, derde lid, Faillissementswet: «De rechtbank spreekt de overdrachtsregeling uit (...) indien summierlijk blijkt dat (...)».

¹ Artikel 6:8

² Artikel 6:10.

c. De toetsing van het overdrachtsplan; compensatie

De Afdeling wijst op het spanningsveld tussen slagvaardigheid enerzijds en adequate rechtsbescherming anderzijds. In het bijzonder wijst zij daarbij op de mogelijkheden om adequaat op te komen tegen de in het overdrachtsplan voorgestelde compensatie. Duidelijk is dat slagvaardigheid in het kader van de overdrachtsregeling van groot belang is. Een overdrachtsprocedure die te veel tijd in beslag neemt, schiet zijn doel voorbij. Voor het goed functioneren van de overdrachtsregeling is echter ook van belang dat de beoogde overnemer vooraf voldoende duidelijkheid heeft over de overnameprijs die hij uiteindelijk moet betalen. Een systeem waarbij het overdrachtsplan reeds wordt goedgekeurd, voordat de overnemer duidelijkheid heeft over de overnameprijs (of in elk geval de orde van grootte van die prijs), zal in de praktijk vermoedelijk niet werken. Om die reden is het geen optie om – zoals in Deel 6 het geval is bij een besluit tot onteigening en het recht op schadeloosstelling – overdracht en overnameprijs te ontkoppelen. De overnameprijs vormt daarvoor te zeer een essentieel onderdeel van het overdrachtsplan. De balans tussen slagvaardigheid en rechtsbescherming zal daarom binnen het kader van de totstandkoming en goedkeuring van het overdrachtsplan moeten worden gevonden. Dit kan door in de wet te bepalen dat in het overdrachtsplan in plaats van een concrete prijs ook een waarderingsmethode voor de uiteindelijk te betalen overnameprijs kan worden opgenomen. De beoogde overnemer – die uiteraard, evenals bij een concrete overnameprijs het geval zou zijn geweest, met die waarderingsmethode moet hebben ingestemd – kan dan vooraf een adequate inschatting maken van de uiteindelijk door hem te betalen overnameprijs, terwijl de feitelijke waardebeoordeling pas na de goedkeuring van het overdrachtsplan hoeft plaats te vinden. Ook voor de betrokken probleeminstelling heeft de mogelijkheid om in het overdrachtsplan een waarderingsmethode op te nemen voordelen. In het noodzakelijkerwijs korte tijdsbestek waarbinnen een verzoek tot goedkeuring van een overdrachtsplan wordt behandeld, is het eenvoudiger om de redelijkheid van een waarderingsmethode te beoordelen dan om de redelijkheid van een concrete overnameprijs te beoordelen. De instelling kan haar visie op deze methode onder de aandacht van de rechtbank brengen, wanneer zij over het overdrachtsplan wordt gehoord.

Op grond van deze overwegingen zijn de artikelen 3:159i, 3:159o en 3:159r aangepast. In die artikelen was bepaald dat in het overdrachtsplan vermeld moet zijn de prijs die de overnemer bereid is te betalen en op grond waarvan deze prijs wordt geacht een redelijke prijs te zijn. Daaraan is toegevoegd dat ook kan worden vermeld de wijze waarop de prijs die de overnemer bereid is te betalen wordt vastgesteld, en op grond waarvan deze methode wordt geacht een redelijke methode te zijn. Er dient een keuze te worden gemaakt: hetzij de prijs, hetzij de vaststellingswijze moet in het overdrachtsplan worden vermeld.

Het opnemen van een waarderingsmethode in het overdrachtsplan biedt, waar het gaat om de mogelijkheden die belanghebbenden hebben om hun zienswijze onder de aandacht van de rechtbank te brengen, uiteraard alleen soelaas indien zij in de gelegenheid worden gesteld om vooraf te worden gehoord. Voor aandeelhouders zal de hoofdregel echter zijn dat zij achteraf worden gehoord (zie hierboven, onder a). Dit noopt ertoe om voor aandeelhouders een bijzondere rechtsgang in te stellen, waarin zij achteraf kunnen opkomen tegen de door de overnemer te betalen overnameprijs. Voor die rechtsgang is, conform het advies van de Afdeling, zoveel mogelijk aangesloten bij de rechtsbescherming uit het voorgestelde nieuwe Deel 6. Aandeelhouders die zich niet in de overnameprijs kunnen vinden, kunnen zich tot de ondernemingskamer

van het Gerechtshof te Amsterdam wenden met het verzoek om een aanvullende schadeloosstelling vast te stellen. Deze aanvullende schadeloosstelling zal echter niet door de overnemer, maar door de Staat worden betaald. Hiervoor is gekozen omdat, zoals hierboven reeds overwogen, een systeem waarbij de door de overnemer te betalen overnameprijs achteraf nog zou kunnen worden verhoogd, in de praktijk naar verwachting niet zou werken.

4. Overige opmerkingen

a. Verhouding tot een «gewoon» faillissement

De Faillissementswet bepaalt thans dat de schuldenaar die in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen, hetzij op eigen aangifte, hetzij op verzoek van een of meer zijner schuldeisers, bij rechterlijk vonnis in staat van faillissement wordt verklaard.¹ Op grond van de geldende voorschriften van de Wft wordt de noodregeling voor een kredietinstelling uitgesproken in het belang van de gezamenlijke schuldeisers. Voorts geldt voor verzekeraars en entiteiten voor risicoacceptatie dat de rechtbank de noodregeling kan uitspreken «indien het belang van de gezamenlijke schuldeisers een bijzondere voorziening behoeft».²

Ingevolge het voorstel kan het faillissement van zowel een kredietinstelling als een verzekeraar echter alleen nog worden uitgesproken op grond van een verzoek van DNB.³ Daarbij wordt uit de voorschriften geschrapt dat een noodregeling wordt uitgesproken in het belang van de gezamenlijke schuldeisers.⁴ Dit duidt erop dat in het voorstel een aanvraag tot faillissement van een kredietinstelling of een verzekeraar enkel beschouwd wordt als een zaak van algemeen belang, te weten het behoud van de nutsfunctie van de instelling respectievelijk de stabiliteit van het financiële stelsel in het geheel, en dat voor het gezamenlijk belang van de schuldeisers, op zichzelf, geen plaats meer is.

Uit de toelichting blijkt niet waarom de thans nog geldende, «normale» insolventieprocedure in het geheel niet meer zal kunnen worden toegepast op banken, entiteiten van risicoacceptatie en verzekeraars. De toelichting geeft aan dat het noodzakelijk is dat de prudentieel toezichthouder via een bijzondere procedure kan aansturen op gecontroleerde deconfiture van de instelling, waarbij de nutsfunctie van de bank wordt voortgezet. Dit lijkt echter vooral te vereisen dat in die omstandigheden waarin DNB wenst op te treden, het faillissement niet meer kan worden uitgesproken op grond van artikel 1 Faillissementswet.

Niet duidelijk is bovendien waarom op basis van het voorstel ook zonder dat DNB een overdrachtsplan heeft voorbereid, al een noodregeling of faillissement kan worden uitgesproken wanneer aan het nieuwe, verruimde criterium wordt voldaan. In dat geval lijkt immers voortzetting van de nutsfunctie van de onderneming op basis van een door DNB opgesteld plan niet aan de orde te zijn, waardoor er ook geen reden is reeds de noodregeling of het faillissement uit te spreken voordat de solvabiliteit of liquiditeit van de onderneming in het geding is.⁵ De Afdeling adviseert de toelichting in verband met het voorgaande aan te vullen, en zo nodig het voorstel aan te passen.

b. Hoger beroep en cassatie

In het voorstel is bepaald dat tegen een beschikking tot het uitspreken van de overdrachtsregeling geen hoger beroep open staat.⁶ Wel hebben aandeelhouders die niet door de rechtbank zijn gehoord het recht van verzet tegen die beschikking.

¹ Artikel 1 van de Faillissementswet.

² Artikel 3:160 en 3:161 Wft.

³ Artikel 212ha en 213aa.

⁴ Zie het nieuwe artikel 3:160 dat artikel 3:160 en 3:161 vervangt alsmede.

⁵ Overigens kan een overdrachtplan wel na het uitspreken van de noodregeling of het faillissement worden voorgelegd. Niettemin blijft dan de vraag overeind waarom DNB reeds een noodregeling/faillissement van een financiële onderneming zou mogen aanvragen in de omstandigheid dat de onderneming nog voldoet aan de liquiditeits- en solvabiliteits-eisen en er nog geen overdrachtplan is vastgesteld.

⁶ Artikel 3:159u, tweede lid.

Deze regeling wijkt af van de regeling van de rechtsmiddelen die openstaan tegen een door de rechtbank uitgesproken noodregeling. Tegen de beschikking tot het uitspreken van een noodregeling staat namelijk, ingevolge de huidige wet, voor de desbetreffende kredietinstelling of de verzekeraar wel hoger beroep open en, als zij niet zijn gehoord, het recht van verzet.¹ Bovendien staat beroep in cassatie open tegen de beschikking op het hoger beroep en het verzet.² Ingevolge het voorstel is geen hoger beroep mogelijk tegen de goedkeuring van de rechter van een overdrachtsplan dat door DNB aan de rechter is overgelegd nadat de rechter eerder een noodregeling heeft uitgesproken.

Het is de Afdeling niet duidelijk waarom de voorgestelde regeling van de rechtsmiddelen tegen de voorgestelde overdrachtsregeling verschilt van die van de noodregeling. Wat bovendien opvalt is het verschil in vormgeving: bij de noodregeling worden de rechtsmiddelen – hoger beroep en beroep in cassatie – expliciet geregeld. Bij de overdrachtsregeling wordt ingevolge het voorstel hoger beroep uitgesloten, terwijl beroep in cassatie, gelet op de bewoordingen van artikel 3:159t, tiende lid, Wft, weer niet is uitgesloten. De toelichting geeft geen verklaring voor deze verschillen.

De Afdeling adviseert in de toelichting op het bovenstaande in te gaan, en zo nodig het voorstel aan te passen.

c. Afwijken van wettelijke voorschriften

In verschillende onderdelen van het voorstel wordt bepaald dat toepassing van de wettelijke bevoegdheid mag plaatsvinden in afwijking van wettelijke voorschriften. Zo is bepaald dat met betrekking tot een aandelenoverdracht het overdrachtplan mag afwijken van wettelijke voorschriften of statutaire bepalingen.³ Tevens is bepaald dat de minister in afwijking van wettelijke voorschriften onmiddellijke voorzieningen kan treffen of kan onteigenen.⁴ De toelichting daarbij geeft als voorbeeld Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, de Wft en de Wet giraal effectenverkeer (Wge).

De Afdeling is van oordeel dat de rechtszekerheid vereist dat nader wordt aangeduid van welke wettelijke voorschriften mag worden afgeweken of op welke onderwerpen de wetgeving ziet waarvan mag worden afgeweken. Zo acht de Afdeling moeilijk denkbaar dat op grond van het voorstel van alle bepalingen van de Wft zou kunnen worden afgeweken. Dat zou immers ook de mogelijkheid geven onderdelen van de thans voorgestelde voorschriften buiten toepassing te laten.

De Afdeling adviseert het voorstel te preciseren.

d. Overbruggingsbank

In vergelijkbare wetten in andere landen (zoals de Bankingact in het Verenigd Koninkrijk) is voorzien in de mogelijkheid dat de overdracht van deposito-overeenkomsten, overige passiva of activa, of aandelen plaatsvindt aan een speciaal daarvoor in het leven geroepen rechtspersoon: de overbruggingsinstelling (Bridgebank). In het voorstel en de toelichting komt een dergelijke voorziening slechts summier aan de orde. Niet duidelijk is waarom de regering heeft gemeend te moeten afzien van het opnemen in het voorstel van bepalingen over een overbruggingsinstelling, zodat deze instelling op voorhand is geregeld, en aldus paraat is op het moment dat de omstandigheden haar nodig maken.

¹ Artikel 3:191, tweede lid.

² Artikel 3:191, vijfde lid.

³ Artikel 3:159p.

⁴ Artikel 6:1 en 6:2.

De Afdeling adviseert in de toelichting op het bovenstaande in te gaan, en zo nodig het voorstel aan te passen.

e. De toetsing van het overdrachtsplan

Het voorstel stelt eisen aan de inhoud van het overdrachtsplan met betrekking tot deposito-overeenkomsten, activa en passiva anders dan uit hoofde van deposito-overeenkomsten en aandelen.¹ Artikel 3:159t, zesde lid, bepaalt dat de rechtbank het overdrachtsplan goedkeurt tenzij niet is voldaan aan artikel 3:159q of tenzij de in het overdrachtsplan genoemde prijs, gegeven de omstandigheden van het geval, niet een redelijke prijs is. Niet duidelijk is waarom de rechter het overdrachtsplan niet tevens dient te toetsen aan de vereisten in de artikelen 3:159h en 3:159n (die betrekking hebben op deposito-overeenkomsten en activa en passiva anders dan uit hoofde van deposito-overeenkomsten). De Afdeling adviseert het voorstel aan te passen.

f. Belangen van werknemers

Het is de Afdeling opgevallen dat het voorstel noch de toelichting aandacht besteden aan de belangen van werknemers bij de overdrachtsregeling. De Afdeling acht het geboden dat in het overdrachtsplan ook de positie van werknemers en hun belangen adequaat aan de orde komen. De Afdeling adviseert het voorstel in verband met het voorgaande aan te passen.

4. Overige opmerkingen Afdeling

a. Verhouding tot een «gewoon» faillissement

Naar aanleiding van de opmerking van de Afdeling dat uit de toelichting niet blijkt waarom de thans nog geldende «normale» insolventieprocedure niet meer zal kunnen worden toegepast op banken, entiteiten van risicoacceptatie en verzekeraars, is de toelichting aangevuld. Overigens vallen entiteiten voor risico-acceptatie, zoals hierboven opgemerkt, niet meer binnen het bereik van het wetsvoorstel.

b. Hoger beroep en cassatie

De Afdeling heeft erop gewezen dat de regeling van de rechtsmiddelen tegen de voorgestelde overdrachtsregeling verschilt van die van de rechtsmiddelen tegen de noodregeling. Naar aanleiding daarvan is de regeling van de rechtsmiddelen tegen de noodregeling aangepast.

c. Afwijken van wettelijke voorschriften

De Afdeling heeft geadviseerd het voorstel te preciseren ten aanzien van de mogelijkheid af te wijken van wettelijke voorschriften of statutaire bepalingen bij de aandelenoverdracht en, door de minister van Financiën, het treffen van onmiddellijk voorzieningen en de onteigening. Terecht merkt de Afdeling op dat het moeilijk denkbaar is dat van de in het wetsvoorstel voorgestelde voorschriften zou kunnen worden afgeweken. Om die reden is in het wetsvoorstel uitdrukkelijk bepaald dat niet kan worden afgeweken van de bij of krachtens Afdeling 3.5.4a, onderscheidenlijk Deel 6, gestelde regels. Ook overigens is de afwijkingsbevoegdheid niet onbegrensd. Het spreekt voor zich dat niet mag worden afgeweken van de Grondwet en van een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties. Verder volgt uit de aard van de afwijkingsbevoegdheid dat er een rechtstreeks verband moet bestaan tussen een te treffen maatregel en de eventuele afwijking van een

¹ Artikel 3:159h, 3:159n en 3:159q.

wettelijk of statutair voorschrift. De afwijking moet bovendien nodig zijn voor de effectiviteit van de maatregel en, evenals de maatregel zelf, in een redelijke verhouding staan tot het met die maatregel te bereiken doel.

d. Overbruggingsbank

Mede naar aanleiding van de opmerkingen van de Afdeling is in het wetsvoorstel een grondslag opgenomen om bij algemene maatregel van bestuur regels te stellen met betrekking tot een zogeheten overbruggingsinstelling. In verband daarmee is in de definitiebepaling een omschrijving van «overbruggingsinstelling» opgenomen. Ook zonder een dergelijke grondslag zou overigens aan een overbruggingsinstelling kunnen worden overgedragen; doel van de nieuwe bepaling is dat regels kunnen worden gesteld met betrekking tot de oprichting, de rechtsvorm, de financiering, het bestuur en de werkwijze van een overbruggingsinstelling, alsmede regels met betrekking tot de voorwaarden waaronder aan een overbruggingsinstelling kan worden overgedragen. Tevens is de memorie van toelichting aangevuld.

e. De toetsing van het overdrachtsplan

Terecht adviseert de Afdeling dat de rechter het overdrachtsplan tevens dient te toetsen aan de vereisten in de artikelen 3:159i en 3:159o, die betrekking hebben op deposito-overeenkomsten en activa en passiva anders dan uit hoofde van deposito-overeenkomsten. Het wetsvoorstel is dienovereenkomstig aangepast.

f. Belangen van werknemers

Naar aanleiding van het advies van de Afdeling om aandacht te besteden aan de belangen van werknemers van de probleeminstelling bij de overdrachtsregeling, is § 2.5 van de toelichting aangevuld.

5. Voor redactionele kanttekeningen verwijst de Afdeling naar de bij het advies behorende bijlage.

5. Redactionele kanttekeningen

De redactionele kanttekeningen van de Afdeling zijn overgenomen.

Van de gelegenheid is voorts gebruik gemaakt om in het wetsvoorstel en de memorie van toelichting een aantal redactionele verbeteringen aan te brengen.

De Afdeling advisering van de Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal, nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

*De vice-president van de Raad van State,
H. D. Tjeenk Willink*

Ik moge u, mede namens mijn ambtgenoot van Veiligheid en Justitie, verzoeken het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De minister van Financiën,
J. C. de Jager

Bijlage bij het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State betreffende no. W06.11.0256/III met redactionele kanttekeningen die de Afdeling in overweging geeft.

- De toelichting van artikel 212hf in overeenstemming brengen met de tekst.
- In artikel 123 aj, eerste lid, de verwijzing corrigeren.