

Vergaderjaar 2008–2009

31 768

Wijziging van de Wet op het financieel toezicht en de Faillissementswet in verband met de samenloop van de vordering op de boedel ingeval van noodregeling, surseance van betaling en faillissement en de aanvraag van een vergoeding op grond van de vangnetregeling

Nr. 3

MEMORIE VAN TOELICHTING

Algemeen

De samenloop van de vordering op de boedel en de aanvraag van een vergoeding op grond van de vangnetregeling

twee opmerkingen vooraf

1. kern van het wetsvoorstel

Wanneer een bank failliet wordt verklaard¹ dienen de depositohouders (spaarders en rekeninghouders) twee stappen te ondernemen de door hen toevertrouwde gelden, of een zo groot mogelijk gedeelte daarvan, terug te krijgen. Enerzijds zullen zij een vordering moeten indienen bij de curator van de failliete bank. Anderzijds zullen zij een aanvraag om een vergoeding op grond van het depositogarantiestelsel moeten indienen bij de Nederlandsche Bank (DNB), als uitvoerder van de vangnetregeling. In de praktijk is gebleken dat in bepaalde gevallen het verschil kon uitmaken in welke volgorde zij deze stappen ondernamen. Zo kon het onder omstandigheden gebeuren dat twee depositohouders met een vordering van exact dezelfde omvang een verschillende vergoedingspercentage uiteindelijk ontvingen, afhankelijk van de vraag tot wie – de curator of DNB – zij zich eerst wendden. Degene die zich eerst tot de curator wendde en vervolgens tot DNB ontving in de praktijk een hogere vergoedingspercentage dan degene die zich eerst tot DNB wendde en daarna pas tot de curator. Een dergelijke uitkomst is uiteraard ongewenst.

In de eerste plaats is het in strijd met het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers dat de ene depositohouder meer ontvangt dan de andere. Dit klemmt des te meer nu de depositohouder die lang kan wachten met het aanvragen van een vergoeding bij DNB omdat hij de langste financiële adem heeft, uiteindelijk meer ontvangt dan de depositohouder die meer om zijn geld verlegen zit. In de tweede plaats wordt de verhaalsmogelijkheid van DNB ongunstig beïnvloed door de depositohouder die lang wacht met het aanvragen van een vergoeding bij DNB.

¹ Hierna zal kortheidshalve slechts worden ingegaan op het faillissement, maar de problematiek geldt evenzeer voor de noodregeling.

Dit wetsvoorstel beoogt een regeling te geven waardoor het niet langer uitmaakt of een depositohouder in een faillissement eerst naar de curator

met zijn vordering stapt en dan naar DNB, dan wel in de omgekeerde volgorde. De voorgestelde oplossing komt erop neer dat de curator rekening zal houden met het bedrag dat door DNB wordt betaald, waarbij het voor het uiteindelijk door de depositohouder te ontvangen bedrag irrelevant is of DNB de vergoeding voorafgaand aan de uitkering door de curatoren betaalt, dan wel daarna.

2. aanpassing vergoedingslimieten

De voorgestelde aanpassing van de Wet op het financieel toezicht (hierna: Wft) en de Faillissementswet volgt kort op de recente verhoging van het garantiebedrag van € 40 000 (met een eigen risico van 10% voor het gedeelte tussen € 20 000 en € 40 000) tot € 100 000. De voorgestelde aanpassing en recente verhoging staan evenwel los van elkaar.

Inleiding

Dit wetsvoorstel betreft de werking van de vangnetregeling in de noodregeling of het faillissement van een vergunninghoudende bank of beleggingsonderneming of een financiële instelling die een verklaring van ondertoezichtstelling als bedoeld in artikel 3:110 van de Wft heeft. De depositohouder of belegger die in het faillissement van een dergelijke onderneming een uitkering op zijn vordering uit de boedel wil krijgen, dient zijn vordering in bij de curatoren. De curatoren zullen doorgaans slechts een percentage van de vordering kunnen uitbetalen. Daarnaast kan de depositohouder een beroep doen op het depositogarantiestelsel, en de belegger op het beleggerscompensatiestelsel. Het depositogarantiestelsel en het beleggerscompensatiestelsel worden tezamen «de vangnetregeling» genoemd. DNB besluit op grond van artikel 3:261, eerste lid, van de Wft tot toepassing van de vangnetregeling indien een financiële onderneming betalingsonmachtig is. De vangnetregeling is hoofdzakelijk gebaseerd op twee uitgangspunten. Het eerste uitgangspunt is dat aan de depositohouder en de belegger een minimumbedrag wordt gegarandeerd. Het tweede uitgangspunt is dat de depositohouder en de belegger, ingeval de curatoren niet snel tot een eerste uitkering overgaan, reeds aan het begin van het faillissement moeten kunnen beschikken over een minimumbedrag. Van hen kan niet worden gevegd dat zij langere tijd niet over financiële middelen kunnen beschikken.

Een vergoeding op grond van de vangnetregeling moet worden aangevraagd bij DNB. Vanuit juridisch oogpunt is het niet juist te zeggen dat de depositohouder of belegger «de vordering die hij op de betalingsonmachtige financiële onderneming heeft, indient bij DNB»; hij vraagt een vergoeding aan bij DNB voor het feit dat zijn vordering op de boedel niet of niet volledig wordt voldaan.

DNB neemt op deze aanvraag een besluit. Ten overvloede zij opgemerkt dat DNB geen discretionaire bevoegdheid in dezen heeft, noch ten aanzien van het besluit of zij een vergoeding betaalt, noch bij de vaststelling van de hoogte van de vergoeding. In dit verband zij gewezen op artikel 7, zesde lid, van de richtlijn depositogarantiestelsels, waarop de vangnetregeling is gebaseerd.¹ Daarin wordt voorgeschreven dat de lidstaten ervoor zorg dragen dat «deposanten hun recht op schadeloosstelling middels een vordering tegen het depositogarantiestelsel kunnen doen gelden». Vanuit de optiek van de Nederlandse juridische terminologie verdient het de voorkeur te zeggen dat de depositohouder een vergoeding aanvraagt bij DNB, en dat DNB bij de beoordeling daarvan geen discretionaire bevoegdheid heeft. In die zin heeft de depositohouder geen «vordering» in civielrechtelijke zin op DNB. Dat de richtlijn het woord «vordering» gebruikt is niet doorslaggevend.

DNB draagt op grond van artikel 3:261, tweede lid, Wft zorg voor de betaling. Zij is de uitvoerder van het depositogarantiestelsel en het beleggers-

¹ Richtlijn nr. 94/19/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 30 mei 1994 inzake de depositogarantiestelsels (PbEG L 135).

compensatiestelsel. De vangnetregeling wordt op grond van artikel 3:262 Wft gefinancierd door de andere banken, beleggingsondernemingen en financiële instellingen met een ondertoezichtstelling. Zij voldoen op grond van artikel 3:262 Wft hun bijdrage binnen een door DNB vastgestelde termijn.

Het depositogarantiestelsel is gebaseerd op de richtlijn depositogarantiestelsels en kent – na inwerkingtreding van de Wft – een maximumvergoeding van € 38 000. Boven de € 40 000 wordt niets vergoed en van het gedeelte van een vordering tussen € 20 000 en € 40 000 90% wordt vergoed: zie artikel 26, vierde lid, van het Besluit bijzondere prudentiële maatregelen, beleggerscompensatie en depositogarantie Wft (hierna: Besluit bpmbd Wft). De resterende 10% wordt ook wel het «eigen risico» genoemd. DNB treedt op grond van artikel 3:261, derde lid, Wft in de rechten van de depositohouder voor het bedrag dat zij aan de depositohouder heeft uitgekeerd; hiervoor is geen andere handeling nodig dan de daadwerkelijke uitbetaling van de vergoeding door DNB uit hoofde van een daartoe door haar genomen toekenningsbesluit. Overigens is het niet noodzakelijkerwijs zo dat de depositohouder ook degene is die de vergoeding ontvangt: zie artikel 19, onderdeel c, Besluit bpmbd Wft.

Het beleggerscompensatiestelsel is gebaseerd op de richtlijn beleggerscompensatiestelsels¹. Hierna zal korthedshalve slechts worden ingegaan op het depositogarantiestelsel. De opmerkingen gelden evenwel evenzeer voor het beleggerscompensatiestelsel, met dien verstande dat het beleggerscompensatiestelsel een maximum kent van € 20 000 en geen eigen risico heeft (artikel 26, vierde lid, Besluit bpmbd Wft).

Wat is het probleem waarvoor het wetsvoorstel een oplossing biedt?

Dit wetsvoorstel beoogt een oplossing te geven voor onduidelijkheden die zich kunnen voordoen met betrekking tot aanspraken en verplichtingen in de driehoeksverhouding tussen depositohouders, curatoren en DNB. Het blijkt dat het in de praktijk verschil kan maken wie van de twee – DNB of de curatoren – als eerste iets betaalt aan de depositohouder. De volgorde waarin de curatoren en DNB betalen aan een depositohouder, blijkt consequenties te hebben voor het totale bedrag dat een depositohouder ontvangt, alsmede voor de mogelijkheden van DNB van verhaal op de boedel. Dat het totaalbedrag en de verhaalsmogelijkheden verschillen als gevolg van de volgorde waarin de curatoren en DNB betalen, is onbedoeld en ongewenst.

Van het – overigens in de praktijk toch al relatief zeer geringe – aantal faillissementen is er een klein percentage gevallen waarin de curatoren eerder dan DNB overgaan tot uitkering. Dat de curatoren eerder tot uitkering overgaan dan DNB zal zich eerder voordoen naar mate de administratie van de financiële onderneming op orde is en de juridische en economische complicaties beperkt zijn. Uit het volgende voorbeeld blijkt dat het voor de depositohouder verschil kan maken wie het eerst uitkeert: de curatoren of DNB. In het rekenvoorbeeld wordt uitgegaan van een maximale vergoeding door DNB van € 100 000.

Voorbeeld 1

Een bank wordt failliet verklaard. Een depositohouder («D») heeft een vordering op de bank van 150 000. De curatoren keren in een eerste ronde 50% uit.

¹ Richtlijn nr. 97/9/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese unie van 3 maart 1997 inzake de beleggerscompensatiestelsels (PbEG L 84).

– DNB keert het eerst uit: D ontvangt van DNB het maximale bedrag: 100 000	Curatoren keren het eerst uit: 50% van 150 000 → D ontvangt uitboedel 75.000
– Restantvordering van D op boedel: 50 000	Restantvordering van D: 75 000
– Vervolgens: DNB dient vordering van 100 000 in bij boedel	
– Dan: curatoren keren uit: – aan D: 50% van 50 000 → 25 000 – aan DNB: 50% van 100 000 → 50 000	Dan: DNB keert max. 100 000 uit: → D ontvangt van DNB 75 000
D ontvangt totaal: 1250 000	D ontvangt totaal: 150 000
DNB dient vordering van 75 000 bij	boedel na eerste uitdeling
D en DNB ontvangen misschien nog iets ineventuele tweede uitdeling uit boedel	DNB ontvangt misschien nog iets in eventuele tweede uitdeling uit boedel

Verschil voor depositohouder: € **25 000** meer in scenario 2

Verschil voor DNB: onbekend, maar vrijwel zeker minder in scenario 2

In dit voorbeeld ontvangt de depositohouder die eerst een bedrag van de curatoren ontvangt en vervolgens een bedrag van DNB ontvangt in totaal € 25 000 meer dan de depositohouder die eerst een bedrag van DNB ontvangt en vervolgens een bedrag van de curatoren ontvangt. In het geval waarin de curatoren snel tot een uitkering overgaan, kan de depositohouder de volgorde trachten te beïnvloeden waarin DNB de vergoeding betaalt en de curatoren een bedrag uitkeren. Hij kan dat doen door te wachten met het aanvragen van een vergoeding van DNB totdat hij een bedrag van de curatoren heeft ontvangen. Op die wijze kan hij trachten scenario 2 te bewerkstelligen. Dit is om meer dan een reden ongewenst.

(1) De belangrijkste reden is dat het ongewenst is dat de volgorde waarin (a) DNB de vergoeding betaalt en (b) de curatoren een bedrag uitkeren van invloed is op de hoogte van het totale bedrag dat door de depositohouder wordt ontvangen. Het is evenzeer ongewenst dat de depositohouder de volgorde van (a) en (b) kan trachten te beïnvloeden. Dat de ene depositohouder meer ontvangt dan de andere is in strijd met de paritas creditorum. Bovendien is het mogelijk dat de ene depositohouder het geld sneller en harder nodig heeft dan de andere. In het geval waarin DNB eerst na de curatoren uitkeert, moet worden voorkomen dat de depositohouders die het financieel langer kunnen volhouden, kunnen bewerkstellingen dat zij meer ontvangen dan de depositohouders met een kortere financiële adem.

(2) Een andere reden is dat, zoals het rekenvoorbeeld laat zien, DNB in scenario 2 vrijwel zeker minder ontvangt dan in scenario 1, doordat zij niet deelneemt aan de eerste uitkering. Dit komt erop neer dat DNB vrijwel zeker minder ontvangt dan andere crediteuren van gelijke rang. Dat is ongewenst: de verhaalsmogelijkheden van DNB op de boedel moeten niet worden beïnvloed door de volgorde waarin de depositohouder zijn aanspraken effectueert. Alhoewel deze reden niet de hoofdreden is voor het wetsvoorstel, kan ook deze reden als zelfstandige reden voor het wetsvoorstel worden aangevoerd.

Hoofdelijke aansprakelijkheid

Voor de goede orde merken wij op dat onduidelijkheid zou kunnen bestaan over de vraag of de hier aan de orde zijnde problematiek niet wordt geregeld in artikel 6 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: artikel 6:6 BW), dat betrekking heeft op hoofdelijke aansprakelijkheid. In dit wetsvoorstel wordt bepaald dat op enerzijds DNB en anderzijds de boedel, beleggingsonderneming of financiële instelling hoofdelijk zijn verbonden. Daarmee wordt aangesloten bij de terminologie van artikel 6:6 BW. Hierbij wordt uitdrukkelijk opgemerkt dat dat wordt bepaald uitslui-

tend voor zover dat nodig is. Er kunnen ook zonder uitdrukkelijke bepaling gronden worden aangevoerd waarop er geen hoofdelijke verbondenheid bestaat:

1. DNB voldoet geen «vordering» in civielrechtelijke zin;
2. Ontstaansgeschiedenis van het garantiestelsel pleit tegen hoofdelijke aansprakelijkheid; en
3. Verband met de richtlijn.

ad 1. Ten eerste kan worden betoogd dat DNB niet een «vordering» in civielrechtelijke zin voldoet. Het is niet juist te zeggen dat de depositehouder zijn «vordering indient» bij DNB. Er is geen civielrechtelijke vordering van de depositehouder op DNB. De depositehouder dient bij DNB een aanvraag in voor een vergoeding voor het feit dat zijn vordering op de insolvente kredietinstelling niet of niet volledig wordt voldaan. DNB moet op die aanvraag besluiten of de vordering voor vergoeding in aanmerking komt (hetgeen bijvoorbeeld niet het geval is bij deposito's van grote ondernemingen) en zo ja, wat de hoogte van die vergoeding is. Herhaald zij dat DNB daarbij geen discretionaire bevoegdheid heeft. De consequentie van het verschil tussen de vordering op de boedel en de aanspraak op een vergoeding door DNB is dat het onaannemelijk is dat er sprake is van een en dezelfde schuld die zowel door DNB als de boedel wordt voldaan. DNB voldoet geen «schuld» of «prestatie» in civielrechtelijke zin. Het gevolg daarvan is dat er geen sprake is van hoofdelijke aansprakelijkheid als bedoeld in artikel 6:6 BW.

ad 2. De ontstaansgeschiedenis van het garantiestelsel pleit niet voor hoofdelijke aansprakelijkheid. Het depositogarantiestelsel vindt zijn oorsprong in – afgezien van de richtlijn, die niets over al dan niet hoofdelijke aansprakelijkheid bepaalt – een regeling waarover DNB overeenstemming heeft bereikt met de representatieve beroepsorganisaties. Deze regeling is bij koninklijk besluit van 28 september 1998 door de minister van Financiën algemeen verbindend verklaard (Stb. 577). In de toelichting op bedoelde regeling wordt op bladzijde 20 opgemerkt dat DNB naar haar mening geen hoofdelijke verplichting op zich heeft genomen, noch met haar goederen verbonden is voor de schulden van de deelnemende instellingen. Dit is een aanwijzing dat DNB en de betrokken beroepsorganisaties een uitsluiting van hoofdelijke aansprakelijkheid van DNB hebben willen overeenkomen. Deze regeling gold onder de Wet toezicht kredietwezen 1992 en bij de opname in de Wft is op dit punt geen inhoudelijke wijziging beoogd.

ad 3. In artikel 11 van de richtlijn depositogarantiestelsels is bepaald dat het depositogarantiestelsel het recht geeft om in liquidatieprocedures «gesubrogeerd» te worden in de rechten van de deposanten voor een bedrag gelijk aan het bedrag van hun vordering. Artikel 13 van de richtlijn beleggerscompensatiestelsel bevat eenzelfde regel. In dit verband is het goed zich te bedenken dat de richtlijn weliswaar als primair doel heeft de bescherming van de depositehouder, maar dat de richtlijn niet ertoe verplicht deze bescherming tot elke prijs te bieden. Wanneer DNB bij toepassing van artikel 6:6 BW feitelijk minder uit de boedel ontvangt dan zonder toepassing van dat artikel, kan de vraag worden gesteld wat het verband is tussen artikel 6:6 BW en de richtlijnen die voorschrijven dat DNB het recht heeft om «gesubrogeerd» te worden voor een bedrag dat gelijk is aan het bedrag dat DNB heeft uitgekeerd aan de depositehouder.

Wanneer hoofdelijke verbondenheid op deze grond zou worden geacht op gespannen voet te staan met de richtlijnen, verdient het de voorkeur artikel 6:6 BW uitdrukkelijk uit te sluiten. Dat DNB wel het recht heeft het gehele bedrag van de door haar betaalde vergoeding bij de boedel in te

dienen, vermindert de spanning tussende hoofdelijke aansprakelijkheid en de richtlijnen niet, nu het percentage dat DNB in de meeste gevallen feitelijk ontvangt in geen verhouding staat tot het bedrag van de door haar betaalde vergoeding.

De conclusie is dat kan worden betwijfeld of er sprake is van hoofdelijke aansprakelijkheid van DNB en de boedel, of bank. Uitsluitend voor zover nodig wordt uitdrukkelijk bepaald dat er geen hoofdelijke verbondenheid bestaat.

Het buiten twijfel stellen dat er geen sprake is van hoofdelijke verbondenheid of hoofdelijke aansprakelijkheid, heeft tot gevolg dat eveneens buiten twijfel is gesteld dat artikel 136 Faillissementswet toepassing mist. Dat artikel bepaalt dat, indien er sprake is van hoofdelijke aansprakelijkheid, de schuldenaar in het faillissement van de schuldenaar – in het kader van dit wetsvoorstel: de bank – opkomen voor en betaling ontvangen over het gehele bedrag, totdat zijn vordering ten volle zal zijn gekweten.

Oplossingen waarvoor niet is gekozen

Met het buiten twijfel stellen dat artikel 6:6 BW niet van toepassing is, is nog geen oplossing gegeven voor het probleem, geschetst aan de hand van het rekenvoorbeeld. Verschillende oplossingen zijn denkbaar. Overwogen is te bepalen dat DNB eerder moet uitkeren dan de curatoren. Een dergelijke regel is om twee redenen niet een geschikte oplossing. In de eerste plaats zou een dergelijke regel erop neerkomen dat de curatoren moeten wachten met de volledige uitkering totdat DNB heeft betaald, ook in de gevallen waarin de curatoren eerder dan DNB in staat zijn om uit te keren. Een regeling die tot gevolg heeft dat de depositohouders onnodig lang op hun geld moeten wachten, is niet in hun belang. Bovendien wordt de problematiek op dit punt in de praktijk mede veroorzaakt doordat calculerende depositohouders wachten met de indiening van hun vorderingen bij DNB totdat de curatoren hebben betaald. DNB kan in redelijkheid niet worden verplicht om eerder dan de curatoren over te gaan tot uitkering wanneer de depositohouder zijn vordering eerst bij de curatoren indient en vervolgens wacht met het indienen van zijn aanvraag bij DNB.

In dit verband is voorts overwogen te bepalen dat de depositohouder zijn vordering eerst bij DNB moet indienen en pas daarna bij de curatoren. Dat heeft alleen zin als dat ook kan worden afgedwongen. Dat betekent dat er een sanctie moet staan op niet-naleving van een dergelijke verplichting. Die sanctie is dat DNB niet betaalt of minder betaalt. Dat is evenwel een beperking van het ingevolge de richtlijn bestaande recht van de depositohouder. De richtlijn laat geen ruimte voor een dergelijke beperking. Die weg is dus niet begaanbaar.

Vervolgens is overwogen te bepalen dat de vordering bij de curatoren moet worden ingediend, en dat de curatoren de vordering terstond doorzenden aan DNB, welke doorzending als aanvraag van een vergoeding bij DNB geldt. Aldus, zo werd overwogen, wordt bewerkstelligd dat de indiening van de aanvraag bij DNB op dezelfde of de volgende dag plaatsvindt als indiening bij de curatoren. Voor deze oplossing is niet gekozen. In de eerste plaats wordt daarmee nog steeds niet de mogelijkheid uitgesloten dat de curatoren eerder uitkeren dan DNB. Bovendien riep deze oplossing weer nieuwe complicaties op, in het bijzonder met betrekking tot de rol van het huidige formulier waarmee de vergoeding bij DNB moet worden aangevraagd, bijvoorbeeld of de depositohouder zijn vordering met bedoeld aanvraagformulier bij de curatoren moet indienen.

Oplossing waarvoor wel is gekozen

De oplossing moet aan twee vereisten voldoen. In de eerste plaats dient

zo veel mogelijk te worden voorkomen dat de volgorde van betaling door DNB en betaling door de curatoren verschil maakt voor het bedrag dat de depositohouder in totaal van de curatoren en DNB ontvangt. In de tweede plaats moet zo veel mogelijk worden voorkomen dat de volgorde verschil maakt voor het bedrag dat door DNB op de boedel kan worden verhaald. Kern van de voorgestelde oplossing is dat de curatoren rekening houden met het bedrag dat door DNB wordt betaald, waarbij het voor het uiteindelijk door de depositohouder te ontvangen bedrag irrelevant is of DNB de vergoeding voorafgaand aan de uitkering door de curatoren betaalt, dan wel daarna.

Wanneer DNB eerder betaalt dan de curatoren is de gang van zaken als volgt. De curatoren splitsen de bij hen ingediende vordering op in twee delen. Het eerste deel is gelijk aan het bedrag dat DNB heeft vastgesteld als het bedrag dat zij aan de belegger of depositohouder uitkeert. Het tweede deel is het bedrag dat overblijft van de oorspronkelijke vordering na verrekening van de belegger of depositohouder na aftrek van het deel dat door DNB wordt betaald. DNB en de belegger of depositohouder ontvangen van de curatoren, beiden over hun eigen deel, hetzelfde percentage.

Het is mogelijk dat in een enkel geval de curatoren al tot uitkering willen overgaan voordat DNB het bedrag van de vergoeding heeft vastgesteld. In dat geval – nog minder vaak voorkomend dan het eerste geval – kan van de curatoren niet worden verlangd dat zij zich zullen verplaatsen in DNB en gaan inschatten aan de hand van het aanvraagformulier van DNB welk bedrag DNB zal vaststellen als het bedrag dat zij aan de desbetreffende depositohouder zal uitkeren. Voor dit geval is bepaald dat de curatoren intussen reeds het bedrag aan de belegger of depositohouder uitkeren dat zij minimaal zullen moeten uitkeren, en voorts dat zij een bedrag reserveren, dat niet bij de eerste uitdeling wordt betaald. De curatoren gaan daarbij uit van de hypothese dat DNB de voor het specifieke geval maximale vergoeding uitkeert. Wanneer de curatoren een door een depositohouder ingediende vordering erkennen, doen zij dat onder het al dan niet impliciete voorbehoud dat zij nog niet weten aan wie de erkende vordering moet worden uitbetaald. Het is immers mogelijk dat zij een deel van het gereserveerde bedrag alsnog aan de depositohouder zelf dienen uit te betalen, namelijk in het geval waarin DNB beslist niet de maximale vergoeding uit te keren.

Overwogen is om binnen deze oplossing nog te bepalen dat de depositohouder bij de indiening ter verificatie van zijn vordering tegenover de curatoren verklaart of hij een aanvraag doet voor een vergoeding door DNB en zo ja, voor welk bedrag. De gedachte achter een dergelijke bepaling zou kunnen zijn dat daarmee wordt voorkomen dat de curatoren zich bij de voorlopige reservering moeten gaan verdiepen in de positie van de depositohouder onder de depositogarantieregeling en in een geschil daarover met de depositohouder moet beslissen of een reservering moet plaatsvinden. Er is voor gekozen een dergelijke regel niet op te nemen. Niet moet worden uitgesloten dat de meeste depositohouders veiligheids halve zullen verklaren aanspraak te willen maken op de voor hen maximale vergoeding; in dat geval zou de toegevoegde waarde van een dergelijke regel beperkt zijn. Daartegenover staat het risico dat de minder goed ingevoerde depositohouder onbedoeld verklaart geen beroep te doen op de depositogarantieregeling. Bovendien roept dit nog de vraag op of een verklaring *jegens de curatoren* een afstand van een aanspraak op DNB tot gevolg zou kunnen hebben.

Meer in het algemeen kan worden opgemerkt dat het systeem waarbij DNB een vergoeding betaalt van een vordering die de belegger of depositohouder op de boedel heeft, onvermijdelijk leidt tot situaties

waarin DNB en de curatoren over en weer inschattingen moeten maken op terreinen waarop de ander verantwoordelijk is. Dat is ook onder het huidige recht al zo. Meer concreet: ook nu kan het voorkomen dat DNB moet inschatten of de depositohouder een vordering op de boedel heeft, voordat de curatoren hebben beslist of zij die vordering erkennen. Ook nu dienen de curatoren in hun correspondentie met beleggers te wijzen op het in werking stellen van het beleggerscompensatiestelsel en de termijn waarbinnen een aanvraag bij DNB moet zijn ingediend (artikel 24, tweede lid, bpmbd.); daarbij dienen zij ook per persoon een zekere inschatting te maken van de waarschijnlijkheid waarmee zij met succes een beroep kunnen doen op de vangnetregeling. Als gevolg van dit wetsvoorstel wordt het inschattingsvermogen van de curatoren ook in een ander kader relevant: het is mogelijk dat de curatoren met het oog op de reservering van een bedrag in de boedel moeten inschatten of DNB tot vergoeding zullen overgaan en zo ja, voor welk bedrag, voordat DNB dat besluit heeft genomen.

Zowel de curatoren als DNB hebben elk een eigen verantwoordelijkheid en zijn niet gebonden aan de inschatting van de ander op diens terrein. Een en ander kan tot complicaties leiden, maar deze moeten in de juiste proporties worden gezien. DNB heeft geen discretionaire bevoegdheid bij de vaststelling van de vergoeding en de curatoren hebben een uiterst beperkte vrijheid bij het al dan niet erkennen van vorderingen. De kans dat de inschatting door de één wordt gevolgd door een contraire beslissing door de ander is daardoor zeer beperkt.

Voorbeeld 2

Een voorbeeld moge een en ander verduidelijken. Depositohouder D heeft een vordering op de bank van € 250 000. Hij heeft deze vordering ingediend bij de curatoren.

De omvang van de boedel laat toe dat op alle vorderingen 50% wordt voldaan. De curatoren wensen over te gaan tot een eerste uitdeling, derhalve van 50%. Op de vordering van D zal dus in totaal € 125 000 worden betaald. Het gaat er nu om te bepalen welk gedeelte van dit bedrag van € 125 000 bij wijze van eerste uitkering wordt betaald aan de depositohouder. Vaststaat dat het gedeelte dat de curatoren aan D dienen uit te keren niet lager dan € 75 000 kan zijn. Immers, DNB kan niet gehouden zijn tot vergoeding van een bedrag groter dan € 100 000. In het geval waarin DNB inderdaad het maximale bedrag zou voldoen, resteert nog een vordering van D van € 150 000 op de boedel. De curatoren dienen dus in ieder geval aan D € 75 000 te voldoen, zijnde 50% van € 150 000. De regeling komt erop neer dat de curatoren op het tijdstip van de eerste uitkering alvast € 75 000 dienen uit te keren aan D. Zij doen geen uitkering over het andere gedeelte van de vordering voordat DNB aan hen heeft medegedeeld wat de hoogte is van de vergoeding die zij aan de depositohouder uitkeert. In het voorbeeld was voor de vordering van € 250 000 een bedrag beschikbaar van € 125 000, waarop bij de eerste uitkering € 75 000 is uitgekeerd. Er is dus nog een bedrag van € 50 000 over, dat de curatoren dienen te reserveren. Zij wachten met de uitkering hiervan totdat DNB heeft bepaald welk bedrag voor vergoeding door DNB in aanmerking komt. Betaalt DNB inderdaad € 100 000, dan dient DNB die een vordering ter grootte van dat bedrag in bij de curatoren, die daarop 50% van dat bedrag, dus € 50 000, betalen aan DNB. Betaalt DNB een bedrag dat lager is dan € 100 000, dan keren de curatoren 50% van dit lagere bedrag uit aan DNB, en het bedrag dat nog over is van het gereserveerde bedrag van € 50 000 aan de depositohouder.

Voorbeeld 3

Thans volgt een voorbeeld waarin de depositohouder een vordering heeft die lager is dan het maximale bedrag dat DNB dient te vergoeden. Stel dat de depositohouder een vordering heeft van € 75 000, dat de curatoren

50% op de vorderingen uitkeren, en dat zij tot uitkering wensen over te gaan voorafgaand aan de betaling door DNB. Voor deze vordering hebben de curatoren derhalve € 37 500 in kas. De vergoeding die DNB maximaal moet betalen is € 75 000. Wanneer DNB dat betaalt, verwerft zij daardoor een vordering op de boedel van € 75 000. Zij ontvangt hierop 50%, het percentage van het bedrag dat de curatoren in kas hebben. De curatoren reserveren € 37 500. Wanneer DNB inderdaad € 75 000 aan de deposithouder vergoedt, keren de curatoren € 37 500 uit aan DNB.

Slotopmerkingen

In het geval waarin een bepaalde belegger of deposithouder niet over zijn volledige netto-vordering kon deelnemen in de eerste uitdeling omdat DNB het door haar uit te keren bedrag nog niet had vastgesteld, staat niets eraan in de weg dat de curatoren het uit de boedel te betalen deel aan de belegger of deposithouder uitkeren zodra zij van DNB hebben vernomen welk deel DNB zal betalen. De curatoren behoeven daarmee niet te wachten tot een tweede algemene uitdeling, te meer niet nu voor deze vordering al een bedrag was gereserveerd. Dit geldt uiteraard ook voor de betaling van het bedrag van de vordering waarin DNB is gesubrogeerd.

De voordelen van deze oplossing zijn de volgende. Het maakt niet uit wie van beiden – DNB of curatoren – als eerste iets betaalt aan de deposithouder. De deposithouder heeft daarom niet langer een belang om lang te wachten met het indienen van de aanvraag van een vergoeding bij DNB. De omvang van het bedrag dat hij in totaal ontvangt is niet langer afhankelijk van de volgorde waarin hij zijn vordering en aanvraag bij de curatoren onderscheidenlijk DNB indient. Wel kan hij door een snelle indiening bij DNB bewerkstelligen dat DNB spoedig tot betaling overgaat. Dat is ook gunstig voor de curatoren: zij hebben dan snel zekerheid over hoe zij het uit te betalen bedrag van een bepaalde vordering moeten verdelen tussen de deposithouder en DNB. Voor het geval DNB later is met de betaling van de vergoeding dan de curatoren met de eerste uitkering, wordt van de curatoren niet vereist dat zij zich verplaatsen in de overwegingen die DNB heeft bij de bepaling van de hoogte van de vergoeding, maar slechts van hen verlangd dat zij de maximale vergoeding vaststellen. Dat is eenvoudig vast te stellen.

Ten overvloede zij opgemerkt dat DNB een vordering op de boedel krijgt wanneer zij een vergoeding heeft betaald voor de vordering die de deposithouder op de boedel heeft. Dit is al geregeld in artikel 3:261, derde lid, Wft waar is bepaald dat DNB in de rechten treedt die een belegger of deposithouder ter zake van een vordering op de betalingsonmachtige financiële onderneming heeft voor zover zij een vergoeding heeft betaald van de daarvoor in aanmerking komende vorderingen. Voor de goede orde zij erop gewezen dat deze vordering geen boedelschuld is die voor alle andere schulden moet worden voldaan. Een misverstand daaromtrent had kunnen rijzen nu zou kunnen worden gedacht dat de vordering van DNB eerst ontstaat na datum van de toepassingverklaring van de noodregeling. Dat is evenwel niet het geval; het zou immers moeilijk te rijmen zijn met de beschermingsgedachte achter het depositogarantiestelsel dat DNB voor alle andere schuldeisers zou moeten worden voldaan.

Financiële gevolgen voor het bedrijfsleven

Vooropgesteld zij dat een deconfiture van een bank of een beleggingsonderneming zelden voorkomt: in de orde van grootte van gemiddeld één keer in de twee jaar ten aanzien van beleggingsondernemingen en – tot voor kort – één keer in de 22 jaar ten aanzien van banken. De financiële

gevolgen voor het bedrijfsleven zijn alleen daardoor reeds beperkt. Het wetsvoorstel heeft geen invloed op de administratieve lasten voor financiële ondernemingen. Met betrekking tot de financiële gevolgen die niet administratief van aard zijn wordt het volgende opgemerkt. De financiële gevolgen voor bijdrageplichtige financiële ondernemingen van dit wetsvoorstel zijn gunstig. Doordat de verhaalsmogelijkheden van DNB op de boedel toenemen, zullen in een noodregeling of faillissement waarop dit wetsvoorstel van toepassing is de bijdragen van bedoelde ondernemingen als gevolg van dit wetsvoorstel lager uitvallen. Als gevolg van de toegenomen verhaalsmogelijkheden van DNB zal er minder overblijven voor concurrente crediteuren.

Voor wat betreft de kosten van de noodregeling en faillissement wordt vooropgesteld dat deze ten laste komen van de boedel. In de situatie waarin bewindvoerders en curatoren uitkeren nadat de vergoeding door DNB is betaald, verandert er weinig tot niets. Zowel thans als na de inwerkingtreding van het wetsvoorstel verhaalt DNB het door haar betaalde bedrag op de boedel; er is dus geen verschil voor wat op dit punt betreft de werkzaamheden van bewindvoerders en curatoren. In de situatie waarin de bewindvoerders of curatoren uitkeren voordat DNB de vergoeding heeft betaald, geldt dat zij na inwerkingtreding van dit wetsvoorstel de vordering van de depositohouder of belegger moeten splitsen. Deze extra werkzaamheden zijn op zichzelf al zeer gering. Daarenboven geldt dat een deel van de werkzaamheden die bewindvoerders en curatoren thans moeten verrichten ter behandeling van de indiening van de vordering van DNB na de eerste uitkering door de bewindvoerders of curatoren niet langer behoeven te worden verricht na de inwerkingtreding van de voorgestelde wetswijziging.

Artikelsgewijze toelichting

A

Het begrip «belegger» wordt vaker gebruikt in de wet. Met de toevoeging in artikel 3:258 wordt beoogd duidelijk te maken wat de inhoud is van het begrip «belegger» in paragraaf 3.5.6.1, namelijk een persoon die op grond van een beleggingsdienst als omschreven in artikel 1:1 of een dienst als vermeld in bijlage I, deel B, punt 1, van de richtlijn markten voor financiële instrumenten, geld of financiële instrumenten aan een bank, beleggingsonderneming of financiële instelling heeft toevertrouwd.

B

Artikel 3:261

De wijziging van het eerste lid komt erop neer dat DNB niet langer kan volstaan met de vaststelling van de omvang en de hoogte van de vorderingen, maar ook de hoogte van de *vergoedingen* moet vaststellen. DNB zal dit ook eigener beweging doen. Uiteindelijk zal zij immers een bedrag moeten voldoen aan elke depositohouder en belegger die daarvoor in aanmerking komt. Het is evenwel zuiverder dit uitdrukkelijk te bepalen. Een uitdrukkelijke bepaling is ook dienstig omdat het voorgestelde artikel 3:265b, eerste lid, betrekking heeft op de vaststelling van de vergoeding, en verwijst naar artikel 3:261. De hoogte van de voor vergoeding in aanmerking komende vordering en de hoogte van de vergoeding zelf kunnen van elkaar, doordat eerst een eventuele vordering van de desbetreffende financiële onderneming in mindering moet worden gebracht op de vordering van de depositohouder of belegger op de financiële onderneming: zie artikel 26, derde lid, Besluit bpmbd Wft. De thans in het tweede lid, eerste volzin, opgenomen formulering «DNB draagt zorg voor betaling van de (...) voor vergoeding in aanmerking komende vorderingen» is enigszins verwarrend, nu niet duidelijk is wat precies wordt

betaald: de vordering zelf of de vergoeding voor het feit dat de vordering niet of gedeeltelijk wordt betaald. Bedoeld is het laatste. Dat wordt thans verduidelijkt.

In verband hiermee wordt ook het derde lid gewijzigd. De zinsnede «voor zover zij de vordering van die belegger of depositohouder» heeft voldaan zou bij een strikte lezing het misverstand kunnen oproepen dat DNB niet treedt in de rechten van de belegger of depositohouder indien zij de vergoeding betaalt, in plaats van de vordering zelf.

C

Uitsluitend voor zover dat nodig is, wordt artikel 6:6 BW buiten toepassing verklaard voor het geval waarin een persoon als bedoeld in artikel 3:259, eerste lid, of een depositohouder zijn vordering bij de boedel heeft ingediend en een vergoeding heeft aangevraagd bij DNB. Het maakt daarbij geen verschil of de vordering op de boedel wordt ingediend in een noodregeling, surseance van betaling of faillissement. Naast de boedel worden ook de beleggingsonderneming of financiële instelling onderscheidenlijk de bank genoemd, omdat het, strikt genomen, kan voorkomen dat een vangnetregeling wordt toegepast zonder dat er sprake is van een noodregeling, surseance van betaling of faillissement. Zie verder het algemene gedeelte van de toelichting.

D

§ 3.5.6.1A

Inleiding

Deze paragraaf regelt de uitvoering van de vangnetregeling in de noodregeling. Op grond van artikel 3:260 bestaat de mogelijkheid dat een besluit tot toepassing van de vangnetregeling ook dan wordt genomen wanneer er geen sprake is van een noodregeling of faillissement. Die mogelijkheid zal zich in de praktijk hoogst zelden voordoen, om niet te zeggen dat het slechts een theoretische mogelijkheid is. Die mogelijkheid is in de wet opgenomen omdat artikel 3, eerste lid, van de richtlijn depositogarantiestelsels daartoe verplicht. Zou het besluit tot toepassing van het garantiestelsel al worden genomen zonder dat sprake is van een noodregeling, dan is § 3.5.6.1A niet van toepassing. Dit blijkt niet alleen uit het opschrift van de paragraaf, «*Uitvoering van de vangnetregeling in de noodregeling*», maar ook uit de formulering van de artikelen.

Artikel 3:265a

Dit artikel bepaalt dat de bewindvoerders DNB in kennis stellen van de hun bekende beleggers en depositohouders en van de hoogte van elk van hun vorderingen alsmede van de vorderingen van de financiële onderneming op de hun bekende beleggers en depositohouders. In de administratie van de desbetreffende financiële onderneming zal zich een overzicht van alle beleggers en depositohouders en hun vorderingen bevinden. De bewindvoerders kunnen volstaan met het overleggen van dat overzicht, voor zover aanwezig. Doel van deze bepaling is dat DNB zich een beeld kan vormen van de aanvragen van de vergoedingen voordat deze bij haar zullen worden ingediend, zodat zij zich daarop kan voorbereiden. Niet bedoeld is dat de bewindvoerders zelf dienen na te gaan of een beroep door de depositohouder of belegger op de vangnetregeling gegrond is. Voorstelbaar is dat in uitzonderlijke gevallen – welke thans nog niet te voorzien zijn – het niet aanstonds duidelijk is of een dergelijk beroep gegrond is. Dat de bewindvoerders DNB in kennis stellen van alle hun bekende depositohouders en beleggers, houdt niet in dat zij hebben

geoordeeld dat het beroep op de vangnetregeling door alle genoemde depositohouders en beleggers steeds gegrond zal zijn.

Voor een goede voorbereiding is ook nodig dat de bewindvoerders DNB in kennis stellen van de vorderingen die de financiële onderneming op de depositohouders of beleggers heeft. Ter vaststelling van de hoogte van de vergoeding dient DNB immers op de hoogte te zijn van de tegenvorderingen die voor verrekening in aanmerking komen.

Dit artikel is strikt genomen niet noodzakelijk voor de oplossing van het probleem waarvoor het wetsvoorstel een oplossing biedt, zoals geschetst in het algemene gedeelte van deze toelichting. Toch is het wenselijk deze bepaling op te nemen. In de praktijk stellen de bewindvoerders DNB ook wel vrijwillig in kennis van de hen bekende beleggers en depositohouders en van de hoogte van iedere vordering. Dat heeft in het verleden een voortvarende uitvoering door DNB van het collectieve garantiestelsel wel vergemakkelijkt.

Artikel 3:265b

De kern van dit artikel is het eerste en het derde lid. Zodra DNB heeft berekend welk bedrag zij na aanvraag zal voldoen aan een belegger of depositohouder, deelt zij dit mee aan de bewindvoerders. Dit is in het eerste lid bepaald.

Wanneer de bewindvoerders van DNB hebben vernomen welk bedrag DNB zal voldoen, splitsen zij de bij hen ingediende vordering op in twee gedeeltes. Dit volgt uit het derde lid. Het ene gedeelte is het gedeelte waarover de bewindvoerders een percentage aan de belegger of depositohouder zullen uitkeren. Het andere gedeelte is het gedeelte waarover zij een percentage aan DNB zullen uitkeren. Het percentage over het ene gedeelte is gelijk aan het percentage over het andere gedeelte, en is afhankelijk van wat de omvang van de boedel toelaat.

Uit de formulering van het derde lid volgt dat de bewindvoerders pas tot deze opsplitsing overgaan nadat DNB het vastgestelde bedrag heeft medegedeeld. Wanneer DNB de hoogte van de vergoeding nog niet heeft medegedeeld, wordt de procedure, geregeld in artikel 3:265c, gevolgd. Het gaat in het derde lid niet zo zeer om de vraag of er al daadwerkelijk is verrekend, als wel om de vaststelling van de tegenvordering; zie in dit verband ook artikel 26, derde lid, Besluit bpmdb Wft. Om die reden, en om rekening te houden met een mogelijke onduidelijkheid over het tijdstip waarop daadwerkelijk wordt verrekend, is gekozen voor de woorden «de na verrekening geresteeerde of te resteren vordering». De verwijzing naar verrekening heeft betrekking op de verrekening als bedoeld in artikel 234 van de Faillissementswet, dat in artikel 3:177 van overeenkomstige toepassing wordt verklaard, of, indien van toepassing, op de equivalenten daarvan naar het recht van een andere staat.

Een voorbeeld moge een en ander verduidelijken. Depositohouder A heeft een vordering op zijn bank van € 50 000. De bank heeft een vordering op A van € 12 500. DNB deelt aan de bank mee dat een vordering van € 37 500 voor vergoeding in aanmerking komt. De bewindvoerders brengen dit bedrag in mindering op het na verrekening geresteeerde of te resteren bedrag dat A van de bank te vorderen heeft. Het bedrag dat A na verrekening te vorderen heeft op de bank is € 37 500. De bewindvoerders keren niets uit aan A; A ontvangt € 37 500 van DNB.

Het tweede lid heeft betrekking op de bijzondere situatie waarin DNB meent dat de vordering waarvoor de belegger of de depositohouder vergoeding heeft aangevraagd niet voor vergoeding in aanmerking komt. Volstaan is met te bepalen dat DNB aan de bewindvoerders mededeelt dat de vordering niet voor vergoeding in aanmerking komt. De verscheidenheid in mogelijke scenario's is zo groot dat een nadere regeling van elk

van die gevallen niet zou opwegen tegen het naar verwachting betrekkelijk geringe aantal gevallen waarin DNB en de belegger of depositohouder het niet eens zijn. Zo is denkbaar dat de bewindvoerders de opvatting van DNB dat de vordering niet voor vergoeding in aanmerking komt, delen. In dit scenario zou moeten worden geregeld de variant waarin later blijkt dat DNB en de bewindvoerders in het ongelijk worden gesteld of alsnog met de belegger of depositohouder tot een vergelijk komen. Ook is denkbaar dat de bewindvoerders weliswaar menen dat de vordering niet voor vergoeding door DNB in aanmerking komt maar niet betwisten dat de belegger of depositohouder een vordering op de boedel heeft. Voor dit geval zou moeten worden geregeld hoe te handelen indien later komt vast te staan dat de vordering toch voor vergoeding in aanmerking komt. Voorts is voorstelbaar dat de bewindvoerders het niet met DNB eens zijn. Voor dat geval zou moeten worden geregeld wat er dient te gebeuren wanneer later duidelijk wordt wie het bij het rechte eind had. Andere mogelijkheden zijn nog dat betrokkenen het erover eens zijn dat een bepaalde vordering voor vergoeding in aanmerking komt, maar wel van mening verschillen over het antwoord op de vraag wie in een concreet geval als depositohouder moet worden aangemerkt of wie de vergoeding kan aanvragen. Het zou te ver voeren om voor al deze varianten uit te werken hoe de bewindvoerders de vordering dienen te splitsen en welk gedeelte van de vordering moet worden gereserveerd. Nu bepaald is dat DNB aan de bewindvoerders mededeelt dat de vordering waarvan vergoeding is aangevraagd naar haar oordeel niet voor vergoeding in aanmerking komt, ligt het in de rede dat DNB en de bewindvoerders met elkaar overleg zullen plegen over het antwoord op de vraag welke weg moet worden ingeslagen. Overwogen is te bepalen dat, indien DNB van oordeel is dat de vordering slechts gedeeltelijk voor vergoeding in aanmerking komt, zij ook dat aan de bewindvoerders mededeelt. Een dergelijke toevoeging is naast het eerste lid evenwel overbodig. Wanneer de vordering naar het oordeel van DNB slechts gedeeltelijk voor vergoeding in aanmerking komt, is zij immers reeds op grond van het eerste lid gehouden de hoogte van de vergoeding en de berekening daarvan aan de bewindvoerders mede te delen.

Artikel 3:265c

DNB stelt op grond van artikel 3:261, eerste lid, de omvang van de vorderingen die voor vergoeding in aanmerking komen vast, alsmede de hoogte van de voor vergoeding in aanmerking komende vorderingen. Ingevolge artikel 3:265b, eerste lid, deelt zij de vaststellingen van de hoogte van de voor vergoeding in aanmerking komende vordering zo snel mogelijk mee aan de bewindvoerders. In het merendeel van de gevallen zal DNB de hoogte van de vergoeding hebben vastgesteld en aan de bewindvoerders hebben medegedeeld voordat de bewindvoerders tot een uitkering overgaan. Dat is overigens ook in het belang van DNB omdat daarmee de kans wordt vergroot dat DNB reeds in de eerste tussentijdse uitdeling kan meedelen. In de gevallen waarin DNB het vastgestelde bedrag aan de bewindvoerders heeft medegedeeld is er geen moeilijkheid. Het is voorstelbaar dat – in een relatief klein percentage van de gevallen – de bewindvoerders tot uitkering wensen over te gaan, en dat zij ten aanzien van een bepaalde vordering nog niet van DNB hebben vernomen of DNB heeft bepaald dat de vordering voor vergoeding in aanmerking komt en zo ja, wat de hoogte is van de vergoeding die DNB ter zake van die vordering zal voldoen aan de belegger of depositohouder. Deze situatie wordt geregeld in artikel 3:265c. Overwogen is te bepalen dat de bewindvoerders in een dergelijk geval zelf een inschatting moeten maken van hetgeen DNB zal vaststellen. Bij de uitwerking van dat alternatief bleken de complicaties te groot. De bewindvoerders zouden aan de hand van het aanvraagformulier dat DNB hanteert, moeten proberen zich

een voorstelling te maken van hetgeen DNB zal vaststellen. Vervolgens doet ook DNB zelf nog eens de vaststelling. Dat is dubbel werk. Dat dubbele werk leidt evenwel tot een zeer bescheiden tijdwinst: verwacht mag worden dat de bewindvoerders slechts betrekkelijk korte tijd vóór DNB zullen uitkeren. Bovendien zou moeten worden bepaald wat rechtens is, indien later zou blijken dat de bewindvoerders meer hebben uitgekeerd op basis van hun eigen inschatting dan op grond van de daaropvolgende vaststelling door DNB. De regeling zou niet alleen gecompliceerd worden, maar bovendien niet in omvang in verhouding staan tot het naar verwachting kleine aantal gevallen waarin de problematiek zich zou voordoen. Om deze reden is deze oplossing verworpen.

Het zal steeds op voorhand vaststaan welk bedrag de bewindvoerders minimaal aan een bepaalde belegger of depositohouder zullen dienen uit te keren. In het voorgestelde artikel 3:265c, eerste lid, is daarom bepaald dat de bewindvoerders eerst het bedrag aan de belegger of depositohouder uitkeren dat zij in elk geval aan de desbetreffende belegger of depositohouder dienen te voldoen. Bij de bepaling van het door de bewindvoerder minimaal te betalen bedrag moet worden uitgegaan van de hypothese waarin DNB de aanspraak van de belegger of depositohouder volledig honoreert.

Zie voorbeeld 2 in het algemene gedeelte van de toelichting. De bewindvoerders betalen € 75 000 aan de depositohouder. In het tweede lid is bepaald dat de bewindvoerders geen uitkering doen over het andere gedeelte van de vordering voordat DNB aan hen heeft medegedeeld wat de hoogte is van de vergoeding die zij aan de depositohouder uitkeert. In voorbeeld 2 in het algemene gedeelte van de toelichting wachten de bewindvoerders met het uitkeren van € 50 000 (zijnde 50% van de resterende € 100 000), totdat DNB heeft bepaald welk bedrag voor vergoeding door DNB in aanmerking komt.

Op grond van het derde lid wordt dit bedrag door de bewindvoerders gereserveerd. De hoogte van het te reserveren bedrag wordt berekend aan de hand van het vierde lid. Doel van deze reservering is te bewerkstelligen dat DNB, zodra zij door uitbetaling van de vergoeding in de rechten is getreden van de belegger of depositohouder, alsnog het percentage van de reeds gedane uitkering ontvangt.

E en F

In de huidige artikelen 3:266 en 3:267 wordt de vangnetregeling van overeenkomstige toepassing verklaard op financiële ondernemingen met zetel in een andere lidstaat onderscheidenlijk financiële ondernemingen met zetel in een staat die geen lidstaat is. De bepalingen inzake de toepassing van de vangnetregeling in de noodregeling dient van overeenkomstige toepassing te worden verklaard op noodregelingen die worden toegepast op de genoemde twee categorieën financiële ondernemingen.

Met betrekking tot artikel 3:266 wordt het volgende opgemerkt. Dit artikel heeft betrekking op financiële ondernemingen met zetel in een andere lidstaat met een in Nederland gelegen bijkantoor. Onderscheid moet worden gemaakt tussen banken, beleggingsondernemingen en financiële instellingen. Banken met zetel in een andere lidstaat die hun bedrijf uitoefenen vanuit een in Nederland gelegen bijkantoor, kunnen in Nederland niet worden onderworpen aan de noodregeling of failliet worden verklaard, tenzij zij illegaal zijn (artikel 3:202 Wft). Zij kunnen slechts worden onderworpen aan de noodregeling of failliet worden verklaard in de lidstaat van hun zetel; dit vloeit voort uit de artikelen 3 en 9 van de richtlijn sanering en liquidatie kredietinstellingen¹. Secundaire procedures zijn niet mogelijk. De gevolgen van de saneringsmaatregel worden beheerst door het recht van de lidstaat waar de saneringsmaatregel is vastgesteld (lex concursus) (artikel 3:240 Wft). Het activeren van een

¹ Richtlijn nr. 2001/24/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 4 april 2001 betreffende de sanering en liquidatie van kredietinstellingen (PbEG L 125).

vangnetregeling volgt niet eo ipso uit de noodregeling of het faillissement; voor de toepassing van een vangnetregeling is immers een zelfstandig besluit van DNB nodig (art. 3:260, eerste lid Wft). De wijziging van artikel 3:266 moet dan ook niet worden gezien als een afwijking van de lex concursus, maar als een aanvulling daarop. In internationaal privaatrechtelijke zin is het een unilaterale verwijzingsregel. Of andere lidstaten de pretentie van de grensoverschrijdende werking van paragraaf 3.5.6.1A aanvaardden hangt af van de wetgeving van die lidstaten. In dit verband zij er ook nog op gewezen dat in een zogeheten Memorandum of Understanding met de toezichthouder in de andere lidstaat of de desbetreffende kredietinstelling afspraken kunnen worden gemaakt hieromtrent.

Met betrekking tot beleggingsondernemingen wordt het volgende opgemerkt. Ten aanzien van grensoverschrijdende insolventie van beleggingsondernemingen gelden geen Europese regels. Beleggingsondernemingen vallen op grond van artikel 1, tweede lid, van de Insolventieverordening (hierna ook: Ivo) niet onder die Verordening, en er zijn geen Europese richtlijnen van toepassing op de sanering en liquidatie van beleggingsondernemingen. Dit heeft tot gevolg dat bijkantoren van beleggingsondernemingen kunnen worden onderworpen aan secundaire procedures op grond van artikel 2, vierde lid, Fw (faillissement) of artikel 214, tweede lid Fw. (surseance van betaling). De wijziging van artikel 3:266 Wft heeft tot gevolg dat in een dergelijke secundaire procedure paragraaf 3.5.6.1A van toepassing is.

Met betrekking tot financiële instellingen wordt het volgende opgemerkt. Zij vallen niet onder de uitzonderingen van artikel 1, tweede lid, Ivo, en dus vallen zij onder de werking van de Insolventieverordening. Op grond van artikel 3, tweede lid, kunnen zij worden onderworpen aan secundaire procedures. De wijziging van artikel 3:266 Wft heeft tot gevolg dat in een dergelijke secundaire procedure paragraaf 3.5.6.1A van toepassing is.

ARTIKEL II

Wijziging van de Faillissementswet

A

Artikel 212m, derde lid, heeft als bedoeling de noodregeling en het daarop volgende faillissement als een geheel te beschouwen. Dat geldt ook met betrekking tot de uitvoering van de vangnetregeling. Dat betekent bijvoorbeeld dat, indien een depositohouder in de noodregeling zijn vordering bij de bewindvoerders heeft ingediend en een aanvraag van een vergoeding bij DNB heeft ingediend, DNB en de curatoren de uitvoering van de vangnetregeling moeten voortzetten zonder acht te slaan op de omzetting. DNB gaat dus door met het vaststellen van de hoogte van de vergoedingen, het uitkeren aan de depositohouders, en de curatoren handhaven de reservering van het bedrag dat de curatoren hebben gereserveerd op grond van artikel 3:265c.

B

Dit artikel heeft betrekking op de situatie waarin een faillissement is uitgesproken zonder dat sprake is geweest van een eerdere noodregeling, en dus evenmin van een «omzetting» van een noodregeling in het faillissement. In dat geval wordt de vangnetregeling uitgevoerd overeenkomstig de afdeling 3.5.6 van de Wet op het financieel toezicht, welke afdeling de vangnetregeling in de noodregeling regelt.

C

Artikel 249a heeft een strekking die vergelijkbaar is met die van artikel 212ma ten aanzien van een faillissement dat volgt op een surseance die is verleend aan beleggingsondernemingen en financiële instellingen die een verklaring van ondertoezichtstelling hebben. Deze ondernemingen vallen wel onder de vangnetregeling, maar op hen kan niet de noodregeling worden toegepast. Aan hen kan wel surseance worden verleend. In een dergelijke surseance dient de paragraaf 3.5.6 eveneens van toepassing te zijn. Wanneer dat gebeurt, en de surseance wordt vervolgens «omgezet» in een faillissement, moeten voor de toepassing van de vangnetregeling beide procedures tezamen als een geheel worden beschouwd. Niet is volstaan met slechts paragraaf 3.5.6.1A van overeenkomstige toepassing te verklaren. Ook bepalingen als artikel 3:261 dienen van overeenkomstige toepassing te zijn.

D

Bij de invoering van de Wft zijn de toenmalige artikelen 281g en 281h samengevoegd, met weglating van de verwijzingen naar banken. In het nieuwe artikel 281h wordt de paragraaf 3.5.6 van overeenkomstige toepassing verklaard op de surseance van betaling die is verleend aan een beleggingsonderneming. Wij verwijzen naar de toelichting op die artikelen. Er hoeft slechts te worden verwezen naar de beleggingsonderneming, aangezien aan een bank geen surseance kan worden verleend; daarvoor in de plaats kan op een bank de noodregeling van toepassing worden verklaard.

De minister van Financiën,
W. J. Bos

De minister van Justitie,
E. M. H. Hirsch Ballin