



de Rechtspraak

De Minister van Veiligheid en Justitie
mr. I.W. Opstelten
Postbus 20301
2500 EH Den Haag

bezoekadres
Kneuterdijk 1
2514 EM Den Haag

correspondentieadres
Postbus 90613
2509 LP Den Haag

datum 18 mei 2011
doorkiesnummer 070-361 9721
e-mail voorlichting@rechtspraak.nl
uw kenmerk 5689047/11/6
onderwerp Advies conceptwetsvoorstel bijzondere maatregelen financiële ondernemingen

t (070) 361 97 23
f (070) 361 97 15
www.rechtspraak.nl

Geachte heer Opstelten,

Bij brief van 14 maart 2011, kenmerk 5689047/11/6 verzocht u de Raad voor de rechtspraak (de “**Raad**”) advies uit te brengen inzake het conceptwetsvoorstel 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) (het “**Wetsvoorstel**”).

Het Wetsvoorstel beoogt de mogelijkheden voor de overheid tot interventie bij financiële ondernemingen aan te vullen en te versterken en daartoe de Wet op het financieel toezicht (“**Wft**”) en de Faillissementswet (“**Fw**”) te wijzigen. Er worden twee categorieën maatregelen voorgesteld. De eerste categorie heeft betrekking op een tijdige en ordentelijke afwikkeling van ondernemingen in onomkeerbare problemen. De tweede categorie dient een verdergaand doel, namelijk de borging van de stabiliteit van het financiële stelsel als geheel. Tevens bevat het Wetsvoorstel een regeling met betrekking tot de rechten van wederpartijen na een maatregel. De regeling beoogt de effectiviteit van de in dit Wetsvoorstel voorgestelde maatregelen en van toezichtmaatregelen in het algemeen te versterken door de bevoegdheid van wederpartijen om na het treffen van een maatregel bepaalde rechten uit te oefenen, te beperken.

Gehoord de gerechten¹, adviseert de Raad als volgt.²

¹ Gelet op de inhoud en het bereik van het wetsvoorstel zijn de Ondernemingskamer en de rechtbank Amsterdam specifiek benaderd om input te geven.

² De Raad voor de rechtspraak heeft op grond van artikel 95 Wet op de rechterlijke organisatie een wettelijke adviestaak met betrekking tot nieuwe wets- en beleidsvoorstellen die gevolgen hebben voor de rechtspraak. De adviezen worden vastgesteld na overleg met de gerechten. De Raad voor de rechtspraak is een adviescollege in de zin van artikel 79 en 80 van de Grondwet. Bij het opstellen van zijn adviezen beoordeelt de Raad de voorgenomen wet- en regelgeving in het bijzonder op de gevolgen voor de organisatie en de werklust van de gerechten en op de (praktische) toepasbaarheid en uitvoerbaarheid. Rechters zijn bij de behandeling van individuele zaken niet gebonden aan de inhoud van de wetgevingsadviezen van de Raad voor de rechtspraak.



de Rechtspraak

datum 18 mei 2011
pagina 2 van 12

Advies

1. Algemene opmerkingen

Europese initiatieven

De Europese Commissie werkt thans aan een “*EU Framework for Bank Recovery and Resolution*”. Deze regeling vertoont gelijkenissen met het thans voorliggende Nederlandse Wetsvoorstel, maar wijkt daarvan ook op verschillende punten af. Het Europese initiatief zal leiden tot Europese regelgeving die in het Nederlandse recht moet worden ingevoerd. Dit zal tot gevolg hebben dat het Nederlandse Wetsvoorstel op korte termijn moet worden gewijzigd en aangepast aan de Europese regeling. Gelet hierop vraagt de Raad zich af of het niet de voorkeur verdient om te wachten tot de Europese regeling is vastgesteld.

Toepassingsbereik

De Raad vraagt zich af of het Wetsvoorstel zich ook zou moeten uitstrekken tot verzekeraars. De Raad merkt op dat het “*EU Framework for Bank Recovery and Resolution*” (zie hierboven) vooralsnog niet betrekking heeft op verzekeraars. Hetzelfde geldt voor de *UK Banking Act 2009* en het *Duitse Restrukturierungsgesetz 2010*.

Verschillende regelingen

De Raad plaatst vraagtekens bij de wenselijkheid en noodzaak om de gedwongen overdracht en de onteigening in te bedden in verschillende regelingen, met elk een eigen toetsingskader en elk verschillende bevoegde rechters. Zeker ook bezien vanuit het perspectief van de financiële onderneming en daarbij betrokkenen, doet een dergelijk onderscheid kunstmatig aan. De vraag rijst of niet moet worden gezocht naar een systeem waarin één rechter bevoegd is en oordeelt, zowel in spoedgevallen als ten gronde.

De Raad spreekt zich in dit verband niet uit voor de rechtbank of de Ondernemingskamer. Wel merkt de Raad op dat de rechtbank expertise heeft met noodregelingen en faillissementen en dat de Ondernemingskamer expertise heeft op het gebied van het enquêterecht, voorzieningen, procedures waarin waarderingsaspecten spelen (uitkoop, geschillenregeling, verplicht openbaar bod) en dat de Ondernemingskamer beschikt over waarderingsdeskundigen onder haar raden.

2. Opmerkingen bij Afdeling 3.5.4A Wft (artt. 3:159a t/m 3:267g) (Overdrachtsregeling)

Art.3:159b lid 1 (gewijzigd criterium en gewijzigde toets)

Onder het huidige recht kan op grond van artikel 3:160 Wft de noodregeling 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 Rechtspraak

datum 18 mei 2011
pagina 3 van 12

In de nieuwe regeling (art. 3:159t lid 5, 3:162 lid 4 Wft en 212hd lid 5 Fw) wordt een gewijzigd criterium ingevoerd, dat zowel voor de overdrachtsregeling, de noodregeling als het faillissement gaat gelden. De overdrachtsregeling is een nieuw type verzoek, dat betrekking kan hebben op de overdracht van deposito-overeenkomsten, activa en (andere) passiva en uitgegeven aandelen. Het betreft ingrijpende maatregelen; met name de overdracht van deposito-overeenkomsten en de (gedwongen) overdracht van aandelen (dit is immers een vorm van onteigening).

In het Wetsvoorstel wordt het huidige criterium “redelijkerwijs geen verbetering te voorzien” gewijzigd in “redelijkerwijs te voorzien dat die ontwikkeling niet volledig ten goede zal keren. Gevolg is dat de overdrachtsregeling, de noodregeling of het faillissement ook kunnen worden uitgesproken indien er nog wel enig uitzicht is op enige verbetering. De rechterlijke beoordelingsruimte wordt daardoor ingeperkt; het gaat in het Wetsvoorstel immers slechts om de afweging ten aanzien van *volledig* herstel. De stelling dat het huidige criterium te veel ruimte laat voor een waardering van de kansen op verbetering wordt in de Memorie van Toelichting (“MvT”) niet nader onderbouwd. “In de praktijk is het echter onwenselijk dat wordt afgewacht of verbetering optreedt” (p. 3 MvT). Hier wordt kennelijk gerefereerd aan een of meer praktijkgevallen, maar deze worden niet met name genoemd en besproken, zodat geen inzicht wordt gegeven in de in de praktijk gebleken knelpunten. Gelet op de zwaarte van het middel zou de rechtbank niet te veel in haar beoordelingsruimte moeten worden beperkt. In de MvT wordt naar de mening van de Raad ook niet afdoende gemotiveerd waarom de beoordelingsruimte wordt beperkt. Het argument in de MvT (p. 19) dat bij het faillissement van een “gewone schuldenaar” de vraag of er nog een kans op verbetering is, geen enkele rol speelt, overtuigt niet. Immers, in dat geval geldt het harde criterium “opgehouden hebben te betalen”, terwijl de overdrachtsregeling en de noodregeling (en dus ook het faillissement, er geldt immers één criterium) al kunnen worden verzocht als dat stadium nog niet is ingetreden. Voor de voorlopige surseance van betaling geldt voor gewone schuldenaren een minder hard criterium (art. 215 jo 214 Fw), maar hierbij moet worden aangetekend dat alleen de schuldenaar zelf om toepassing van de surseance kan verzoeken (en niet een derde zoals de Nederlandse Bank (“DNB”) in de Wft). Verder is niet geheel duidelijk wat “ten goede” betekent. Wordt bedoeld dat weer wordt voldaan aan de financiële eisen van de Wft? Dan is het naar de mening van de Raad wenselijk om dat ook zo te formuleren.

Nieuw is voorts het criterium van art. 3:159b lid 1 onder b “tekenen van een gevaarlijke ontwikkeling met betrekking tot de beheerste bedrijfsvoering of integere bedrijfsuitoefening, zodanig dat moet worden gevreesd voor gevaar voor het eigen vermogen, de solvabiliteit etc”. Naar het oordeel van de Raad is integere bedrijfsuitoefening een lastig te hanteren en vaag criterium dat veel ruimte voor (subjectieve) interpretatie biedt. Beter zou zijn het verband tussen de (niet integere) bedrijfsvoering en de gevaarlijke ontwikkelingen in de financiële factoren duidelijker in de wettelijke bepaling te omschrijven, zodat het criterium zoveel mogelijk kan worden geobjectiveerd.



de Rechtspraak

datum 18 mei 2011
pagina 4 van 12

In de nieuwe regeling is de toets van de rechtbank (bij alle verzoeken) een marginale. De rechtbank dient slechts te beoordelen of DNB in redelijkheid tot het oordeel heeft kunnen komen. De keuze voor een marginale toets is een fundamentele wijziging ten opzichte van het huidige systeem en de vraag is of die keuze juist en gerechtvaardigd is gelet op de ingrijpende aard van de maatregelen (waaronder de mogelijkheid van onteigening van de aandeelhouder). Een zorgvuldige rechterlijke toetsing met een meer inhoudelijke beoordeling (zonder dat de rechtbank op de stoel van de toezichthouder gaat zitten) ligt naar het oordeel van de Raad gezien de ingrijpendheid van de maatregelen meer voor de hand.

Artikel 3:159b lid 2 sub c

Het overdrachtsplan kan betrekking hebben op door de probleeminstelling uitgegeven aandelen (art. 3:159b lid 2 sub c). De Raad vraagt zich af waarom er geen gedwongen overdracht mogelijk is van andere effecten, zoals hybride instrumenten en obligaties. De Raad merkt op dat onteigening wel kan plaatsvinden ten aanzien van alle soorten effecten (art. 6:2 lid 1).

Artikel 3:159b

In de MvT, p. 10-11, is vermeld dat de arbeidsrechtelijke regeling van overgang van onderneming (art. 7:662 t/m 666 BW) onverkort van toepassing is bij een gedwongen overdracht van aandelen. De Raad acht het wenselijk dat voor de duidelijkheid in de MvT wordt vermeld dat de regeling van overgang van onderneming eveneens van toepassing is bij de andere vormen van gedwongen overdracht (overdracht van activa of passiva en de overdracht van deposito's).

Artikel 3:159d

De probleeminstelling en de personen die deel uitmaken van haar organen dienen medewerking te verlenen aan de “voorbereiding” van het overdrachtsplan (art. 3:159d en art. 3:159d1). De Raad vraagt zich af of het niet wenselijk is om deze personen ook te verplichten om medewerking te verlenen aan de “uitvoering” van het overdrachtsplan. De door de rechtbank te benoemen overdrager (art. 3:159t lid 3) zal deze medewerking vermoedelijk nodig hebben voor een snelle en efficiënte uitvoering van het overdrachtsplan.

Artikel 3:159t

De procedure

De Raad begrijpt dat, gezien het gevoelige en ingrijpende karakter van de maatregelen, de wetgever een vertrouwelijke behandeling van het verzoek van het grootste belang acht. Dit geldt voor de inhoudelijke behandeling van het verzoek door de rechtbank, maar ook reeds voor het enkele feit dat het verzoek is ingediend. Het Wetsvoorstel voorziet in een behandeling op een niet openbare terechtzitting (art. 3:159t). Als het verzoek wordt afgewezen, kan DNB in hoger beroep (art. 3:159u). In art. 3:159u is niet voorzien in een behandeling op een niet openbare terechtzitting. Bij een hoger beroep tegen de afwijzing van een verzoek om een noodregeling is wel voorzien in een behandeling in aardkamer in hoger beroep (art. 3:191 lid 3). De vertrouwelijkheid van het hoger beroep van de afwijzing van de overdrachtsregeling is, indien en voor zover door de wetgever gewenst, in het Wetsvoorstel onvoldoende geregeld. Voor overige kanttekeningen t.a.v. de rechtsbescherming verwijst de Raad naar p. 10.



de Rechtspraak

datum 18 mei 2011
pagina 5 van 12

De aandelenoverdracht

Bij de aandelenoverdracht is sprake van onteigening. De MvT gaat uitgebreid in op de vraag hoe deze maatregel zich verhoudt tot het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM). De Raad volstaat met de opmerking dat de ingrijpendheid van dit middel het verplicht horen van de aandeelhouders zou rechtvaardigen. Art. 3:159t lid 2 bepaalt slechts dat de rechtbank de aandeelhouders (die alleen of tezamen meer dan 10% van de aandelen hebben) *kan* horen. Verder zijn de rechten van kleine aandeelhouders niet gewaarborgd. In de MvT staat dat kleine aandeelhouders zich kunnen organiseren. De Raad vraagt zich af hoe, nu de voorbereiding van het overdrachtsplan vertrouwelijk is.

Toetsing van de prijs

De Raad acht het wenselijk dat de rechtbank bij de toetsing van de in het overdrachtsplan opgenomen prijs (art. 3:159t lid 6), zich kan laten bijstaan door (financieel) deskundigen. Het verdient aanbeveling om de mogelijkheid om gebruik te maken van een deskundige in de wettekst of de MvT te vermelden.

3. Opmerkingen bij Deel 6 Wft (art. 6:1 t/m 6:12) (Onteigeningsregeling)

Artikel 6:1

In het Wetsvoorstel wordt aan de Minister van Financiën de (duidelijk op het enquêterecht geïnspireerde) bevoegdheid toegekend om voorzieningen op te leggen, zo nodig in afwijking van wettelijke voorschriften of statutaire bepalingen (art. 6:1).

Dergelijke bevoegdheden berusten doorgaans bij de rechter. Uitgangspunt zou volgens ons moeten zijn dat voorzieningen kunnen worden opgelegd door de bevoegde rechter, en dat hiervan slechts wordt afgeweken in die gevallen waarin uitstel niet mogelijk is. In laatstbedoelde gevallen zou de Minister deze bevoegdheid toekomen, en zou uitoefening van deze bevoegdheid door de rechter moeten worden getoetst.

De Raad vraagt zich overigens af in hoeverre voorzieningen opgelegd door de Raad van State (MvT, p. 59, derde alinea) zich verhouden tot – en kunnen worden doorkruist door – voorzieningen opgelegd door de Minister (en *vice versa*).

Artikel 6:2 lid 2

Hier geldt een vergelijkbare opmerking. Een dergelijke ingrijpende maatregel zou aan de rechter moeten worden voorgelegd, bij voorbeeld met een goedkeurings- of bekrachtigingsverzoek.

Artikel 6:2 lid 4 jo 6:11

Het onteigende vermogensbestanddeel of effect gaat over op de Staat of op een bij besluit aangewezen privaatrechtelijke rechtspersoon (art. 6:2 lid 4 en 6). In gevallen waarin aldus een rechtspersoon de vermogensbestanddelen of effecten heeft verworven, rijst de vraag of deze rechtspersoon ook in de procedure ten overstaan van de Ondernemingskamer (art. 6:11) moet worden betrokken en wellicht zelfs, bij toewijzing van een verzoek tot aanpassing van de schadeloosstelling, tot betaling van een eventuele schadeloosstelling kan/moet (kunnen) worden veroordeeld (vgl. ook laatste alinea van p. 54 MvT, al lijkt art. 6:12 anders te suggereren).



de Rechtspraak

datum 18 mei 2011
pagina 6 van 12

Artikel 6:6 en 6:7

Gelet op de aard en complexiteit van de materie, vraagt de Raad zich af of de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State voldoende affiniteit heeft met deze problematiek om zich op zéér korte termijn (binnen 14 dagen) een oordeel te vormen over de stabiliteit van het financiële stelsel en over de noodzaak van een onmiddellijke voorziening of onteigening (art. 6:6 en 6:7). Wellicht ligt het meer voor de hand om hier de rechtbank of de Ondernemingskamer een rol te geven?

Artikel 6:8 en 6:9

De waarderingsgrondslag en de peildatum voor een schadeloosstelling bij onteigening (art. 6:8 lid 2), die door de Ondernemingskamer zullen moeten worden toegepast bij een verzoek tot aanpassing van de schadeloosstelling (art. 6:11), roepen lastige vragen op, die nadere bestudering - ook door waarderingsdeskundigen - behoeven.

De Raad vraagt zich af waarom de onteigeningsregeling (art. 6:8 lid 2) voorziet in een andere waarderingsgrondslag dan de gedwongen overdrachtsregeling (art. 3:159t lid 6). De regeling lijkt in zoverre onevenwichtig te zijn.

De gedwongen overdrachtsregeling brengt mee dat de rechtbank onder grote tijdsdruk – ex ante – moet oordelen over de redelijkheid van de prijs (zonder beroepsmogelijkheid). De onteigeningsregeling voorziet in een zorgvuldige toets – ex post – door de Ondernemingskamer. Ook in zoverre is de regeling onevenwichtig.

Artikel 6:10 en 6:11

De Raad acht het wenselijk dat de minister in alle gevallen de schadeloosstelling door een rechterlijke instantie laat toetsen (vergelijk 6:1 en 6:2).

Artikel 6:11 lid 1

De Ondernemingskamer kan op verzoek van de onteigende of de rechthebbende, bedoeld in art. 6:10 lid 2, een schadeloosstelling vaststellen waarbij wordt afgeweken van de door de Minister van Financiën vastgestelde schadeloosstelling (art. 6:11 lid 1).

Het is niet geheel duidelijk op wie de termen “*de onteigende of de rechthebbende, bedoeld in artikel 6:10, tweede lid*” betrekking hebben. Zijn dit bijvoorbeeld, naast de houders van aandelen in een financiële onderneming, ook de houders van ten aanzien van die aandelen uitgegeven certificaten en andere van die aandelen afgeleide effecten? Indien sprake is van een onteigening van vermogensbestanddelen van een financiële onderneming (bijvoorbeeld indien alle activa worden overgedragen), biedt deze regeling dan ook aan aandeelhouders van de financiële onderneming de mogelijkheid een afgeleide actie in te stellen? En wie zijn bevoegd tot het indienen van een verzoek bij een financiële onderneming in de vorm van een coöperatie, zoals Rabobank? De Raad acht het wenselijk dat deze termen worden verduidelijkt.

Artikel 6:11 lid 3



de Rechtspraak

datum 18 mei 2011
pagina 7 van 12

De Ondernemingskamer kan het verzoek tot aanpassing van de schadeloosstelling alleen toewijzen indien de verzoeker aantoont dat het aanbod tot schadeloosstelling geen volledige vergoeding biedt voor de door hem geleden schade (art. 6:11 lid 3).

Het ligt volgens de Raad meer voor de hand om in plaats van de woorden “indien verzoeker aantoont dat” de woorden “indien aannemelijk is geworden dat” te bezigen. Het zou bijvoorbeeld onwenselijk zijn wanneer in het kader van een onteigening van een en dezelfde financiële onderneming verschillende verzoeken zijn ingediend, waarop verschillend zou moeten worden beslist omdat de ene verzoeker er nu eenmaal beter in is geslaagd in rechte aan te tonen dat de hem geboden schadeloosstelling geen volledige vergoeding biedt dan een andere. Wat is de consequentie van een toegewezen verzoek voor andere vergelijkbare belanghebbenden? (Laatstbedoeld probleem speelt niet indien de schadeloosstelling altijd aan de rechter wordt voorgelegd, zoals hiervoor geopperd)

Artikel 6:12

Het Wetsvoorstel voorziet erin dat de betaling van de schadeloosstelling wordt geschorst jegens de onteigende of rechthebbende die bij de Ondernemingskamer een verzoek tot aanpassing van de schadeloosstelling (art. 6:11) aanhangig heeft gemaakt en wel zolang daarop nog niet onherroepelijk is beslist (art. 6:12 lid 2). Dat legt een niet te verdedigen ‘straf’ op het indienen van een verzoek. Het ligt volgens ons meer voor de hand – vergelijk de gebruikelijke ‘uitvoerbaar bij voorraad’ verklaring van civiele vonnissen – dat betaling in die gevallen wel al plaatsvindt, waarna, bij eventuele toewijzing van het verzoek, een nabetaling kan volgen.

Artikel 6:12

Het Wetsvoorstel gaat ervan uit dat een aanpassing van de schadeloosstelling door de Ondernemingskamer slechts betaalbaar is aan degenen die een verzoek tot aanpassing hebben gedaan (art. 6:11) en waarop toewijzend is beslist (art. 6:12). Hierdoor kan ongelijkheid tussen houders van dezelfde effecten ontstaan. De Raad zou in overweging willen geven om de regeling zo in te richten dat de schadeloosstelling betaalbaar wordt jegens alle houders van de effecten waarop het verzoek betrekking heeft (zie ook bijvoorbeeld art. 5:80b Wft, vaststelling billijke prijs door Ondernemingskamer bij verplicht openbaar bod op aandelen).

4. Rechtsbescherming van de probleeminstelling, de aandeelhouders en andere belanghebbenden

T.a.v. de rechtsbescherming van de probleeminstelling, van de aandeelhouders en van andere belanghebbenden heeft de Raad de volgende vragen en opmerkingen.



de Rechtspraak

datum 18 mei 2011
pagina 8 van 12

- Het criterium voor de overdrachtsregeling is ruim en vaag: reeds bij *tekenen enz.*, indien niet *volledig enz.* (artikel 3:159b). Een dergelijk ruim en vaag criterium, maakt dat de rechtsbescherming extra zwaar en zorgvuldig gewogen dient te worden. Twijfel of dat is gelukt, is naar het oordeel van de Raad op zijn plaats.
- De rechtbank kan aandeelhouders die “tezamen” meer dan 10% van de aandelen houden, horen over het overdrachtsplan (art. 3:159t lid 1). Gelet op het feit dat de voorbereiding van het overdrachtsplan geheim is en er sprake is van een niet openbare terechtzitting (art. 3:159e), vraagt de Raad zich af hoe de kleine aandeelhouders bekend kunnen geraken met het overdrachtsplan en hoe zij hun belangen kunnen bundelen. De kleine aandeelhouders worden immers niet opgeroepen. Zal dit er in de praktijk niet toe leiden dat kleine aandeelhouders slechts een verzetrecht hebben (art. 3:159u lid 3)?
- Aandeelhouders lijken zich bij een gedwongen overdracht alleen te kunnen verweren tegen het oordeel van DNB dat zich een gevaarlijke ontwikkeling voordoet bij de probleeminstelling (art. 3:159b) en tegen de prijs die de overnemer bereid is te betalen (art. 3:159t lid 2) en dus niet tegen de inhoud van het overdrachtsplan. De Raad vraagt zich af of dit de bedoeling is. Voorts merkt de Raad op dat aandeelhouders die verzet instellen (art. 3:159u lid 3) wel de mogelijkheid lijken te hebben om verweer te voeren tegen de inhoud van het overdrachtsplan. De regeling lijkt in zoverre niet evenwichtig.
- Volgens het Wetsvoorstel betreft de toets door de rechtbank van het overdrachtsplan en de overdrachtsregeling een marginale toetsing (art. 3:159t). De Raad vraagt zich af of een meer inhoudelijke toetsing door de rechtbank niet de voorkeur verdient, waarbij uiteraard geldt dat de rechter niet op de stoel van de toezichthouder dient te gaan zitten.
- Bij een overdracht van deposito's dient een redelijke prijs voor de deposito's te worden betaald (art. 3:159n), waardoor het verlies van de probleeminstelling als gevolg van de overdracht geacht wordt te zijn gecompenseerd. Het is echter goed denkbaar dat door de overdracht van de deposito's het business model van de probleeminstelling wordt aangetast, wat directe gevolgen kan hebben voor de waarde van de probleeminstelling. De Raad neemt aan dat dit verlies dan niet in de redelijke prijs zal zijn verwerkt. De Raad vraagt zich af of er in dat geval strijd is met art. 1 Eerste Protocol bij het EVRM (bescherming van eigendom).



de Rechtspraak

datum 18 mei 2011
pagina 9 van 12

- Tegen een onmiddellijke voorziening of onteigening (art. 6:1 en 6:2) kan door een belanghebbende bestuursrechtelijk beroep worden ingesteld (art. 6:6). Daarnaast kunnen de onteigende of een belanghebbende bij de Ondernemingskamer beroep instellen tegen de door de Minister van Financiën vastgestelde schadeloosstelling (art. 6:11). Bij toepassing van de overdrachtregeling hebben alleen de aandeelhouders een hoor- en verzetrecht (art. 3:159t lid 2 en 3:159u lid 3). Voor andere belanghebbenden (zoals certificaathouders en houders van converteerbare obligaties) lijkt er geen verweer-, verzet- of beroepsmogelijkheid te zijn. De enige waarborg voor die groep is kennelijk dat de rechtbank het overdrachtsplan en de overdrachtsregeling toetst (art. 3:159t). De Raad vraagt zich af hoe zich dit verhoudt met art. 1 Eerste Protocol van het EVRM.
- Bij onteigening kan de onteigende of de rechthebbende beroep instellen bij de Ondernemingskamer wat betreft de te betalen schadeloosstelling (art. 6:11). Bij een gedwongen overdracht is er geen specifieke beroepsregeling wat betreft de te betalen prijs. De probleeminstelling heeft geen verweer-, verzet- of beroepsmogelijkheid ten aanzien van de gedwongen overdracht. Bij een gedwongen overdracht van aandelen hebben aandeelhouders met een belang van 10% of meer, slechts een algemeen hoorrecht en hebben de overige aandeelhouders alleen een algemeen verzetrecht (art. 3:159t lid 2 en art. 3:159u lid 3). De Raad vraagt zich af of de probleeminstelling en de aandeelhouders bij een gedwongen overdracht voldoende rechtsbescherming hebben ten aanzien van de vaststelling van de prijs. Overwogen zou kunnen worden om bij de gedwongen overdracht de prijs te laten toetsen door een onafhankelijke deskundige (zoals in de UK Banking Act 2009). Wellicht kan een onafhankelijke deskundige ook een rol krijgen bij de schadeloosstelling in geval van onteigening.
- Het is de Raad niet duidelijk wat de precieze gevolgen zijn indien de rechtbank het verzet tegen een uitgesproken overdrachtsregeling gegrond verklaart. Volgens het Wetsvoorstel leidt gegrondverklaring niet tot vernietiging van de overdrachtsregeling indien de ongedaanmaking onevenredige gevolgen zou hebben (art. 3:159u lid 4). De Raad merkt op dat dit laatste vaak het geval zal zijn. Is er dan bijvoorbeeld nog wel ruimte voor de rechtbank om de prijs aan te passen? De Raad vindt het wenselijk dat de gevolgen van gegrondverklaring van verzet worden verduidelijkt.



de Rechtspraak

datum 18 mei 2011
pagina 10 van 12

- De Raad plaatst kanttekeningen bij het feit dat de zitting van de rechtbank waarin het verzoek van DNB tot goedkeuring van het overdrachtplan en het uitspreken van de overdrachtsregeling wordt behandeld met gesloten deuren plaatsvindt (art. 3:159t lid 1). Ook de uitspraak zou plaats vinden op een zitting met gesloten deuren. De in de MvT gegeven redenen voor een dergelijke regeling zijn duidelijk, maar wegen zij op tegen openbaarheid bij dergelijke ingrijpende beslissingen? Bovendien, wat wellicht nog belangrijker is: is de vertrouwelijkheid wel gewaarborgd en – zo niet – is het middel dan niet erger dan de kwaal? Zijn alternatieve voorzieningen denkbaar, zoals bevrozing van alle tegoeden bij indiening van het goedkeuringsverzoek gedurende korte tijd met de mogelijkheid dat de rechter de termijn verlengt? Voor de uitspraak komt daar nog bij dat de Raad geen andere gevallen van ‘besloten rechterlijke uitspraken’ bekend zijn. Het is niet aanstonds duidelijk op grond waarvan dit wezenlijke principe opzij kan worden gezet. Volgens de MvT geldt de beslotenheid ook voor (jaren na de ingreep) gevoerde bodemprocedures. Wat is daarvan de rechtvaardiging? Nadere reflectie op dit punt lijkt wenselijk en dient in ieder geval zijn weg te vinden naar de MvT.³
- DNB kan de rechtbank verzoeken om goed te keuren dat een reeds goedgekeurd overdrachtplan wordt aangepast op een in het verzoek bepaalde wijze (art. 3:159z). Hierbij kan alleen de probleeminstelling zich verweren. De Raad vraagt zich af of niet ook de aandeelhouders (en mogelijk andere rechthebbenden) ten aanzien van deze beslissing een verweerrecht dienen te hebben. Deze groep heeft immers wel een hoor- en verzetrecht ten aanzien van de oorspronkelijke beslissing van de rechtbank (art. 3:159t lid 2 en art. 3:159u lid 3).

Werklast

De Raad verwacht dat de in het Wetsvoorstel beschreven regelingen (gedwongen overdracht en onteigening) slechts incidenteel toepassing zullen vinden. Dit geldt zeker voor de onteigeningsregeling (art. 6:1 e.v.) nu deze slechts aan bod komt in een situatie waarin de stabiliteit van het financiële bestel als geheel in gevaar komt. In het geval zich zo'n situatie voordoet, is het wel goed denkbaar dat de regeling in korte tijd meermalen wordt toegepast.

³ Zou men vasthouden aan de huidige regeling, dan lijkt het logische gevolg dat de uitspraak van de rechtbank waarin het verzoek van DNB wordt afgewezen, niet wordt gepubliceerd (ook niet geanonimiseerd) en dat ook het hoger beroep (art. 3:159u) achter gesloten deuren dient plaats te vinden.



de Rechtspraak

datum 18 mei 2011
pagina 11 van 12

Gevolgen voor de bedrijfsvoering en werkdruk van de Ondernemingskamer

In gevallen waarin de onteigeningsregeling wordt toegepast, valt te verwachten dat verschillende (groepen van) onteigenden en rechthebbenden een verzoek aan de Ondernemingskamer zullen doen om de door de Minister van Financiën vastgestelde schadeloosstelling aan te passen (art. 6:11). Men denke aan verschillende, al dan niet gezamenlijk optrekkende, houders van aandelen, obligaties, certificaten en andere uitgegeven effecten. Het ligt voor de hand dat verschillende, parallelle, verzoeken worden ingediend.

De werkdruk gemoeid met een dergelijke procedure zal in grote mate afhangen van de wijze waarop de procedure wordt ingericht. In dat verband leven nu nog bij de Raad veel vragen die opheldering behoeven, bijvoorbeeld:

- komt aan de Ondernemingskamer de bevoegdheid toe om – overeenkomstig bijvoorbeeld de uitkoopregeling, de regeling tot vaststelling van een billijke prijs bij een verplicht openbaar bod en de geschillenregeling – een deskundigenbericht te bevelen (in aanvulling op de mogelijkheid deskundigen te “horen”)?;
- dient de Ondernemingskamer op ieder individueel verzoek met inachtneming van de specifieke grondslagen van dat verzoek, te beslissen (zoals het huidige art. 6:11 lid 3 suggereert door te stellen dat de verzoeker moet “aantonen”) of is een gevoegde behandeling van verwante zaken mogelijk?

In het algemeen merkt de Raad op dat het in de regel zal gaan om procedures waarbij complexe (vooral: waarderings-)vraagstukken aan de orde zijn en waarmee grote, financiële belangen gemoeid zijn. De procedure ex 6:11 zal bovendien doorgaans betrekking hebben op een grote(re) systeembank. Dergelijke procedures leggen een groot beslag op de organisatie en de leden van de Ondernemingskamer.

De Ondernemingskamer zal voldoende geëquipeerd moeten zijn en blijven om dergelijke procedures te behandelen. Verwacht kan worden dat vooral voor de raden van de Ondernemingskamer een grote rol zal zijn weggelegd (raden zijn van de Ondernemingskamer deel uitmakende lekenrechters, van wie velen een financiële achtergrond hebben). De Ondernemingskamer zal in staat moeten blijven om hooggekwalificeerde raden aan te trekken.

Gevolgen voor de werkdruk en de bedrijfsvoering van de rechtbank

Voor wat betreft de rechtbank verwacht de Raad dat de in het Wetsvoorstel beschreven regelingen (gedwongen overdracht en onteigening) slechts incidenteel toepassing zullen vinden. Ook het nieuwe verzoek tot het uitspreken van een overdrachtsregeling zal naar verwachting zeer incidenteel worden toegepast.



de Rechtspraak

datum 18 mei 2011
pagina 12 van 12

Tot slot

Indien na het uitbrengen van dit advies het Wetsvoorstel op belangrijke onderdelen wordt gewijzigd of indien uit nadere uitvoeringsregelgeving belangrijke werklastgevolgen voortvloeien, dan wordt de Raad graag in de gelegenheid gesteld daarover aanvullend te adviseren. Met het oog op de voorbereiding van de gerechten op de invoering van het uiteindelijke Wetsvoorstel, stelt de Raad het op prijs als hij geïnformeerd wordt over de indiening van het Wetsvoorstel bij de Eerste Kamer en de plaatsing van de definitieve wetstekst in het Staatsblad. Ook eventuele nadere regelgeving volgend op dit Wetsvoorstel met gevolgen voor de rechtspleging valt binnen het adviesrecht van de Raad. Voor zover van toepassing, ontvangt de Raad graag een adviesaanvraag voor deze nadere regelgeving.

Hoogachtend,

mr. J.C. van Dijk
Lid Raad voor de rechtspraak