De Interventiewet en de grenzen van het algemeen vermogensrecht

Mr. B. Bierens *

1 Inleiding

Achter een klein detail kan een wereld schuilgaan. Zo heeft art. 3:80 van het Burgerlijk Wetboek (BW) recentelijk een bescheiden wijziging ondergaan. Het eerste lid van dit artikel bepaalt dat men goederen onder algemene en onder bijzondere titel kan verkrijgen. Vervolgens benoemt het tweede lid de wijzen waarop goederen onder algemene titel worden verkregen. Naast erfopvolging, boedelmenging en de fusie en splitting van vennootschappen, is daar vanaf januari 2012 aan toegevoegd 'de goedkeuring van een overdrachtsplan als bedoeld in de artikelen 3:159l, 3:159p en 3:159s van de Wet op het financieel toezicht'. Deze cryptische tekst verwijst naar bepalingen uit de Interventiewet.¹ Op grond daarvan kan De Nederlandsche Bank N.V. (hierna: DNB) een bank of verzekeraar die in liquiditeits- of solvabiliteitsproblemen verkeert geheel of gedeeltelijk overdragen aan een andere private financiële instelling en kan de minister van Financiën (hierna: de minister) eventueel overgaan tot nationalisatie. Het grootste deel van de Interventiewet is niet in het BW maar in de publiekrechtelijke Wet op het financieel toezicht (Wft) opgenomen. Toch zijn de betreffende bepalingen uit de Wft ook vermogensrechtelijk van belang. Immers, de toepassing van de Interventiewet zal in veel gevallen leiden tot een bijzondere wijze van verkrijging of verlies van goederen. Ook kan deze wet de uitoefening van contractuele bevoegdheden verhinderen, worden de grenzen van het eigendomsrecht verkend, passeren de *actio pauliana* en het recht op schadevergoeding na onteigening en blijkt zowaar de wijze waarop overeenkomsten naar elkaar verwijzen de redding van een bank te bemoeilijken. Bovendien is een aantal van deze onderwerpen aan de orde gekomen in de gerechtelijke procedures die volgden op de onteigening van SNS Reaal N.V. door de minister op 1 februari 2013. En, *last but not least*, zal Europese regelgeving aanleiding geven de Interventiewet te herzien en aan te vullen. Het blijft

daarmee onverminderd een actueel thema.² De Interventiewet is dus relevant voor iedere jurist met belangstelling voor het bancaire vermogensrecht. Dat rechtvaardigt een (hernieuwde) bespreking in de kolommen van dit tijdschrift.³

2 De achtergronden geschetst

2.1 Kredietcrisis

De financiële crisis heeft ook enkele Nederlandse banken hard geraakt. In 2008 moesten (delen van) Fortis en ABN AMRO worden genationaliseerd ter afwending van een dreigend faillissement. Deze gedwongen nationalisaties hebben het besef doen groeien dat het toentertijd beschikbare wettelijk instrumentarium ter bestrijding van problemen in de financiële sector op onderdelen tekortschoot. De Interventiewet beoogt te voorzien in de geconstateerde leemte en biedt mogelijkheden om tijdig te sturen op een ordentelijke overdracht of afwikkeling van activiteiten tegen lagere maatschappelijke kosten dan zouden zijn verbonden aan een faillissement. De wet hanteert als uitgangspunt dat banken, net als andere ondernemingen, failliet kunnen gaan en dat zelfredzaamheid, eventueel daartoe aangezet door de toezichthouder, de voorkeur geniet boven overheidsingrijpen. Echter, het belang van stabiliteit van het financiële stelsel en de maatschappelijke afhankelijkheid van bancaire diensten, zoals het betalingsverkeer, brengen met zich mee dat niet altijd aan dit uitgangspunt kan worden vastge-

* Mr. B. Bierens is jurist bij Rabobank Nederland en als fellow verbonden aan het Instituut voor Financieel Recht (IFR), onderdeel van het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht (OO&R) van de Radboud Universiteit Nijmegen.

1. Stb. 2012, 241. De wet trad in werking op 13 juni 2012 met terugwerkende kracht tot 20 januari 2012. Het wetsvoorstel werd parlementair behandeld als de 'Wet bijzondere maatregelen financiële ondernemingen', o.m. Kamerstukken II 2011/12, 33 059, nr. 3 (MvT). In de literatuur alsmede in deze bijdrage wordt ook de naam 'Interventiewet' gehanteerd. Voor een pleidooi voor een betere afstemming met het privaatrecht naar aanleiding van de consultatie van een concept van de Interventiewet, waaronder de aanpassing van art. 3:80 BW: R.M. Wibier, *Zachte heelmeesters, stinkende wonden!*, NJB 2011, 1226.

2. Als onderdeel van de Europese bankenunie worden voorschriften geformuleerd met betrekking tot het herstel en de afwikkeling van banken, meestal aangeduid als *recovery and resolution* of als *crisis management framework*. Een richtlijn, de Recovery and Resolution Directive, zal gelden voor de gehele Europese Unie. Daarboven is een verordening in voorbereiding die, kort gezegd, alleen van toepassing zal zijn in de EU-lidstaten waar de euro het wettig betaalmiddel is. Naar verwachting zullen deze nieuwe voorschriften in 2015 in werking treden. Zie o.m. A.J.D. van den Hurk & F.P.C. Strijbos, *De Interventiewet en het Crisis Management Framework*; hoe de afwikkeling van financiële ondernemingen dwingt tot het aanpassen van het vermogensrecht, NTBR 2012, 47; V.P.G. de Serière, *Als de (stille?) noodklok luidt... Overheidsingrijpen in privaatrechtelijke verhoudingen ten behoeve van stabiliteit in de financiële sector* (oratie Nijmegen), Deventer: Kluwer 2012.

3. Eerder: J. Baukema, *De Wet bijzondere maatregelen financiële ondernemingen: wijzigingen in de Faillissementswet met betrekking tot het faillissement van een in Nederland gevestigde bank*, MvV 2012, p. 255-260; J.A.M.A. Sluysmans & M.J.W. Timmer, *De Interventiewet en de SNS-ontteigening*, MvV 2013, p. 214-218. Over dit onderwerp zullen naar verwachting meer artikelen verschijnen in MvV. Deze bijdrage is beperkt tot banken, al bestrijkt de Interventiewet ook verzekeraars: A.J.D. van den Hurk, *Opvang of overdracht van verzekeraars in financiële problemen*, FR 2013-7/8, p. 242-245.

houden.⁴ Dat geldt in het bijzonder voor ‘systeemrelevante’ banken.⁵ Daarvan is sprake als het faillissement van de betreffende bank onaantvaardbare grote en onwenselijke gevolgen zou hebben voor de financiële stabiliteit, de Nederlandse economie en de Nederlandse belastingbetaler. De Interventiewet biedt daarom een aantal instrumenten die proportioneel door DNB en de minister kunnen worden ingezet als een dergelijke bank in problemen dreigt te raken.

2.2 Interventieladder en continuïteit

Ook vóór de inwerkingtreding van de Interventiewet beschikte DNB al over bevoegdheden om een problembank naar rustiger vaarwater te loodsen. Dit instrumentarium, oplopend van een indringend gesprek met het bestuur van de bank tot en met het voorschrijven van speciale voorzieningen ten aanzien van de solvabiliteit en de liquiditeit,⁶ kan worden aangeduid als de ‘interventieladder’. De Interventiewet voegt twee sporten toe aan deze interventieladder. De eerste sport betreft de gedwongen overdracht van aandelen in of vermogensbestanddelen van een problembank, hetzij vermogen met betrekking tot maatschappelijk relevante activiteiten (*good bank*), hetzij de schadelijk gebleken activa (*bad bank*). DNB registreert in dat geval de overdracht van onderdelen van de probleeminstelling aan een derde private partij, al dan niet door tussenkomst van een zogenoemde ‘brugbank’. In paragraaf 3 zal ik dit aspect van de Interventiewet uitwerken. De tweede en hoogste sport op de interventieladder betreft de bevoegdheid van de minister tot nationalisatie van een financiële instelling in problemen.⁷ Als de minister van oordeel is dat de stabiliteit van het financiële stelsel ernstig en onmiddellijk in gevaar komt door de situatie waarin een financiële onderneming zich bevindt, kan hij overgaan tot onteigening van vermogensbestanddelen van deze onderneming of door de onderneming uitgegeven effecten. Er moet in dat geval dus sprake zijn van een acute bedreiging van het financieel systeem als geheel. De onteigening van SNS Reaal was gestoeld op dit onderdeel van de Interventiewet.⁸ In paragraaf 4 wordt dit vanuit een vermogensrechtelijke invalshoek belicht. Het doel van een overdracht of onteigening is de continuïteit van (cruciale) diensten. De realisatie daarvan zou ernstig worden bemoeilijkt indien wederpartijen van de problembank gebruikmaken van hun contractuele bevoegdheid om bij een interventie hun overeenkomst op te zeggen, een schuld direct

op te eisen, te verrekenen of extra zekerheden te verlangen. Daarom beperkt de Wft dergelijke bevoegdheden. In paragraaf 5 zal ik dat uitwerken.

2.3 Botsende belangen

De voorgaande korte verkenning maakt duidelijk dat de Interventiewet alleen wordt ingezet om een bijzonder en urgent maatschappelijk gevaar af te wenden. In een dergelijke precaire situatie zijn inbreuken op de rechten van individuen, in het bijzonder de kapitaalsverschaffers van de problembank, volgens de wetgever gerechtvaardigd. Echter, het is aan de rechter om te bepalen of dat ook kan worden volgehouden in de concrete omstandigheden van het geval. De Interventiewet voorziet daarom in een bijzondere rechterlijke toetsing. Hoewel enkele vormen van toetsing hierna nog ter sprake zullen komen, valt een aparte en diepgaande bespreking van de door de Interventiewet voorziene rechtsgang buiten de kaders van deze bijdrage. Hier wijs ik op het belang van een spoedig rechterlijk oordeel. Langdurige onzekerheid over de rechtmatigheid leidt tot verlies van vertrouwen van het publiek in de probleeminstelling en verkleint de kans op het welslagen van de interventie. De gerechtelijke procedures die zijn voorzien in de Interventiewet kennen daarom zeer korte termijnen. Bovendien is de (zeer urgente) rechterlijke toetsing van een interventie procedureel gescheiden van de (aanmerkelijk minder urgente) vraag naar de hoogte van een eventuele compensatie van betrokkenen.⁹

Een andere evenwichtsoefening die zich in de aanloop tot een interventie aandient, betreft de balans tussen publiciteit en discretie. Aan veel vermogensrechtelijke leerstukken is een vorm van publiciteit verbonden. In de specifieke context van een bank-in-problemen is dat niet behulpzaam. Een voorbeeld is de reikwijdte van informatieverplichtingen in contractuele verhoudingen. Volledige transparantie over ingesteld verscherpt toezicht door DNB of de voorbereidingen tot een interventie maakt een bank kwetsbaar voor snel verdampend vertrouwen. Resulteert dat in een *bankrun*, dan is het einde van een al wankelende bank een feit. Deze context maakt dat de toepassing van algemene vermogensrechtelijke leerstukken uit het BW niet altijd effectief en bruikbaar is bij interventies. Bij een juridische analyse vanuit een zuiver vermogensrechtelijk

4. MvT, p. 3.

5. Over de systeemrelevantie van banken o.m. E.P.M. Joosen in zijn annotatie onder ABRvS 25 februari 2013, JOR 2013, 140 m.nt. B.P.M. van Ravels en E.P.M. Joosen (Onteigening SNS) alsmede, in de context van de invoering van de systeemrelevantiebuffer, de Wijzigingswet financiële markten 2014, Kamerstukken II 2012/13, 33 632, nr. 3, p. 18.

6. Art. 3:111a Wft.

7. MvT, p. 4.

8. Besluit van de Minister van Financiën van 1 februari 2013 tot onteigening van effecten en vermogensbestanddelen SNS REAAL NV en SNS Bank NV in verband met de stabiliteit van het financiële stelsel, alsmede tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen ten aanzien van SNS REAAL NV. Besluit ex artikel 6:1, eerste lid, 6:2, eerste, vierde en vijfde lid, en 6:4, eerste en tweede lid, van de Wet op het financieel toezicht, Stcrt. 2013, nr. 3018 (‘Onteigeningsbesluit’).

9. Een overdrachtsplan wordt met de meeste spoed getoetst door de Rechtbank Amsterdam (art. 3:159u lid 1 jo. art. 3:159v Wft), terwijl aandeelhouders die menen bij de overdracht geen volledige vergoeding te hebben ontvangen binnen zes weken de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam kunnen vragen een aanvullende schadeloosstelling vast te stellen (art. 3:159ab Wft). Een onteigening wordt getoetst door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (art. 6:6 jo. art. 6:7 Wft), de schadeloosstelling door de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam op verzoek van de minister (art. 6:10 Wft); MvT, p. 14-16 en 31-32. Door deze korte termijnen wordt het recht op toegang tot de rechter als bedoeld in art. 6 Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) niet in zijn kern aangetast: ABRvS 25 februari 2013, JOR 2013, 140 m.nt. B.P.M. van Ravels en E.P.M. Joosen (Onteigening SNS), r.o. 7.2.

denkraam zou dat ten onrechte uit het oog kunnen worden verloren.¹⁰

3 Overdrachtsplan

Laten we de overdracht van vermogensbestanddelen nader onder de loep nemen. Ik benoem eerst enkele mogelijkheden op basis van het BW (par. 3.1). Daarna volgt een bespreking van het 'overdrachtsplan' waarmee DNB op grond van de Wft vermogensbestanddelen van een probleebank kan afscheiden en veiligstellen (par. 3.2). Een factor die de toepasbaarheid van dit instrument beïnvloedt, is de vormgeving van contractuele en vennootschapsrechtelijke relaties binnen de groep waartoe de bank behoort (par. 3.3).

3.1 Overdracht volgens het BW

De kernactiviteit van een bank bestaat uit het aantrekken van gelden, zoals deposito's (terug te vinden op de rechterzijde van de bankbalans) en het op eigen naam verschaffen van kredieten (vermeld aan de linkerzijde van de bankbalans).¹¹ Het bankbedrijf is ondergebracht in een rechtspersoon en die staat wat het vermogensrecht betreft met een natuurlijk persoon gelijk.¹² Het behoeft geen verder betoog dat de bank bij het aantrekken van geld en het uitlenen daarvan doorlopend in verbintenisrechtelijke en, bij de vestiging van zekerheden, goederenrechtelijke verhoudingen treedt met haar klanten. De nieuwe wettelijke vereisten die (gaan) worden gesteld aan de verhoudingen op de bankbalans, zijn voor banken aanleiding geweest hun bestaande activiteiten tegen het licht te houden en bedrijfsactiviteiten over te dragen.¹³ Een verkrijging onder *algemene titel* als bedoeld in art. 3:80 lid 1 BW kan worden gerealiseerd door de vennootschap waarin de bancaire activiteiten zijn ondergebracht, te splitsen of een fusie aan te laten gaan met een andere vennootschap. Het fusie- of splitsingsvoorstel dient, tezamen met andere informatie, ten kantore van het handelsregister te worden neergelegd.¹⁴ Schuldeisers

kunnen daartegen in verzet komen.¹⁵ Het besluit tot fusie of splitsing wordt genomen door de algemene vergadering.¹⁶ Uiteindelijk geschiedt de fusie of splitsing bij notariële akte.¹⁷ Bij banken dienen voorts de financiële toezichthouders hun goedkeuring te verlenen.¹⁸ Van een verkrijging onder *bijzondere titel* in de zin van art. 3:80 lid 3 BW is sprake indien de over te dragen activiteiten zijn ondergebracht in een dochtervennootschap en de aandelen in de vennootschap worden overgedragen en geleverd. Ook hier is betrokkenheid van de toezichthouder vereist. De levering vindt plaats door middel van een notariële akte.¹⁹ Een meer bewerkelijke vorm is de activa/passiva-transactie. Daarbij worden alle relevante vermogensbestanddelen individueel overgedragen. Voor een rechtsgeldige vermogensovergang dient elk afzonderlijk vermogensbestanddeel voldoende bepaalbaar te zijn en in de documentatie te worden benoemd. Vervolgens moeten de eisen gesteld aan de juridische overdracht van het betreffende goed worden vervuld.²⁰ Voor de levering van vorderingen is doorgaans ook mededeling aan de debiteur vereist.²¹ Dat tezamen maakt het tot een tijdsintensief en betrekkelijk complex proces.

3.2 Overdrachtsplan volgens de Wft

Als een bank in problemen verkeert en balanceert op de rand van een faillissement, wordt het lastig om *going concern* activa te verkopen. DNB zal dan haar toezichtsrechtelijk instrumentarium benutten om de negatieve gevolgen voor alle belanghebbenden zo veel mogelijk te beperken. Bij een relatief kleine probleebank kan DNB aansturen op een overname door een grote en solide bank. Na de aankondiging en verstrekking van garanties door de overnemende bank kan alsnog een ordentelijke overdracht plaatsvinden op een van de wijzen zoals in de vorige paragraaf beschreven. Heeft de probleebank echter een omvangrijke balans en is sprake van bijzondere en moeilijk bepaalde risico's, dan zal de overname van de gehele probleebank geen optie zijn. De Interventiewet voorziet daarom in het 'overdrachtsplan', een instrument dat DNB mag inzetten als er ten aanzien van een bank tekenen zijn van een gevaarlijke ontwikkeling met betrekking tot het eigen vermogen, de solvabiliteit of de liquiditeit en redelijkerwijs is te voorzien dat die ontwikkeling niet voldoende of niet tijdig ten goede zal keren.²² Het overdrachtsplan heeft tot doel bepaalde maatschappelijk kritische economische activiteiten uit de probleebank over te dragen om de continue beschikbaarheid zo veel mogelijk veilig te stellen. Een categorie van activiteiten die door middel van een dergelijk plan kunnen worden overgedragen, zijn girale tegoeden voortvloeiend uit betaal- en spaarre-

10. Bij de totstandkoming van de Interventiewet is overwogen om de bevoegdheid tot onteigening onder te brengen in de Onteigeningswet. Een van de redenen waarom daarvan werd afgezien, is de systematiek van de Onteigeningswet om een onteigening vooraf te laten gaan door een 'minnelijke fase'. De langere procedure en tijd waarin naar een minnelijke overeenkomst wordt gestreefd, maken dat de risico's op ongewenste 'bekendmakingseffecten' aanzienlijk toenemen; MvT, p. 35. Zie ook de kritiek van E.P.M. Joosen in zijn annotatie bij Rechtbank Amsterdam, 11 juli 2012, JOR 2012, 305 (Faillissement DSB), waarin een informatieplicht over verhoogd toezicht werd aangenomen.

11. Vgl. de definitie van 'bank' in art. 1:1 Wft.

12. Art. 2:5 BW.

13. Deze wetgeving is complex en omvangrijk: Richtlijn 2013/36/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende toegang tot het bedrijf van kredietinstellingen en het prudentieel toezicht op kredietinstellingen en beleggingsondernemingen, tot wijziging van Richtlijn 2002/87/EG en tot intrekking van de Richtlijnen 2006/48/EG en 2006/49/EG, PbEU 2013, L 176, p. 338-436 (bekend als 'CRD IV') en Verordening (EU) nr. 575/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende prudentiële vereisten voor kredietinstellingen en beleggingsondernemingen en tot wijziging van Verordening (EU) nr. 648/2012, PbEU 2013, L 176, p. 1-337 (bekend als 'CRR') en complementair aan de CRD IV). De eerste onderdelen treden in werking op 1 januari 2014. Voor een inleiding: L.J. Silverentand (red.), Hoofddlijnen Wft, Deventer: Kluwer 2013, p. 80-89.

14. Art. 2:314 respectievelijk art. 2:334h BW.

15. Art. 2:316 respectievelijk art. 2:334l BW.

16. Art. 2:317 respectievelijk art. 2:334m BW.

17. Art. 2:318 respectievelijk art. 2:334n BW.

18. Art. 3:96 lid 1 sub e en f Wft.

19. Art. 2:86a BW; art. 2:196 BW.

20. Art. 3:84 lid 1 en 2 BW.

21. Art. 3:94 lid 1 BW. Op grond van art. 36 van de Algemene Bankvoorwaarden 2009 verleent een klant bij voorbaat medewerking aan een eventuele contractsovername.

22. Art. 3:159c lid 1 Wft.

keningen.²³ DNB bereidt het overdrachtsplan voor in samenwerking met organen en vertegenwoordigers van de probleembank, die verplicht zijn hun medewerking te verlenen en geheimhouding te betrachten.²⁴ Betreft het overdrachtsplan girale tegoeden, dan worden in ieder geval vermeld de deposito-overeenkomsten waarop het plan betrekking heeft, de overnemer, de prijs die de overnemer bereid is te betalen en de wijze waarop deze prijs is betaald, en het bedrag dat door DNB in dit verband eventueel ter beschikking wordt gesteld.²⁵ Voor de privaatrechtelijk georiënteerde jurist is het wellicht opmerkelijk dat het overdrachtsplan ook de contractuele voorwaarden kan wijzigen die op de deposito's van toepassing zijn teneinde deze te laten aansluiten bij de productvoorwaarden van de overnemer.²⁶ Deze overnemer zal een andere bank zijn die is onderworpen aan het depositogarantiestelsel. Eventueel is de overnemer een brugbank ('overbruggingsinstelling'), waarbij wordt bedoeld op een rechtspersoon die is opgericht door DNB of de Staat en die fungeert als tijdelijke overnemer in afwachting van het moment waarop een definitieve koper wordt gevonden.²⁷ De Staat kan echter geen overnemer zijn.²⁸ DNB kan het overdrachtsplan aan de Rechtbank Amsterdam overleggen met het verzoek het goed te keuren en de overdrachtsregeling uit te spreken. Het verzoek wordt met de meeste spoed op een niet-openbare terechtzitting behandeld en summierlijk getoetst.²⁹ De rechtbank vermeldt op een beschikking waarbij het overdrachtsplan wordt goedgekeurd het tijdstip waarop de beschikking is gegeven tot op de minuut nauwkeurig. De rechten en verplichtingen die voortvloeien uit de in het overdrachtsplan genoemde deposito-overeenkomsten gaan door de goedkeuring van het overdrachtsplan over op het tijdstip waarop de beschikking is gegeven, tenzij in het overdrachtsplan anders is bepaald.³⁰ In vermogensrechtelijke zin is sprake van een overdracht onder algemene titel.³¹

3.3 Vermogensrechtelijke verwevenheid 'going concern'

Het is van meerdere factoren afhankelijk of een overdrachtsplan daadwerkelijk een oplossing biedt. In de eerste plaats dient er uiteraard een koper te worden gevonden die bereid is bepaalde activiteiten over te nemen. Bij de genoemde deposito-overeenkomsten zullen potentiële kopers bijvoorbeeld al snel kunnen terugdeinzen voor de IT-technische complicaties en de reële kans dat overgenomen rekeninghouders weer snel vertrekken als blijkt dat de rente die zij alsdan ontvangen lager

is dan zij gewend waren bij de probleembank.³² En voor zover er toch een koper is te vinden in een instabiele financiële markt, zal die garanties verlangen ten aanzien van de over te nemen activiteiten. In de tweede plaats heeft een overdracht alleen zin als het beoogde doel wordt gerealiseerd, namelijk de continuïteit van kritische economische activiteiten en diensten. Dat veronderstelt dat deze activiteiten op voorhand zodanig zijn ingericht dat deze overdraagbaar zijn in geval van nood. In de realiteit van het huidige bankbedrijf is dat soms een uitdaging. Bij de redding van SNS Reaal verhinderde de verwevenheid tussen groepsactiviteiten (waaronder het bank- en verzekeringsbedrijf) de toepassing van een overdrachtsplan.³³ De mate waarin sprake is van verwevenheid binnen de groep vraagt een analyse van onder meer de vormgeving van IT-systemen, de groepsvennootschappen waarmee medewerkers hun arbeidsovereenkomst hebben gesloten (dat is immers niet noodzakelijk dezelfde vennootschap als waar zij werkzaam zijn) en de wijze waarop de financiering van de groep is vormgegeven. Uit de lotgevallen van SNS kan worden geleerd dat overeenkomsten met en tussen vennootschappen in een bankgroep niet alleen op hun inhoud, maar ook op hun samenhang getoetst moeten worden. Ik zal dit illustreren met een voorbeeld.

Op grond van art. 3:277 lid 2 BW kan worden overeengekomen dat vorderingen zijn achtergesteld bij de vorderingen van andere crediteuren op dezelfde debiteur. Een dergelijke achterstelling kan een voorwaarde zijn om de lening aan te merken als risicoabsorberend kapitaal. Is deze debiteur een bank/dochtervennootschap uit een bancaire groep, dan komt het regelmatig voor dat de moedervennootschap een garantie heeft afgegeven voor de schulden van deze dochter. Een voorbeeld is een zogenoemde 403-verklaring.³⁴ In de constellatie van rechtsverhoudingen die daarmee is ontstaan, kan zich het volgende voordoen. Indien de bank/dochtervennootschap niet meer aan haar verplichtingen voldoet, kan de *achtergestelde* crediteur een poging wagen om op grond van de 403-verklaring als *concurrent* schuldeiser verhaal te zoeken bij de holding. Dat was wat er na de onteigening van SNS Reaal gebeurde. Uiteindelijk strandde deze poging bij de Ondernemingskamer.³⁵ In het licht van de potentiële bedrijfseconomische implicaties wekt het geen verbazing dat DNB het verstrekken van 403-verklaringen door banken wenst te onderwerpen aan een voorafgaande goedkeuring.³⁶ Concluderend: de samenhang tussen rechtsverhoudingen is rechtstreeks van invloed op

23. Art. 3:159c lid 2 sub a Wft. De wet laat ook ruimte voor de overdracht van aandelen of activa en/of passiva anders dan uit hoofde van deposito-overeenkomsten: art. 3:159c lid 2 sub b en c Wft.

24. Art. 3:159d jo. art. 3:159e Wft.

25. Art. 3:159i lid 1 Wft.

26. Art. 3:159j lid 3, 4 en 5 Wft.

27. Art. 3:159a sub e en g Wft.

28. Art. 3:159t Wft.

29. Art. 3:159u en 3:159v Wft.

30. Art. 3:159l lid 1 en 2 Wft.

31. Art. 3:80 lid 1 en 2 BW.

32. De overdracht van deposito's betreft in essentie een vorm van schuldoverneming, waarbij aan de nieuwe schuldenaar (dus de verkrijgende bank) een vergoeding wordt gevraagd in plaats van een vergoeding wordt betaald.

33. Onteigeningbesluit, nr. 31 en 39. De hiervoor in noot 3 genoemde Europese regels met betrekking tot *resolution and recovery* bevatten voorschriften die de scheidbaarheid en afwikkelbaarheid van Europese banken moeten bevorderen.

34. Art. 2:403 lid 1 sub f BW met betrekking tot de geconsolideerde jaarrekening.

35. Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 11 juli 2013, ECLI:NL:GHAM:2013:1966, r.o. 6.61-6.73.

36. Kamerstukken II 2012/13, 32 545, nr. 14 ('Wetgevingsbrief financiële markten'), bijlage: brief DNB van 27 juni 2013, p. 14.

de inzetbaarheid van een overdrachtsplan. Bankjuristen doen er verstandig aan dat aspect ook tijdens de gewone *going concern*-situatie in hun werkzaamheden te betrekken.

3.4 Derden-schuldeisers

Een ander vermogensrechtelijk aspect van het overdrachtsplan betreft de bescherming van achterblijvende schuldeisers. Immers, na de overdracht van de bankactiviteiten waarvan de continuering maatschappelijk is gewenst, zal de alsdan 'leeggehaalde' problembank afstevenen op een faillissement.³⁷ In deze context komt art. 42 van de Faillissementswet (Fw) in beeld (de *actio pauliana*). Op grond daarvan kan de curator ten behoeve van de boedel elke rechtshandeling die de problembank voor de faillietverklaring onverplicht heeft verricht en waarvan de problembank bij dit verrichten wist of behoorde te weten dat daarvan benadeling van de schuldeisers het gevolg zou zijn, door een buitengerechtelijke verklaring vernietigen. De minister verwacht niet dat DNB op basis van deze actie aansprakelijk kan worden gehouden.³⁸ Immers, als DNB besluit tot een interventie, zal zij dat doen in haar rol als toezichthouder en niet in haar rol als schuldeiser. En als een door DNB vormgegeven overdrachtsplan ter goedkeuring aan de rechtbank wordt voorgelegd, dan zal bij de toetsing daarvan ook worden stilgestaan bij de belangen van de crediteuren, al vervullen de crediteuren zelf geen rol in deze procedure. Door de rechterlijke goedkeuring van het overdrachtsplan wordt de schuldenaar/problembank *verplicht* tot het verrichten van rechtshandelingen en kan dus niet meer van een *onverplichte* rechtshandeling worden gesproken in de zin van art. 42 Fw. Echter, naast haar rol van toezichthouder verricht DNB ook krediettransacties met banken, hetzij in het kader van reguliere monetaire beleidstransacties, hetzij als de verschaffer van bijzondere kredieten in het kader van liquiditeitssteun. De minister acht het theoretisch voorstelbaar dat een rechtshandeling van de problembank met DNB in haar hoedanigheid als schuldeiser zou kunnen leiden tot een vernietiging op grond van de *actio pauliana*. Deze kans, volgens de minister dus slechts theoretisch, was kennelijk toch voldoende om bij gelegenheid van de Interventiewet ook de Bankwet aan te passen. Daar is nu uitdrukkelijk bepaald dat transacties verricht door DNB, waaronder krediettransacties, niet vernietigbaar zijn op grond van art. 3:45 BW of art. 42 en 47 Fw.³⁹

37. De Interventiewet heeft ook enkele wijzigingen aangebracht in de wijze waarop het faillissement van een bank kan worden aangevraagd: Van den Hurk & Strijbos 2012, p. 349-350.

38. MvT, p. 8. Zie ook Van den Hurk & Strijbos 2012, p. 351-352.

39. Art. 8 lid 2 Bankwet; p. 83 MvT. Een ander aspect dat is verbonden met de positie van schuldeisers betreft de (on)mogelijkheid om binnen een rechtsverhouding met de problembank over te gaan tot verrekening van vorderingen en schulden. De uitvoering van een overdrachtsplan zou er bijvoorbeeld toe kunnen leiden dat een vordering achterblijft bij de problembank, terwijl de schuld met het overdrachtsplan meegaat naar de verkrijgende (brug)bank. Uitvoering over dit onderwerp met de roep om wetgeving: W.A.K. Rank, Interventie bij banken en verzekeraars: rechten van crediteuren en wederpartijen (oratie Leiden), 2013, bij de afronding van deze bijdrage nog niet in druk verschenen.

4 Onteigening

De tweede en tevens hoogste sport van de interventieladder bestaat uit de bevoegdheid van de minister om over te gaan tot de nationalisatie van een problembank. In deze paragraaf komen de vermogensrechtelijke aspecten van dit interventie-instrument aan de orde. Ik begin met enkele algemene opmerkingen over het begrip eigendom en zeggenschap volgens het BW en enkele andere wetten die in deze context van belang zijn (par. 4.1). Daarna bespreek ik de onteigening van een problembank op grond van de Interventiewet. Dit aspect van de Interventiewet is opgenomen in deel 6 van de Wft (par. 4.2).

4.1 Eigendom en zeggenschap

Het recht van eigendom is een fundamenteel recht en, naast de vordering, een van de pijlers onder het vermogensrecht. Desondanks is het eigendomsbegrip zoals het BW dat hanteert van beperkte betekenis voor de schuivende financiële eigendomsverhoudingen die het onderwerp vormen van deze bijdrage. Eigendom is volgens het BW het meest omvattende recht dat een persoon op een *stoffelijk* object kan hebben.⁴⁰ Nu de klassieke fysieke aandelen aan toonder nagenoeg zijn uitgestorven, kunnen de vermogensrechten die hier centraal staan – te weten (beursgenoteerde) aandelen en (overdraagbare) achtergestelde vorderingen – dus geen object zijn van het eigendomsrecht. Wel worden dergelijke rechten beschermd tegen inbreuken door derden. Na deze terminologische kanttekening kan, in lijn met het dagelijks spraakgebruik, worden gezegd dat het 'eigendom' van een beursgenoteerde bank berust bij de aandeelhouders. Zij verschaffen het risicodragend kapitaal van de bank, hebben stemrechten in de algemene vergadering van aandeelhouders en ontvangen, voor zover de winst dat toelaat, jaarlijks dividend. De aard en inhoud van de rechten verbonden aan het aandeelhouderschap worden bepaald door Boek 2 BW en de statuten van de vennootschap. Het aandeelhoudersrecht zelf wordt bij beursaandelen beschermd door de Wet giraal effectenverkeer (Wge). Om zijn aandeelhouderschap te bewijzen is de aandeelhouder aangewezen op de administratie van de intermediair waar hij zijn effectenportefeuille aanhoudt, doorgaans een bank/beleggingsonderneming. De Wge waarborgt dat de aanspraken van aandeelhouders zijn gescheiden van het vermogen van de intermediair. Zij schept daarmee een, met het eigendomsrecht vergelijkbare, goederenrechtelijke aanspraak jegens de intermediair.⁴¹ Indien de aandeelhouder verkiest zijn aandeel te verkopen, legt hij een order in bij de beurs. Als er een transactie tot stand komt, wordt deze afgewikkeld door de debitering en creditering van de effectenrekening van de verkoper respectievelijk de koper. Ten slotte is het mogelijk dat niet enkele aandelen van eigenaar verwisselen, maar dat een derde de gehele bank wenst te verkrijgen. Om dat te bewerkstelligen kan hij een openbaar bod uitbrengen op alle aandelen. Een voorbeeld is het bod dat

40. Art. 5:1 jo. art. 3:2 BW.

41. Over het rechtskarakter van een (aandeel in een) verzameldepot onder de Wge: B.F.L.M. Schim, Giraal effectenverkeer en goederenrecht (diss. Nijmegen), 2006, p. 117-128.

in 2007 werd uitgebracht door RBS, Fortis en Banco Santander gezamenlijk op de aandelen ABN AMRO.⁴²

4.2 *Onteigening op grond van de Wft*

Onteigening van rechten en aanspraken op een bank in problemen is het meest ingrijpende instrument uit de Interventiewet. Zoals in paragraaf 2.2 al kort benoemd en hier verder uitgewerkt, kan de minister op grond van art. 6:2 Wft overgaan tot onteigening van vermogensbestanddelen van een onderneming of van door deze onderneming uitgegeven effecten, als hij van oordeel is dat de stabiliteit van het financiële stelsel ernstig en onmiddellijk in gevaar komt door de situatie waarin een financiële onderneming zich bevindt. In de praktijk zal het dan gaan om een dreigend faillissement van een bank die door haar omvang en activiteiten zodanig is verweven met (nationale en internationale) economische activiteiten dat het faillissement onaanvaardbare maatschappelijke risico's en kosten met zich mee zou brengen (*too big to fail*). ABN AMRO, ING, SNS en Rabobank kwalificeren in Nederland als een systeem-relevante instelling. Drie van deze vier banken werden door een overheidsinterventie op de been gehouden.⁴³ Bij SNS gebeurde dat op grond van de toen al ingevoerde Interventiewet. De onteigening van vermogensbestanddelen en door de problembank uitgegeven effecten geschiedt door middel van een besluit van de minister.⁴⁴ Het besluit tot onteigening vermeldt het tijdstip waarop het in werking treedt. De te onteigenen vermogensbestanddelen of effecten gaan onbezwaard over op het tijdstip van inwerkingtreding van dat besluit.⁴⁵ De aldus verkregen vermogenstitels stellen de minister in staat de bank te stabiliseren en reorganiseren. Er kan nieuw eigen vermogen worden ingebracht door storting op de onteigende aandelen. Ook verschaft het stemrecht dat aan de aandelen is verbonden de mogelijkheid om als (enig) aandeelhouder voortvarend strategische besluiten te nemen, zoals de verkoop van onderdelen en het doorvoeren van benoemingen. Verder maakt de afschrijving van onteigend achtergesteld kapitaal het mogelijk de bankbalans verder te herstructureren. Ten slotte dragen staatsgaranties en -leningen bij aan het waarborgen van de liquiditeit en het vertrouwen in de bank.

De Interventiewet is inmiddels dus toegepast en, zoals was te verwachten bij een dergelijke ingrijpende en controversiële gebeurtenis, ook juridisch getoetst. Op basis van een bijzondere rechtsgang werd het besluit tot onteigening van SNS voorgelegd aan de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van

State (hierna: ABRvS).⁴⁶ Als onderdeel van de lange lijst van onderwerpen waar de ABRvS zich over mocht buigen, kwam ook het grensgebied tussen het algemeen vermogensrecht en de Interventiewet aan de orde. Ik benoem kort de betreffende rechtsvragen en -oordelen. In de eerste plaats vormt de onteigening op grond van deel 6 Wft, anders dan door sommige appellanten werd betoogd, geen inbreuk op het recht op het ongestoorde genot van eigendom zoals neergelegd in art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM. Met de onteigening van de in het besluit vermelde effecten en vermogensbestanddelen wordt een legitiem in het algemeen belang gelegen doel nagestreefd, namelijk de stabiliteit van het financiële stelsel.⁴⁷ Verder accepteerde de ABRvS de bijzondere weg die werd bewandeld om aan SNS verstrekte achtergestelde onderhandse leningen te onteigenen. Door de formulering van art. 6:2 lid 1 Wft en de daaruit voortvloeiende beperkingen⁴⁸ zag de minister zich genooddaakt niet de onderhandse lening zelf maar de daarmee corresponderende (passieve) vermogensbestanddelen te onteigenen. Met andere woorden: de schuld werd aan de zijde van de debiteur onteigend.⁴⁹ Om te voorkomen dat de schulden op de Staat zouden overgaan, vond de onteigening plaats ten name van de Stichting Afwikkeling Onderhandse Schulden SNS Reaal. Deze stichting zal voor de verdere afwikkeling zorgen, naar verwachting door haar faillissement aan te vragen. Door diverse appellanten werd betoogd dat de passiva van een onderneming zich niet lenen voor onteigening. Mede op grond van een welwillende interpretatie van de wetsgeschiedenis gaat de ABRvS daar niet in mee.⁵⁰ Ten slotte trachtte de minister over te gaan tot onteigening van alle verplichtingen en aansprakelijkheden van SNS jegens de onteigende partijen, voor zover die verplichtingen of aansprakelijkheden verband houden met het (voormalige) bezit van deze effecten.⁵¹ Met deze formulering doelde de minister vooral op zorgplichtgerelateerde claims. Onder de onteigende niet-beursgenoteerde achtergestelde obligaties bevonden zich ook 'SNS Participatie Certificaten 3', die bij niet-professionele beleggers waren geplaatst. Er waren berichten dat in het verleden mogelijk onjuist was gehandeld bij de aanbidding en advisering.⁵² De minister achtte het onaanvaardbaar als onteigende beleggers een schadevergoeding zouden instellen jegens het alsdan geherkapitaliseerde SNS ter compensatie van het verlies op hun beleggingen.⁵³ De bezwaren die door appellanten tegen deze onteigening werden aangedragen, vonden gehoor

42. De mislukking daarvan was mede de aanleiding tot de Interventiewet. Overigens heeft de Interventiewet ook weer tot een wijziging geleid in de regels voor openbare biedingen. Op grond van het nieuw ingevoegde art. 5:71 lid 3 Wft behoeft de Staat geen 'verplicht bod' uit te brengen als door onteigening een overwegende zeggenschap wordt verkregen; MvT, p. 65-66.

43. Reddingsactie Fortis: Rb. Amsterdam 18 mei 2011, JOR 2011, 320 en 321 m.nt. Van Ravens.

44. Art. 6:2 lid 1 Wft.

45. Art. 6:2 lid 3 jo. lid 6 Wft.

46. Art. 6:7 Wft; ABRvS 25 februari 2013, JOR 2013, 140 m.nt. B.P.M. van Ravens en E.P.M. Joosen (hierna: ABRvS), waarover o.m. B. Bierens, Over het besluit tot nationalisatie van SNS Reaal en de rechterlijke toetsing daarvan: terugkijken en vooruitblikken, FR 2013-4, p. 109-117, met verdere verwijzingen.

47. ABRvS, r.o. 13 en 33. Zie reeds A.J.P. Schild, De Interventiewet & het EVRM: een lastig huwelijk, Ondernemingsrecht 2012, p. 15-23.

48. Deze onderhandse leningen zijn geen effecten: art. 6:2 lid 1 Wft te lezen in samenhang met de definitie van effect in art. 1:1 Wft.

49. Het was dus een 'ontteigening van vermogensbestanddelen van de betrokken onderneming' als bedoeld in art. 6:2 lid 1 Wft.

50. ABRvS, r.o. 21.

51. Art. 1 lid 2 sub b Onteigeningsbesluit.

52. Kamerstukken II 2012/13, 33 532, nr. 1, p. 11-12; ABRvS, r.o. 28.

53. Onteigeningsbesluit, nr. 55.

bij de ABRvS. De overweging kwam erop neer dat de minister ervoor heeft gekozen om alle achtergestelde vorderingen te onteigenen en concurrente vorderingen ongemoeid te laten. Door toch (toekomstige) vorderingen tot schadevergoeding te onteigenen handelt de minister in strijd met zijn eigen uitgangspunt.⁵⁴ Dergelijke vorderingen tot schadevergoeding zijn immers concurrent. Dit specifieke onderdeel van het Onteigeningsbesluit werd dan ook vernietigd.

4.3 Schadevergoeding

Op basis van art. 14 van de Grondwet is onteigening alleen toegestaan in het algemeen belang en tegen vooraf verzekerde schadeloosstelling, een en ander naar bij of krachtens de wet te stellen voorschriften.⁵⁵ Het belang van een onteigening op basis van de Interventiewet is de stabiliteit van het financiële stelsel en dat aspect kwam hiervoor uitvoerig aan de orde. Aan het grondwettelijk vereiste van een vooraf verzekerde schadeloosstelling is uitvoering gegeven in hoofdstuk 6.3 Wft. De (voormalig) rechthebbende op een onteigende vermogenstitel heeft recht op schadevergoeding.⁵⁶ De vordering tot schadevergoeding wordt dus geacht in de plaats te zijn getreden van het oorspronkelijke recht dat de onteigende partij had jegens de bank.⁵⁷ Indien een onteigende vermogenstitel was bezwaard met een pandrecht of vruchtgebruik, of daarop een beslag rustte, gaat deze op het moment van onteigening over op de vordering tot schadeloosstelling.⁵⁸ De schadeloosstelling vormt een volledige vergoeding voor de schade die de onteigende partij rechtstreeks en noodzakelijk door het verlies van deze vermogenstitel lijdt. Dat betekent dat bijvoorbeeld de waarde die een aandeel reeds voorafgaand aan de onteigening heeft verloren ten gevolge van een dalende beurskoers, niet voor vergoeding in aanmerking komt.⁵⁹ Wat betreft de omvang van de schadevergoeding wordt aangesloten bij de werkelijke waarde van de onteigende vermogenstitels. Daarbij wordt uitgegaan van het te verwachten toekomstperspectief van de betrokken financiële onderneming in de situatie dat geen onteigening zou hebben plaatsgevonden, en de prijs die, gegeven dat toekomstperspectief, op het tijdstip van onteigening zou zijn tot stand gekomen bij een veronderstelde vrije koop in het economisch verkeer tussen de onteigende als redelijk handelende verkoper en de 'onteigenaar' als redelijk handelende koper.⁶⁰ De praktijk heeft uitgewezen dat deze formulering aanleiding kan geven tot discussie. Het aanbod tot schadevergoeding na de onteigening van SNS werd door de minis-

ter bepaald op € 0 en aan de Ondernemingskamer werd verzocht de schadeloosstelling overeenkomstig vast te stellen.⁶¹ Echter, in een tussenbeschikking oordeelde de Ondernemingskamer dat het aannemelijk is dat dit bedrag geen volledige vergoeding vormt van de door de rechthebbende geleden schade.⁶² De Staat heeft laten weten gebruik te maken van de mogelijkheid om in cassatie te gaan en niet te wachten totdat het deskundigenonderzoek en de procedure bij de Ondernemingskamer zijn afgerond. De procedure bij de Ondernemingskamer is voor onbepaalde tijd aangehouden.⁶³

5 Probleebank en contractuele wederpartij

Hiervoor constateerde ik al dat de kernactiviteit van een bank bestaat uit het aantrekken van gelden, zoals deposito's, en het op eigen naam verschaffen van kredieten. Een bank gaat in het kader van haar dienstverlening doorlopend overeenkomsten aan, die soms rechten en verplichtingen bevatten die een reddingsactie van een probleebank kunnen bemoeilijken (par. 5.1). De Interventiewet beperkt daarom de uitoefening van dergelijke bepalingen (par. 5.2).

5.1 Contractuele rechten en plichten

Overeenkomsten die met Nederlandse particulieren worden gesloten, zijn gestandaardiseerd en toegesneden op de aard van het betreffende bancaire product of de betreffende dienst. Bovendien zijn doorgaans de Algemene Bankvoorwaarden 2009 van toepassing. De grootzakelijke en interprofessionele markt kent wat andere gebruiken en verhoudingen. In dit segment van de markt wordt vaak een internationaal geaccepteerd model als vertrekpunt genomen voor onderhandelingen, zoals de standaarddocumentatie van de Loan Market Association (LMA) bij gesyndiceerde leningen of de ISDA 2002 Master Agreement voor het documenteren van derivaten-transacties. De definitieve bewoordingen van deze overeenkomsten, die worden beheerst door Engels recht of het recht van New York, worden tussen de bank en de klant onderhandeld met aan beide zijden gespecialiseerde bankjuristen of advocaten. Sinds de val in 2008 van de Amerikaanse *investment bank* Lehmann is het gebruikelijker geworden dat dergelijke overeenkomsten ook bepalingen bevatten voor het geval een van de betrokken banken in problemen komt. Vanuit het perspectief van de debiteur is dat begrijpelijk. Om zijn positie te waarborgen wenst hij vroegtijdig geïnformeerd te worden over gebeurtenissen die wijzen op een verslechterende situatie aan de zijde van de bank, zoals het voorbereiden van een overdrachtsplan of zelfs (het voornemen tot) een besluit tot onteigening. De overeenkomst zal erin voorzien dat de debiteur dan het recht heeft zijn vordering op te eisen, additionele zekerheden te verlangen, zijn prestatie op te schorten of te verrekenen. Deze contractuele bepalingen stuiten verbintenissenrechtelijk niet op bezwaren. Sterker nog, deze bepalingen zijn juist de

54. ABRvS, r.o. 31.2.

55. MvT, p. 31. Zoals daar opgemerkt, verlangt art. 1 Eerste Protocol EVRM eveneens dat compensatie wordt betaald.

56. Art. 6:8 lid 1 Wft.

57. Vgl. art. 10 sub f en 35 sub d Wge.

58. Art. 6:8 lid 3 Wft. Rechten van hypotheek kunnen niet rusten op het recht op schadeloosstelling, omdat dat recht niet vatbaar is voor de vestiging van een hypotheekrecht. Daarom is bepaald dat als op het onteigende vermogensbestanddeel een hypotheekrecht rustte, dit recht wordt omgezet in een pandrecht. De formulering van art. 6:8 lid 3, tweede volzin, Wft is ontleend aan de rechtsfiguur conversie in art. 3:42 BW: MvT, p. 75.

59. MvT, p. 73.

60. Art. 6:8 lid 2 jo. art. 6:9 lid 1 Wft.

61. Art. 6:10 lid 2 Wft.

62. Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 11 juli 2013, ECLI:NL:GHAM:2013:1966.

63. Persbericht van 5 augustus 2013, te raadplegen via <www.rijksoverheid.nl>.

contractuele uitwerking van eeuwenoude privaatrechtelijke leerstukken die de crediteur in staat stellen te anticiperen op het handelen van de debiteur, zoals de *exceptio non adimpleti contractus* en de zekerheidsfunctie van verrekening. Door te verrekenen wordt een betaling immers feitelijk afgedwongen.⁶⁴

5.2 Afdeling 3.5.8 Wft: een 'gebeurtenis'

Bij interventies door de toezichthouder kunnen veel van dergelijke contractuele bepalingen averechts werken en een wankele bank verder in de problemen brengen. De memorie van toelichting wijst bijvoorbeeld op de negatieve consequenties van *cross default clauses*. Dit zijn 'verzuimclausules' die worden ingeroepen wanneer de schuldenaar (hier: de bank) in een andere overeenkomst met dezelfde wederpartij of in overeenkomsten met derden in gebreke blijft. De probleembank kan dan worden geconfronteerd met een cascade van vorderingen die worden opgeëist en het ontstaan van omvangrijke open posities die opnieuw moeten worden afgedekt.⁶⁵ Enkele bepalingen uit de Interventiewet die zijn terechtgekomen in afdeling 3.5.8 van de Wft beogen deze negatieve consequenties van contractuele bepalingen af te wenden en beheersbaar te maken voor DNB.⁶⁶ De eerste stap betreft de toepasselijkheid van deze afdeling op contracten, ook als die door middel van een rechtskeuze zijn onderworpen aan buitenlands recht. Art. 3:267d Wft tracht te bewerkstelligen dat de betreffende afdeling in de Wft 'voorrangsregels' bevat als bedoeld in de Rome I-Verordening. Daardoor zijn de bepalingen in deze afdeling, niettegenstaande een contractuele keuze voor buitenlands recht, toch van toepassing op contracten met een in Nederland onder toezicht staande bank.⁶⁷ De volgende stap bestaat uit het benoemen in de wet van *trigger events* of, in de woorden van art. 3:267e lid 1 Wft, een 'gebeurtenis'. Dit artikel specificeert de acties en maatregelen die genomen kunnen worden op grond van de Interventiewet en hier dus als 'gebeurtenis' worden aangemerkt, waaronder het voorbereiden van een overdrachtsplan, het uitspreken van de overdrachtsregeling of een besluit tot onteigening. Om te voorkomen dat met juridische creativiteit om deze wettelijke bepaling heen wordt gecontracteerd en aansluiting wordt gezocht bij verwante maar iets andere *trigger events*, heeft de wetgever de

term 'gebeurtenis' een ruim bereik gegeven door er ook uitvoerende of voorbereidende handelingen onder te verstaan.⁶⁸ De kern van de regeling is vervolgens neergelegd in art. 3:267f Wft. Het uitgangspunt is dat een 'gebeurtenis' geen grond oplevert voor de opschorting of beëindiging van een rechtshandeling of het verlangen van vroegtijdige nakoming van een, uit deze rechtshandeling voortvloeiende, verplichting. De contractuele wederpartij van een probleembank kan zonder toestemming van DNB geen beroep doen op een beding dat haar naar aanleiding van een 'gebeurtenis' een bijzondere bevoegdheid verschaft. Art. 3:267f Wft is ruim geformuleerd en bestrijkt een variëteit aan contractuele rechten en bevoegdheden. Naast de al genoemde opschorting, beëindiging en het verlangen van vroegtijdige nakoming van verplichtingen, noemt art. 3:267f lid 3 Wft ook de overdracht van een goed, wijzigingen in het bedrag van de vordering of het tijdstip van betaling, verrekening, het instellen van een tegenvordering en het doorkruisen van wettelijke bevoegdheden van de bank of haar groepsmaatschappijen.⁶⁹ Het sluitstuk van deze afdeling heeft betrekking op contractuele mededelingsvereisten (*notification events*). De naleving van een dergelijke bepaling kan tot gevolg hebben dat (de voorbereidingen tot) een inventie vroegtijdig in de openbaarheid wordt gebracht, waarmee, zoals hiervoor in paragraaf 2.3 al benoemd, het vertrouwen in de bank ernstig wordt geschaad en de reddingsactie wordt doorkruist. Daarom bepaalt art. 3:267g Wft dat jegens de probleembank of een daarmee verbonden groepsvennootschap geen beroep kan worden gedaan op enige mededelings- of informatieverplichting. Praktijkjuristen die adviseren over de afdwingbaarheid van deze en andere bepalingen in overeenkomsten met banken of daarover zelfs opinies afgeven, zullen zich rekenschap moeten geven van deze publiekrechtelijke donkere wolk boven contactuele verhoudingen.⁷⁰

6 Tot besluit

Ik kom tot een afronding van deze bijdrage over de Interventiewet en de grenzen van het algemeen vermogensrecht. De Interventiewet levert vanuit diverse invalshoeken interessant studiemateriaal op en geen enkele jurist met belangstelling voor het vermogensrecht kan daaraan voorbijgaan. De liefhebber van wetenschappelijke vergezichten zal de verkenningen in deze bijdrage kunnen plaatsen binnen de meeromvattende wisselwerking tussen publiek- en privaatrechtelijke normen,

64. Art. 6:52 jo. art. 6:262 BW (opschorting) en art. 6:127 BW (verrekening). Zie L. Heyning-Plate, *Eigenrichting tot zekerheid* (diss. Rotterdam), Zwolle: Tjeenk Willink 1969.

65. MvT, p. 36. Art. 5(a)(vi) van de ISDA 2002 Master Agreement is een dergelijke *cross default*-bepaling. Verder doelt de MvT hier vermoedelijk ook op de werking van art. 6(a) van de ISDA 2002 Master Agreement. Op grond van deze clause kunnen partijen kiezen voor 'Automatic Early Termination'. Het gevolg is dat met het intreden van bepaalde, aan faillissement gerelateerde, gebeurtenissen de overeenkomst geacht wordt direct te zijn beëindigd met gelijktijdige verrekening van wederzijdse verplichtingen.

66. Over deze afdeling in de Wft: S. Derksen & R.D. Vriesendorp, *Rechten van wederpartijen na een gebeurtenis in de zin van de Interventiewet*, FR 2013, p. 79-83.

67. MvT, p. 29 en 64; Verordening (EG) nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I), PbEG 2008, L 177, p. 6-16, waarover Derksen & Vriesendorp 2013, p. 82-83.

68. Art. 3:267e lid 2 Wft. Bovendien zijn op grond van art. 3:267d Wft de bepalingen in deze afdeling ook van toepassing op overeenkomsten met vennootschappen die tot dezelfde groep horen als de probleembank. DNB heeft herhaaldelijk de wens geuit de reikwijdte verder te verruimen: Kamerstukken II 2012/13, 32 545, nr. 14, bijlage: brief DNB van 27 juni 2013, p. 6.

69. Art. 3:267f lid 4 Wft bevat twee uitzonderingen op de toepassing van dat artikel, waaronder de financiëlezekerheidsovereenkomsten als bedoeld in titel 2 van Boek 7 BW. Deze titel implementeert Richtlijn 2002/47/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 juni 2002, PbEG 2002, L 168, p. 43-50. Deze overeenkomsten zijn vormvrij en in de praktijk gaat het vooral om transacties onder de hiervoor genoemde ISDA-documentatie, W.A.K. Rank, in: T&C Burgerlijk Wetboek, Deventer: Kluwer 2013, aant. 3 onder 'Inleidende opmerkingen Boek 7 Titel 2'.

70. Zie Rank 2013 (oratie).

een onderwerp waaraan MvV onlangs nog een themanummer heeft gewijd.⁷¹ Ook de thans nog toekomstige Europese regeling over het herstel en de afwikkeling van banken zal aanleiding geven deze wisselwerking weer verder te doordenken. Juristen die zich in het kader van hun academisch onderzoek richten op vermogensrechtelijke leerstukken als eigendom, overdracht en schadevergoeding, zullen erop bedacht moeten zijn dat de reikwijdte van deze leerstukken in bijzondere omstandigheden wordt beïnvloed, uitgewerkt of juist begrensd door de Wft, waarin het overgrote deel van de Interventiewet is opgenomen. Praktijkjuristen zullen in hun advisering er rekening mee moeten houden dat contractuele bedingen in overeenkomsten met banken hun werking verliezen als DNB zich genoodzaakt ziet te interveniëren op een van de wijzen als hiervoor beschreven. Ten slotte zullen bankjuristen zich ook moeten buigen over de uiterst complexe vraag of de contractuele verhoudingen binnen een bankgroep kunnen leiden tot een ongewenste mate van verwevenheid van activiteiten. Kortom, op de grens tussen het publiek- en privaatrecht is nog veel werk aan de winkel.

---

71. MvV 2013-7/8, themanummer 'Wisselwerking tussen publiek- en privaatrechtelijke normen in het vermogensrecht'.