

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. 4**

### **ADVIES RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT<sup>1</sup>**

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Raad van State d.d. 22 oktober 2008 en het nader rapport d.d. 7 november 2008, aangeboden aan de Koningin door de ministers van Financiën en van Justitie. Het advies van de Raad van State is cursief afgedrukt.

*Bij Kabinetsmissive van 17 oktober 2008 no. 08.003.014, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de minister van Financiën, mede namens de minister van Justitie, bij de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot 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, met memorie van toelichting.*

*Het voorstel heeft tot doel ervoor te zorgen dat het niet uitmaakt of een depositohouder in een faillissement van een financiële onderneming zich eerst wendt tot de curator en dan tot het depositogarantiestelsel dat door De Nederlandsche Bank (DNB) wordt uitgevoerd, dan wel het omgekeerde doet. Daartoe worden de Wet op het financieel toezicht (Wft) en de Faillissementswet (Fw) aangepast.*

*De Raad van State onderschrijft de strekking van het wetsvoorstel, maar maakt een aantal opmerkingen met betrekking tot de vormgeving van het voorstel. Hij is van oordeel dat in verband daarmee aanpassing van het voorstel wenselijk is.*

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 17 oktober 2008, nr. 08.003.014, machtigde Uwe Majesteit de Raad van State zijn advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan ons te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 22 oktober 2008 nr. WO6.08.0438/III, bieden wij U hierbij aan.

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

In reactie op het advies van de Raad van State merken wij het volgende op, waarbij de volgorde van de punten wordt aangehouden zoals die door de Raad van State is gehanteerd.

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

### 1. Artikel 136 Fw en aansprakelijkheid

*Voorgesteld wordt om artikel 136 Fw bij samenloop van de aanspraak op vergoeding uit hoofde van het depositogarantiestelsel en van de vordering jegens de curator uit te sluiten. Artikel 136 Fw geeft een regeling voor het geval waarin van hoofdelijke schuldenaren er een of meer in staat van faillissement verkeren. In de memorie van toelichting wordt uitgebreid gemotiveerd waarom DNB als uitvoerder van het depositogarantiestelsel en de betalingsonmachtige bank geen hoofdelijke schuldenaren zouden zijn. Kennelijk bestaat er toch onzekerheid over de vraag van hoofdelijkheid, aangezien «voor zover nodig» in een uitdrukkelijke uitsluiting van artikel 136 Fw is voorzien.*

*De Raad acht het op deze wijze uitsluiten van hoofdelijkheid onvoldoende duidelijk. Hij merkt daartoe op dat artikel 136 Fw niet zelf de hoofdelijkheid regelt, maar een afgeleide is van de regel ten aanzien van hoofdelijkheid die voortvloeit uit artikel 6:6 van het Burgerlijk Wetboek (BW). Dit betekent dat artikel 136 Fw slechts van toepassing is als hoofdelijkheid bestaat. De Raad meent daarom dat ter wille van de duidelijkheid de beoogde uitsluiting van de hoofdelijkheid, zou moeten worden geregeld in de Wft, door in deze wet voor de hier bedoelde gevallen uitdrukkelijk de hoofdelijkheid van de uitvoerder van het depositogarantiestelsel voor de betaling van de garantie, uit te sluiten. Een in het verlengde daarvan liggende stap zou zijn om in de Wft niet slechts de hoofdelijkheid maar ook de aansprakelijkheid van DNB als uitvoerder van het depositogarantiestelsel uit te sluiten. Dit sluit aan bij de op één na laatste overweging van richtlijn 94/19/EG inzake depositogarantiestelsels<sup>1</sup> die stelt dat de richtlijn «niet kan leiden tot aansprakelijkheid van de Lid-Staten of van hun bevoegde autoriteiten jegens de deposanten».<sup>2</sup> Een dergelijke stap geeft de Raad in overweging.*

*De Raad adviseert het wetsvoorstel en de toelichting in verband met het voorgaande aan te passen.*

### 1. Artikel 136 Faillissementswet en aansprakelijkheid

In het oorspronkelijke wetsvoorstel was bepaald dat artikel 136 Faillissementswet (hierna ook: Fw.), voor zover nodig, niet van toepassing is op de samenloop van een vordering op de boedel en de aanvraag bij de Nederlandsche Bank (hierna: DNB) van een vergoeding. Hiermee werd beoogd te verduidelijken dat DNB en de boedel niet hoofdelijk aansprakelijk zijn. Artikel 136 Fw, regelt evenwel de gevolgen van hoofdelijke aansprakelijkheid, niet de hoofdelijke aansprakelijkheid zelf. Het artikel dat de pluraliteit van schuldenaren regelt is artikel 6 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek. Het wetsvoorstel is aangepast: in plaats van in de Faillissementswet te bepalen dat artikel 136 Fw, niet van toepassing is, wordt nu in de Wet op het financieel toezicht (hierna: Wft) bepaald dat enerzijds DNB en anderzijds de boedel, beleggingsonderneming of financiële instelling niet hoofdelijk verbonden zijn. In verband hiermee is ook een voorgestelde wijziging van artikel 3:180 Wft vervallen; in bedoelde voorgestelde wijziging werd verwezen naar artikel 136 Fw. De memorie van toelichting is dienovereenkomstig aangepast.

De Raad van State geeft in overweging om niet slechts de hoofdelijkheid maar ook de aansprakelijkheid van DNB als uitvoerder van het depositogarantiestelsel uit te sluiten. Gelet op de spoedeisendheid van een en ander zou het niet opportuun zijn om een dergelijke regeling, die het bestek van het onderhavige wetsvoorstel te buiten zou gaan, nu op te nemen.

### 2. Motivering van het voorstel.

*Het voorstel heeft tot doel ervoor te zorgen dat het niet uitmaakt of een depositohouder in een faillissement van een financiële onderneming zich eerst wendt tot de curator en dan tot het depositogarantiestelsel dat door DNB wordt uitgevoerd, dan wel het omgekeerde doet. In beide gevallen dienen de depositohouder en DNB als uitvoerder van het garantiestelsel in een gelijke positie ten opzichte van de boedel komen te staan. Die gelijke positie wordt gerealiseerd door de curator in het faillissement van de financiële onderneming de vergoeding die vanwege het depositogarantiestelsel wordt ontvangen reeds te laten verrekenen, ongeacht of deze vergoeding bij het doen van een uitkering door de curator al dan niet ontvangen is. Omdat naar huidig recht onder omstandigheden een depositohouder in een betere positie kan verkeren dan DNB als uitvoerder van het depositogarantiestelsel, zoals*

<sup>1</sup> 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).

<sup>2</sup> Zie voor de betekenis van overwegingen zaak C-215/88 Casa Fleischhandel/BALM r.o. 39, juris. 1989, p. 2789.

*blijkt uit de toelichting (scenario 2 van voorbeeld 1), verdient de keuze voor – in feite – scenario 1 van dat voorbeeld een zelfstandige motivering. De Raad adviseert de toelichting met deze motivering, die ontleend kan worden aan de aard van het depositogarantiestelsel, aan te vullen.*

## 2. motivering van het voorstel

De memorie van toelichting is aangevuld met de opmerking dat het verbeteren van de verhaalsmogelijkheden van DNB weliswaar niet de belangrijkste reden is voor het voorstel, maar dat ook die reden als zelfstandige reden voor het wetsvoorstel kan worden aangevoerd.

*3. Bijkantoor van een elders in de EU gevestigde financiële onderneming. De voorgestelde regeling in afdeling 3.5.6.1A Wft wordt ook van toepassing verklaard op bijkantoren van financiële ondernemingen met zetel buiten Nederland (artikel I, onderdeel E, van het voorstel). Voor bijkantoren van financiële ondernemingen met zetel in een andere lidstaat (alsmede in een EER-land<sup>1</sup>) geldt (behoudens die ondernemingen waarop artikel 2:16 Wft van toepassing is) dat ingevolge artikel 3:202 Wft ten aanzien van die onderneming wel de noodregeling kan worden uitgesproken, maar dat een financiële onderneming met zetel in een andere lidstaat (alsmede in een EER-land) ingevolge artikel 212h, tweede lid, Fw in Nederland niet in de staat van faillissement kan worden verklaard. Een faillissement wordt afgewikkeld in de lidstaat van oorsprong, volgens de aldaar geldende regels. Dit roept de vraag op naar de betekenis van het van toepassing verklaren van de thans voorgestelde regeling op financiële ondernemingen met zetel in een andere lidstaat (alsmede in een EER-land).*

*De Raad adviseert hierop nader in te gaan en zo nodig het voorstel aan te passen.*

## 3. bijkantoor van een elders in de EU gevestigde financiële onderneming.

De opmerking van de Raad van State lezen wij aldus, dat de vraag kan worden gesteld wat de waarde is van de bepaling dat afdeling 3.5.6.1A van overeenkomstige toepassing is op financiële ondernemingen met zetel in een andere lidstaat met een in Nederland gelegen bijkantoor. Naar aanleiding hiervan is de memorie van toelichting aangevuld met een passage met betrekking tot grensoverschrijdende insolventie, waarbij onderscheid wordt gemaakt tussen banken, beleggingsondernemingen en financiële instellingen.

*4. Voor een redactionele kanttekening verwijst de Raad naar de bij het advies behorende bijlage.*

## 4. Redactionele kanttekeningen

Aan de redactionele kanttekeningen is aandacht besteed.

Voorts zijn enkele kleine wijzigingen aangebracht zonder dat het advies van de Raad van State daartoe aanleiding heeft gegeven. De belangrijkste wijziging betreft artikel I, onderdeel A, met betrekking tot het opnemen van een definitie van «belegger» in artikel 3:258. In de aan de Raad van State voorgelegde versie gold deze definitie slechts voor de toepassing van paragraaf 3.5.6.1; thans wordt voorgesteld dat deze definitie niet alleen geldt voor de toepassing van paragraaf 3.5.6.1, maar ook voor de toepassing van artikel 3.5.6.1A. Bovendien ontbrak in de memorie van toelichting een toelichting op deze wijziging. Die omissie is geredresseerd.

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

*De Vice-President van de Raad van State,  
H. D. Tjeenk Willink*

---

<sup>1</sup> Noorwegen, Liechtenstein en IJsland.

Wij mogen U verzoeken het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De minister van Financiën,  
W. J. Bos

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

**Bijlage bij het advies van de Raad van State betreffende  
no.W06.08.0438/III met een redactionele kanttekening die de Raad in  
overweging geeft.**

- In artikel 3:265c, tweede lid, Wft «vastgestelde hoogte van de voor vergoeding in aanmerking komende vordering» vervangen door: vastgestelde hoogte van de vergoeding van een vordering.