



Aan de voorzitter en de leden
van de Vaste Commissie voor Financiën
van de Tweede Kamer der Staten-Generaal
Postbus 200 18
2500 EA DEN HAAG

Den Haag, 1 december 2011

Betreft: Wetsvoorstel bijzondere maatregelen financiële ondernemingen

Geachte dames en heren,

Het Verbond van Verzekeraars, de Nederlandse Vereniging van Banken, DUFAS, Eumedion en de VEB steunen de doelstellingen van het Wetsvoorstel bijzondere maatregelen financiële ondernemingen (de 'Interventiewet') en onderschrijven daarmee dat de belastingbetaler en klant van een bank of verzekeraar in problemen zo min mogelijk daardoor moet worden geraakt.

Het wetsvoorstel is ten opzichte van het consultatiedocument op een aantal punten duidelijk verbeterd. Zo is het criterium op grond waarvan DNB een interventie-instrument kan inzetten evenwichtiger verwoord.¹ Ook is er voor aandeelhouders bij de Ondernemingskamer een rechtsgang gecreëerd voor het vaststellen van aanvullende schadeloosstelling bij aandeelverlies.²

Ondergetekenden hebben desondanks gezamenlijk nog grote zorgen over de rechtsonzekerheid en gebrekkige rechtsbescherming die het wetsvoorstel voor belanghebbenden (banken, verzekeraars en aandeelhouders) met zich brengt. Dit klemmt, nu DNB vergaand kan ingrijpen in de (eigendom)rechten van belanghebbenden. Verbetering van het wetsvoorstel op deze punten levert een positieve bijdrage aan het Nederlandse investeringsklimaat en aan de mogelijkheid voor Nederlandse banken en verzekeraars om hun kapitaalspositie via de kapitaalmarkten te kunnen versterken. Beleggers in banken en verzekeraars zijn gebaat bij duidelijkheid over de mogelijkheden voor een toezichthouder om vergaand te interveniëren bij een financiële onderneming en over private oplossingen waarmee bestaande kapitaalverschaffers hun investering kunnen beschermen.

Zo is onzeker op welk moment DNB welk handhavinginstrument kan inzetten, worden aandeelhouders pas vanaf een 5% aandelenbelang gehoord, hebben belanghebbenden in tegenstelling tot de toezichthouder beperkte mogelijkheden om in hoger beroep of verzet te gaan en staat de sanctie van hoofdelijke aansprakelijkheid bij niet naleven van de medewerkingplicht aan het opkomen voor rechtmatige belangen in de weg. Verder maken wij ons zorgen om de gevolgen die het invoeren van

¹ De voorgestelde artikelen 3:159c en 3:160 Wft en 212ha en 213aa Faillissementswet

² Voorgesteld artikel 3:159ab Wft. Deze bepaling zou zich overigens eveneens moeten richten op degene die rechten op aandelen bezitten.

een nationale interventiewet vooruitlopend op Europese wetgeving voor Nederlandse banken en verzekeraars en haar kapitaalverstrekkers heeft.

In de bijlage lichten wij deze zorgen nader toe en dragen wij alternatieven voor een oplossing aan. Deze alternatieven doen geen afbreuk aan adequaat, snel en effectief ingrijpen door DNB, maar dragen hier juist aan bij doordat ze DNB aanzetten tot een zorgvuldiger voorbereiding. Bovendien bieden ze de duidelijkheid, rechtszekerheid en rechtsbescherming die belanghebbenden nodig hebben gezien het buitengewoon ingrijpende karakter van de Interventiewet.


Wij zouden het op prijs stellen wanneer u ons commentaar betreft bij de inbreng voor het verslag bij het wetsvoorstel. Uiteraard zijn wij bereid deze brief nader mondeling of schriftelijk toe te lichten.

Met vriendelijke groet,

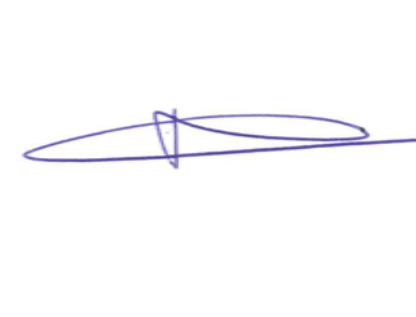
Dutch Fund and Asset Management Association (DUFAS)
Naam: J.H.M. Janssen Daalen



Vereniging VEB NCVB (VEB)
Naam: J.M. Slagter



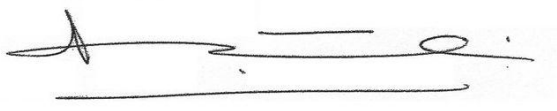
Eumedion
Naam: R. Abma



Het Verbond van Verzekeraars
Naam: H.L. De Boer

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'H.L. De Boer', written in a cursive style.

De Nederlandse Vereniging van Banken
Naam: B. Staal

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'B. Staal', written in a cursive style.

BIJLAGE – TOELICHTING EN ALTERNATIEVE OPLOSSINGEN

Onduidelijkheid – Onvolledige interventieladder en interventie criterium

Omdat het ene handhavinginstrument meer ingrijpt in de rechtspositie van de probleeminstelling en haar klanten en aandeelhouders dan het andere, is het voor belanghebbenden van belang om te kunnen inschatten welk instrument DNB in een bepaalde situatie zou kunnen inzetten.

Ondanks dat het interventie criterium in het wetsvoorstel evenwichtiger is geformuleerd³ dan in het consultatiedocument, blijft het voor de probleeminstelling, haar aandeelhouders en andere belanghebbenden onzeker in welke omstandigheden DNB welk handhavinginstrument zal inzetten: een regulier handhavinginstrument (zoals de aanwijzing of stille curatele) of een interventie-instrument (overdrachtplan, noodregeling of faillissement)? En indien dat laatste, welk instrument dan?

Het eerste aspect van rechtsonzekerheid kan worden verholpen door de memorie van toelichting (in § 1.2 *Interventieladder*) zodanig te verduidelijken dat DNB in beginsel eerst gebruik zal maken van de handhavingmogelijkheden die het reguliere toezicht biedt (zoals het geven van een aanwijzing of het benoemen van een stille curator) voordat zij overgaat tot het inzetten van een interventie-instrument.

Het tweede aspect van rechtsonzekerheid wordt veroorzaakt doordat het criterium voor de drie interventie-instrumenten gelijk luidt. Zo is onduidelijk in welke situatie DNB welk instrument zal inzetten. Wij erkennen dat DNB in crisissituaties de handen vrij moet kunnen hebben om het meest geschikte interventie-instrument in te zetten. Dit neemt echter niet weg dat, zeker nu de aansprakelijkheid van DNB (en AFM) in de toekomst beperkt zal worden tot opzet en grove schuld⁴, wij van mening zijn dat DNB bij dusdanig ingrijpende maatregelen zou moeten motiveren:

- i) waarom het gekozen interventie-instrument in de gegeven omstandigheden noodzakelijk is; en
- ii) dat andere alternatieven, zoals de inzet van reguliere handhavingmaatregelen of private oplossingen waarmee bestaande kapitaalverschaffers hun investering kunnen beschermen⁵, uitgeput zijn⁶.

Ook zou deze motivering door de rechter moeten kunnen worden getoetst.⁷ Deze motiveringsplicht en toetsing daarvan door de rechter zetten DNB er toe aan zorgvuldig om te gaan met de door het wetsvoorstel geboden ingrijpende bevoegdheden, zonder daarbij afbreuk te doen aan snel en effectief ingrijpen door DNB.

Onevenwichtige rechtsbescherming

Selectief hoorrecht

Aandeelhouders worden niet in de gelegenheid gesteld te worden gehoord door de rechtbank die door DNB verzocht wordt het overdrachtsplan van DNB goed te keuren, met uitzondering van aan-

³ De voorgestelde artikelen 3:159c en 3:160 Wet op het financieel toezicht (Wft) en 213aa Faillissementswet (Fw)

⁴ Wijziging van de Wet op het financieel toezicht en de Wet financiële markten BES in verband met het invoeren van een aansprakelijkheidsbeperking voor de toezichthouders op de financiële markten (Wet aansprakelijkheidsbeperking DNB en AFM), Kamerstukken II, 33058

⁵ Een dergelijke motiveringsplicht kan expliciet worden opgenomen in de voorgestelde artikelen. 3:159u, 3:161, 6:1, 6:2, 212 ha, 212hc, 212 hn, 213aa, 213 ac, 213 ag, 213 am

⁶ Waarschijnlijk zal het Europese wetsvoorstel 'crisismaatregelen banken' bepalen dat een toezichthouder alleen een interventie maatregel kan nemen indien er geen vooruitzicht is dat andere alternatieven, niet zijnde een interventie maatregel, het falen van de onderneming binnen afzienbare tijd zou voorkomen.

⁷ Een dergelijke toetsingsmogelijkheid kan expliciet in de voorgestelde artikelen 3:159ij, 3:162c, 212 hg, 212 ho, 213 ag, 213 an worden opgenomen

deelhouders die 5% of meer bezitten.⁸ Waar het gaat om aandeelhouders van grote beursgenoteerde banken of verzekeraars, pleiten wij voor het verlagen van deze hoorrecht drempel naar 1%. Dit, omdat aandelenbelangen in dergelijke vennootschappen vrijwel nooit de 5%-drempel halen en daarmee het hoorrecht een dode letter zal zijn. Wanneer de bank of verzekeraar waarop het overdrachtsplan betrekking heeft zelf niet beursgenoteerd is, maar wel een beursgenoteerde moeder heeft, dienen om dezelfde reden de 1% aandeelhouders van die moeder de mogelijkheid te hebben om te worden gehoord. Voor de overige financiële instellingen is de 5% drempel voor ons aanvaardbaar.

Onevenwichtige aanspraak op hoger beroep en recht van verzet

Voor de regelingen van het uitspreken van de overdrachtsregeling, de noodregeling en het faillissement zijn verschillende rechtsmiddelenregimes voorgesteld.

De regeling van het uitspreken van het faillissement kent niet alleen aan de toezichthouder, maar ook aan alle belanghebbenden (probleeminstelling, aandeelhouders en schuldeisers) het recht toe om in hoger beroep of in verzet te gaan.⁹ Ditzelfde geldt voor de noodregeling, zij het dat in dit geval uitsluitend de probleeminstelling en de toezichthouder in hoger beroep of verzet kunnen gaan, de aandeelhouders en schuldeisers kunnen dat niet.¹⁰ De overdrachtsregeling kent daarentegen alleen aan de toezichthouder het recht van hoger beroep toe en aan de aandeelhouders het recht van verzet. Kredietinstellingen en verzekeraars kunnen zich slechts voegen bij een door de aandeelhouder aanhangig gemaakt verzet. Schuldeisers en andere belanghebbenden vallen buiten de boot.¹¹

Het ligt niet voor de hand dat voor elk interventie-instrument een ander rechtsmiddelenregime geldt, terwijl deze instrumenten in vergelijkbare omstandigheden kunnen worden ingezet. Wij menen dan ook dat het rechtsmiddelenregime van de overdrachtsregeling en de noodregeling gelijk getrokken zouden moeten worden met het faillissement.

Behandeling achter gesloten deuren

Om te waarborgen dat de stabiliteit van een bank of verzekeraar niet onnodig in gevaar komt, zijn wij van mening dat het verzoek van DNB tot het uitspreken van een overdrachtsregeling, noodregeling of faillissement, alleen geanonimiseerd op de griffierol geplaatst kan worden, de behandeling van het verzoek van DNB achter gesloten deuren plaats moet vinden en het vonnis, waarbij de verzochte maatregel wordt afgewezen, alleen geanonimiseerd openbaar mag worden gemaakt. Dit geldt ook voor een eventuele civiele kort geding procedure in de voorbereidende fase, voorafgaand aan de indiening van het verzoek tot uitspreken van een overdrachtsregeling, noodregeling of faillissement. Ook in deze fase is, ter voorkoming van onnodige schade, vertrouwelijkheid van groot belang.

Medewerkingplicht en hoofdelijke aansprakelijkheid

In het wetsvoorstel is onder meer opgenomen dat de organen, personen die deel uitmaken van de organen en de vertegenwoordiger van de probleeminstelling, verplicht zijn mee te werken aan de voorbereiding van het overdrachtsplan. Wij vragen ons af of het opnemen van een dergelijke medewerkingplicht noodzakelijk is.

Op grond van de bestaande wettelijke bepalingen¹² heeft de toezichthouder namelijk nu al de mogelijkheid om, in het kader van de naleving van de Wet op het Financieel Toezicht, van een ieder inlichtingen te vorderen. Om de naleving van de inlichtingenplicht af te dwingen beschikt DNB over de

⁸ Zie voorgesteld artikel 3:159w Wft

⁹ Zie artikelen 8,9 en 10 Fw

¹⁰ Zie artikel 3:191 Wft

¹¹ Voorgesteld artikel 1:359aa Wft

¹² Artikel 1:74 Wft

bevoegdheid om een aanwijzing te geven en in een uiterst geval een stille curator aan te stellen¹³. Dit laatste kan de toezichthouder bijvoorbeeld doen indien de onderneming onvoldoende gevolg geeft aan een aanwijzing¹⁴.

Het wetsvoorstel zou, indien de medewerkingplicht in het wetsvoorstel zou worden gehandhaafd, in ieder geval onderscheid moeten maken tussen de DGA-structuur, waar eigendom en bestuur zich in één hand bevinden, en andere eigendomsstructuren, met name structuren met een gespreid aandelenbezit. In de DGA-structuur is een medewerkingplicht van de directeur-groootaandeelhouder beter te verdedigen (en ook te realiseren) dan bij een gespreid aandelenbezit. Het lijkt ons bijvoorbeeld moeilijk verdedigbaar en uitvoerbaar dat aandeelhouders in een beursgenoteerde instelling verplicht kunnen worden om mee te werken aan gedwongen overdracht/onteigening van de eigen aandelen.

Het wetsvoorstel introduceert een hoofdelijke aansprakelijkheid voor organen en vertegenwoordigers van de probleeminstelling als sanctie op het niet naleven van de medewerkingplicht. Deze sanctie kan de organen van de probleeminstelling ervan weerhouden om, in het vooruitzicht van zeer ingrijpende maatregelen, voor hun rechtmatige belangen op te komen. Zo zullen, indien een probleeminstelling onderdeel uitmaakt van een groep, voor de organen en vertegenwoordigers van de probleeminstelling verschillende belangen spelen (waaronder het groepsbelang), die een zorgvuldige afweging van de organen van de probleeminstelling vergen. Deze afweging kan uiteraard een andere zijn dan de afweging van de toezichthouder van de probleeminstelling. Daarnaast staat de in het wetsvoorstel voorgestelde hoofdelijke aansprakelijkheid voor de kapitaalverstrekkers van de probleeminstelling, de aandeelhouders, op gespannen voet met de beperkte aansprakelijkheid die zij in beginsel als aandeelhouders genieten.

Het afwijken van wettelijke bepalingen en rechtszekerheid

Het wetsvoorstel biedt de toezichthouder de mogelijkheid om bij ingrijpen op grond van de Interventiewet af te wijken van wettelijke of statutaire voorschriften.¹⁵

Niet voor niets heeft de Raad van State opgemerkt dat de rechtszekerheid vereist dat nader wordt aangeduid van welke voorschriften mag worden afgeweken of op welke onderwerpen de wetgeving ziet waarvan mag worden afgeweken. Met dit advies van de Raad van State is onvoldoende rekening gehouden in het wetsvoorstel. In het Nader Rapport wordt volstaan met de opmerking:

“(...) dat niet mag worden afgeweken van de Grondwet en van een ieder verbindende bepalingen van verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties (...) , (...) dat er een rechtstreeks verband moet bestaan tussen een te treffen maatregel en de eventuele afwijking van een wettelijk of statutair voorschrift. De afwijking moet bovendien nodig zijn voor de effectiviteit van de maatregel en, evenals de maatregel zelf, in een redelijke verhouding staan tot het met die maatregel te bereiken doel”¹⁶.

Hiermee blijft het in hoge mate aan het oordeel van DNB of in een concreet geval mag worden afgeweken van de wet. Dit staat op gespannen voet met de rechtstaatgedachte en leidt tot een hoogst onzekere situatie. Wij kunnen ons zeker voorstellen dat bepaalde wettelijke bepalingen in de weg kunnen staan aan een succesvolle interventie, maar de rechtszekerheid gebiedt tenminste dat deze bepalingen expliciet benoemd worden. In ieder geval denken wij daarbij aan artikel 2:107a BW, de bepaling voor openbaarmaking van koersgevoelige informatie en het tipverbod (Hfd 5.3. Wft) en de overnamebodregelgeving (Hfd 5.5. Wft).

¹³ Artikel 1:76 Wft

¹⁴ Artikel 1:75 Wft

¹⁵ Zie voorgesteld artikelen 3:159q, 3:159af

¹⁶ Nader Rapport, 26 oktober 2011, onderdeel 4c.

Geen onnodige afwijking van Europese regels

De Minister geeft aan dat vooruitlopen op Europese voorstellen een bewuste keuze is. Dit heeft niet onze voorkeur, voor zover het onderwerpen betreft die ook in de Europese wetgeving zullen worden opgenomen. Naar verwachting zal op korte termijn een Europees richtlijnvoorstel voor crisismaatregelen ten behoeve van banken worden gepubliceerd. Daarmee worden de contouren van het Europese raamwerk voor, in ieder geval, banken duidelijk. Aanpassing op termijn van de Interventiewet aan de finale tekst van de richtlijn is wellicht niet geheel te voorkomen, maar wel kan nu al zoveel mogelijk rekening worden gehouden met onderdelen van de toekomstige richtlijn, met name met betrekking tot de formulering van het interventie criterium.

Om de financieringsmogelijkheden voor Nederlandse banken en verzekeraars te waarborgen dienen dergelijke formuleringen zoveel mogelijk aan te sluiten bij ook internationaal aanvaarde formuleringen. Nederlandse banken en verzekeraars concurreren immers op de op dit moment krappe internationale kapitaalmarkt ook met niet-Nederlandse banken en verzekeraars.