

Wet op het financieel toezicht leidt tot wijzigingen in de Faillissementswet

De enorme wetgevingsoperatie om de Wet op het financieel toezicht (Wft) tot stand te brengen, zal ook resulteren in een veertigtal wijzigingen van de Faillissementswet (Fw). Zie wetsvoorstel 30 658 houdende de Invoerings- en aanpassingswet Wet op het financieel toezicht. Het merendeel houdt natuurlijk verband met vernieuwde terminologie in en de redactie van de Wft. Daarnaast zijn er enkele opmerkelijke bepalingen, waarvan ik er hier – kort – enkele toelicht. Naar verwachting is de inwerkingtredingsdatum 1 januari 2007.

Art. 250a Fw komt te vervallen. De bepaling behelste een uitzondering op de regel van art. 213 Fw, dat alleen de schuldenaar zelf zijn surseance kan aanvragen. Volgens art. 250a kan De Nederlandsche Bank N.V. zulks doen ten aanzien van niet-geregistreerde kredietinstellingen. De bepaling werd al lang in de literatuur als een dode letter beschouwd.

Art. 212m en 213f Fw kennen een regeling voor de omzetting van de noodregeling waaraan een kredietinstelling of verzekeraar is onderworpen in een faillissement. Oorspronkelijk zou deze in de Wft worden opgenomen, maar bij nader inzien is geoordeeld dat de regeling van de ‘omzetting’ van noodregeling in faillissement beter in de Faillissementswet past. De bestaande ‘sectorale’ omzettingsregelingen (art. 77 Wet toezicht kredietwezen (Wtk) 1992, art. 169 Wet toezicht verzekeringbedrijf (Wtv) 1993 en art. 78 lid 1 tot en met lid 3, eerste zin Wet toezicht natuura-uitvaartverzekeraars (Wtn)) zijn geharmoniseerd. De memorie van toelichting¹ noemt de navolgende verschillen en de keuzen die zijn gemaakt:

1. *Initiatief tot omzetting.* De kring van personen die het initiatief kunnen nemen tot een dergelijke omzetting verschilde. Op grond van art. 77 Wtk 1992 vond de faillietverklaring plaats op verzoek van de bewindvoerders, op vordering van het Openbaar Ministerie of ambtshalve. Op grond van art. 169 Wtv 1993 diene de bewindvoerders een verzoek tot faillietverklaring in. Bij verzekeraars kon omzetting niet plaatsvinden op vordering van het Openbaar Ministerie of ambtshalve. De aard van de financiële onderneming – bank of verzekeraar – kan volgens de MvT geen argument vormen om dit verschil te rechtvaardigen. Thans is ervoor gekozen dat in ieder geval de bewindvoerders om omzetting kunnen vragen, omdat zij bij uitstek op de hoogte zijn van de financiële situatie van de financiële onderneming. Afgezien is van de mogelijkheid dat het Openbaar Ministerie om omzetting vraagt,

omdat dit op gespannen voet zou kunnen staan met het toezichtdoel van de Wft. Wel kan omzetting (zowel voor banken als voor verzekeraars) plaatsvinden op initiatief van de rechter. Hij kan ambtshalve het faillissement uitspreken, maar ook kan de rechter-commissaris daartoe een voordracht doen. Op dit laatste punt is aangesloten bij art. 242 lid 1, aanhef Fw.

2. *Initiatief bij toezichthouder?* De Wtv 1993 bepaalde dat de Pensioen- en Verzekeringkamer (als toezichthouder na een wettelijke fusie opgegaan in De Nederlandse Bank, DNB) een verzoek tot faillietverklaring indient indien geen machtiging is verleend en geen redelijk vooruitzicht meer bestaat dat het met een machtiging te bereiken doel alsnog kan worden verwezenlijkt. De Wtk 1992 geeft in geen enkele situatie aan DNB de bevoegdheid om omzetting te vragen, dus ook niet in de situatie waarin geen machtiging is verleend, welke situatie overigens niet apart wordt geregeld in de Wtk 1992. In art. 212m en 213f Fw is nu voor de laatste mogelijkheid gekozen, omdat volgens de memorie van toelichting niet goed valt in te zien waarom in de situatie waarin geen machtiging is verleend de bevoegdheid tot het vragen van omzetting toekomt aan DNB, en in alle andere gevallen die bevoegdheid toekomt aan anderen.
3. *Verplichting tot indiening omzettingsverzoek?* Op grond van de Wtv 1993 moet de bewindvoerder om omzetting verzoeken indien de financiële situatie daartoe aanleiding geeft, terwijl in de Wtk 1992 geen verplichting is opgenomen. In art. 212m en 213f Fw is voor de laatste oplossing gekozen, omdat het terecht juist is bevonden te bepalen op welke gronden de rechtbank het verzoek tot omzetting kan toewijzen dan te bepalen in welke omstandigheden de bewindvoerders het verzoek moeten indienen.
4. *Horen toezichthouder?* Op grond van art. 169 Wtv 1993 diene de bewindvoerders de Pensioen en Verzekeringkamer (PVK) te horen voordat zij een verzoek tot omzetting indienen, de rechtbank behoeft de PVK niet te horen. Art. 77 Wtk 1992 daarentegen kende niet de regel dat de bewindvoerders DNB moesten horen; de rechtbank diende dit te doen. Volgens art. 212m en 213f Fw hoort de rechtbank DNB, omdat de rechtbank degene is die de beslissing tot omzetting neemt.
5. *Grond voor omzetting.* De gronden waarop de noodregeling wordt omgezet in een faillissement verschilden. Art. 77 Wtk 1992 kent als grond dat een naar goed koopmansgebruik opgemaakte balans een tekort aanwijst. Art. 169 Wtv 1993 noemt als grond dat de verzekeraar een negatief eigen vermogen heeft en dat het met de verleende machtiging te bereiken doel is verwezenlijkt of niet meer kan worden verwezenlijkt. Hoewel volgens de memorie van toelichting in de praktijk een tekort op de balans en een negatief eigen vermogen op hetzelfde neerkomen, is gekozen voor de term ‘negatief eigen vermogen’, waaraan is toegevoegd de (uit de Wtv 1993 stammende) eis dat boven-

1. MvT, Kamerstukken II 2005/06, 30 658, nr. 3, p. 33 e.v.

dien het met de verleende machtiging te bereiken doel is bereikt of niet meer kan worden bereikt, of, indien geen machtiging is verleend, geen redelijk vooruitzicht meer bestaat dat het met een machtiging te bereiken doel alsnog kan worden verwezenlijkt.

6. *Einde noodregeling.* Op grond van de Wtk 1992 trekt de rechtbank de verklaring tot het toepassen van de noodregeling in, terwijl art. 169 lid 3 Wtv 1993 bepaalt dat de noodregeling en de machtiging van rechtswege ophouden van kracht te zijn ingeval de verzekeraar in staat van faillissement wordt verklaard. Art. 212m en 213f kiezen laatstgenoemde oplossing.

Art. 212m lid 3 onder d en e Fw bepalen dat de handelingen van de bewindvoeders tijdens de noodregeling gelden als handelingen van de curator tijdens faillissement, en dat de boedel niet aansprakelijk is voor handelingen die de kredietinstelling, kort gezegd, tijdens de noodregeling is aangegaan in strijd met haar bevoegdheid de boedel te binden, tenzij de boedel daardoor is gebaat. Voor verzekeraars golden deze regels al.

Art. 212nn en 213ee Fw regelen de wettelijke geheimhoudingsverplichting van de curator ten aanzien van gegevens betreffende derden die betrokken zijn bij pogingen de kredietinstelling onderscheidenlijk de verzekeraar in staat te stellen haar of zijn bedrijf voort te zetten. De regel steunt op implementatie van een viertal EG-richtlijnen.

Omdat de Wtn wordt ingetrokken, wordt de regeling van het faillissement van een natura-uitvaartverzekeraar overgeheveld naar de Faillissementswet. De natura-uitvaartverzekeraars vallen niet onder Richtlijn 2001/17 (sanering en liquidatie verzekeraars). Vallen zij onder de uitzondering van art. 1 lid 2 EU Insolventieverordening? Omdat in de considerans (onder 9) wordt opgemerkt dat verzekeringsondernemingen niet onder de Insolventieverordening vallen, omdat zij aan specifieke regelingen zijn onderworpen (hetgeen ook het geval is met betrekking tot natura-uitvaartverzekeraars) en omdat de tekst van art. 1 lid 2 Insolventieverordening geen onderscheid maakt tussen verzekeraars die onder de richtlijnen vallen en verzekeraars die dat niet doen, acht de memorie van toelichting het de meest waarschijnlijke conclusie dat naturauitvaartverzekeraars niet onder de Insolventieverordening vallen. Nu 'geen enkele Europese regel van toepassing [is] op het faillissement van een natura-uitvaartverzekeraar' staat het de nationale wetgever vrij het regime met betrekking tot insolventieprocedures ten aanzien van natura-uitvaartverzekeraars te bepalen, zo de memorie van toelichting. De keuze voor een zestal bepalingen in art. 213ff-213kk is om de regels betreffende het faillissement van een levens- of schadeverzekeraar waar mogelijk van overeenkomstige toepassing te verklaren op het faillissement van natura-uitvaartverzekeraars. De bevoegdheid van de Nederlandse rechter om een hier te lande gelegen bijkantoor van een

natura-uitvaartverzekeraar met zetel in een andere lidstaat failliet te verklaren, steunt niet op de Insolventieverordening, maar op art. 2 lid 4 Fw.

De regeling in art. 213kk van de volgorde waarin bepaalde vorderingen op de boedel worden verhaald, alsmede op welke gedeelten van de boedel verhaal kan worden genomen, is aangepast aan die van de levens- en schadeverzekeraars. Op grond van de Richtlijn 2001/17 (richtlijn sanering en liquidatie verzekeraars) kunnen lidstaten kiezen uit twee mogelijkheden: (i) alleen de verzekeringscrediteuren hebben voorrang bij verhaal op de technische voorzieningen, of (ii) ook bepaalde andere crediteuren hebben voorrang bij verhaal, maar dan niet alleen op de technische voorzieningen maar op de gehele boedel.² Bij de implementatie van die richtlijn heeft de Nederlandse wetgever voor het tweede alternatief gekozen en deze keuze geldt nu ook voor natura-uitvaartverzekeraars.

Ten slotte is in een nieuw art. 281g de inhoud van art. 281g en 281h Fw (oud) samengevoegd, met weglating van de verwijzing naar de kredietinstellingen. De wetgever beoogt een regeling te bieden met betrekking tot de problematiek die ontstaat wanneer beleggers of depositohouders wachten met de aanvraag van een vergoeding door DNB op grond van het beleggerscompensatiestelsel onderscheidenlijk het depositogarantiestelsel, totdat de curatoren of bewindvoeders in een faillissement onderscheidenlijk surseance van een bank of beleggingsonderneming een eerste uitkering hebben gedaan. Een verwijzing naar de afwikkeling van het faillissement van Van der Hoop ontbreekt. De memorie van toelichting (t.a.p., p. 37):

'Op deze wijze houden we twee artikelen over: artikel 281g met betrekking tot de finaliteitsproblematiek en artikel 281h met betrekking tot de problematiek van het beleggerscompensatiestelsel en het depositogarantiestelsel.'

Wordt dus vervolgd.

Prof. mr. B. Wessels

2. Uitvoerder: Gabriel Moss en Bob Wessels (eds.), *EU Banking and Insurance Insolvency*, Oxford: Oxford University Press 2006.