



De minister van Veiligheid en Justitie
Mr. I.W. Opstelten
Postbus 20301
2500 GH Den Haag

Datum

2 mei 2011

Kenmerk

B 2.1.11/2757/1916/JT

Uw kenmerk

5689047/11/6

Onderwerp

Concept-wetsvoorstel bijzondere maatregelen financiële ondernemingen

Geachte heer Opstelten,

Bij brief van 14 maart 2011 heeft U de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (NVvR) ter advisering een concept-wetsvoorstel bijzondere maatregelen financiële ondernemingen (verder: het wetsvoorstel) toegezonden.

Het wetsvoorstel strekt er blijkens de memorie van toelichting toe om de mogelijkheden voor de overheid tot interventie bij financiële ondernemingen aan te vullen en te versterken bij problemen in de financiële sector. Geconstateerd wordt dat is gebleken dat die mogelijkheden tekortschieten. Er worden twee categorieën maatregelen voorgesteld, namelijk maatregelen ter borging van de stabiliteit van het financiële stelsel als geheel en maatregelen voor een tijdige en ordelijke afwikkeling van financiële ondernemingen in onomkeerbare problemen.

De NVvR heeft met belangstelling kennis genomen van het wetsvoorstel en de daarbij behorende concept-memorie van toelichting (verder: memorie van toelichting). Dit advies is voorbereid door leden van de NVvR en is vastgesteld door de Wetenschappelijke Commissie van de NVvR.

De NVvR beperkt zich in dit advies tot enkele aspecten van het wetsvoorstel en onthoudt zich van commentaar op de algemene opzet daarvan en op de daarin opgenomen, uitgewerkte regelingen. De NVvR gaat ervan uit dat toepassing van de voorgestelde maatregelen slechts bij uitzondering nodig zal zijn. Of de gegeven bevoegdheden in die nieuwe crisissituaties afdoende zullen zijn, zal de toekomst moeten uitwijzen.

De NVvR vraagt in de eerste plaats aandacht voor de rechtsbescherming van de probleeminstelling, indien de Nederlandsche Bank na mededeling van de voorbereiding van een overdrachtsplan de probleeminstelling verplicht gegevens en inlichtingen te verschaffen aan een bepaalde overnemer en diens deskundigen (artikel 159c). Dat zal veelal een andere financiële instelling zijn. In het wetsvoorstel lijkt niet in de mogelijkheid te zijn voorzien hiertegen bij een rechter een voorziening te vragen voordat de verstrekking van de gegevens heeft plaatsgevonden; de rechtsbescherming vindt pas plaats als het overdrachtsplan of de noodregeling aan de rechter wordt voorgelegd. Mocht de rechter dan oordelen dat die verplichting ten onrechte is opgelegd, dan is mogelijk concurrentiegevoelige informatie bij een concurrent bekend geworden. In de memorie van toelichting (blz. 37/38) wordt het ontbreken van rechtsbescherming gemotiveerd op de grond dat

volgens de jurisprudentie de opdracht om gegevens aan een toezichthouder te geven een feitelijke handeling is waartegen geen beroep of bezwaar openstaat. De NVvR wijst erop, dat de voor toezichthouders geldende wettelijke regelingen veelal bepalen dat de gecontroleerde zonder meer verplicht is de gevorderde gegevens te verschaffen; een nader besluit dat die verplichting doet ontstaan, is dan niet nodig. In het onderhavige geval ontstaat de rechtsplicht pas door het besluit van de Nederlandsche Bank tot het opleggen daarvan. De voorgenomen uitsluiting van bezwaar en beroep tegen besluiten als hier bedoeld ware te heroverwegen, in het bijzonder omdat die ertoe zou kunnen leiden dat geschillen hierover worden voorgelegd aan de niet hierin gespecialiseerde (civiele) voorzieningenrechter als restrechter.

De NVvR is voorts opgevallen dat ingevolge artikel 3:159e, tweede lid, de uitspraak in een geding betreffende handelingen in het kader van de voorbereiding van een overdrachtsplan op een niet openbare terechtzitting moet worden gedaan. De NVvR wijst erop dat artikel 121, tweede volzin, van de Grondwet luidt: *De uitspraak geschiedt in het openbaar*. Anders dan bij de openbaarheid van terechtzittingen wordt voor de uitspraak niet in de mogelijkheid van uitzonderingen voorzien. De NVvR vraagt hier aandacht voor.

Terecht wordt er blijkens de memorie van toelichting vanuit gegaan dat de verplichte overdracht van aandelen als een onteigening moet worden gezien. Het komt de NVvR overigens voor dat dat niet alleen geldt bij aandelen in eigendom van derden, maar ook bij aandelen in de probleemonderneming die deze zelf in eigendom heeft. Bovendien laat zich de vraag stellen of de verplichte overdracht van activa en passiva niet ook als onteigening heeft te gelden. Hierover ware in de memorie van toelichting duidelijkheid te verschaffen.

Nu sprake is van onteigening, ware in de memorie van toelichting aandacht te besteden aan de relatie met de Onteigeningswet. Aangezien deze op een breed scala van terreinen onteigeningsmogelijkheden bevat (onder meer onteigening in geval van buitengewone omstandigheden (titel III) en onteigening van octrooien (titel V)), zouden de redenen moeten worden aangegeven waarom in dit geval niet is gekozen voor hetzij opnemings van deze nieuwe onteigeningsgrond in de Onteigeningswet, hetzij een verwijzing naar de daarin opgenomen onteigeningsprocedure. Voorts zou het wenselijk zijn daarin uiteen te zetten in hoeverre de voor andere onteigeningsgronden in de rechtspraak ontwikkelde regels, bijvoorbeeld inzake de waardebepaling van het onteigende, ook voor dit type onteigening van toepassing zijn, en waarom er redenen zijn om daarvan in het onderhavige geval af te wijken, als dat het geval is. In het wetsvoorstel wordt er terecht van uitgegaan dat de onteigende recht heeft op volledige vergoeding van zijn schade (artikel 6:8, eerste lid). De NVvR gaat ervan uit dat, waar in de memorie van toelichting wordt gesproken over een "redelijke prijs" (blz. 37), daarmee niet iets anders dan een volledige vergoeding wordt bedoeld. Ingevolge de Onteigeningswet wordt de waarde van het onteigende zelfstandig vastgesteld door de rechter, indien de partijen er onderling niet uitkomen. In het wetsvoorstel wordt er daarentegen van uitgegaan dat de waardebepaling door de minister juist is en wordt de onteigende bezwaard met de bewijslast dat die eenzijdige vaststelling onjuist is (artikel 6:11, derde lid). De onteigende wordt daarmee in een beduidend zwakkere positie gebracht dan bij onteigening overigens gebruikelijk is. Die positie wordt nog verder verzwakt doordat er bij vooral de houders van kleinere aantallen aandelen een machtsongelijkheid is tegenover de onteigende overheid. Er zal in alle gevallen een kostbaar deskundigenrapport nodig zijn om deze eenzijdige vaststelling met succes aan te vechten, wat bij beperkte aantallen aandelen disproportionele kosten met zich brengt. Voorts is geen regeling getroffen die inhoudt dat de kosten van de onteigeningsprocedure in principe voor rekening van de overheid zijn. Het is de NVvR bekend dat bij een eerder voorgenomen wijziging van de Onteigeningswet is overwogen om ook de schadevaststelling onder de competentie van de bestuursrechter te brengen, maar dat daarvan is afgezien. Het behoeft een nadere motivering waarom bij dit specifieke terrein alsnog wordt gekozen voor een typisch bestuursrechtelijke toetsing van de waardevaststelling. Daaraan doet niet af dat die toetsing wordt ondergebracht bij de ondernemingskamer van het gerechtshof Amsterdam (artikel 6:11, eerste lid). Het bovengenoemde wettelijke toetsingscriterium bepaalt immers de reikwijdte van het rechterlijke oordeel. Overigens

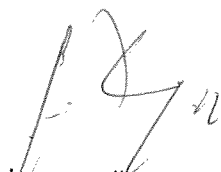


behoeft ook de keuze voor de ondernemingskamer als onteigeningsrechter nadere motivering. Ingevolge de Onteigeningswet komen de gerechtshoven over het algemeen pas als onteigeningsrechter in beeld als een onteigeningsvonnis door de Hoge Raad is gecasseerd. Het aantal gevallen waarin dat gebeurt, is dermate gering dat tussen de gerechtshoven wordt samengewerkt om de benodigde expertise beschikbaar te houden.

De NVvR ziet geen probleem bij een onteigening van aandelen teneinde deze over te dragen aan een andere private financiële instelling. Deze mogelijkheid is in lijn met artikel 1, tweede lid, van de Onteigeningswet, waarin is voorzien in onteigening ten name van natuurlijke en rechtspersonen die het werk waarvoor onteigend wordt, zullen uitvoeren.

Het is de NVvR ten slotte niet geheel helder geworden welke rechterlijke instanties bij de toepassing van deze wet kunnen worden betrokken. Zeker is dat de Raad van State betrokken zal zijn bij de vaststelling of het algemeen belang de onteigening vordert, de ondernemingskamer bij de vaststelling van de waarde van die aandelen, de rechtbank Amsterdam bij de vaststelling van overdrachtsregelingen, al dan niet bij faillissement en de faillietverklaring van buitenlandse financiële ondernemingen, het gerechtshof Amsterdam bij weigering een overdrachtsregeling vast te stellen en de Hoge Raad bij cassatie. Onduidelijk is of voor de andere rechtbanken een taak is weggelegd bij geschillen over handelingen bij de voorbereiding van een overnameplan en bij faillissementen van in Nederland gevestigde ondernemingen. Het is gewenst daaromtrent duidelijkheid te verschaffen en, in het licht van de naar verwachting sporadische toepassing van de voorgestelde regeling, wellicht het aantal daarbij te betrekken rechterlijke colleges te beperken.

Namens het bestuur van de NVvR,
de Wetenschappelijke Commissie



F.F. Langemeijer,
voorzitter

