

Annotatie onder Rb. Amsterdam 9 december 2005, JOR 2006/17 en Rb. Amsterdam 16 december 2005, JOR 2006/18

1. “Politiek wil feiten over failliete bank”, kopt het Financieele Dagblad van 22 december 2005. Enkele pagina’s verder: “Van der Hoop-spaarders zoeken hulp bij elkaar”. Het zal duidelijk zijn dat het faillissement van Van der Hoop Bankiers N.V. diverse staartjes zal hebben: de handelingen gedurende de noodregeling (van 9 tot 15 december) en de afwikkeling van het op 16 december uitgesproken faillissement zelf, de vraag welke bestanddelen tot de boedel behoren en welke daarvan zijn afgeschermd, de werking van de Collectieve Garantieregeling en het in juristenland zo actuele onderwerp van aansprakelijkheid van de toezichthouder. Nederland heeft er weer een geruchtmakende deconfiture van een bank bij, toe te voegen aan het rijtje van het bankiershuis Teixeira de Mattos N.V. (en haar dochtermaatschappijen Forumbank N.V. en Dunlop en Co. N.V.) (1966), de Amsterdam-American Bank (1981), de Tilburgse Hypotheekbank (1982) en het in Nederland opererende bijkantoor van Bank of Credit and Commerce International S.A. (BCCI), zelf gevestigd in Luxemburg. Het zijn bijna alle namen die doorklinken in arresten die (de oudere generatie?) juristen hebben moeten bestuderen. Wellicht dat een enkeling zich nog de deconfiture van de bank Mendelssohn & Co in 1939 herinnert.

2. De wetgeving die van toepassing is op de voorfase tot een mogelijke faillissement en het faillissement zelf van een kredietinstelling is de Wet toezicht kredietinstellingen 1992 (Wtk 1992), zoals deze laatstelijk door de implementatie Richtlijn 2001/24/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 4 april 2001 betreffende de sanering en de liquidatie van kredietinstellingen (PbEG L 125) is gewijzigd. Zie Stb. 2005, 208, in werking getreden 15 mei 2005. In de Faillissementswet heeft dit geleid tot een omvangrijke nieuwe afdeling 11AA (“Van het faillissement van een kredietinstelling”) welke afdeling in het bijzonder betrekking heeft op in Nederland gevestigde kredietinstellingen en buiten de Europese Economische Ruimte (EER) gevestigde kredietinstellingen met bijkantoor in Nederland. Over de richtlijn zie mijn ‘*Commentary on the Directive 2001/24/EC on the reorganisation and winding up of credit institutions*’, in: Moss/Wessels (eds.), *European Insolvency Law and Financial Institutions. An Annotated Guide and comments on the implementation of EC Directives 17/2001 and 24/2001 in EU Member States*, Oxford University Press 2006, welk boek binnenkort verschijnt. De nieuwe geconsolideerde tekst van de Faillissementswet (Stb. 2005, 600) maakt overigens duidelijk dat art. 250a Fw nog steeds bestaat. Het bevat een afzonderlijke bepaling voor een niet krachtens art. 52 Wtk 1992 geregistreerde onderneming of kredietinstelling, ingevoegd in 1952 om duidelijk te maken dat De Nederlandse Bank (DNB) de surseance van betaling van een bank kan aanvragen. De invoering van de voorloper van de huidige Wtk 1992 heeft de bepaling echter overbodig gemaakt. Te verwachten valt dat de Commissie Insolventierecht haar zal toevoegen aan de lijst “dor hout”.

3. Afgezien van een aantal interne maatregelen kan DNB ten aanzien van een bank die zich in een financiële gevarezone bevindt twee ingrijpende maatregelen nemen, ‘stille’ (niet gepubliceerde) ‘curatele’ en de noodregeling. Bij de beschikking van Rb. Amsterdam 9 december 2005 wordt de noodregeling ingesteld. In de kern is een noodregeling een van de gewone surseance van betaling afwijkende bijzondere regeling die de mogelijkheid biedt om (delen van) het bedrijf van een kredietinstelling over te dragen, zulks in het belang van rekeninghouders, deposito-houders en andere crediteuren. Art. 71 lid 1 slot Wtk 1992 drukt het als volgt uit: “Ingeval de solvabiliteit of de liquiditeit van een kredietinstelling tekenen van een gevaarlijke ontwikkeling vertoont en redelijkerwijs in die ontwikkeling geen verbetering te

voorzien is, kan de rechtbank op verzoek van de Bank verklaren, dat de kredietinstelling verkeert in een toestand welke in het belang van de gezamenlijke schuldeisers bijzondere voorziening behoeft.” De andere grond waarop een gelijke voorziening door de rechtbank kan worden uitgesproken (ingeval de solvabiliteit of de liquiditeit naar het oordeel van de Bank zodanig is dat te voorzien is dat de kredietinstelling dan wel het bijkantoor zijn verplichtingen ter zake van de door hem verkregen gelden niet of slechts ten dele kan nakomen, art. 71 lid 2) is in casu niet aan de orde. Het overdragen van een onderdeel van een bank kan overigens vrij gecompliceerd zijn, zie met betrekking tot de in Engeland sedert 2001 wettelijk voorgeschreven ‘banking business transfer scheme’, C. Proctor, *Bank Restructuring Under the Financial Services and Markets Act*, JIBLR 2003, p. 471 e.v.

4. Van der Hoop vindt de toewijzing van het verzoek wenselijk. Hierbij zij overigens aangetekend dat tegen de beschikkingen ex art. 71 geen hoger beroep openstaat, maar wel beroep in cassatie (art. 80 Wtk 1992). De beschikking is uitvoerbaar bij voorraad, terugwerkend tot aan het begin van de dag waarop zij is uitgesproken, niettegenstaande enige daartegen gerichte voorziening, vergelijk art. 71 lid 8, slotzin. Zij vermeldt het tijdstip waarop zij is uitgesproken tot op de minuut nauwkeurig, art. 71 lid 12, hetgeen in casu is: 20.35 uur. Bij de toepassing van terugwerkende kracht valt ermee te rekenen dat de beschikking niet terugwerkt ten aanzien van vóór het tijdstip waarop de rechtbank de beschikking heeft gegeven, door de bank gegeven overboekingsopdrachten, verrekeningen of andere rechtshandelingen die nodig zijn om de opdracht volledig uit te voeren in een systeem als bedoeld in art. 212a onder b Fw, zie art. 71 lid 9 Wtk 1992. De duur van de bijzondere voorziening is ten hoogste anderhalf jaar, art. 71 lid 15. De rechtbank heeft haar inderdaad deze termijn gegeven. DNB kan eenmaal of meermalen om verlenging voor ten hoogste anderhalf jaar verzoeken. De verklaring als bedoeld in art. 71 lid 1 heeft ten gevolge dat de kredietinstelling “niet kan worden genoodzaakt tot nakoming van haar verplichtingen”, zie art. 74 lid 1, dat diverse bepalingen van de Faillissementswet in- dan wel uitschakelt.

5. De beschikking van de rechtbank bevat de benoeming van een of meer bewindvoerders, zie art. 71 lid 7. Deze bewindvoering heeft bijzondere trekken, niet zozeer omdat in casu een advocaat en een accountant tot bewindvoerder zijn benoemd, maar omdat zij bij uitsluiting alle bevoegdheden van de organen van de bank uitoefenen, zie art. 72 lid 1. Deze bewindvoering is exclusief en omvat derhalve mede de vennootschapsrechtelijke bevoegdheden van de Van der Hoop bank, die een N.V. is. Deze positie maakt de aansprakelijkheidspositie ook tot een bijzondere, vergelijk mijn ‘*Liabilities of Regulatory Supervisory Bodies of Troubled Financial Institutions (Insurance, Banking) in the Netherlands*’, in: Bob Wessels, *Business and Bankruptcy Law in the Netherlands; Selected Essays*, 1999, p. 129 e.v. naar aanleiding van de Vie d’Or zaak. In de Wtv is een vergelijkbare exclusieve toekenning van vennootschapsrechtelijke uitgeschreven. Daarnaast is de taak van de bewindvoerders ook in de wet uitgeschreven. Zij ‘waken voor de belangen der gezamenlijke crediteuren’, art. 72 lid 2 Wtv 1992.

6. De termijn van de noodregeling was in feite nog geen week. Na het geven van de verklaring als bedoeld in art. 71 lid 1 kan de rechtbank in afwijking van art. 1 Fw een bank slechts in staat van faillissement verklaren indien een naar goed koopmansgebruik opgemaakte balans van de bank een tekort aanwijst, ongeacht of de bank verkeert in de toestand van te hebben opgehouden te betalen, zie art. 212m lid 1 Fw. De faillietverklaring vindt plaats, DNB gehoord, in casu op verzoek van de bewindvoerders, onder intrekking van de verklaring, zie art. 212m lid 2 Fw. Art. 212 lid 3 Fw geeft aan dat bij het uitspreken van het faillissement binnen een maand na het intrekken van de verklaring enkele bijzondere voorschriften gelden, bijvoorbeeld aangaande

termijnberekeningen en reeds aangegane boedelschulden. De rechtbank heeft bij zijn beschikking van 16 december 2005 onder meer acht geslagen op art. 14 Fw en curatoren aangesteld (de beide voormalige bewindvoerders) en een rechter-commissaris benoemd. De curatoren kunnen wel overzien of het uittreksel van het vonnis in het Publikatieblad van de EU moet worden geplaatst (art. 212o Fw).

7. In enkele kranten heeft DNB als uitvoerder van de Collectieve Garantierегeling (GCR) een bericht voor rekeninghouders geplaatst. De regeling verleent per betalingsonmachtige instelling een maximumdekking van € 20 000 per crediteur/belegger. Uitvoeriger Polak-Wessels, *Insolventierecht I* (1999), par. 1113. In rechtsvergelijkend perspectief, zie mijn *'Protection of Small Depositors Against Banks in Distress'*, in: Bob Wessels, *Current Topics of International Insolvency Law*, 2004, p. 329 e.v.

B. Wessels