

ONTEIGENING PASSIVA

Onteigening van passiva in de zin van de Interventiewet

Mw. mr. L.G.A. Janssen*

1. Inleiding

Het financiële toezichtrecht is volop in beweging. Het is inmiddels uitgegroeid tot een complex rechtsgebied van grote omvang. Bepalingen en begrippen uit het toezichtrecht staan niet op zichzelf, maar worden deels ingekleurd door het privaatrecht. Een sprekend voorbeeld hiervan is art. 6:2 Wet op het financieel toezicht (Wft), op grond waarvan de Minister van Financiën (hierna: Minister) één jaar geleden overging tot nationalisatie van SNS REAAL en SNS Bank (hierna tezamen: SNS).¹ De onteigening zag niet alleen op de aandelen en obligaties van effectenbezitters, maar ook op schulden en verplichtingen van SNS jegens crediteuren. Waar een onteigening traditioneel een wijze is waarop actieve vermogensbestanddelen, zaken en vermogensrechten, onder bijzondere titel verkregen kunnen worden in de zin van Boek 3 BW, kan een onteigening in de zin van de Wft zien op zowel activa als passiva. Met dit ruime onteigeningsbegrip is door de Interventiewet aan het financiële toezichtrecht een instrumentarium toegevoegd dat beoogt dat autoriteiten tijdig kunnen ingrijpen bij zwakke of faillierende banken en verzekeraars, waarbij de kosten van een dergelijke interventie voor de belastingbetaler worden beperkt.² Zowel de Evaluatiecommissie Nationalisatie SNS REAAL als de Minister pleiten in hun recent verschenen evaluaties over de nationalisatie van SNS en over de Interventiewet voor handhaving van deze onteigeningsbevoegdheid. Daarbij tekenen ze aan dat de mogelijkheid tot onteigening van passiva wel een meer expliciete wettelijke basis moet krijgen.³

Centrale vraag in deze bijdrage is hoe een onteigening van passiva vermogensrechtelijk vorm krijgt of zou moeten krijgen. Daarbij wordt de vraag gesteld of het financiële toezichtrecht en het BW op dit punt thans (voldoende) op elkaar zijn afgestemd, zodanig dat rechtssubjecten kunnen vaststellen wat de gevolgen zijn van een onteigening van passiva, en zo nee, hoe de wetgever een betere afstemming zou kunnen creëren. Alvorens op het privaatrechtelijke karakter en mogelijk privaatrechtelijke rechtsgevolgen van een onteigening van passiva in te gaan, worden eerst enkele algemene beschouwingen gegeven over de Interventiewet en het Besluit.

2. Het financiële toezichtrecht

De financiële markten vervullen een essentiële rol in onze economie. Op deze markten vormt het privaatrecht de primaire rechtsbron en wordt de privaatrechtelijke betekenis van begrippen door marktpartijen als uitgangspunt genomen. Het privaatrecht bepaalt immers in de eerste plaats de rechten en verplichtingen van de deelnemers en de privaatrechtelijke

¹ Besluit van 1 februari 2013 tot onteigening van effecten en vermogensbestanddelen SNS REAAL NV en SNS Bank NV in verband met de stabiliteit van het financiële stelsel alsmede tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen ten aanzien van SNS REAAL NV, *Stcrt.* 2013, 3018, Bijlage bij *Kamerstukken II* 2012/13, 33 532, nr. 1 (hierna: Besluit).

² Wet van 24 mei 2012 tot wijziging van de Wet op het financieel toezicht en de Faillissementswet, alsmede enige andere wetten in verband met de introductie van aanvullende bevoegdheden tot interventie bij financiële ondernemingen in problemen (Wet bijzondere maatregelen financiële ondernemingen), *Stb.* 2012, 241 (hierna: Interventiewet). De wet trad in werking op 13 juni 2012 met terugwerkende kracht tot 20 januari 2012.

³ Rapport Evaluatiecommissie Nationalisatie SNS REAAL, p. 287, 295 & 331; Rapport evaluatie Interventiewet, p. 4, 25 & 32. Beide evaluaties verschenen op 23 januari 2014.

rechtsgevolgen van rechtshandelingen op deze markten.⁴ Zo dient er bij een 'cliëntovereenkomst' in beginsel te worden teruggevallen op de bepalingen van de 'bijzondere overeenkomst' uit Boek 7 BW.⁵

Om te kunnen zorgen voor een adequaat functioneren van de financiële sector zijn overheidstoezicht en aanvullende regelgeving echter ook nodig. Het financiële toezichtrecht speelt in dit verband een belangrijke rol om onder andere marktfalen te corrigeren, de stabiliteit van het financiële stelsel te waarborgen, transparante marktprocessen te bevorderen en consumenten te beschermen.⁶ Het rechtsgebied heeft door zijn cruciale functie in onze samenleving een bijzonder karakter gekregen. Enerzijds vindt inkleuring van begrippen uit het financiële toezichtrecht plaats op de leest van het privaatrecht. Anderzijds heeft de wetgever de vrijheid aan een bepaald onderdeel of aan begrippen uit de Wft een inhoud toe te kennen die afwijkt van de civielrechtelijke betekenis.⁷ Zo kent het financiële toezichtrecht zijn eigen begrippensysteem in art. 1:1 Wft, waardoor aan bijvoorbeeld het begrip 'bemiddelen' in de Wft niet dezelfde betekenis toekomt als aan de 'bemiddelingsovereenkomst' uit art. 7:425 BW.⁸ Iets dergelijks geldt voor het begrip 'aanbieden van effecten aan het publiek' in de zin van hoofdstuk 5.1 Wft. Het begrip strekt zich niet alleen uit tot het doen van een civielrechtelijk aanbod in de zin van art. 6:217 BW, maar ook tot de fase daarvoor, tot een uitnodiging tot het doen van een civielrechtelijk aanbod.⁹

Duidelijkheid over begrippen en bepalingen uit het financiële toezichtrecht en andere rechtsgebieden is van belang om onder andere incoherentie en rechtsonzekerheid tegen te gaan.¹⁰ Het financiële toezichtrecht kan alleen geheel effectief zijn als duidelijk is of de betekenis van de gehanteerde begrippen geheel intern wordt ingevuld of moet worden geïnterpreteerd in het licht van een ander rechtsgebied, zoals het privaatrecht.¹¹ Een voorbeeld van een door de wetgever gecreëerde goede afstemming tussen het financiële toezichtrecht en het BW is te vinden in art. 1:23 Wft. Het artikel verschaft duidelijkheid over eventueel civielrechtelijke consequenties die verbonden kunnen zijn aan overtreding van een bij of krachtens de Wft gestelde regel. Uitgangspunt is dat een dergelijke

⁴ M.P. Boots, S.E. Eisma en D. Schoenmaker, 'De doelstellingen van de Wft', in: D. Busch e.a. (red.), *Onderneming en financieel toezicht, Serie Onderneming en Recht deel 57*, Deventer: Kluwer 2010, p. 5-12.

⁵ R.E. van Esch e.a., *Inleiding financieel recht 2012/2013*, Deventer: Den Hollander 2012, p. 8.

⁶ M.P. Boots, S.E. Eisma en D. Schoenmaker, o.c., p. 5-12.

⁷ Pitlo gaat in op de autonomie van rechtsgebieden en illustreert dit door aan te geven dat het belastingrecht de civielrechtelijke dogmatiek ter zijde schuift indien deze met de economische werkelijkheid strijdt. De aard van het arbeidsrecht is volgens hem daarnaast wel terug te voeren op het BW maar bevat zoveel dwingend recht en publiekrechtelijke regelingen dat het ook een eigen functie in het rechtsbestel heeft gekregen; A. Pitlo, 'Het gemene recht en de autonomie van zijn onderdelen', *RMThemis* 1961, p. 517-587. Van der Steur concludeert dat maatschappelijke omstandigheden, de specifieke aard en doelstelling van het andere deelgebied of de specifieke aard en doelstelling van de desbetreffende wetsbepaling met zich mee kunnen brengen dat in een rechtsgebied expliciet wordt afgeweken van de vermogensrechtelijke betekenis van een begrip; J.C. van der Steur, *Grenzen van rechtsobjecten, Een onderzoek naar de grenzen van objecten van eigendomsrechten en intellectuele eigendomsrechten*, Deventer: Kluwer 2003, p. 79-104.

⁸ *Kamerstukken II 2005/06*, 29 708, nr. 20, p. 51.

⁹ Art. 5:1 sub a Wft; C.M. Grundmann-van de Krol m.m.v. J.B.S. Hijink, *Koersen door de Wet op het financieel toezicht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 73-77.

¹⁰ Zie over de eenheid van begrippen in het recht: A.R. Bloembergen, 'De eenheid van privaatrecht en administratief recht', *WPNR* 1977/5372-5375.

¹¹ Zie over de afstemming van toezichtrecht op het privaatrecht: R.M. Wibier, 'De kredietcrisis en privaatrecht', rede 21 januari 2011, <http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=113588>.

overtreding niet leidt tot nietigheid of vernietigbaarheid van de rechtshandeling op grond van art. 3:40 BW.¹²

De Interventiewet

Door de essentiële nutsfuncties die banken en verzekeraars vervullen in onze maatschappij en door de relaties die deze instellingen hebben met andere instellingen en bedrijven, kan een faillissement grote consequenties hebben voor de economie en voor de stabiliteit van het financiële stelsel.¹³ De afgelopen jaren zijn wereldwijd diverse financiële ondernemingen in de problemen geraakt, waardoor het vermogen van nationale autoriteiten om in te grijpen in deze instellingen en de financiële problemen aldus aan te pakken, zwaar op de proef werd gesteld. Door deze ontwikkelingen kwam de wetgever tot de overtuiging dat het toentertijd bestaande toezichtinstrumentarium tekortschoot.¹⁴ Met de Interventiewet is een geheel nieuw wettelijk instrumentarium aan het financiële toezichtrecht toegevoegd. Hoewel zelfredzaamheid van een financiële onderneming de voorkeur van de wetgever blijft verdienen boven overheidsingrijpen, worden De Nederlandsche Bank (DNB) en de Minister met de Interventiewet mogelijkheden geboden om tijdig en daadkrachtig aan te sturen op een ordentelijke overdracht of afwikkeling van activiteiten van een bank, een entiteit voor risicoacceptatie of een verzekeraar in de problemen tegen lagere maatschappelijke kosten dan verbonden zouden zijn aan een faillissement.¹⁵ Het overgrote deel van de bepalingen uit deze wet is opgenomen in de Wft.¹⁶

Het instrumentarium uit deel 6 Wft kan op dit moment door de Minister worden aangewend in de uitzonderlijke omstandigheid dat de stabiliteit van het financiële stelsel ernstig en onmiddellijk in gevaar komt door de situatie waarin een financiële onderneming zich bevindt. Op grond van art. 6:2 lid 1 Wft kan de Minister overgaan tot "... *onteigening van vermogensbestanddelen van de betrokken onderneming of onteigening van door of met medewerking van die onderneming uitgegeven effecten...*". Deze bevoegdheid mag slechts met grote terughoudendheid worden gebruikt, waarbij de Minister zich ervan moet vergewissen dat er geen bruikbare alternatieven zijn.¹⁷ Uitgangspunt van het artikel is dat de vermogensbestanddelen of effecten op het tijdstip van inwerkingtreding van het onteigeningsbesluit onbezwaard overgaan op de Nederlandse Staat (hierna: Staat).

¹² C.M. Grundmann-van de Krol, o.c., p. 802-806.

¹³ Banken fungeren immers onder andere als essentiële intermediairs in de economie door het aantrekken en uitzetten van geldoverschotten en spelen een cruciale rol bij de clearing and settlement van betalings- en effectentransacties. Verzekeraars verzorgen een belangrijke nutsfunctie door onder meer het afdekken van risico's. Een faillissement van deze financiële ondernemingen kan zo leiden tot grote maatschappelijke verstoringen als verstoring van het betalings- en effectenverkeer, verlies van vertrouwen in het financiële stelsel of het ontstaan van grote groepen personen waarvan de rechten worden gekort of die onverzekerd raken; *Kamerstukken II* 2011/12, 33 059, nr. 3 (hierna: MvT), p. 3.

¹⁴ Voorbeelden zijn de Amerikaanse zakenbank Lehman Brothers en de Britse bank Northern Rock. In Nederland kregen ING, Aegon en SNS Reaal financiële steun van de Nederlandse overheid en werden Fortis en ABN Amro genationaliseerd. Het toentertijd in Nederland bestaande toezichtinstrumentarium bleek teveel het accent te leggen op preventie en op de individuele onderneming. Zie hierover: MvT, p. 1.

¹⁵ MvT, p. 1-4.

¹⁶ Naast het nog te bespreken deel 6 Wft, kan DNB op grond van afdeling 3.5.4A Wft een plan opstellen tot overdracht van bepaalde vermogensbestanddelen ingeval van verslechterde omstandigheden bij een individuele bank of verzekeraar en is in afdeling 3.5.8 Wft een regeling opgenomen met betrekking tot de rechten van wederpartijen. Tevens zijn afdeling 11A, 11AA en 11B Faillissementswet en art. 3:80 lid 2 BW gewijzigd. Zie hierover: S.W. van den Berg, 'Beschouwing wetsvoorstel Interventiewet financiële ondernemingen', *FIP* 2012, afl. 2, p. 48-53.

¹⁷ Tot dit ultimatum remedium kan door de Minister pas worden overgegaan na afweging van alle relevante belangen, raadpleging van DNB en in overeenstemming met de Minister President; art. 6:2 lid 2 Wft; MvT, p. 29-31.

Daarnaast kan echter ook worden onteigend ten name van een aangewezen privaatrechtelijke rechtspersoon.¹⁸ In hoofdstuk 6.2 en 6.3 Wft wordt betrokkenen rechtsbescherming geboden bij een onteigeningsbesluit.¹⁹

De huidige tekst van art. 6:2 lid 1 Wft lijkt te suggereren dat een onteigening op grond van deze bepaling een vermogensrechtelijke onteigening betreft en de goederenrechtelijke betekenissen en rechtsgevolgen van de begrippen als uitgangspunt zijn genomen. In de volgende paragraaf wordt ingegaan op de meer traditionele en privaatrechtelijke betekenis van een 'ontei­gening', van 'vermogensbestanddelen', van 'effecten' en van een 'ontei­gening van vermogensbestanddelen en effecten'. Met deze analyse wordt een poging gedaan om het rechtskarakter van een onteigening in de zin van de Interventiewet te bepalen.

3. Privaatrechtelijke kwalificatie art. 6:2 Wft

Ontei­gening

In ons rechtssysteem vormt het recht van eigendom, de bevoegdheid van een persoon om een zaak uit eigen macht te bezitten, deze exclusief te gebruiken en erover te beschikken, met inachtneming van beperkingen uit de wet of het ongeschreven recht, een zeer veelomvattend recht.²⁰ Eigendom veronderstelt zo als het ware een rechtsbetrekking tussen een rechtssubject, een persoon als eigenaar, en een rechtsobject, een zaak. Het zakelijke recht heeft zich verheven tot fundamenteel grondrecht door onder meer de bescherming tegen willekeurige onteigening, ontneming van eigendom, in art. 14 Grondwet en de erkenning van het eigendomsrecht, het recht op ongestoord genot van eigendom, in art. 1 EP EVRM. De bescherming uit deze artikelen is overigens ruimer dan ons eigendomsbegrip uit art. 5:1 BW en ziet naast zakelijke rechten ook op vermogensrechten.²¹

Vermogensbestanddelen

In een meer economische context vormen vermogensbestanddelen de elementen van de financiële positie van een onderneming. Een balans in een jaarrekening geeft in dit verband een beeld van de grootte van het vermogen in de vennootschap en de samenstelling van de actief- en passiefposten aan het eind van een boekjaar.²² Bij een financiële onderneming zijn deze vermogensbestanddelen in de praktijk vooral van belang bij het prudentiële toezicht, het

¹⁸ Art. 6:2 lid 3, 4 en 6 Wft; MvT, p. 68-69.

¹⁹ MvT, p. 14-18, 31-32 en 72-77. Het gaat om een toetsing van het besluit zelf door de Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State (hierna: ABRvS) en om een procedure voor schadeloosstelling bij de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam. Zie voor enkele kritische beschouwingen over de ter beschikking staande rechtsmiddelen onder andere: J.A.M.A. Sluysmans, 'De onteigeningsregeling in de Interventiewet', *O&A* 2012/90, afl. 4, p. 215-216. Anders: A.J.P. Schild, 'De Interventiewet & het EVRM: een lastig huwelijk', *Ondernemingsrecht* 2012/3, p. 16-17.

²⁰ Art. 5:1 BW; W.H.M. Reehuis e.a., *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 3. Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2012, nr. 462 e.v.

²¹ Zaken en vermogensrechten vormen goederen (art. 3:1, 3:2 en 3:6 BW). Waar de bescherming uit art. 14 Grondwet ziet op deze goederen, is de bescherming in de zin van art. 1 EP EVRM breder en ziet deze ook op andere rechten en belangen met vermogenswaarde. Overigens zien beide artikelen, naast op de klassieke ontneming van eigendom, ook op overige inmengingen in het eigendomsrecht. De waarborgen uit art. 14 Grondwet zijn onder meer uitgewerkt in de On­teigeningswet; T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & H.D. Ploeger, *De eigendomsbescherming van art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en het Nederlands burgerlijk recht, Preadviezen voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 56-62 & 90-93; D.J. Elzinga & R. de Lange, *Van der Pot. Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 429-444.

²² Titel 9 van Boek 2 BW.

toezicht dat is gericht op de soliditeit van de financiële onderneming en waardoor vereisten aan de financiële positie worden gesteld.²³

In het goederenrecht staat echter voornamelijk de actieve zijde van het vermogen van een rechtssubject centraal en worden regels gegeven over het beschikken over die op geld waardeerbare rechten.²⁴ Zo schreef Meijers:

"... alwaar het vermogensrecht zich ontwikkeld heeft uit een recht, regelend de verhoudingen der mensen ten aanzien van stoffelijke voorwerpen. Later, toen ook vele andere verhoudingen voor de mens vermogenswaarde verkregen, heeft men deze in het systeem ingeschakeld door naast de res corporales de res incorporales te plaatsen. De laatste bleven echter in het stelsel een ondergeschikte plaats innemen; men paste eenvoudig de regels, die men voor rechten op res corporales gaf, onmiddellijk of analogisch, op de res incorporales toe. Alleen voor verbintenissen, deze belangrijke groep van res incorporales, werd meer noodgedwongen dan opzettelijk een afzonderlijke plaats in het systeem ingeruimd."²⁵

Vermogensbestanddelen worden in deze context gevormd door alle zaken, stoffelijke objecten, in de zin van art. 3:2 BW en alle vermogensrechten in de zin van art. 3:6 BW.

Effecten

Op de financiële markten zijn diverse partijen actief die we kunnen onderscheiden in kapitaalvragers, bijvoorbeeld ondernemingen die kapitaal aantrekken in de vorm van eigen vermogen of vreemd vermogen, en kapitaal aanbieders, zoals pensioenfondsen.²⁶ Wanneer een onderneming effecten uitgeeft voorziet ze in haar vermogensbehoefte. Deze financiële instrumenten zijn voornamelijk te onderscheiden in zogenoemde vermogenstitels en schuldstitels, met name verhandelbare aandelen en obligaties.²⁷ Ze scheppen door de aandeelhouder en obligatiehouder jegens de vennootschap uit te oefenen vermogensrechten. De term 'aandeel' duidt in de zin van Boek 2 BW op een aandeelhouderschap in een vennootschap, een lidmaatschapsverhouding en rechtsbetrekking waaruit voor de aandeelhouder rechten en verplichtingen op het financiële vlak, zoals dividend, en het vlak van zeggenschap kunnen voortvloeien.²⁸ Schuldinstrumenten vertegenwoordigen daarnaast geldleenovereenkomsten, onderliggende vorderingsrechten, tussen de uitgevende instelling als debiteur en de houder van het verhandelbare instrument of schuldbewijs, zoals een obligatie, als crediteur.²⁹ Effecten zijn tegenwoordig grotendeels opgenomen in het girale stelsel van de Wet giraal effectenverkeer (Wge) of een vergelijkbaar stelsel en worden geboekt op zogenaamde effectenrekeningen. De Wge verleent de belegger bescherming in zijn

²³ Voor deze kapitaalvereisten zijn sinds 1 januari 2014 de CRD IV Richtlijn en CRD IV Verordening leidend.

²⁴ G. van Rijssen, *Contractsoverneming, Recht en Praktijk 144*, Deventer: Kluwer 2006, p. 19-20 & 43-44; J.C. van der Steur, o.c., p. 5-6.

²⁵ C.J. van Zeben & J.W. du Pon m.m.v. M.M. Olthof, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 3: Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1981, p. 61; G. van Rijssen, o.c., p. 19.

²⁶ C.M. Grundmann-van de Krol, o.c., p. 55.

²⁷ Art. 1:1 Wft geeft de definitie van 'effecten' die voor de Wft geldt; C.M. Grundmann-van de Krol, o.c., p. 65.

²⁸ G. van Solinge & M.P. Nieuwe Weme m.m.v. C.J.C. Rensen, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, 2, Rechtspersonenrecht, Deel IIa. NV en BV*, Deventer: Kluwer 2013, nr. 98, 260 & 286; P. van Schilfgaarde, bewerkt door J.W. Winter & J.B. Wezeman, *Van de BV en de NV*, Deventer: Kluwer 2013, p. 124-144.

²⁹ Art. 2:102 BW spreekt in dit verband over 'schuldbrieven'.

aanspraken jegens de effectenbewaarinstelling door hem een aandeel in een verzameldepot, een goederenrechtelijke aanspraak in een gemeenschap, te geven. Het is een aanspraak die kan worden gekwalificeerd als een zelfstandig vermogensrecht.³⁰ De effectenbezitter krijgt met het vermogensrecht een goed in de zin van art. 3:1 BW in handen.

Onteigening van vermogensbestanddelen en effecten van een onderneming

Onteigening vormt als rechtsfiguur uit het goederenrecht op grond van art. 3:80 lid 3 BW een wijze waarop deze goederen onder bijzondere titel kunnen worden verkregen. Art. 3:80 BW sluit daarbij niet uit dat niet-goederen ook vatbaar zijn voor verkrijging onder bijzondere titel. Toch wordt het derde lid van het artikel in de context van verkrijging van goederen geplaatst.³¹ Waar de verkrijging onder algemene titel wordt gekenmerkt door een voortzetting, door een opvolging van rechtswege in een deel of een geheel van een vermogen waarbij ook de schulden van de rechtsvoorganger moeten worden aanvaard, dient de onteigening te worden beschouwd als een originaire verkrijging, meestal ten behoeve van de overheid, van één of meer bepaalde actieve vermogensbestanddelen die voorheen aan een ander, aan een private partij, toebehoorden.³²

Een passief bestanddeel in een vermogen, de schuld die in een verbintenis op een schuldenaar rust, is niet goed in te passen in het goederenrechtelijke karakter van art. 3:80 lid 3 BW.³³ Waar de vordering een recht met vermogenswaarde vormt en als vermogensrecht in de zin van art. 3:6 BW voor haar overgang een plaats heeft gekregen in het goederenrecht, kent de daartegenover staande schuld een ander, meer dienstbaar en passief karakter. De vordering geeft de schuldeiser immers een aanspraak op iets dat in handen is van een ander, de economisch negatieve waarde van een schuld wil echter niet meer zeggen dan dat ze strekt tot een verplichting, tot een vermindering op de positieve vermogensbestanddelen van de schuldenaar.³⁴ De schuld ziet op een rechtsbetrekking uit het verbintennisrecht. Een onteigening van vermogensbestanddelen van een onderneming heeft in deze goederenrechtelijke context betrekking op zaken en vermogensrechten in het vermogen van de onderneming, aan de actief zijde van de verbintenis. Bij een onteigening

³⁰ B.F.L.M. Schim, *Giraal effectenverkeer en goederenrecht, Serie Onderneming en Recht Deel 36*, Deventer: Kluwer 2006, p. 117-128.

³¹ Van Rijssen noemt in dit verband dat Meijers het onderscheid tussen verkrijging onder bijzondere en onder algemene titel aan het begrip goederen koppelde. Daarnaast wordt in enkele artikelen in het BW (waaronder art. 6:251-252 BW) een koppeling gemaakt tussen goederen en de verkrijging onder bijzondere titel; G. van Rijssen, o.c., p. 54-56. Ook in andere literatuur wordt de verkrijging onder bijzondere titel aangemerkt als de wijze waarop een goed in de zin van art. 3:1 BW, een actief, wordt verworven: F.H.J. Mijnsen & P. de Haan, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, 3. Goederenrecht. Deel I. Algemeen goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2006, nr. 194; W.H.M. Reehuis e.a., *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 3. Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2012, nr. 91; J. Hijma & M.M. Olthof, *Compendium Nederlands Vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2011, nr. 100.

³² G. van Rijssen, o.c., p. 55-56; J. Hijma & M.M. Olthof, o.c., nr. 11&100. Na rechterlijke goedkeuring van het door DNB opgestelde overdrachtsplan (afdeling 3.5.4A Wft), kan er in goederenrechtelijke zin wel sprake zijn van een verkrijging van rechten en verplichtingen van de onderneming onder algemene titel (art. 3:80 lid 2 BW).

³³ G. van Rijssen, o.c., p. 16-20 & 54-56. Een vordering kwalificeert als overdraagbaar vorderingsrecht (art. 3:83 lid 1 BW) en strekt ertoe de rechthebbende een stoffelijk voordeel te verschaffen. Dit maakt de vordering een vermogensrecht (art. 3:6 BW). De schuld laat zich niet kwalificeren als zaak (art. 3:2 BW) en voldoet niet aan de voor een vermogensrecht (art. 3:6 BW) gegeven kenmerken van overdraagbaarheid (art. 3:83 BW) of stoffelijk voordeel. Een vermogensrecht kan wel een negatieve waarde in economische zin hebben: A.A.J. Smelt, *Goederen met negatieve vermogenswaarde in het Nederlandse vermogensrecht, Recht en praktijk 139*, Deventer: Kluwer 2006. Een schuld vormt echter slechts een verbintenisrechtelijke verplichting.

³⁴ G. van Rijssen, o.c., p. 16-20.

van de door de onderneming uitgegeven effecten is sprake van een inbreuk op deze vermogensrechten in het vermogen van de effectenbezitters.

4. Onteigening in de zin van de Interventiewet

Op 1 februari 2013 maakte de Minister, naar aanleiding van een ernstig verslechterde financiële situatie bij SNS en het daarmee samenhangende gevaar voor de stabiliteit van het financiële stelsel, voor het eerst gebruik van zijn onteigeningsbevoegdheid uit art. 6:2 Wft.³⁵ Uitgangspunt van de interventie bij zowel holdingmaatschappij SNS Reaal als bankenpoot SNS Bank was dat de lasten zoveel mogelijk dienden te worden gelegd bij de verschaffers van risicodragend vermogen, de aandeelhouders en andere achtergestelde kapitaalverschaffers.³⁶ Beroepen die door belanghebbenden tegen het Besluit werden ingesteld, zijn door de ABRvS inmiddels grotendeels verworpen.³⁷

Met een beroep op art. 6:2 Wft werden in de eerste plaats door SNS uitgegeven effecten onteigend ten name van de Staat. Het ging om alle aandelen in SNS en om door SNS uitgegeven achtergestelde obligatieleningen en overige schuldinstrumenten met vergelijkbare achterstellingsbepalingen.³⁸ De onteigening van de aandelen van aandeelhouders gaf de Staat zeggenschap in SNS waardoor de benodigde herstructurering en herkapitalisatie snel kon worden doorgevoerd. Onteigening van de andere effecten van effectenbezitters, de schuldinstrumenten, moest daarnaast zorgen voor een verbetering van de kapitaalpositie van de onderneming.³⁹ Door dit eerste gedeelte van het Besluit werden effectenbezitters door de Minister ontzet uit hun bijzondere aanspraak of vordering op de uitgevende instelling, een goed in de zin van art. 3:1 BW.

In de tweede plaats werden ook achtergestelde onderhandse leningen van SNS onteigend ten name van de nieuw opgerichte privaatrechtelijke rechtspersoon Stichting Afwikkeling Onderhandse Schulden SNS Reaal (hierna: SAOS).⁴⁰ De crediteuren onder deze leningsovereenkomsten zouden door achterstellingsbepalingen immers in faillissement in dezelfde positie verkeren als de onteigende achtergestelde obligatiehouders.⁴¹ De

³⁵ Zie over de aanloop tot het Besluit en het totale pakket aan genomen maatregelen: H. Hendriks, 'De eerste interventie van Nederland', *V&O* 2013, afl. 3, p. 42-46. Deze analyse blijft beperkt tot een bespreking van de onteigening van effecten en vermogensbestanddelen (art. 6:2 Wft).

³⁶ Er zou bij de interventie zijn aangesloten bij de faillissementsladder; overweging 51 Besluit.

³⁷ Wel vernietigde de ABRvS art. 1 lid 2 sub b Besluit. De onteigening van deze concurrente claims jegens onteigende beleggers viel volgens de ABRvS onder meer niet te rijmen met de keuze van de Minister om alleen achtergestelde vermogensbestanddelen bij de onteigening te betrekken; ABRvS 25 februari 2013, *LJN BZ2265*, *Ondernemingsrecht* 2013/38 m.nt. M. Scheltema, *AB* 2013/146 m.nt. O.J.D.M.L. Jansen, *JOR* 2013/140 m.nt. B.P.M. van Ravels & E.P.M. Joosen (hierna: Uitspraak ABRvS), r.o. 32.2. Op de onteigening van deze concurrente verplichtingen wordt in deze bijdrage niet verder ingegaan. Zie over het beroep: B. Bierens, 'Over het besluit tot nationalisatie van SNS Reaal en de rechtelijke toetsing daarvan: terugkijken en vooruitblikken', *TFR* 2013, afl. 4, p. 109-117.

³⁸ Art. 1 lid 1 Besluit.

³⁹ Overweging 50-51 Besluit.

⁴⁰ Art. 1 lid 2 sub a Besluit; art. 6:2 lid 4 Wft. Volgens de MvT kan deze vorm van onteigening wenselijk zijn om te voorkomen dat de Staat door de onteigening aansprakelijk wordt voor bepaalde schulden; MvT, p. 68. Een onteigening ten name van een private partij is niet vreemd in ons onteigeningsrecht (art. 1 lid 2 Onteigeningswet). Interessante vraag is wel of SNS Reaal als bestuurder van SAOS (art. 2 Besluit) aansprakelijk kan worden gesteld voor het verkrijgen en aangaan van schulden waarvan zij weet dat deze nooit voldaan zullen worden. De Minister vermeldde in het Besluit immers dat SAOS geen verhaal zou bieden als nieuwe schuldenaar; overweging 52 Besluit.

⁴¹ Op de faillissementsladder stonden de achtergestelde obligatiehouders en achtergestelde crediteuren immers, net als de aandeelhouders, bijna of helemaal onderaan; overweging 51-52 Besluit; Uitspraak ABRvS, r.o. 20.1-23.1.

leningsovereenkomsten kwalificeerden niet als effecten in de zin van de Wft. Nu uit de toelichting bij art. 6:2 lid 1 Wft ondubbelzinnig blijkt dat onder "*vermogensbestanddelen van de betrokken onderneming*" niet alleen activa, maar ook passiva, verplichtingen, van de onderneming mogen worden verstaan, werd door de Minister gekozen voor een onteigening van passieve vermogensbestanddelen van SNS.⁴² Crediteuren behielden op deze wijze hun vorderingsrecht uit hoofde van de leningen, een goed in de zin van art. 3:1 BW, maar, door overgang van de passieve zijde van de verbintenis naar de andere partij, wel ten aanzien van een nieuwe debiteur, SAOS. Door de onteigening werd voorkomen dat de crediteuren hun aanspraken op SNS behielden. De Interventiewet voorziet hiermee in een ruim en eigen onteigeningsbegrip. Niet alleen een goed in de zin van art. 3:1 BW maar ook een schuld van een onderneming, de passieve zijde van een verbintenis, kan kennelijk worden onteigend. In art. 6:2 Wft wordt niet geheel aangesloten op het besproken rechtskarakter van art. 3:80 lid 3 BW.

5. Een onteigening van schulden

Het BW schrijft in art. 6:155-158 BW de wijze voor waarop een schuld kan overgaan op een ander rechtssubject. Wezenlijk voor een schuldovername is dat een nieuwe schuldenaar de schuld van een oude schuldenaar overneemt en deze daardoor jegens de crediteur wordt gebonden. Schuldovername vereist wel de toestemming van de schuldeiser. Door de overgang van de schuld wordt immers ook ingegrepen op zijn rechtspositie en wisselt het vermogen waarop deze zich kan verhalen.⁴³ Waar op het moment van wilsovereenstemming tussen de uittredende en toetredende schuldenaar de schuld wel al naar de nieuwe debiteur overgaat, heeft een privaatrechtelijke schuldovername pas werking jegens de crediteur na kennisgeving aan hem en zijn toestemming.⁴⁴

De Interventiewet lijkt in art. 6:2 lid 1 Wft een figuur te creëren waarbij een verplichting van een financiële onderneming gedwongen kan overgaan naar het vermogen van een nieuwe schuldenaar. Argumenten van maatschappelijke aard, de stabiliteit van het financiële stelsel, en een wilsuiving van de Minister komen in dat geval op grond van art. 6:2 lid 1 Wft vóór het zelfbeschikkingsrecht van de schuldeiser.⁴⁵ Een vergelijking kan in dit verband worden gemaakt met de dwang die bestaat bij een contractdwang, een contracteerplicht waarbij bijvoorbeeld een bepaalde machtspositie of afhankelijkheid van diensten of producten, een machtsonevenwicht, zorgt voor een inbreuk op de keuzevrijheid van een wederpartij.⁴⁶

⁴² De begrippen 'activa' en 'passiva' moeten bovendien zo ruim mogelijk worden opgevat; MvT, p. 12 & 68. In beroep werd bevestigd dat in beginsel alle vermogensbestanddelen van de financiële onderneming op grond van de Interventiewet onteigend kunnen worden, dus zowel activa als passiva, en de Minister beleidsvrijheid heeft bij het bepalen welke vermogensbestanddelen hij onteigend; Uitspraak ABRvS, r.o. 20.1-21. In literatuur wordt echter de nodige kritiek geuit op de mogelijkheid tot onteigening van passiva; R.M. Wibier, 'De ondergang van SNS Reaal: minimumkapitaaleisen voor banken en waarom de beurskoers nauwelijks relevantie heeft voor de waardebeoordeling van onteigende instrumenten', *TvI* 2013/42, p. 255-257; M. de Jongh & A. Schild, 'Supersnelrecht bij de Afdeling', *NJB* 2013/606, afl. 12, p. 738.

⁴³ R.M. Wibier, *Overgang van vorderingen en schulden en afstand van vorderingen, Monografieën BW*, Deventer: Kluwer 2009, p. 62-63.

⁴⁴ Vergelijk over het rechtskarakter van de toestemming: J.J. Verhoeven, *Schuldovername: een vergelijking van de schuldovername met de passieve schuldovername*, (diss. Groningen) 2002, <http://irs.ub.rug.nl/ppn/240904478>, p. 241-272 en G. van Rijssen, o.c., p. 109-116.

⁴⁵ Zie over deze afweging van bij een schuldovername betrokken belangen: G. van Rijssen, o.c., p. 63-66.

⁴⁶ Houben noemt de contractdwang "*een beperking van de contractvrijheid en dan in het bijzonder de vrijheid om te kiezen óf men wil contracteren*". Het accent ligt daarbij steeds op de noodzakelijkheid van het sluiten van de overeenkomst; I.S.J. Houben, *Contractdwang*, Deventer: Kluwer 2005. Bij een onteigening

Helaas blijkt dat het financiële toezichtrecht en het BW thans op dit punt niet voldoende op elkaar zijn afgestemd, waardoor niet is gewaarborgd dat rechtssubjecten kunnen vaststellen wat de gevolgen van een onteigening van passiva zijn. De Wft schrijft immers niet voor in hoeverre bij deze vorm van onteigening moet worden aangeknoopt bij het privaatrecht en wat, na de onteigening, de inhoud van de verplichting en de inhoud van de rechtsposities van betrokkenen zijn. Dit kan bijvoorbeeld leiden tot onduidelijkheden over de verweermiddelen die de nieuwe schuldenaar jegens de crediteur kan opwerpen, zoals opschortingsrechten of een beroep op deelbetaling, en of bij de schuld behorende nevenrechten, zoals zekerheidsrechten, intact blijven.

6. Een mogelijke oplossing

De zojuist geschetste problemen kunnen worden opgelost door in art. 6:2 Wft een regeling op te nemen waarin art. 6:155-158 BW van overeenkomstige toepassing worden verklaard. Bij de onteigening van passiva kan worden teruggevallen op een verbintenisrechtelijk kader, waarbij, door het gedwongen karakter, wel een uitzondering wordt gemaakt op het toestemmingsvereiste uit art. 6:155 BW.⁴⁷

Door analoge toepassing van art. 6:155-158 BW wordt in beginsel slechts de debiteur in de verbintenis vervangen en blijft de positie van de crediteur ongewijzigd voortbestaan. De inhoud van de rechtsbetrekking tussen de overnemer en de crediteur wordt immers vooral bepaald door de verhouding waarin de schuldeiser en de oorspronkelijke schuldenaar voor de overgang stonden.⁴⁸ De overnemende debiteur verkrijgt de schuld met al haar hoedanigheden en kan de aan de verbintenis van de schuld verbonden verweermiddelen opwerpen die ook de oude schuldenaar jegens zijn schuldeiser had. Deze partij moet in principe echter ook nevenrechten, zoals bedongen renten, tegen zich laten gelden. Ook de crediteur kan zich hierdoor in beginsel op zijn oorspronkelijke verweermiddelen, zoals de bevoegdheid om de overeenkomst te ontbinden, blijven beroepen.⁴⁹

Hoewel de desbetreffende financiële onderneming zo van haar schuld is bevrijd, is wel nog van belang dat ze op grond van art. 6:157 lid 2 BW met een bepaald deel van haar vermogen aansprakelijk kan blijven voor voldoening ervan. Het artikel bepaalt immers dat de voor de crediteur tot zekerheid van de overgegangene schuld strekkende zekerheidsrechten op goederen van de oude debiteur blijven bestaan.⁵⁰ De financiële onderneming kan aldus

van passiva ligt het accent daarentegen op de noodzaak dat de verplichting in de verbintenis door een nieuwe debiteur wordt overgenomen.

⁴⁷ Ook bij aan de schuldovername verwante rechtsfiguren, zoals de schuldvernieuwing en de contractovername (art. 3:159 BW), dient de schuldeiser, de wederpartij, zijn medewerking aan een bevrijding van de oude schuldenaar te verlenen. Deze analyse wordt beperkt tot de schuldovername. Een regeling waarbij contractovername plaatsvindt met vervangende toestemming komt al in afdeling 3.5.1A Wft voor. Een verzekeringsportefeuille kan worden overgedragen zonder toestemming van de verzekeringsnemer, toestemming van DNB is wel vereist; G.R. Boshuizen & B.H. Jager, *Verzekerd van toezicht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 231 e.v.

⁴⁸ J.J. Verhoeven, o.c., p. 277 e.v.; R.M. Wibier, *Overgang van vorderingen en schulden en afstand van vorderingen*, *Monografieën BW*, Deventer: Kluwer 2009, p. 62.

⁴⁹ Uit art. 6:157 lid 1 BW volgt dat in beginsel de bij de schuld behorende nevenrechten (art. 6:142 BW) in stand blijven. De andere leden van art. 6:157 BW geven enkele uitzonderingen, bijvoorbeeld met betrekking tot voorrechten. Zie over de verweermiddelen en nevenrechten van de betrokken partijen: A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, 6. *Verbintenisrecht. Deel II. De verbintenis in het algemeen*, Deventer: Kluwer 2013, nr. 302-306; J.J. Verhoeven, o.c., p. 277 e.v.

⁵⁰ Alleen de zekerheidsrechten op niet aan partijen (oude of nieuwe debiteur) behorende goederen en rechten uit borgtocht gaan teniet, tenzij er door deze derde zekerheidsgever, de pand- of hypotheekgever of borg,

derde pand- of hypotheekgever worden.⁵¹ De onteigening van passiva en het voor de crediteuren daarbij horende recht op schadeloosstelling in de zin van 6:8 lid 1 Wft missen hun doel als de crediteuren door de zekerheidsrechten aanspraken op het vermogen van de desbetreffende bank of verzekeraar behouden.⁵² Deze situatie wordt voorkomen door ook deze bezwaarde goederen van de financiële onderneming te onteigenen.⁵³ Art. 6:2 lid 6 Wft bepaalt op dit moment immers dat onteigende actieve vermogensbestanddelen en effecten onbezwaard overgaan op de Staat of een aangewezen rechtspersoon, vrij van eventuele beslagen en van rechten van pand, hypotheek of vruchtgebruik van bepaalde partijen, en zoekt daarbij aansluiting bij de uitkoopregeling uit art. 2:92a lid 8 en 2:359c lid 9 BW. De bedoelde zekerheidsrechten van de crediteuren vervallen vervolgens niet maar komen op grond van art. 6:8 lid 3 Wft te rusten op het recht op schadeloosstelling.⁵⁴ Na de onteigening van zowel passieve vermogensbestanddelen als daarbij bezwaarde goederen komt de crediteur naast het zekerheidsrecht uiteraard ook nog steeds zijn vordering op de nieuwe debiteur toe.⁵⁵ Met betrekking tot de zekerheidsrechten op een niet aan de financiële onderneming behorend goed en rechten uit borgtocht, kan bij toepassing van art. 6:2 Wft wel worden aangesloten bij art. 6:157 lid 2 BW. Een aanvulling op het zesde lid van art. 6:2 Wft zou als volgt kunnen luiden:

"... Artikelen 6:155-158 BW zijn bij een onteigening krachtens het eerste lid van overeenkomstige toepassing, met uitzondering van artikel 6:157 lid 2 BW. Het besluit van Onze Minister vervangt de door artikel 6:155 BW vereiste toestemming. Overeenkomstig artikel 6:8 lid 3 Wft komen rechten van pand en hypotheek voor zover die rusten op een aan de financiële onderneming toebehorend onteigend vermogensbestanddeel en strekken tot zekerheid van een aan de financiële onderneming toebehorend passief vermogensbestanddeel te rusten op het recht op schadeloosstelling. De tot zekerheid van een onteigend passief vermogensbestanddeel strekkende rechten van pand en hypotheek op een aan een andere partij dan de financiële onderneming toebehorend vermogensbestanddeel en rechten uit borgtocht gaan teniet, tenzij de pand- of hypotheekgever of borg tevoren in de handhaving heeft toegestemd."⁵⁶

Dat moet worden gezorgd voor een meer duidelijke wettelijke grondslag voor de onteigening van passiva, constateerden ook de Evaluatiecommissie Nationalisatie SNS REAAL en de Minister in hun recente evaluaties van de Interventiewet. Volgens de Minister is het daarbij wenselijk om, naast effecten en vermogensbestanddelen, ook vorderingsrechten die derden hebben op de betreffende onderneming, op te nemen in de opsomming in art. 6:2 lid 1 Wft.

toestemming voor de overneming is verleend. Zie hierover: J.J. Verhoeven, o.c., p. 280-281 en G. van Rijssen, o.c., p. 267-269.

⁵¹ Art. 3:233-234 BW.

⁵² Dat crediteuren na een onteigening van passieve vermogensbestanddelen aangemerkt kunnen worden als rechthebbenden in de zin van art. 6:8 lid 1 Wft blijkt uit art. 1 lid 3 Besluit en is inmiddels bevestigd door de Ondernemingskamer: Hof Amsterdam (OK) 11 juli 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:1966, r.o. 5.16.

⁵³ Art. 6:2 lid 1 Wft.

⁵⁴ Een eventueel hypotheekrecht wordt omgezet in een pandrecht; Mvt, p. 69 & 73-75. De financiële onderneming wordt na deze onteigening aangemerkt als rechthebbende in de zin van art. 6:8 lid 1 Wft.

⁵⁵ Aan crediteuren komt na de onteigening van passieve vermogensbestanddelen recht op schadeloosstelling als compensatie (art. 6:8 lid 1 Wft; art. 1 lid 3 Besluit) en een vordering jegens de nieuwe debiteur (art. 6:155 BW) toe. Na de onteigening van bezwaarde goederen kan crediteuren op de besproken wijze daarnaast ook een zekerheidsrecht op het recht op schadeloosstelling toekomen in de zin van art. 6:8 lid 3 Wft; MvT, p. 75.

⁵⁶ Vergelijk ook art. 3:229 lid 1 BW.

Deze aanvulling zou het mogelijk maken dat leningsovereenkomsten, niet zijnde effecten, in toekomst aan de activa-zijde kunnen worden onteigend.⁵⁷

7. Samenvatting en conclusie

De Minister heeft, ten behoeve van een stabiel financieel stelsel, in Nederlandse financiële toezichtwetgeving vergaande bevoegdheden gekregen om financiële ondernemingen vóór een deconfiture overeind te houden. Door de Interventiewet is in dit verband onder andere een onteigeningsinstrumentarium aan de Wft toegevoegd. Door deze wijze van interventie kan beroep worden gedaan op bijdragen van aandeelhouders en andere crediteuren van een bank of verzekeraar in de problemen en wordt een beslag op de algemene middelen beperkt. Het vormt op dit moment de meest vergaande vorm van overheidsingrijpen in de financiële sector.

Dat de Minister op grond van art. 6:2 Wft kan ingrijpen aan zowel de actieve als de passieve zijde van verbintenissen van een financiële onderneming en deze onteigeningsbevoegdheid daardoor een groter bereik heeft dan in ons traditionele goederenrechtelijke systeem, benadrukt het bijzondere karakter van het financiële toezichtrecht. Het financiële toezichtrecht en het privaatrecht dienen echter wel voldoende op elkaar te zijn afgestemd om coherentie en rechtszekerheid te waarborgen. De wetgever dient duidelijk te maken of de betekenis van de in het financiële toezichtrecht gehanteerde begrippen geheel intern wordt ingevuld of moet worden geïnterpreteerd in het licht van een ander rechtsgebied, zoals het privaatrecht.

De Wft schrijft op dit moment niet voor in hoeverre bij een onteigening van passiva moet worden aangeknoopt bij het BW en wat de inhoud van de verplichting en de inhoud van de rechtsposities van betrokken partijen na een dergelijke onteigening zijn. Dit kan onder andere leiden tot onduidelijkheden over de bij de schuld behorende verweermiddelen en nevenrechten. In deze bijdrage is voorgesteld art. 6:155-158 BW in art. 6:2 Wft van overeenkomstige toepassing te verklaren. Schuldoverneming op grond van art. 6:2 Wft vindt plaats met vervangende toestemming van de Minister. Om ongewenste aansprakelijkheden op het vermogen van de financiële onderneming te voorkomen, dient wel nadrukkelijk te worden bepaald dat tot zekerheid van de schuld gevestigde zekerheidsrechten op goederen van de desbetreffende onderneming na de onteigening van de schuld niet blijven voortbestaan.

* Als promovenda verbonden aan het Hazelhoff Centre for Financial Law, Universiteit Leiden.
(l.g.a.janssen@law.leidenuniv.nl)

⁵⁷ Rapport Evaluatiecommissie Nationalisatie SNS REAAL, p. 287 & 331; Rapport evaluatie Interventiewet, p. 25 & 32.