



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

## De ratio van de lemming

Haentjens, M.

### Citation

Haentjens, M. (2017). De ratio van de lemming. *Ars Aequi*, 66(5), 362-364. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/56142>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/56142>

**Note:** To cite this publication please use the final published version (if applicable).

# DE RATIO VAN DE LEMMING

Matthias Haentjens\*

## 1 De aanleiding

Stel, uw studiefinanciering is zojuist gestort en uw rekening bij de bank vertoont een positief saldo. U bent eerste- of tweedejaars rechtenstudent dus dat is niet gebruikelijk. Gebruikelijker is dat uw bank de laatste tijd slecht in het nieuws is. Sinds de financiële crisis zijn grijze streepjespakken uit de mode en durft geen (rechten)student meer hardop te zeggen dat hij of zij bankier wil worden. Toenemende boetes, tegenvallende economische groei en concurrentie van internetbanken maken bovendien dat banken niet alleen een slechte reputatie hebben, maar ook dat ze het bedrijfsmatig moeilijk hebben. Bij uw bank komt daar nog eens bij dat een groot aantal klanten vindt dat hen in de jaren vóór de crisis te risicovol en niet-passende producten zijn aangesmeerd. Duizenden vorderingen tot schadevergoeding zijn in de maak. Jaargenoten van u hebben al een rekening bij een andere bank geopend en zijn overgestapt. Wat doet u? Bent u een lemming? Om een andere metafoor te gebruiken (maar zonder u met een ander knaagdier te willen vergelijken): verlaat ook u het schip dat zinkend lijkt?

**Hoe moet ik mijn positief saldo juridisch duiden? Die vraag blijkt gemakkelijker gesteld dan beantwoord**

## 2 Wat is dat eigenlijk, een bankrekening?

Voor uw beslissing moet u natuurlijk de mogelijke voor- en nadelen afwegen. In dit geval is daarbij het juridisch kader van groot belang. De eerste vraag die u in dat verband moet beantwoorden is: hoe moet ik mijn positief saldo juridisch duiden? Die vraag blijkt gemakkelijker gesteld dan beantwoord. Uit de eerste paar artikelen van Boek 3 BW leidt u af dat een positief saldo als vordering kan worden gekwalificeerd, dat wil zeggen: als een recht op naam. Uw redenering: uw saldo is geen zaak, en ook geen recht aan toonder of order, dus uw aanspraak erop moet wel een vordering zijn. In dit geval een vordering dus van u op de bank, ter grootte van het saldo. Met deze redenering neemt u het meerderheidsstandpunt in.<sup>1</sup>

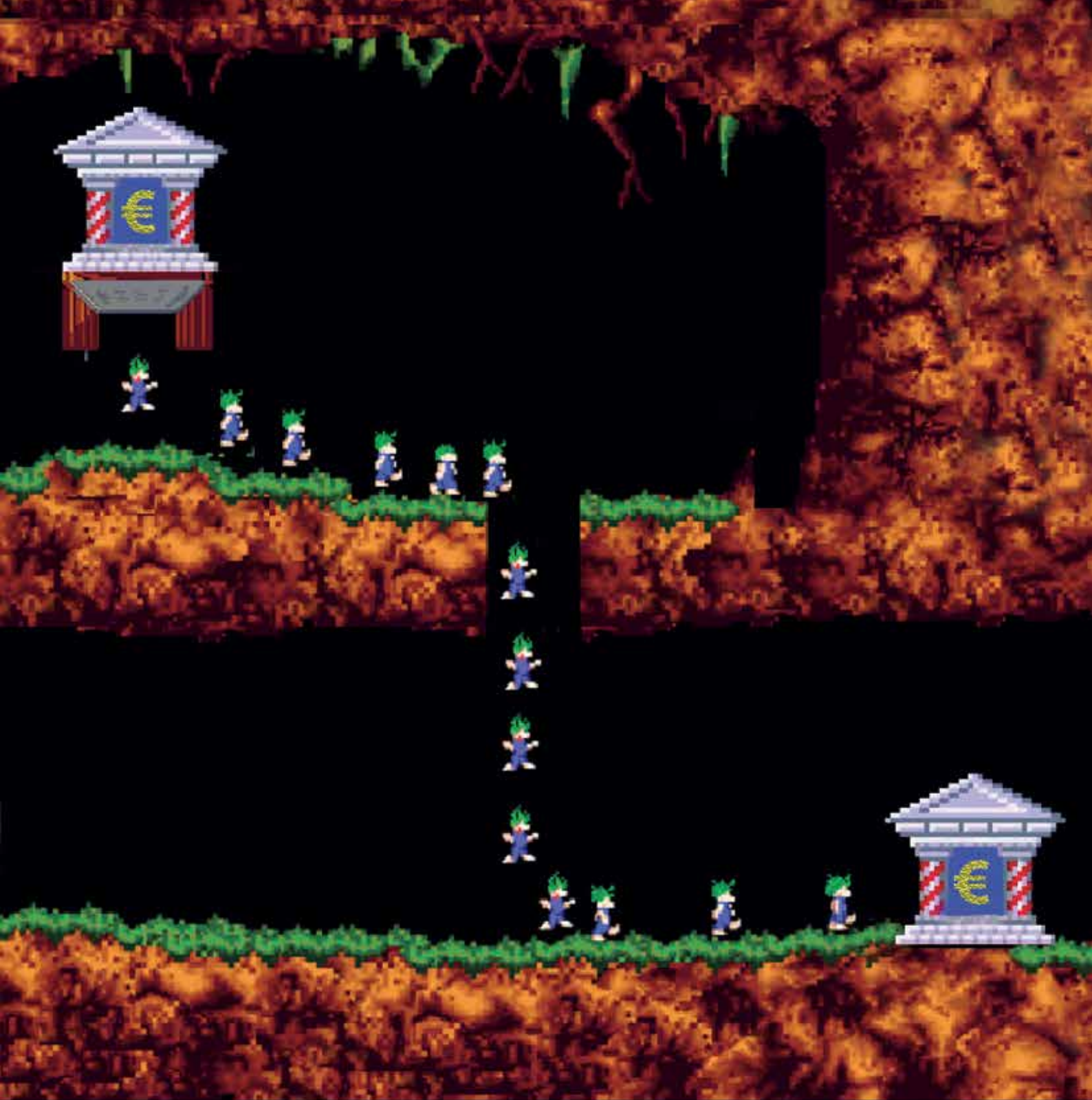
Maar u twijfelt toch. U denkt immers aan de briefjes die u krijgt als u langs de pinautomaat gaat en aan de munten die in huis rondslingeren. Dat geld, zo weet u, zijn gewoon 'voor menselijke beheersing vatbare stoffelijke objecten' en dus geen vorderingen, maar zaken (art. 3:2 BW). U zou dus ook kunnen redeneren: mijn bank is de bewaarnemer van mijn geld, mijn rekening is een afspiegeling daarvan, en als ik pin levert mijn bank uit wat zij voor mij bewaart. Zo bezien is uw aanspraak op uw positief saldo een recht tot uitlevering van zaken (revindicatie). Ook met die redenering zou u zich in goed gezelschap bevinden. In de oudste tijden werden geldwisselaars en andere banken *avant la lettre* namelijk als bewaarnemers gezien.<sup>2</sup> En met betrekking tot effecten, die precies zoals geld op een rekening worden bijgeschreven, geldt ook nu nog iets vergelijkbaars. In dat geval heeft de (effecten)rekeninghouder recht op uitlevering, zoals de bewaargever dat ook heeft jegens zijn bewaarnemer (vgl. art. 26 Wet giraal effectenverkeer).

**De kwalificatie van uw saldo is van belang, omdat revindicatie anders uitwerkt dan de uitwinning van een vordering/recht op naam**

De zojuist besproken kwalificatie van uw saldo is van belang, omdat revindicatie anders uitwerkt dan de uitwinning van een vordering/recht op naam. Kwalificeert uw positief saldo als een recht op naam, dan heeft u meer last van andere lemmingen dan in geval van revindicatie. Bij revindicatie hoeft u zich niets van andere crediteuren aan te trekken, tenzij uw zaken zijn vermengd met gelijksoortige zaken die zich onder de bewaarder bevinden. In dat geval vindt oneigenlijke vermenging plaats en is uw positie om bewijstechnische reden gereduceerd tot die van concurrent crediteur (art. 3:109 jo. art. 3:119 BW).<sup>3</sup> Hoe dan ook is geldend Nederlands recht dat u een vordering heeft op uw bank ter grootte van het saldo. Dat brengt ons tot de tweede vraag die u moet beantwoorden, te weten: hoe sterk is uw vordering?

\* Prof. mr. drs. M. Haentjens is hoogleraar Financieel recht aan de Universiteit Leiden.

- 1 Zie, bijvoorbeeld, H.J. Snijders & E.B. Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2012/33. Anders: B. Bierens, *Revindicatoire aanspraken op giraal geld*, Deventer: Kluwer 2012, p. 47.
- 2 Zie, bijvoorbeeld, G.R. Rutgers, *Bewaarneming* (Mon. Nieuw BW, deel B73), Deventer: Kluwer 1998, p. 11.
- 3 Zie HR 12 januari 1968, ECLI:NL:HR:1968:AC2286, NJ 1968/274, m.nt. H. Drion, AA 1968, p. 144-149 (AA19680144), m.nt. W.C.L. van der Grinten (*Teixeira de Mattos*). Anders: E. Kooops, 'Vermenging is een vat vol tegenstrijdigheden', AA 2015, p. 962-964 (AA20150962), hier p. 964.



Save: 10%  0%

10 

|                                                                                    |                                                                                     |                                                                                     |                                                                                     |                                                                                     |                                                                                     |                                                                                     |                                                                                     |                                                                                     |                                                                                     |                                                                                      |                                                                                       |                                                                                       |
|------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------|
| 0                                                                                  | 0                                                                                   | 0                                                                                   | 0                                                                                   | 0                                                                                   | 0                                                                                   | 0                                                                                   | 8                                                                                   | 50                                                                                  | 50                                                                                  |  |  |  |
|  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |                                                                                      |                                                                                       |                                                                                       |

 04:30

Orig, Fun  
Level: 1

### 3 Concurrente lemmingen...

Met andere woorden: hoeveel kans maakt u om uw vordering daadwerkelijk geïnd te krijgen? Ook hier geeft Boek 3 BW het antwoord: 'Tenzij de wet of een overeenkomst anders bepaalt, kan een schuldeiser zijn vordering op alle goederen van zijn schuldenaar verhalen' (art. 3:276 BW), maar ook: 'Schuldeisers hebben onderling een gelijk recht om, na voldoening van de kosten van executie, uit de netto-opbrengst van de goederen van hun schuldenaar te worden voldaan naar evenredigheid van ieders vordering, behoudens de door de wet erkende redenen van voorrang' (art. 3:277 lid 1 BW). Deze laatste regel is een uitdrukking van het zogeheten *paritas creditorum*-beginsel. Onwaarschijnlijk is dat u beroep kunt doen op een 'door de wet erkende reden van voorrang' zoals pand of hypotheek, zodat u uw vordering weliswaar op het gehele vermogen van de bank kan verhalen, maar daarbij een 'gelijk recht' heeft 'naar evenredigheid van uw vordering'. Dat betekent dat – mocht uw bank failliet gaan – u gelijkkelijk met uw soortgenoten zal moeten delen in de opbrengst van het vermogen van de bank. Dat is weinig aantrekkelijk, want dat vermogen is mogelijk onvoldoende om alle vorderingen van alle crediteuren te voldoen.

**Alles leidt tot de (volstrekt rationele) conclusie dat u, zolang het nog kan, zo snel mogelijk een rekening bij een andere bank moet openen en uw saldo daarnaar moet laten overboeken**

Dit alles leidt tot de (volstrekt rationele) conclusie dat u, zolang het nog kan, zo snel mogelijk een rekening bij een andere bank moet openen en uw saldo daarnaar moet laten overboeken. In dat geval bent u het faillissement immers voor en voorkomt u de gevreesde status van concurrent crediteur. Dat u en de andere lemmingen met uw vertrek en uitstroom van kapitaal de bank mogelijk het laatste duwtje geven in de richting van het faillissement, neemt u voor lief. Zelfs het risico van een bancaire

kettingreactie die de stabiliteit van het financiële stelsel in gevaar brengt, deert u niet. 'Après nous le déluge', lijkt het motto van de lemming.

### 4 ...met voorrang!

Maar u twijfelt opnieuw. Uit de Wet op het financieel toezicht (Wft) leidt u namelijk af dat deposito's, voor zover deze zijn gedekt door het zogeheten depositogarantiestelsel, worden uitgesloten van *bail-in*, dat wil zeggen: van gedwongen vermindering door De Nederlandsche Bank (DNB).<sup>4</sup> DNB is dus niet bevoegd uw vordering op de bank af te schrijven of om te zetten in een aandeel, om zo de solvabiliteit van de bank te verbeteren. Uw vordering op de bank (ter grootte van uw positief saldo) blijkt te kwalificeren als gedekt of gegarandeerd deposito, omdat uw studiefinanciering niet dermate royaal is dat uw saldo de € 100.000 overstijgt (art. 1:1 jo. art. 3:259 lid 3 sub (b) Wft jo. art. 29.01 en 29.02 lid 1 Bbpm). Dat maakt dat u niets hoeft te vrezen zolang de bank niet failliet gaat.

Zelfs als het faillissement toch wordt uitgesproken, bepaalt artikel 212ra Fw dat, kort gezegd, gegarandeerde deposito's voorrang hebben boven vorderingen van alle andere concurrente, niet-preferente schuldeisers. Dat leidt ertoe dat u en de andere lemmingen/mede-depositohouders bij de verdeling van het vermogen van de bank als eersten aan de beurt zijn. Tekorten worden dus pas in laatste instantie aan u toegerekend. In weerwil van het *paritas*-beginsel heeft u toch voorrang!

**U besluit dat u toch niet meedoet met uw jaargenoten en blijft zitten bij uw bank**

Bovendien keert DNB ter uitvoering van het depositogarantiestelsel ingeval van faillissement alle gegarandeerde saldo's binnen een redelijke termijn uit (art. 29.05 Bbpm). Dat geeft de doorslag. U besluit dat u toch niet meedoet met uw jaargenoten en blijft zitten bij uw bank. En opdat deze amuse een fijne smaak bij u achterlaat, overtuigt uw redenering ook uw jaargenoten. Want ook dat blijken rationele lemmingen.

4 Art. 3a:44 lid 1 jo. art. 3a:1 Wft, welke laatste bepaling doorverwijst naar art. 2 lid 1 sub (71) van de Richtlijn 2014/59/EU van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 betreffende de totstandbrenging van een kader voor het herstel en de afwikkeling van kredietinstellingen en beleggingsondernemingen en tot wijziging van Richtlijn 82/891/EEG van de Raad en de Richtlijnen 2001/24/EG, 2002/47/EG, 2004/25/EG, 2005/56/EG, 2007/36/EG, 2011/35/EU, 2012/30/EU en 2013/36/EU en de Verordeningen (EU) 1093/2010 en (EU) 648/2012, van het Europees Parlement en de Raad, OJ L 173 (Herstel- en Afwikkelrichtlijn) jo. art. 44 lid 2 sub (a) jo. art. 2 lid 1 sub (94) Herstel- en Afwikkelrichtlijn. Deze laatste bepaling verwijst weer door naar art. 2 lid 1 sub (5) van de Richtlijn 2014/49/EU van het Europees Parlement en de Raad van 16 april 2014 inzake de depositogarantiestelsels, OJ L 173 (Depositogarantierechtlijn) jo. art. 6 Depositogarantierechtlijn, die is geïmplementeerd als art. 3:261 lid 4 Wft jo. art. 29.02 lid 1 van het Besluit bijzondere prudentiële maatregelen, beleggerscompensatie en depositogarantie Wft (Bbpm). Als echte lemming kunt u de uitweg uit een doolhof vinden. In dit geval: het doolhof van in het Nederlands recht geïmplementeerd, Europees financieel recht.

**14,7 JAAR**  
DUURT GEMIDDELD EEN HUWELIJK

Betrouwbare informatie  
over scheiden en mediation  
vindt u op [verder-online.nl](http://verder-online.nl)

NEDERLANDSE VERENIGING  
Familierecht  
Advocaten  
Scheidingsmediators

**KANTOORRUIMTE HUREN IN UTRECHT**

**Aelan Advocaten**

Aan het Wilhelminapark in Utrecht bieden wij kantoorruimte aan voor één tot vijf advocaten met diverse faciliteiten waar u naar keuze gebruik van kunt maken.

Heeft u interesse?  
Bel dan 030 251 21 71 of stuur een e-mail naar [aa@aa-advocaten.nl](mailto:aa@aa-advocaten.nl)