

Wijziging van de Wet op het financieel toezicht en van de Faillissementswet in verband met de bevoegdheid om vast te stellen dat een bank of beleggingsonderneming faalt of waarschijnlijk zal falen en in verband met de verificatie van interesten die lopen vanaf de faillietverklaring van een bank of beleggingsonderneming ter uitvoering van Richtlijn nr. 2014/59/EU alsmede ter uitvoering van Verordening (EU) nr. 806/2014

VOORSTEL VAN WET

Wij Willem-Alexander, bij de gratie Gods, Koning der Nederlanden, Prins van Oranje-Nassau, enz. enz. enz.

Allen, die deze zullen zien of horen lezen, saluut! doen te weten:
Alzo Wij in overweging genomen hebben, dat het wenselijk is om ter uitvoering van Richtlijn nr. 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 Verordeningen (EU) nr. 1093/2010 en (EU) nr. 648/2012, van het Europees parlement en de Raad (PbEU 2014, L 173), alsmede ter uitvoering van Verordening (EU) nr. 806/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 15 juli 2014 tot vaststelling van eenvormige regels en een eenvormige procedure voor de afwikkeling van kredietinstellingen en bepaalde beleggingsondernemingen in het kader van een gemeenschappelijk afwikkelingsmechanisme en een gemeenschappelijk bankenafwikkelingsfonds en tot wijziging van Verordening (EU) nr. 1093/2010 van het Europees parlement en de Raad (PbEU 2014, L 225) aan De Nederlandsche Bank de bevoegdheid toe te kennen om in bepaalde gevallen vast te stellen dat een bank of beleggingsonderneming faalt of waarschijnlijk zal falen, en dat het gewenst is dat de interesten die lopen vanaf de faillietverklaring van een bank of beleggingsonderneming worden geverifieerd;
Zo is het, dat Wij, de Afdeling advisering van de Raad van State gehoord, en met gemeen overleg der Staten-Generaal, hebben goedgevonden en verstaan, gelijk Wij goedvinden en verstaan bij deze:

ARTIKEL I

In de **Wet op het financieel toezicht** wordt na artikel 3A:20 een artikel ingevoegd, luidende:

Artikel 3A:20a Beoordeling voorwaarde dat de entiteit faalt of waarschijnlijk zal falen binnen SRM

Met betrekking tot andere entiteiten dan de in artikel 7, tweede lid, van de verordening gemeenschappelijk afwikkelingsmechanisme bedoelde entiteiten beoordeelt de Nederlandsche Bank of is voldaan aan de voorwaarde, bedoeld in artikel 18, eerste lid, onderdeel a, van die verordening.

ARTIKEL II

In de **Faillissementswet** worden na artikel 212rb twee artikelen ingevoegd, luidende:

Artikel 212rc

1. De indiening op de voet van artikel 110 van een vordering houdt tevens in de indiening van een vordering met betrekking tot de interesten over die vordering die vanaf de faillietverklaring lopen.
2. In afwijking van artikel 128 wordt ook de vordering met betrekking tot de andere interesten dan die welke door pand of hypotheek zijn gedekt, pro memorie geverifieerd.

Artikel 212rd

1. De curator kan een tussentijdse uitkering doen op bepaalde vorderingen, indien de rechter-commissaris daarvoor op verzoek van de curator toestemming geeft.
2. De rechter-commissaris kan toestemming verlenen indien:
 - a. voldoende waarschijnlijk is voor welke bedragen de desbetreffende vorderingen geheel of ten minste zullen worden geverifieerd;
 - b. een tussentijdse uitkering wenselijk is om te bewerkstelligen dat de periode na de faillietverklaring waarover de interesten lopen, wordt bekort; en
 - c. de tussentijdse uitkeringen niet ten koste gaan van andere schuldeisers.

ARTIKEL III

Op het faillissement van een bank of beleggingsonderneming dat is uitgesproken voor het tijdstip van inwerkingtreding van artikel II blijven de bepalingen van de Faillissementswet van toepassing zoals die golden voor dat tijdstip.

ARTIKEL IV

Deze wet treedt in werking met ingang van de dag na de datum van uitgifte van het Staatsblad waarin zij wordt geplaatst.

Lasten en bevelen dat deze in het Staatsblad zal worden geplaatst en dat alle ministeries, autoriteiten, colleges en ambtenaren die zulks aangaat, aan de nauwkeurige uitvoering de hand zullen houden.

Gegeven

De Minister van Financiën,

De Minister voor Rechtsbescherming,

Wijziging van de Wet op het financieel toezicht en van de Faillissementswet in verband met de bevoegdheid om vast te stellen dat een bank of beleggingsonderneming faalt of waarschijnlijk zal falen en in verband met de verificatie van interesten die lopen vanaf de faillietverklaring van een bank of beleggingsonderneming en ter implementatie van richtlijn nr. 2014/59/EU ter uitvoering van verordening (EU) nr. 806/2014

MEMORIE VAN TOELICHTING

ALGEMEEN

1. Inleiding

Het voorstel strekt tot aanpassing van de Wet op het financieel toezicht en de Faillissementswet en regelt twee onderwerpen.

Het betreft in de eerste plaats de bevoegdheid om vast te stellen dat een niet-significante bank of beleggingsonderneming faalt of waarschijnlijk zal falen. Die vaststelling is een van de vereisten om over te kunnen gaan tot afwikkeling. Uit het systeem van de Europese richtlijnen en verordeningen volgt dat De Nederlandsche Bank (DNB) daartoe bevoegd is, maar een uitdrukkelijke bepaling ontbreekt. Het thans voorliggende wetsvoorstel voert zo'n uitdrukkelijke bepaling in.

In de tweede plaats betreft het aanpassing van de thans geldende regel dat rente die loopt vanaf faillietverklaring niet wordt geverifieerd. Zoals hieronder nader wordt toegelicht, is dat in het geval van een faillissement van een bank en een beleggingsonderneming ongewenst om verschillende redenen. Dit wetsvoorstel maakt voor die twee typen onderneming een uitzondering op de regel dat rente die loopt na faillietverklaring niet wordt geverifieerd.

Op beide onderwerpen, die noodzakelijk zijn om op een goede wijze uitvoering te kunnen geven aan de Europese regelgeving inzake het gemeenschappelijk afwikkelingsmechanisme, wordt hieronder nader ingegaan.

2. Bevoegdheid om vast te stellen dat een entiteit faalt of waarschijnlijk zal falen

Een van de vereisten waaraan moet zijn voldaan om met betrekking tot een entiteit een besluit tot afwikkeling als bedoeld in artikel 18 van de Verordening gemeenschappelijk afwikkelingsmechanisme (SRMR¹) te nemen, is dat die entiteit faalt of waarschijnlijk zal falen. Voor lidstaten uit de eurozone volgt uit het systeem van de SRMR, de richtlijn herstel en afwikkeling van banken en

¹ Verordening (EU) Nr. 806/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 15 juli 2014 tot vaststelling van eenvormige regels en een eenvormige procedure voor de afwikkeling van kredietinstellingen en bepaalde beleggingsondernemingen in het kader van een gemeenschappelijk afwikkelingsmechanisme en een gemeenschappelijk afwikkelingsfonds en tot wijziging van Verordening (EU) nr. 1093/2010 (PbEU 2014, L 225) (Single Resolution Mechanism Regulation).

beleggingsondernemingen (BRRD²) en de SSM verordening³, dat de ECB bevoegd is een dergelijk besluit te nemen ten aanzien van significante instellingen en grensoverschrijdende groepen. De nationale afwikkelingsautoriteit, in Nederland DNB, is bevoegd met betrekking tot niet-significante instellingen, instellingen die geen deel uitmaken van een grensoverschrijdende groep en instellingen ten aanzien waarvan de ECB niet het toezicht naar zich heeft toegetrokken. Voor de goede orde wordt opgemerkt dat de regeling van de bevoegdheid los staat van de wijzigingen van 2019 van de SRMR⁴ en de BRRD⁵.

Dat DNB bevoegd zou moeten zijn om een dergelijk besluit te nemen volgt eveneens uit het gegeven dat DNB ten aanzien van die instellingen het prudentieel toezicht uitoefent. Er is evenwel geen communautaire regel die bepaalt welke autoriteit bevoegd is om vast te stellen dat een niet-significante instelling faalt of waarschijnlijk zal falen. Het thans voorliggende wetsvoorstel vult die lacune op. Er wordt een nieuw artikel 3A:20a ingevoegd, waarbij bedoelde bevoegdheid aan DNB wordt toegekend. Overwogen is deze bevoegdheid in Deel 3, dat betrekking heeft op het prudentieel toezicht, aan DNB toe te kennen. Gelet op de verbondenheid met afwikkeling is er evenwel voor gekozen om het artikel op te nemen in Deel 3A.

In dit verband wordt nog opgemerkt dat deze materie niet in een richtlijn inzake toezicht wordt geregeld, maar in de BRRD, die betrekking heeft op afwikkeling. Ten overvloede wordt erop gewezen dat de hier bedoelde bevoegdheid niet reeds volgt uit artikel 3a van het Besluit uitvoering EU-verordeningen financiële markten. Dat artikel heeft betrekking op de verantwoordelijkheid van DNB als afwikkelingsautoriteit, niet op haar rol van toezichthouder.

3. Aanpassing Faillissementswet

Kern van het voorstel

De aanleiding voor dit deel van het wetsvoorstel is het volgende. In geval van het faillissement van een 'normale' debiteur zal de boedel ontoereikend zijn om alle vorderingen te voldoen. In geval van het faillissement van een bank is de kans groot dat anders is: betaling *aan* de bank lopen tijdens faillissement door, maar betalingsverplichtingen *van* de bank zijn bevroren. Het gevolg is

² Richtlijn 2014/59 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) nr. 1093/2010 en (EU) nr. 648/2012, van het Europees Parlement en de Raad (PbEU 2014, L 173).

³ Verordening (EU) Nr. 1024/2013 van de Raad van 15 oktober 2013 waarbij aan de Europese Centrale Bank specifieke taken worden opgedragen betreffende het beleid inzake het prudentieel toezicht op kredietinstellingen, PbEU 2013, L 287, in de wandelgangen "SSM-verordening" genoemd (Single Supervisory Mechanism Regulation).

⁴ Verordening (EU) 2019/877 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2019 tot wijziging van Verordening (EU) nr. 806/2014 met betrekking tot de verliesabsorptie- en herkapitalisatiecapaciteit van kredietinstellingen en beleggingsondernemingen (PbEU 2019, L 150)

⁵ Richtlijn (EU) 2019/879 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2019 tot wijziging van Richtlijn 2014/59/EU met betrekking tot verliesabsorptie en herkapitalisatiecapaciteit van kredietinstellingen en beleggingsondernemingen en Richtlijn 98/26/EU (PbEU 2019, L 150).

dat de boedel 'langzaam volloopt'. Dit is in het bijzonder van belang voor de renteverplichtingen van de bank. De opbouw van de rente die bank moet betalen gaat na datum faillietverklaring gewoon door, maar deze wordt niet uit de boedel betaald (niet "geverifieerd"). De na de faillietverklaring opgebouwde rente wordt pas voldaan als de vorderingen met betrekking tot de hoofdsom van *alle* schuldeisers, inclusief de achtergestelde schuldeisers, zijn voldaan (daarvoor is een tweede faillissement nodig maar voor de kern van het voorstel is het niet nodig daarop nu in te gaan). Dat heeft als gevolg dat de hoofdsom van de achtergestelde vorderingen wordt voldaan voordat de rente van de hoger gerangschikte vorderingen wordt voldaan. Dit leidt er vervolgens toe dat achtergestelde schuldeisers in een faillissement in veel gevallen hun volledige hoofdsom op de boedel kunnen verhalen.

Voor resolutie/afwikkeling van een bank is echter vereist dat aan achtergestelde schuldeisers een verlies op hun hoofdsom kan worden toegerekend; met die stap vangt resolutie zagezegd aan. De consequentie daarvan is dat achtergestelde schuldeisers in faillissement vaak beter af zijn dan in resolutie. Het gevolg daar weer van is dat niet snel zal zijn voldaan aan het beginsel dat pas tot resolutie mag worden besloten indien schuldeisers in resolutie niet slechter af zijn dan in faillissement. De conclusie is dat de huidige regel met betrekking tot rente na faillietverklaring doorgaans een obstakel is voor resolutie. Het thans voorliggende voorstel ruimt dat obstakel uit de weg. Dit is noodzakelijk om op een effectieve wijze uitvoering te kunnen geven aan de Europese regelgeving op dit terrein.

Achtergrond en inhoud van het voorstel

Ingevolge artikel 128 van de Faillissementswet (Fw) worden interesten (rente) na de datum van faillietverklaring in beginsel niet geverifieerd. Een uitzondering wordt uitsluitend gemaakt voor een rentevordering gedekt door pand of hypotheek. Dat artikel 128 Fw de verificatie van rentevorderingen uitsluit brengt in verbinding met artikel 26 Fw mee dat zij gedurende het faillissement niet verhaalbaar zijn op de boedel.

Hiermee wordt uitdrukking gegeven aan het zogenoemde 'fixatiebeginsel': de schulden van een failliet worden bevroren (gefixeerd) op de datum waarop het faillissement wordt uitsproken. Schulden die daarna ontstaan, zogenoemde boedelschulden daargelaten, zijn voor de afwikkeling van het faillissement in beginsel niet van belang. De curator dient vervolgens te bepalen welke schulden voor uitkering uit de boedel in aanmerking komen (kunnen worden geverifieerd) en in hoeverre de boedel over voldoende middelen beschikt om metterdaad geheel of gedeeltelijk tot uitkering te kunnen overgaan. De curator voldoet vorderingen vervolgens in de volgorde van de in de wet of overeenkomst opgenomen rangorde.

Indien na voldoening van alle geverifieerde (en dus op datum van faillietverklaring gefixeerde) vorderingen nog middelen in de boedel resteren, is sprake van een boedeloverschot dat dient te worden aangewend ter voldoening van niet-verifieerbare rentevorderingen en eventuele andere niet-verifieerbare vorderingen. De Faillissementswet kent geen uitdrukkelijke regeling omtrent het boedeloverschot, maar in de praktijk vindt vereffening van het boedeloverschot veelal plaats via een tweede faillissement waarin bijvoorbeeld vorderingen uit hoofde van rente - opgekomen na de datum van de eerste faillietverklaring - kunnen worden geverifieerd. Deze rentevorderingen worden,

tenzij in de overeenkomst waaruit de vordering is ontstaan anders is bepaald, gelijk gerangschikt aan de vordering op de datum van faillietverklaring. Resteren ook na dit tweede faillissement nog middelen in de boedel, dan wordt, indien het een vennootschap betreft, het restant uitgekeerd aan de voormalig aandeelhouders.

Faillissementsgevallen waarin de voor verificatie in het eerste faillissement in aanmerking komende vorderingen van alle schuldeisers kunnen worden voldaan, zijn uitzonderlijk. Immers, uitgangspunt bij een faillissement is dat de schuldenaar verkeert in de toestand dat hij heeft opgehouden te betalen⁶, welke toestand veelal wordt veroorzaakt doordat schulden de activa overstijgen en vorderingen door een tekort aan middelen niet volledig kunnen worden voldaan. In een dergelijke situatie ligt een boedeloverschot niet voor de hand.

Ervaring leert echter dat dit voor banken wel degelijk aan de orde kan zijn. Uit de situatie bij het failliete DSB Bank N.V.⁷ en de uitkomsten van het waarderingsrapport van de door de Ondernemingskamer benoemde deskundigen in de procedure tot vaststelling van een schadeloosstelling voor de onteigening van SNS REAAL⁸, blijkt dat banken in faillissement dikwijls een omvangrijke kasstroom kunnen genereren die na enige tijd gebruikt kan worden om de vorderingen van schuldeisers volledig te voldoen.

De verklaring hiervoor is gelegen in het bedrijfsmodel van veel banken. Veel banken verstrekken, naast andere financiële producten, langlopende kredieten zoals hypotheeklen waarop gedurende langere termijn rente en aflossingen aan hen worden betaald. Deze kasstroom wordt in beginsel⁹ niet beïnvloed door een faillissement; ook na faillissement worden rente en aflossingen aan de failliete bank doorgaans 'gewoon' doorbetaald. De financiële lasten voor een bank worden daarentegen wel zeer sterk beïnvloed door een faillissement. De bank zal na faillissement afscheid nemen van een omvangrijk deel van het personeel en, wellicht nog belangrijker, de bank betaalt niet langer rente op aangetrokken middelen. De schulden zijn immers gefixeerd op de datum van het faillissement en rentevorderingen van na die datum kunnen in beginsel niet worden geverifieerd. Het voorgaande betekent, kort gezegd, dat de inkomsten van de bank in belangrijke mate op peil blijven terwijl de uitgaven sterk dalen. Daarmee kent de failliete bank, of beter de boedel, gedurende een langere termijn een omvangrijke positieve kasstroom die op termijn resulteert in, simpel gezegd, een 'grote pot met geld' van waaruit schuldeisers kunnen worden voldaan.

Zowel bij het faillissement van DSB Bank N.V. als in het waarderingsrapport van de door de Ondernemingskamer benoemde deskundigen in de procedure tot vaststelling van een schadeloosstelling voor de onteigening van SNS REAAL N.V. resulteert deze positieve kasstroom erin dat na verloop van tijd alle schuldeisers hun volledige vordering (de op het moment van faillietverklaring gefixeerde vordering) in het faillissement kunnen verhalen. Het eerste faillissement (in het geval van SNS REAAL fictieve faillissement op grond van de scenarioschets van de deskundigen) kan worden afgesloten met een positief

⁶ Hierbij dient overigens te worden opgemerkt dat voor banken een ander criterium geldt, namelijk dat de instelling faalt of waarschijnlijk zal falen en dat kort gezegd geen private oplossing meer mogelijk is.

⁷ Zie de openbare faillissementsverslagen beschikbaar op

<https://www.dsbbank.nl/nl/home/faillissementsinformatie/openbare-verslagen>

⁸ <https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/sns-deskundigenbericht-20180427.pdf>

⁹ Denkbaar is dat schuldenaren van een bank ervoor kiezen na een faillissement hun schuld voortijdig af te lossen.

resultaat voor de boedel. Er zijn aldus nog baten aanwezig om in een tweede faillissement een deel van de na het uitspreken van het eerste faillissement opgekomen rentevorderingen te kunnen voldoen. Hierboven is reeds opgemerkt dat vorderingen op de boedel worden voldaan in de volgorde die volgt uit de in de wet (met betrekking tot bevoorrechte, concurrente en bepaalde achtergestelde vorderingen) of overeenkomst (de meeste vormen van achterstelling). Uitgangspunt is hierbij dat hoe hoger een vordering is gerangschikt, hoe sterker de aanspraak van de schuldeiser op voldoening van zijn vordering. Immers, hoe hoger een vordering is gerangschikt, hoe eerder deze voor voldoening in aanmerking komt. De rangregeling geldt zowel voor vorderingen die in het eerste faillissement voor verificatie in aanmerking komen als voor vorderingen uit hoofde van rente opgekomen na de datum van faillietverklaring, zij het dat deze laatste categorie pas wordt voldaan in het tweede faillissement nadat alle eerstgenoemde vorderingen in het eerste faillissement volledig zijn voldaan.

Dit levert een zekere ongerijmdheid op. Immers, de opbouw van de 'pot met geld' waaruit alle schuldeisers kunnen worden voldaan zal in de regel geruime tijd in beslag nemen.¹⁰ Daarmee loopt de rentevordering van alle schuldeisers (dus ook die van bevoorrechte en concurrente schuldeisers) op. Doordat de rentevorderingen van hoger gerangschikte schuldeisers niet worden voldaan in het eerste faillissement kunnen ook de in het eerste faillissement voor verificatie in aanmerking komende vorderingen van lager gerangschikte schuldeisers worden voldaan, dus voordat de rentevorderingen van de hoger gerangschikte vorderingen (in het tweede faillissement) worden voldaan. Doordat de kans klein is dat de volledige rentevorderingen van alle schuldeisers in een tweede faillissement worden voldaan (daarvoor zal de boedel in het tweede faillissement doorgaans niet toereikend zijn) financieren de hoger gerangschikte schuldeisers in die zin de uitbetaling in het eerste faillissement van de lager gerangschikte schuldeisers. Zij dienen immers geruime tijd te wachten op een uitkering op hun vordering en moeten afzien van een aanzienlijk deel van de in die tijd opgebouwde rentevordering. Dit staat op gespannen voet met de beoogde rangorde van de categorieën schuldeisers.

Een curator kan deze situatie vermijden door eerder over te gaan tot voldoening van de hoger gerangschikte schuldeisers door liquidatie van de activa (bijvoorbeeld verkoop van de hypotheekportefeuille van de failliete bank) waarna er geen positieve kasstroom meer beschikbaar is om ook de lager gerangschikte schuldeisers te voldoen. Hierbij is van belang dat de kasstroom die wordt gegenereerd door een hypotheekportefeuille voor een aanzienlijk deel bestaat uit rente-inkomsten die wegvallen wanneer de portefeuille vroegtijdig wordt verkocht. Een dergelijke keuze door de curator verhoudt zich echter niet goed tot artikel 68 Fw, waaruit de opdracht aan de curator wordt afgeleid om op te treden in het belang van de gezamenlijke

¹⁰ Zo is het faillissement van DSB Bank N.V. in 2009 anno 2020 nog niet afgerond (het meest recente faillissementsverslag dateert van april 2020, <https://www.dsbbank.nl/media/1482/dsb-bank-openbaar-verslag-40-dd-april-2020.pdf>) en gaan de onafhankelijke deskundigen in de procedure tot vaststelling voor de schadeloosstelling voor de onteigening van SNS REAAL uit van een looptijd van het faillissement van ten minste 10 jaar (<https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/sns-deskundigenbericht-20180427.pdf>)

schuldeisers.¹¹ Uit deze opdracht volgt dat de curator uitsluitend in zeer bijzondere gevallen¹² het belang van een specifieke groep schuldeisers voorop mag stellen. Dit geldt in ieder geval niet in algemene zin voor hoger gerangschikte schuldeisers ten opzichte van lager gerangschikte schuldeisers.

Gelet op het voorgaande wordt voorgesteld om in het faillissement van banken ook de rentevordering opgekomen na de datum van faillietverklaring van een bank voor verificatie in (het eerste) faillissement in aanmerking te laten komen.

Schematisch kan een en ander als volgt worden weergegeven waarbij met de 'hoofdsom' de voor verificatie in het eerste faillissement op de datum van faillietverklaring gefixeerde vordering wordt bedoeld en met de 'rentevordering' de rente opgekomen na datum van faillietverklaring. Boedelschulden en door zekerheid gedekte vorderingen zijn in dit schema buiten beschouwing gelaten omdat het voorstel daarvoor geen verandering brengt. Ook andere niet-verifieerbare vorderingen (bijvoorbeeld bepaalde vorderingen tot schadevergoeding) zijn buiten beschouwing gelaten.

Huidige situatie	Voorgestelde situatie
Eerste faillissement	Enig faillissement
Hoofdsom bevoorrechte schuldeisers	Hoofdsom / rentevordering bevoorrechte schuldeisers
Hoofdsom concurrente schuldeisers	Hoofdsom / rentevordering concurrente schuldeisers
Hoofdsom achtergestelde schuldeisers	Hoofdsom / rentevordering achtergestelde schuldeisers
Afsluiting eerste faillissement	
Tweede faillissement bij boedeloverschot	
Rentevordering bevoorrechte schuldeisers	
Rentevordering concurrente schuldeisers	
Rentevordering achtergestelde schuldeisers	

Gevolgen voor de afwikkeling van banken en het 'no creditor worse off'-beginsel

Hierboven is reeds toegelicht dat sprake is van een zekere ongerijmdheid in de behandeling van verschillend gerangschikte schuldeisers. De wijze waarop het faillissement van een bank uitpakt, maakt dat hoger gerangschikte schuldeisers met hun verlies van rente na datum faillietverklaring in wezen de uitkering van de hoofdsom van de aan lager gerangschikte schuldeisers financieren.

De wijze waarop het faillissement van een bank thans uitwerkt heeft echter tevens een aantal negatieve neveneffecten voor de mogelijkheden om op grond van hoofdstuk 3A.1 van de Wet op het financieel toezicht (Wft) tot afwikkeling van een bank over te gaan. Tot afwikkeling kan worden besloten

¹¹ Zie Ondernemingskamer 16 april 2019, rechtsoverweging 2.15, ECLI:NL:GHAMS:2019:1296

¹² Zie bijvoorbeeld HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:ZC2047, en HR 19 december 2003, ECLI:NL:HR:AN7817.

indien het faillissement van een bank, kort gezegd, onaanvaardbare gevolgen heeft voor het financieel stelsel of de economie.

Het raamwerk dat in hoofdstuk 3A.1 Wft is neergelegd vormt de implementatie onderscheidenlijk de uitvoering van de hierboven reeds genoemde Europese BRRD en SRMR. Overigens geldt dat ook dit onderdeel van het wetsvoorstel los staat van de wijzigingen van de BRRD en de SRMR. Dit raamwerk gaat ervan uit dat de kosten voor het absorberen van verliezen en de herkapitalisatie van een falende bank (volledig) worden gedragen door de aandeelhouders en schuldeisers. Het instrument van bail-in speelt daarbij een centrale rol. Bij toepassing van het instrument van bail-in worden vorderingen van schuldeisers afgeschreven totdat de geleden verliezen zijn geabsorbeerd of omgezet in kernkapitaalinstrumenten (veelal aandelen), zodat de bank weer beschikt over voldoende solvabiliteit.

Hierbij wordt de omgekeerde volgorde toegepast van die waarin de vorderingen van schuldeisers uit de boedel van een failliete bank zouden worden voldaan. Waar bevoorrechte schuldeisers eerst worden betaald uit de boedel, worden zij als laatste aan bail-in onderworpen. Spiegelbeeldig geldt dat achtergestelde schuldeisers als laatste worden betaald uit de faillissementsboedel en als eerste worden afgeschreven of omgezet bij bail-in. Daarbij geldt dat de vorderingen van lager gerangschikte schuldeisers volledig moeten zijn afgeschreven (behoudens vorderingen die van bail-in zijn uitgezonderd) alvorens een verlies aan een hoger gerangschikte schuldeiser wordt toegerekend. Dit komt overeen met het uitgangspunt dat in faillissement aan lager gerangschikte schuldeisers geen uitkering kan worden gedaan indien hoger gerangschikte schuldeisers hun vordering niet volledig voldaan hebben gekregen. Voorts geldt dat bail-in en de andere resolutie-instrumenten¹³ in beginsel niet kunnen worden ingezet alvorens al het kapitaal van de bank (aandelen en de meest achtergestelde schulden) middels afschrijving en omzetting van kapitaalinstrumenten (AFOMKI) volledig is afgeschreven of omgezet in kapitaalinstrumenten.

Dit raamwerk bevat daarbij als waarborg het zogenaamde '*no creditor worse off*' (NCWO)-beginsel. Aan schuldeisers van een falende bank mogen in resolutie geen grotere verliezen worden toegerekend dan zij zouden hebben geleden in de fictieve situatie dat de bank in faillissement zou zijn geliquideerd. De uitkering uit de fictieve faillissementsboedel vormt zogezeegd de ondergrens voor de bail-in.

Uit de voornoemde casus (betreffende DSB Bank N.V. en het waarderingsrapport van de door de Ondernemingskamer benoemde deskundigen in de procedure tot vaststelling van een schadeloosstelling voor de onteigening van SNS REAAL N.V.) blijkt dat alle achtergestelde schuldeisers (ten minste een deel) van hun vordering uit de boedel voldaan hebben zien worden. Dit zou in een vergelijkbare casus in resolutie het toerekenen van verlies aan schuldeisers van een falende bank door toepassing van AFOMKI en het bail-in instrument aanmerkelijk lastiger kunnen maken. Indien het NCWO-beginsel eraan in de weg staat dat zelfs aan achtergestelde schuldeisers een

¹³ De resolutieinstrumenten zijn: het instrument van bail-in, het instrument van overgang van de onderneming, het instrument van de overbruggingsinstelling en het instrument van afsplitsing van activa en passiva.

(significant) verlies wordt toegerekend, is de effectiviteit van het afwikkelingsraamwerk sterk verminderd.

Wellicht ten overvloede wordt opgemerkt dat onder het huidige recht bij de beoordeling of is voldaan aan het NCWO-beginsel de gevolgen van de afwikkelingsmaatregel moeten worden vergeleken met de situatie waarin in een eerste faillissement de hoofdsom van alle vorderingen wordt voldaan en in een tweede faillissement de rente die is opgebouwd na de eerste faillietverklaring wordt voldaan. De opbrengsten van beide faillissementen worden aldus opgeteld en (verdisconteerd) vergeleken met de uitkomst van het resolutieproces. Dit heeft als gevolg dat de uitkomsten van het resolutieproces worden vergeleken met de situatie waarin de achtergestelde vorderingen worden voldaan vóór de rente op de hoger gerangschikte vorderingen, zodat de kans groot is dat achtergestelde schuldeisers bij resolutie slechter af zijn dan in faillissement. De kans dat is voldaan aan de voorwaarden om over te gaan tot afwikkeling neemt daardoor af en dat is ongewenst.

De beperkte mogelijkheden om in afwikkeling, bijvoorbeeld door middel van toepassing van het instrument van bail-in, een verlies toe te rekenen aan achtergestelde schuldeisers verhoudt zich daarbij ook niet tot het feit dat deze schuldinstrumenten onderdeel uitmaken van de zogenoemde *Minimum Requirement of own funds and eligible liabilities (MREL)* en meetellen voor de achterstellingseis die als onderdeel van de MREL-target wordt opgelegd. Dit zouden de relatief eenvoudig bail-inbare laag vorderingen op de bankbalans moeten zijn. Het feit dat zij deel uitmaken van de MREL komt ook tot uitdrukking in de hogere rentevergoeding die de bank verschuldigd is om een hoger risico te weerspiegelen, een risico dat feitelijk echter nauwelijks hoger is. Breed wordt erkend dat concurrente en bevoorrechte schulden niet onder alle omstandigheden voor bail-in in aanmerking komen, maar achtergestelde schulden zouden zonder beperking aan bail-in moeten kunnen worden onderworpen.

Het voorgaande is op zichzelf evenzeer aanleiding om de regeling voor banken omtrent de verificatie van rentevorderingen opgekomen na datum faillissement op de thans voorgestelde wijze aan te passen.

De voorgestelde wijziging heeft bovendien mogelijk tot gevolg dat de afwikkeling van een bankenfaillissementen wordt bespoedigd. Indien de rente gedurende faillissement doorloopt, kan dit tot effect hebben dat de curator eerder tot liquidatie van activa overgaat om met de opbrengst daarvan de schuldeisers te voldoen. Bij een hypotheekportefeuille zal de curator immers steeds de afweging dienen te maken of de rente-inkomsten op die portefeuille gecombineerd met (eventueel) een vooruitzicht op een hogere marktwaarde, opwegen tegen de oplopende rentevorderingen en de (faillissements)kosten die zijn verbonden aan het langer aanhouden van die portefeuille.

Of aan het NCWO-beginsel is voldaan moet meermaals worden beoordeeld: een keer vooraf om vast te stellen of tot afwikkeling kan worden overgegaan (3A:18, vijfde lid, Wft) – de zogenoemde ex ante waardering – en na afloop van het resolutieproces in de zogenoemde ex post waardering (3A:20, derde lid). Het thans voorliggende wetsvoorstel heeft als consequentie dat bij beide beoordelingen de gevolgen van de afwikkelingsmaatregel moeten worden

vergeleken met een faillissement waarin verificatie plaatsvindt van rente die na de faillietverklaring wordt opgebouwd.

Voorts wordt opgemerkt dat het omslachtig is om een tweede faillissement uit te spreken om te bewerkstelligen dat de in het eerste faillissement niet-geverifieerde rentevorderingen alsnog worden voldaan.

Voor de goede orde wordt opgemerkt dat het Europese raamwerk voor herstel en afwikkeling aan de lidstaten overlaat welke vorderingen kunnen worden geverifieerd en wat hun onderlinge rangorde is. Ook in andere landen kan rente die wordt opgebouwd na faillietverklaring worden geverifieerd. Zo wordt naar Frans recht de na de faillietverklaring opgebouwde rente van een vordering met een looptijd van een jaar of langer geverifieerd (artikel 55, eerste lid, *Loi relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises*), en wordt naar Duits recht de rente die na de faillietverklaring wordt opgebouwd voldaan nadat andere vorderingen zijn voldaan (§ 39 *Insolvenzordnung*).

4. Effecten voor ondernemingen en regeldrukeffecten

De toekenning van de bevoegdheid tot de vaststelling dat een bank faalt of waarschijnlijk zal falen, treedt op grond van artikel IV onmiddellijk in werking. Als gevolg van artikel III gaat de nieuwe regel met betrekking tot de wijze waarop bij het faillissement van banken met rente opgekomen na de datum van faillietverklaring wordt omgegaan, gelden voor nieuwe situaties. Op grond van artikel III blijft het huidige recht van toepassing op de faillissementen die zijn uitgesproken voorafgaand aan de inwerkingtreding van deze wet. Voor wat betreft de verificatie van rente betekent dat dat lager gerangschikte schuldeisers die een vordering hebben op een bank bij faillissement van die bank in de toekomst geconfronteerd kunnen worden met een verslechtering van hun positie. Immers, zij worden geconfronteerd met de regel dat hoger gerangschikte schuldeisers in het faillissement ook hun rentevordering kunnen indienen die wordt voldaan voor de vordering van lager gerangschikte schuldeisers. Hoger gerangschikte schuldeisers, in het bijzonder bevoorrechte schuldeisers, zien hun positie om dezelfde reden onmiddellijk verbeteren. Dit is in lijn met het beoogde resultaat, namelijk dat de uitwerking van een faillissement de rangorde van verschillende categorieën schuldeisers beter weerspiegelt.

Het is denkbaar dat de voorgestelde wijziging gevolgen heeft voor de prijs en beschikbaarheid van, met name achtergestelde, schulden voor banken. Het is immers in het bijzonder deze categorie waarvan de positie in faillissement verslechtert. Het lijkt er op het eerste gezicht op dat het prijseffect niet heel groot zal zijn. Voor zover dat optreedt, zou dat een weerspiegeling zijn van een juistere inprijzing van het risico van achtergestelde schuldinstrumenten

Het wetsvoorstel heeft ten slotte geen gevolgen voor de administratieve lasten of nalevingskosten. De op dit wetsvoorstel betrekking hebbende adviesaanvraag aan het Adviescollege Toetsing Regeldruk is door dit College ambtelijk afgedaan.

5. Consultatie

Het voorstel is afgestemd met DNB. Het is informeel voorgelegd aan de Nederlandse Vereniging van Banken en enkele relevante marktpartijen. Dat heeft geleid tot de toevoeging een enkele verduidelijking zonder inhoudelijke gevolgen in deze toelichting, maar niet tot de aanpassing van het wetsvoorstel.

ARTIKELSGEWIJZE TOELICHTING

ARTIKEL I

Voor een toelichting op artikel I wordt verwezen naar het algemeen deel van deze memorie van toelichting.

ARTIKEL II

Artikel 212rc

Zonder nadere bepaling zou twijfel kunnen ontstaan over het antwoord op de vraag of de enkele indiening van een vordering in een faillissement aanspraak tot vergoeding van rente over die vordering doet ontstaan. In het eerste lid wordt die twijfel weggenomen: de indiening van de hoofdvordering houdt tevens de indiening van een vordering tot vergoeding van rente in. Het doet daarbij niet ter zake of de hoofdvordering is ingediend door de schuldeiser dan wel door de curator, welke laatste mogelijkheid op grond van artikel 110 Fw bestaat sinds 1 januari 2019. De rechtbank Rotterdam oordeelde op grond van het huidige commune faillissementsrecht dat de aanspraak op vergoeding van rente niet automatisch volgt uit de indiening van de hoofdvordering.¹⁴ Met betrekking tot het faillissement van een bank wordt in dit wetsvoorstel anders bepaald. In de genoemde uitspraak van de Rechtbank Rotterdam was voorts beslist dat de schuldeiser daadwerkelijk aanspraak op rente moet maken, wil rente voor verificatie in aanmerking komen (het betrof hier rente die wel werd geverifieerd omdat deze door een zakelijk zekerheidsrecht was gedekt). Met de invoering van artikel 212rc wordt die aanspraak wel gemaakt, maar dat gebeurt "automatisch": de schuldeiser of de curator kan volstaan met de indiening van de hoofdvordering, en enkel door de kracht van artikel 212rc brengt de indiening van de hoofdvordering met zich mee dat ook de vordering tot betaling van rente is ingediend.

Een en ander betekent dat er twee te onderscheiden vorderingen zijn: de vordering tot betaling van de hoofdsom en de vordering tot betaling van rente. Hiervoor is gekozen in de eerste plaats omwille van de overzichtelijkheid. Wanneer het één vordering zou betreffen, bevat deze een hoofdsom-component en een rente-component. Bovendien wordt de rente pro memorie geverifieerd, net als de rente die op grond van artikel 128 door pand of hypotheek wordt gedekt. Zou het om één vordering gaan, dan zou dus een deel niet pro memorie en een deel wel pro memorie moeten worden geverifieerd; ook dat komt de overzichtelijkheid niet ten goede. Voorts is gekozen voor twee te onderscheiden vorderingen met het oog op de mogelijkheid van betwisting. Het kan zich voordoen dat de hoofdvordering niet wordt betwist, maar de rentevordering wel. Daarvoor is het overzichtelijker dat de twee vorderingen duidelijk worden onderscheiden; anders moet in

¹⁴ Rb Rotterdam 13 mei 2015 (ECLI:NL:RBROT:2015:3375).

voorkomend geval steeds expliciet worden opgemerkt dat de betwisting slechts ziet op het gedeelte van de vordering dat betrekking heeft op de rente en niet op het gedeelte van de vordering dat betrekking heeft op de hoofdsom. Indien vervolgens het niet-betwiste deel van de vordering op grond van artikel 112 Fw wel op de lijst van voorlopig erkende schuldeisers wordt overgebracht en het wel-betwiste deel op de in dat artikel bedoelde afzonderlijke lijst, zijn er alsnog twee te onderscheiden vorderingen. Het verdient de voorkeur deze vanaf het begin separaat te behandelen.

In de memorie van toelichting op de wijziging van artikel 110 Fw is opgemerkt dat, wanneer de curator het initiatief neemt tot het opstellen van de lijst van erkende vorderingen, het van belang is dat hij de betrokken schuldeisers nadien goed informeert en in de gelegenheid stelt op de lijst te reageren.¹⁵ Daar is tevens opgemerkt dat het denkbaar is dat de curator de lijst op een al dan niet besloten website of webportaal plaatst en de schuldeisers in de gelegenheid stelt bepaalde opmerkingen te plaatsen of aanvullingen voor te stellen. Bij de wijziging van artikel 110 Fw is het niet nodig gevonden een en ander uitdrukkelijk in de wet te bepalen. Dat geldt ook nu. Wanneer de rentevordering automatisch is ingediend, informeert de curator de desbetreffende schuldeisers over het rentepercentage waarop de rentevordering is gebaseerd.

Zoals gezegd is het mogelijk dat de hoofdvordering niet wordt betwist, maar de rentevordering wel. In de eerste plaats is het mogelijk dat een andere schuldeiser de rentevordering betwist. Daarvoor is geen wetswijziging nodig: op grond van artikel 119, eerste lid, tweede zin, Fw kan "elke vordering" worden betwist, dus ook de rentevordering die als gevolg van de indiening van de hoofdvordering automatisch wordt ingediend. In de tweede plaats is het, zoals eveneens reeds opgemerkt, ook mogelijk dat de schuldeiser wiens hoofdvordering het betreft, van oordeel is dat de vermelding van de rentevordering niet correct is. In dit verband wordt gewezen op de situatie waarin de curator op de voet van artikel 110 Fw een vordering indient. In de memorie van toelichting bij de wijziging van dat artikel is opgemerkt dat, slechts wanneer een schuldeiser zich meldt bij de curator omdat hij meent dat de vermelding van zijn vordering op de lijst niet correct is, de curator in actie hoeft te komen om de vordering naar aanleiding van deze melding opnieuw te beoordelen.¹⁶ De wijze waarop de schuldeiser zich bij de curator moet melden is niet geregeld en is dus vormvrij. De opmerking van de schuldeiser dat de rentevordering niet juist is kan binnen het kader van de Faillissementswet, strikt genomen, worden opgevat als een betwisting van de eigen vordering in de zin van artikel 119, eerste lid, tweede zin, Fw. Dat hoeft dan ook niet apart te worden geregeld. Tevens is het mogelijk dat de schuldeiser om hem moverende redenen geen aanspraak wil maken op rente. De wijze waarop de schuldeiser dit kenbaar dient te maken aan de curator is evenmin geregeld en is dus ook vormvrij.

In de memorie van toelichting bij de wijziging van artikel 110 Fw is opgemerkt dat, wanneer de curator signalen heeft ontvangen dat een bepaalde schuldeiser zich niet voor verificatie wil aanmelden, het bij een zorgvuldige uitoefening van de curator past om, overeenkomstig de wens van de schuldeiser, geen gebruik te maken van de in artikel 110 Fw neergelegde bevoegdheid. Iets dergelijks

¹⁵ Kamerstukken II 2016/17, 34740, nr. 3, p. 30.

¹⁶ Idem.

geldt ook wanneer op grond van artikel 212rc een rentevordering is ingediend, en de schuldeiser geen aanspraak op rente wenst te maken. Dit behoeft niet wettelijk te worden geregeld. Een ruime uitleg van artikel 121 Fw brengt met zich mee dat het de curator in dat geval niet vrijstaat de rentevordering over te brengen op de lijst van erkende vorderingen. Het is niet nodig om te bepalen dat curator de rentevordering die “automatisch” is ingediend op de lijst van voorlopig erkende schuldvorderingen plaatst: als zo’n vordering is ingediend op de voet van artikel 212rc, volgt daaruit dat die op de lijst moet worden overgebracht.

Gewezen wordt op een uitspraak van de Hoge Raad van 28 november 2014.¹⁷ Hierin is overwogen dat het onder het faillissementsbeslag vallende vermogen aan de gefailleerde toebehoort en dat een eventueel overschot na het verbindend worden van de slotuitdelingslijst dus aan hem toekomt, en dat deze omstandigheid met zich meebrengt dat hij een rechtens te respecteren belang heeft bij zijn beroep tegen de toelating tot de verificatie van ingediende schuldvorderingen. Ofschoon dit arrest is achterhaald in de zin dat op grond van het inmiddels gewijzigde artikel 110 Fw ook de curator een vordering kan indienen, en als gevolg van dit wetsvoorstel nog verder wordt achterhaald doordat in een faillissement van een bank de rentevordering automatisch wordt ingediend, is deze beslissing in zoverre nog relevant voor het thans voorliggende wetsvoorstel dat ook de gefailleerde moet kunnen opkomen tegen het automatisch indienen van de rentevordering. Daaraan wordt wel toegevoegd dat als gevolg van dit wetsvoorstel het enkele feit dat de tijdens het faillissement opgebouwde rente wordt geverifieerd en uitgekeerd aan de schuldeiser, uit de aard der zaak geen grond is om op te komen tegen de toelating tot verificatie.

Wanneer de hoofdvordering niet wordt geverifieerd, wordt de rentevordering evenmin geverifieerd. Wordt het bedrag van de hoofdvordering verlaagd, bijvoorbeeld na een succesvolle betwisting, of verhoogd, dan wijzigt ook het bedrag van de rentevordering. Tevens is het zo dat de rentevordering dezelfde rang heeft als de hoofdvordering, tenzij het uitzonderlijke geval zich voordoet dat er een achterstelling is overeengekomen. Dit is zo vanzelfsprekend dat dit niet uitdrukkelijk behoeft te worden bepaald.

Voor de goede orde wordt opgemerkt dat artikel 212rc slechts geldt in geval van een faillissement van een bank; dit blijkt uit de plaatsing van het artikel in Afdeling 11AA. Hetzelfde geldt overigens voor artikel 212rd. Op grond van artikel 212oo Fw zijn de artikelen 212rc en 212rd van overeenkomstige toepassing op faillissementen van de onder de verordening kapitaalvereisten vallende beleggingsondernemingen.¹⁸ De artikelen 212rc en 212rd vallen reeds onder de in artikel 212oo opgenomen opsomming van artikelen; artikel 212oo behoeft dus niet te worden gewijzigd. Voorts wordt opgemerkt dat artikel 212rc geldt voor alle ingediende vorderingen, niet alleen de concurrente maar ook de achtergestelde en de bevoorrechte. Voor schuldeisers met een zakelijk zekerheidsrecht geldt dat zij op grond van artikel 57 hun rechten kunnen uitoefenen alsof er geen faillissement was, en dus dat zij hun vorderingen niet behoeven in te dienen. Wanneer zij evenwel, om welke reden dan ook, hun

¹⁷ HR 28 november 2014, NJ 2015/123, ECLI:NL:HR:2014:3464.

¹⁸ Verordening (EU) Nr. 575/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende prudentiele vereisten voor kredietinstellingen en beleggingsondernemingen en tot wijziging van Verordening (EU) nr. 648/2012 (PbEU 2013, L 176) ('CRD IV').

rechten in faillissement trachten te verzekeren, geldt artikel 212rc, eerste lid, ook voor hen.

Met betrekking tot het eerste lid wordt nog een laatste opmerking gemaakt. Met de formulering "interessen (...) die (...) "lopen" is aangesloten bij artikel 128 Fw. Met "interessen" wordt bedoeld zowel contractuele rente als wettelijke rente. Dat is conform de uitleg van artikel 128 Fw. Belangrijker nog is dat met dit voorstel wordt beoogd de mogelijkheden tot afwikkeling te vergroten door tegen te gaan dat het NCWO-beginsel belemmerend werkt. Dat doel wordt dichterbij gebracht wanneer artikel 212rc ziet op zowel overeengekomen rente als wettelijke rente.

In het tweede lid is bepaald dat de rentevordering pro memorie wordt geverifieerd. Met de formulering is aangesloten bij artikel 128 Fw met betrekking tot de rente die door pand of hypotheek wordt gedekt. Uiteraard is daarmee niet bedoeld dat de rentevordering altijd wordt geverifieerd, maar dat, *als* de rentevordering wordt geverifieerd, dit pro memorie gebeurt. Wanneer de schuldeiser heeft medegedeeld dat hij geen aanspraak maakt op rente of wanneer rentevordering met succes wordt betwist, wordt de rentevordering niet geverifieerd. Omdat pas bij het voldoen van de hoofdvordering kan worden vastgesteld tot hoever de rente gedurende het faillissement is opgelopen, wordt de na de faillietverklaring lopende rente pro memorie geverifieerd.

In artikel 128, tweede zin, Fw is in algemene zin bepaald dat interesten die worden gedekt door pand of hypotheek pro memorie worden geverifieerd. In artikel 212rc, tweede lid, is voor het faillissement van een bank bepaald dat dat ook geldt voor de andere interesten, dus de interesten anders dan die welke worden gedekt door pand of hypotheek.

Artikel 212rd

Het is mogelijk dat de curator voorziet dat vorderingen ten minste voor een bepaald percentage of zelfs volledig zullen kunnen worden voldaan, bijvoorbeeld doordat de rente die de boedel blijft ontvangen over uitstaande leningen hoger is dan de rente die de boedel verschuldigd is over tegoeden die bij de bank worden aangehouden. In een dergelijk geval is het onwenselijk dat de te betalen rente blijft oplopen tot de datum waarop de hoofdvordering wordt voldaan terwijl die hoofdvordering al eerder geheel of gedeeltelijk had kunnen worden voldaan. Voor dat specifieke geval maakt artikel 212rd het mogelijk dat de hoofdvordering wordt voldaan voorafgaand aan de verificatievergadering indien aan een aantal cumulatieve voorwaarden is voldaan.

De eerste voorwaarde is dat de curator voorziet dat de desbetreffende vordering voor een bepaald percentage of zelfs geheel zal kunnen worden voldaan. Zo is voorstelbaar dat de curator op een bepaald tijdstip constateert dat op een vordering in ieder geval 70% kan worden voldaan. Indien de curator eerst dan mag overgaan tot betaling van de hoofdsom wanneer de verificatievergadering heeft plaatsgevonden, loopt de rente op tussen het tijdstip waarop de curator bedoelde constatering heeft gedaan en het tijdstip waarop de hoofdvordering na de verificatievergadering wordt voldaan. Het oplopen van die rente wordt vermeden wanneer de curator in een eerder stadium kan voldoen en daarmee niet hoeft te wachten tot na de verificatievergadering.

In het voorbeeld kan de curator aan de rechter-commissaris vragen om toestemming om reeds 70% van de vordering te voldoen. Daarom is de tweede voorwaarde dat de tussentijdse uitkering bedoeld is om de rente niet verder te laten oplopen. De curator kan zich dus niet op een andere grond beroepen. In het bijzonder wordt opgemerkt dat artikel 212rd niet met zich meebrengt dat een schuldeiser op grond van artikel 69 aan de rechter-commissaris het bevel kan uitlokken dat de curator een tussentijdse uitkering doet omdat het wenselijk is dat een depositohouder eerder over het gedeelte van zijn geld beschikt dat niet wordt gedekt door het depositogarantiestelsel. Voor de goede orde wordt opgemerkt dat de achterliggende gedachte van de regeling van tussentijdse uitkeringen in het faillissement van een verzekeraar wel is dat een polishouder niet onnodig lang op betaling van zijn vordering hoeft te wachten. In tegenstelling tot bij banken het geval is met het depositogarantiestelsel is er immers voor polishouders niet een dergelijk vangnet beschikbaar in het geval van een faillissement van een verzekeraar.

De derde voorwaarde is dat de uitkering niet ten koste mag gaan van andere schuldeisers. De curator zal zich dus steeds moeten afvragen of andere schuldeisers, aan wie geen tussentijdse uitkeringen worden gedaan, geen nadelige gevolgen ervan ondervinden dat ten koste van de boedel uitkeringen worden gedaan voorafgaand aan de verificatievergadering. De voorwaarde is met opzet algemeen geformuleerd omdat niet in het algemeen kan worden gezegd op welke wijzen andere schuldeisers door een tussentijdse uitkeringen zouden kunnen worden benadeeld.

Tot slot worden voor de goede orde nog twee opmerkingen gemaakt. De eerste is dat artikel 179 Fw voor dit geval geen soelaas biedt. Dat artikel heeft betrekking op uitkeringen die kunnen worden gedaan na de verificatievergadering maar voordat alle baten zijn gerealiseerd. Het thans voorgestelde artikel heeft evenwel betrekking op uitkeringen die kunnen worden gedaan voorafgaand aan de verificatievergadering.

De tweede opmerking is dat op de tussentijdse uitkering artikel 6:44 BW van toepassing is, tenzij anders is overeengekomen. Het BW-artikel bepaalt dat de betaling in de eerste plaats strekt in mindering van de kosten, vervolgens in mindering van de verschenen rente, en ten slotte in mindering van de hoofdsom en de lopende rente.

ARTIKEL III

Dit artikel regelt dat de nieuwe regel met betrekking tot de verificatie van rente na faillietverklaring alleen geldt voor faillissementen die worden uitgesproken na de inwerkingtreding van die regel.

ARTIKEL IV

Dit wetsvoorstel bevat aanvullingen voor een goede uitvoering van de reeds geldende BRRD en SRMR. Daarom is het wenselijk het wetsvoorstel, indien het wordt aangenomen en tot wet wordt verheven, zo spoedig mogelijk in werking te laten treden.

Deze toelichting wordt ondertekend mede namens de Minister voor
Rechtsbescherming.

De Minister van Financiën,