

## Voorwaarden voor topping up onder het depositogarantiestelsel

mr. J.M. van Poelgeest en mr. M. Kuilman\*

■ 45

### 1. Inleiding

In Nederland bestaat een depositogarantiestelsel dat beoogt depositohouders te compenseren als een bank niet in staat is te voldoen aan haar verplichtingen die voortvloeien uit deposito's. Op grond van het Nederlandse depositogarantiestelsel zijn bepaalde deposito's, zoals spaargelden, die onder andere door consumenten op bankrekeningen zijn geplaatst, gegarandeerd tot een bedrag van € 100 000 per persoon. Op het moment dat een bank niet meer aan haar verplichtingen ten opzichte van haar depositohouders kan voldoen, kan De Nederlandsche Bank N.V. (hierna: DNB) het depositogarantiestelsel van toepassing verklaren en zullen de depositohouders hun vorderingen voldaan krijgen tot een bedrag van € 100 000 (voor een overzicht van de werking van het depositogarantiestelsel zie J.M. van Poelgeest en M. Kuilman, 'Het depositogarantiestelsel in Europees perspectief', *Onderneming en Financiering* 2009/03). Onder het Nederlandse depositogarantiestelsel vallen onder meer banken met hun statutaire zetel in Nederland. Daarnaast is het voor bijkantoren van banken uit een andere lidstaat mogelijk zich aan te sluiten bij het Nederlandse depositogarantiestelsel indien het depositogarantiestelsel van het land van herkomst beperkter is dan het Nederlandse depositogarantiestelsel (lidstaat omvat in dit verband ook staten, niet zijnde een lidstaat van Europese Unie, die partij zijn bij de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte (Noorwegen, IJsland en Liechtenstein). Dit wordt ook wel 'topping up' genoemd omdat het Nederlandse depositogarantiestelsel een aanvulling vormt op

het stelsel van de lidstaat van herkomst. Dit was bijvoorbeeld het geval bij Icesave; een Nederlands bijkantoor van de IJslandse bank Landsbanki Islands hf.

Onder meer uit het rapport inzake Icesave dat betrekking heeft op de bevoegdheden van DNB ten opzichte van Icesave, is gebleken dat de bevoegdheden van DNB om op te treden tegen Icesave beperkt waren. Dit vloeit voort uit het beginsel van 'home state control' dat erop neerkomt dat het in beginsel de toezichthouder van de lidstaat van herkomst – in dit geval IJsland – is die toezicht houdt op het bijkantoor. De toezichthouder van de lidstaat waar het bijkantoor is gevestigd, houdt in beginsel slechts toezicht op de liquiditeit van het bijkantoor en heeft ook slechts bevoegdheden met betrekking tot de liquiditeit van het bijkantoor. Dat DNB nauwelijks bevoegdheden had om op te treden tegen Icesave en dat DNB ook geen mogelijkheden had om toetreding van een bijkantoor tot het Nederlandse depositogarantiestelsel te voorkomen of voorwaarden te stellen, is als een tekortkoming aangemerkt (voor een beschrijving van de bevoegdheden van de toezichthouder van het land van herkomst en DNB wordt verwezen naar het rapport met betrekking tot de bevoegdheden van DNB inzake Icesave in opdracht van het Ministerie van Financiën, 11 juni 2009).

### 2. Aanvullend depositogarantiestelsel voor bijkantoren

Op grond van de Europese richtlijn inzake de depositogarantiestelsels (Richtlijn 1994/19/EG van 30 mei 1994 (*PbEG* L 135), zoals gewijzigd bij Richtlijn 2009/14/EG van 11 maart 2009 (*PbEG* L 068, (hierna: de Richtlijn)) is de lidstaat waar het bijkantoor is gevestigd, verplicht om, voorzover het depositogarantiestelsel van de lidstaat van herkomst beperkter is dan het stelsel van de staat waar het bijkantoor is gevestigd, de mogelijkheid te bieden aan het bijkantoor om zich aan te sluiten bij het depositogarantiestelsel van die staat. Het depositogarantiestelsel van de lidstaat waar het bijkantoor is gevestigd, geldt dan in aanvulling op het stelsel van de lidstaat van herkomst.

De achterliggende gedachte hiervan is dat banken een concurrentienadeel kunnen hebben door de toepasselijkheid van verschillende depositogarantiestelsels. Bijkantoren van banken kunnen dit concurrentienadeel opheffen door, in aanvulling op het depositogarantiestelsel van de lidstaat van herkomst, zich aan te sluiten bij het depositogarantiestelsel van de lidstaat waar het bijkantoor

\* Mr. J.M. van Poelgeest en mr. M. Kuilman zijn advocaat bij Loyens & Loeff N.V.

wordt gevestigd. Wel kunnen op grond van de Richtlijn door de staat waar het bijkantoor is gevestigd voorwaarden worden gesteld aan deelneming door bijkantoren aan het stelsel, mits dit objectieve en algemeen toegepaste voorwaarden zijn (art. 4 lid 3 van de Richtlijn).

In Nederland zijn de regels omtrent aansluiting bij het depositogarantiestelsel geïmplementeerd in de Wet op het financieel toezicht (hierna: Wft) en het Besluit bijzondere prudentiële maatregelen, beleggerscompensatie en depositogarantie Wft (hierna: het Besluit). In art. 3:266 lid 3 Wft is opgenomen dat bijkantoren kunnen kiezen voor aanvullende deelname aan het Nederlandse depositogarantiestelsel indien het stelsel van de lidstaat van herkomst beperkter is. Op grond van art. 3:266 lid 5 kunnen bij of krachtens algemene maatregel van bestuur nadere regels aan deze deelname worden gesteld.

### **3. Besluit met nadere voorwaarden voor aanvullende deelname bijkantoor aan het Nederlandse depositogarantiestelsel**

Per 22 juli 2009 is het 'Besluit van 3 juli 2009, houdende wijziging van het Besluit bijzondere prudentiële maatregelen, beleggerscompensatie en depositogarantie Wft' in werking getreden en is aan het Besluit een nieuwe paragraaf toegevoegd (*Stb.* 2009, 306). In de nieuwe paragraaf worden voorwaarden gesteld aan een aanvullende deelname door bijkantoren aan het Nederlandse depositogarantiestelsel. Met deze wijziging wordt beoogd DNB meer bevoegdheden te geven, zodat DNB preventief kan optreden en kan ingrijpen indien een bijkantoor niet (meer) aan de voorwaarden voor een aanvullende deelname aan het Nederlandse depositogarantiestelsel voldoet. De voorwaarden moeten er ook voor zorgen dat het vertrouwen in de werking van het depositogarantiestelsel niet wordt geschaad.

Indien een bijkantoor van een bank uit een andere lidstaat aan het stelsel wenst deel te nemen dan dient zij DNB voorafgaand schriftelijk van dit voornemen in kennis te stellen. Hierbij dient te worden beschreven wat de omvang en de reikwijdte van de dekking van het stelsel van de lidstaat van herkomst is en in hoeverre dit stelsel afwijkt van het Nederlandse stelsel. Dit is praktisch voor DNB omdat het hierdoor eenvoudiger is vast te stellen welk stelsel beperkter is, of aanvullende deelname mogelijk is en welke implicaties dit zal hebben voor het Nederlandse depositogarantiestelsel. Als blijkt dat aanvulling in beginsel mogelijk zou moeten zijn, kan op grond van de nieuwe regeling aan het Nederlandse de-

positogarantiestelsel worden deelgenomen onder meer indien de bank en de uitvoerder van het depositogarantiestelsel van de lidstaat waar de bank haar zetel heeft aannemelijk hebben gemaakt dat het Nederlandse depositogarantiestelsel door de aanvullende deelname niet zodanig zal worden beïnvloed dat een eventueel beroep daarop de stabiliteit van de Nederlandse financiële sector of de bescherming door het depositogarantiestelsel in gevaar brengt.

Daarnaast kan DNB aan een aanvullende deelname voorschriften verbinden en beperkingen stellen met het oog op de stabiliteit van de Nederlandse financiële sector of bescherming van het depositogarantiestelsel.

Als het bijkantoor niet voldoet aan hetgeen bij of krachtens de Wft is bepaald, kan DNB bepalen dat de bank geen nieuwe overeenkomsten in Nederland meer mag afsluiten (geen deposito's meer mag aantrekken) en kan DNB de toetredingsovereenkomst opzeggen. Daarmee vervalt dan tevens de aanvullende deelname.

Ter nuancering van de bevoegdheden van DNB dient echter wel opgemerkt te worden dat het gegarandeerde bedrag van het depositogarantiestelsel per 31 december 2010 in heel Europa op €100.000 zal worden gesteld, tenzij onderzoek van de Europese Commissie uitwijst dat dit niet haalbaar is. Hiermee zal het belang van de nieuwe bevoegdheden afnemen omdat 'topping up' slechts mogelijk is in aanvulling op het depositogarantiestelsel van de lidstaat van herkomst. Op het moment dat het gegarandeerde bedrag overal gelijk is, kan 'topping up' alleen nog plaatsvinden indien het depositogarantiestelsel, anders dan op grond van het gegarandeerde bedrag, een beperktere dekking biedt. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn indien bepaalde deposito's in Nederland wel onder het depositogarantiestelsel vallen, terwijl die niet onder de garantie van de lidstaat van herkomst vallen.

### **4. De voorwaarden in het kader van de Richtlijn**

Zoals vermeld, kunnen er op grond van de Richtlijn voorwaarden worden gesteld aan deelneming door bijkantoren aan het depositogarantiestelsel, voor zover dit objectieve en algemeen toegepaste voorwaarden zijn. Met algemeen toegepaste voorwaarden worden voorwaarden bedoeld die van toepassing zijn op alle aan het desbetreffende depositogarantiestelsel deelnemende banken. De richtsnoeren voor het stellen van voorwaarden bij de Richtlijn geven als voorbeeld van dergelijke voorwaarden het verlangen

van ter zake dienende informatie (Bijlage II sub a bij de Richtlijn).

Met de aanpassing van het Besluit worden er voorwaarden gesteld aan een aanvullende deelname door een bijkantoor aan het Nederlandse depositogarantiestelsel en kan DNB met een beroep op de stabiliteit van de Nederlandse financiële sector of de bescherming door het depositogarantiestelsel een aanvullende deelname tegenhouden. In de toelichting wordt deze wijziging gerechtvaardigd onder verwijzing naar het doel van de Richtlijn, namelijk het bevorderen van de stabiliteit van het bankwezen en het versterken van de bescherming van spaarders. Wij vragen ons echter af of de geïntroduceerde voorwaarden wel objectief en algemeen toepasbaar zijn. Het is ons inziens lastig – zonder nadere regels, interpretaties en/of richtsnoeren – omtrent de implicaties van een aanvullende deelname door een bijkantoor aan het Nederlandse depositogarantiestelsel voor de stabiliteit van de Nederlandse financiële sector of het depositogarantiestelsel een objectief oordeel te vormen. Voorts dient slechts bij een aanvullende deelname van een bijkantoor aan het Nederlandse depositogarantiestelsel rekening te worden gehouden met deze norm en niet tevens bij banken die niet via een bijkantoor deelnemen, waardoor niet gezegd kan worden dat de voorwaarden algemeen toepasbaar zijn.

## 5. Conclusie

Tot 22 juli 2009 had DNB geen mogelijkheden om voorwaarden te stellen aan een aanvullende deelname aan het Nederlandse depositogarantiestelsel door een bijkantoor van een bank met zetel in een andere lidstaat in aanvulling op het depositogarantiestelsel van de lidstaat van herkomst. 'Topping up' kon plaatsvinden zonder dat er informatieverplichtingen waren of enige voorwaarden werden gesteld.

Sinds 22 juli 2009 is het Besluit bijzondere prudentiële maatregelen, beleggerscompensatie en depositogarantie Wft gewijzigd en worden er voorwaarden gesteld aan een aanvullende deelname door bijkantoren aan het Nederlandse depositogarantiestelsel. Ingevolge het aangepaste Besluit kan DNB een aanvullende deelname van een bijkantoor van een bank uit een andere lidstaat onder meer tegenhouden met een beroep op de stabiliteit van de Nederlandse financiële sector of de bescherming van depositohouders. We betwijfelen of deze norm wel objectief en algemeen toepasbaar is en menen dat de wijzigingen van het Besluit mogelijk in strijd zijn met de Richtlijn.

## *De makelaar als 'bode': geen aansprakelijkheid ex artikel 3:70 BW*

(HR 26 juni 2009, LJV BH9284)

mr. M.G. Costers\*

■ 46

### 1. Inleiding

Mag een partij, die onderhandelt met een makelaar over een aan te kopen object, erop vertrouwen dat deze makelaar over een volmacht beschikt om de koopovereenkomst tot stand te brengen? Nee, heeft de Hoge Raad al meerdere malen uitgemaakt (zie bijvoorbeeld het arrest van de Hoge Raad van 9 augustus 2002, *NJ* 2002, 543). Niet alleen houdt de opdracht aan een makelaar tot bemiddeling bij koop geen volmacht in tot het daadwerkelijk sluiten van de koopovereenkomst, maar evenmin wordt daarmee de schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid gewekt. Kan deze partij de makelaar dan aanspreken tot schadevergoeding op grond van het feit dat deze heeft gehandeld als gevolmachtigde (vgl. art. 3:70 BW) of op grond van onrechtmatige daad? Slechts onder bijzondere omstandigheden, meent de Hoge Raad.

### 2. Casus en procesverloop

Makelaar A krijgt opdracht van opdrachtgevers B en C om diensten te verlenen bij de verkoop van hun pand. De opdracht is vastgelegd in een standaard formulier van de NVM (Nederlandse Vereniging van Makelaars). Echter is in dit formulier de bepaling, waarin is opgenomen dat de makelaar namens opdrachtgevers gevolmachtigd is om tegen een bepaalde minimumprijs een koopovereenkomst op de gebruikelijke voorwaarden te sluiten, doorgehaald. De potentiële koper D, die ervaring had op het gebied van aan- en verkoop van onroerende za-

\* Mr. M.G. Costers is advocaat bij BRICKS Advocaten te Amsterdam en redacteur van dit tijdschrift.