

Ministerie van Financiën  
t.a.v. de heer mr. W.B. Hoekstra  
Postbus 20201  
2500 EE DEN HAAG

Den Haag, 4 januari 2018  
dossiernummer: 104713  
uw kenmerk: 9010  
telefoonnummer: +31 (0)70 335 35 97  
e-mail: r.post@advocatenorde.nl

**Betreft: consultatie wijziging van de Faillissementswet tot implementatie van Richtlijn PM tot wijziging van Richtlijn 2014/59/EU van het Europees Parlement en de Raad wat betreft de rang van ongedekte schuldinstrumenten**

Geachte minister,

Op 5 december 2017 is de internetconsultatie "wijziging van de Faillissementswet tot implementatie van Richtlijn PM tot wijziging van Richtlijn 2014/59/EU van het Europees Parlement en de Raad wat betreft de rang van ongedekte schuldinstrumenten" gepubliceerd. De NOvA heeft zijn adviescommissie insolventierecht gevraagd te adviseren.

Bijgaand stuur ik u het advies van de adviescommissie. De algemene raad sluit zich aan bij de overwegingen van de adviescommissie en verzoekt u deze bij de verdere uitwerking te betrekken.

Met de meeste hoogachting,  
namens de algemene raad,



mw. mr. R.G. van den Berg  
algemeen secretaris

bijlage: advies van de adviescommissie insolventierecht

Bezoekadres  
Neuhuyskade 94  
2596 XM Den Haag  
Tel. 070 - 335 35 35  
Fax 070 - 335 35 31

Postadres  
Postbus 30851  
2500 GW Den Haag

**ADVIES**


---

Van	: adviescommissie insolventierecht
Datum	: 2 januari 2018
Betreft	: <b>voorontwerp Wijziging van de Faillissementswet tot implementatie van de nog vast te stellen Richtlijn tot wijziging van Richtlijn 2014/59/EU van het Europees Parlement en de Raad, wat betreft de rang van ongedekte schuldinstrumenten in de insolventierangorde (Wetsvoorstel wijziging crediteurenhiërarchie banken)</b>

---

**Samenvatting advies**

*De commissie geeft in overweging om de met het wetsvoorstel in te voeren bepaling niet op te nemen in de faillissementswet maar in Titel 10 van Boek 3 van het BW. Die titel houdt namelijk een regeling in ter zake van de rangorde van schulden en de in te voeren bepaling betreft juist die rangorde. Daarnaast stelt de commissie vast dat de voorgestelde tekst van de in te voeren bepaling niet geheel aansluit bij de (ontwerp) richtlijn die het wetsvoorstel beoogt te implementeren. De commissie stelt daarom een tekstaanpassing voor.*

**Advies**

De commissie heeft met belangstelling kennisgenomen van het voorontwerp. Het voorontwerp beoogt niet meer dan implementatie van Europese regelgeving die, naar verwacht mag worden, binnen afzienbare tijd in een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad zal worden vastgesteld. Het advies van de commissie kan zich dan ook beperken tot de wijze waarop deze implementatie in het voorontwerp vorm is gegeven.

Het voorontwerp houdt de toevoeging in van een bepaling – artikel 212rb – aan par. 1 van afdeling 11AA van Titel 1 van de faillissementswet: het faillissement van een in Nederland gevestigde bank en buiten de Europese Economische Ruimte gevestigde bank met bijkantoor in Nederland. In deze bepaling (lid 1) wordt aan vorderingen op – kort gezegd – banken die aan bepaalde eisen voldoen een nieuwe rang toegekend: een rang tussen concurrente vorderingen en achtergestelde vorderingen. De desbetreffende vorderingen zullen derhalve bij concurrerende verhaalsuitoefening, zoals met name in faillissement, voldaan worden nadat eerst alle concurrente vorderingen zijn voldaan doch voordat er een betaling plaatsvindt op enige (overige) achtergestelde vordering. Een eerste vraag die bij de commissie opkomt betreft de voorgenomen plaatsing van de bepaling in de faillissementswet. Het betreft hier een regeling ter zake van de rangorde van bepaalde vorderingen. Deze rangorde is niet alleen van belang in faillissement maar in elke situatie van concursus, zoals in geval van (executoriaal) beslag of vereffening na ontbinding. Daarnaast is de rangorde van een vordering van belang bij een akkoord, zoals bij een preventief akkoord als uitgewerkt in het voorontwerp van de Wet homologatie onderhands akkoord ter voorkoming van faillissement. Titel 10 van Boek 3 BW bevat in de afdelingen 1, 2 en 3 een algemene regeling ter zake van de rangorde van vorderingen. In het onderhavige voorontwerp gaat het om een contractuele achterstelling van vorderingen. Artikel 3:277 lid 2 BW in afdeling 1 van Titel 10 van Boek 3 BW geeft daarvoor een algemene regeling. De voorgestelde bepaling geeft aan een contractuele achterstelling die aan bepaalde voorwaarden voldoet een bepaalde rang. De commissie vraagt zich af of een plaatsing van de bepaling in Titel 10 van Boek 3 BW, bijvoorbeeld direct na artikel 3:277 BW, niet meer voor de hand ligt dan een plaatsing in de faillissementswet.

Wat de inhoud van de voorgestelde bepaling betreft valt het de commissie op dat het voorontwerp uitsluitend rekening houdt met vorderingen die op grond van artikel 3:277 lid 2 BW zijn

achtergesteld. Volgens art. 108 lid 3 jo. art. 48 lid 1 jo. van Richtlijn 2014/59/EU (na wijziging) zou de nieuw te introduceren rang hoger zijn dan *alle* (andere) achtergestelde vorderingen. Achterstellingen zijn ook buiten artikel 3:277 lid 2 BW mogelijk, bijvoorbeeld doordat vorderingen door de rechter bij wijze van schadevergoeding zijn achtergesteld (vgl. HR 8 november 1991, NJ 1992/174, Nimox/Van den End q.q.) of doordat vorderingen op grond van vreemd recht zijn achtergesteld. Dergelijke vorderingen zouden eveneens achtergesteld moeten zijn bij vorderingen bedoeld in art. 212rb lid 1 van het consultatieontwerp.

Daarnaast wordt er in de voorgestelde bepaling geen rekening mee gehouden dat toepassing van artikel 3:277 lid 2 BW niet per se op hoeft te leiden tot een vordering die achtergestelde is bij concurrente vorderingen. Artikel 3:277 lid 2 BW ziet op rangverlaging. Dat kan ook een rangverlaging zijn van een preferente vordering, bijvoorbeeld tot de rang van concurrente vordering. De onderhavige Richtlijn ziet niet op een dergelijke geval.

Verder houdt de voorgestelde regeling geen rekening met de mogelijkheid die artikel 3:277 lid 2 BW biedt tot een rangverlaging die uitsluitend geldt jegens bepaalde schuldeisers (de specifieke achterstelling). Jegens andere schuldeiser blijft de desbetreffende vordering haar oorspronkelijke rang (veelal: concurrent) behouden. Uitgaande van de huidige tekst van lid 1 van de voorgestelde bepaling zouden deze vorderingen achtergesteld zijn bij de in dat lid bedoelde vorderingen, ook indien zij thans ten opzichte van die vorderingen als concurrente vorderingen (dus vorderingen met een hogere rang) zouden hebben te gelden. Dit kan tot een aanmerkelijke verschuiving in de positie van schuldeisers met een specifieke achterstelling leiden, met name in het geval hun achterstelling is beperkt tot de vorderingen van één enkele andere schuldeiser. Dat laatste komt relatief veelvuldig voor, doordat banken in veel gevallen een achterstelling van andere schuldeisers verlangen bij hun vorderingen uit verleende en nog te verlenen kredieten. De commissie ziet voor deze schuldeisers overigens geen eenvoudige oplossing. Het maken van een uitzondering voor specifieke achterstellingen zou een eenvoudige mogelijkheid bieden om het beoogde effect van de voorgestelde regeling deels teniet te doen.

Op grond van een en ander adviseert de commissie lid 1 van de voorgestelde bepaling aan te passen en te doen luiden als volgt: "1. Onmiddellijk na de vorderingen van concurrente schuldeisers en voor de vorderingen die op enige grond een lagere rang hebben dan concurrente schuldeisers, worden vorderingen uit schuldinstrumenten als bedoeld in artikel 2, eerste lid (etc.)"

Met deze aanpassing is het hiervoor gesignaleerde probleem dat bij specifieke achterstellingen speelt overigens niet opgelost.