

8 januari 2018

Ministerie van Financiën  
Postbus 20201  
2500 EE Den Haag

Geachte mevrouw/heer,

Hierbij reageren wij op de consultatie (de "Consultatie") inzake het Wetsvoorstel wijziging crediteurenhiërarchie banken, gepubliceerd op 5 december 2017 (het "Wetsvoorstel").

Ondergetekenden zijn beiden advocaat bij Simmons & Simmons, een internationaal advocaten-, notarissen- en fiscalistenkantoor, en gespecialiseerd in advisering aan uitgevende en financiële instellingen over Nederlandse en internationale kapitaalmarkttransacties. Deze reactie op de Consultatie schrijven wij op persoonlijke titel (en niet namens cliënten). Wij geven toestemming voor openbaarmaking van deze reactie op de Consultatie.

In deze brief maken wij eerst enkele algemene opmerkingen, waarna wij de leden 1 en 3 van artikel 212rb van het Wetsvoorstel bespreken. Wij sluiten af met enkele opmerkingen over een mogelijke wettelijke overgangsregeling.

## Algemeen

Wij juichen toe dat Nederland zich heeft ingezet voor harmonisatie binnen de EU van de wetgeving inzake de rangorde van crediteuren van banken, grote beleggingsondernemingen en daaraan gelieerde ondernemingen. Door middel van het Wetsvoorstel wordt een stap gezet richting aansluiting van Nederland bij het speelveld in de EU.

Het Wetsvoorstel voorziet in de implementatie van Richtlijn (EU) 2017/2399, gepubliceerd in het Publicatieblad van de Europese Unie op 27 december 2017 (de "Richtlijn"), welke implementatie in nationale wetgeving voorschrijft op uiterlijk 29 december 2018. Gezien de in de Richtlijn opgenomen overgangsregeling en de gewenste aansluiting van Nederland bij het speelveld in de EU, pleiten wij ervoor de parlementaire behandeling van het Wetsvoorstel – met de hieronder voorgestelde wijzigingen – zo spoedig mogelijk af te ronden.

## Artikel 212rb

In het Wetsvoorstel wordt voorgesteld om artikel 212rb in te voegen in Afdeling 11AA (*Van het faillissement van een bank*) van Titel I (*Van faillissement*) van de Faillissementswet. Echter, de rangorde van crediteuren moet ook van toepassing zijn op (1) andere concursussituaties dan enkel faillissement en (2) schuldinstrumenten van banken en bepaalde entiteiten als bedoeld in



Simmons & Simmons LLP

Meer informatie over onze internationale vestigingen vindt u op [www.simmons-simmons.com](http://www.simmons-simmons.com)

artikel 1, lid 1, eerste alinea, onder a) tot en met d) van Richtlijn 2014/59/EU van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 (“BRRD”).

Het is dan ook aan te bevelen om de Richtlijn te implementeren in de Wet op het financieel toezicht (Deel 3A) (met schakelbepalingen in de Faillissementswet) of met een aangepast en breder toepassingsbereik in de Faillissementswet in een separate afdeling (of met schakelbepalingen in alle relevante afdelingen, waaronder afdeling 11AB van Titel I van de Faillissementswet). Voor verankering in het Nederlandse vermogensrecht van deze wettelijke rangregeling kan een verwijzing naar de wettelijke rangregeling worden opgenomen in *onder meer* artikel 277 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek.

## Artikel 212rb lid 1

Volgens de concept-Memorie van Toelichting is de bedoeling van het Wetsvoorstel implementatie van de Richtlijn, in het bijzonder de door de Richtlijn verlangde nieuwe categorie van senior non-preferred schuldinstrumenten, die in de faillissementsladder wordt ingevoegd tussen achtergestelde vorderingen en gewone concurrente vorderingen (in het kader van schuldinstrumenten ook wel genaamd senior unsecured schuldinstrumenten).

Het middel dat het Wetsvoorstel hanteert om dat doel te bereiken is de volgende zinsnede in lid 1 van Artikel 212rb:

*“Onmiddellijk na de vorderingen van concurrente schuldeisers **en voor de vorderingen bedoeld in artikel 277, tweede lid, van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek**, worden vorderingen [als bedoeld in artikel 108 van de Richtlijn] verhaald op de boedel”. [nadruk toegevoegd]*

De hierboven onderstreepte en vetgedrukte tekst van het Wetsvoorstel is te beperkt. Deze tekst, met haar verwijzing naar artikel 3:277 lid 2 BW, gaat ervan uit dat achtergestelde schulden altijd contractueel (per overeenkomst) achtergesteld zijn op de voet van het artikel waarnaar wordt verwezen. In de praktijk hoeft dit echter niet het geval te zijn. Achterstelling kan immers plaatsvinden op grond van:

- (A) contractueel bepaalde achterstelling (per overeenkomst), op welke bepalingen mogelijk – maar niet noodzakelijkerwijs – Nederlands recht van toepassing is; of
- (B) eenzijdige rechtshandeling; of
- (C) de wet; of
- (D) een uitspraak van de rechter.

Het voorgestelde artikel van het Wetsvoorstel voorziet niet in de gevallen (B) tot en met (D), terwijl met betrekking tot het geval (A) de voorgestelde tekst mogelijk mis kent dat niet alleen Nederlands recht maar ook buitenlands recht van toepassing kan zijn op de achtergestelde schulden van de betreffende instellingen. In de praktijk komt het vaak voor dat Nederlandse banken, en beleggingsondernemingen die onder het bereik van de BRRD vallen, buitenlands recht van toepassing verklaren op door hen uitgegeven schuldinstrumenten (inclusief achtergestelde schuldinstrumenten).

Het doel van de bepaling wordt beter ingevuld door in het voorgestelde artikel een meer algemene beschrijving op te nemen. Wij stellen voor om de volgende bewoordingen (of woorden van gelijke, algemene strekking) op te nemen:

*“Onmiddellijk na de vorderingen van concurrente schuldeisers **en voor vorderingen die op enige grond zijn achtergesteld op concurrente schuldeisers**, worden vorderingen [als bedoeld in artikel 108 van de Richtlijn] verhaald op de boedel”. [nadruk toegevoegd]*

In deze bewoordingen kan worden gelezen dat concurrente vorderingen waarvan betaling is achtergesteld bij één of meer specifiek bepaalde andere concurrente vorderingen (de zogenoemde specifiek achtergestelde vorderingen) worden voldaan als concurrente vorderingen

vóór de door de betreffende instelling uitgegeven senior non-preferred schuldinstrumenten. De Richtlijn biedt ruimte voor deze uitleg, aangezien in considerans 10 het volgende is opgenomen: “De lidstaten moet de mogelijkheid worden geboden voor andere gewone ongedekte passiva verscheidene categorieën in het leven te roepen, mits zij ervoor zorgen, onverminderd andere mogelijkheden en uitzonderingen waarin de TLAC-norm voorziet, dat uitsluitend de categorie niet-preferente niet-achtergestelde schuldinstrumenten aangewend wordt om aan de achterstellingsverplichting te voldoen.”

Een andere uitleg zou leiden tot het ‘van kleur verschieten’ van (a) een vordering die specifiek is achtergesteld op andere concurrente vorderingen tot (b) een vordering die algemeen is achtergesteld op alle concurrente vorderingen en alle senior non-preferred schuldinstrumenten.

## Artikel 212rb lid 3

Het voorgestelde artikel 212rb lid 3 van het Wetsvoorstel beoogt een verduidelijking aan te brengen die de Richtlijn strikt genomen niet vereist. Wij waarderen deze verduidelijking, maar merken op dat de verwijzing in dit lid naar entiteiten “**als bedoeld artikel 3A:2, onderdelen b tot en met f, van de Wet op het financieel toezicht**” niet noodzakelijkerwijs dezelfde reikwijdte heeft als de reikwijdte van de Richtlijn. De Richtlijn is immers van toepassing op entiteiten “**als bedoeld in artikel 1 lid 1, onderdelen (a) tot en met (d) van [BRRD]**” [wijziging aangebracht]. Een verwijzing naar dit artikel van BRRD zou een eventueel verschil in toepassingsbereik voorkomen.

## Overgangsregeling

Ten slotte geven wij de wetgever in overweging de nieuwe overgangsregeling van artikel 108 lid 4 van de Richtlijn over te nemen in het voorgestelde artikel 212rb.

Concreet zou dit betekenen dat wettelijk wordt verankerd dat ook schuldinstrumenten die zijn uitgegeven vóór de datum van inwerkingtreding van (en in anticipatie op) het Wetsvoorstel, en welke aan de relevante eisen voldoen, onder het toepassingsbereik van het Wetsvoorstel vallen indien de betreffende uitgevende instellingen dat wensen. Daarmee wordt de aansluiting van Nederlandse instellingen op het speelveld in de EU ook bereikt voor schuldinstrumenten die na datum van publicatie van de Richtlijn en voor inwerkingtreding van het Wetsvoorstel worden uitgegeven.

Uit de Memorie van Toelichting volgt dat bovenstaande de bedoeling van de wetgever is. Toch is het wenselijk om dit uitgangspunt wettelijk te verankeren vanuit het oogpunt van rechtszekerheid voor financiële instellingen, hun toezichthouders en eventuele afwikkelingsautoriteiten en beleggers.

\* \* \*

Wij zijn uiteraard bereid bovenstaande mondeling en/of schriftelijk nader toe te lichten.

Met vriendelijke groet,



Marieke Driessen



Niek Groenendijk