

Reactie De Brauw Blackstone Westbroek N.V. op het conceptwetsvoorstel tot wijziging van de Wet op het financieel toezicht, de Faillissementswet en de Bankwet 1998 in verband met aanpassingen van het crisisraamwerk voor banken en beleggingsondernemingen ter aanvulling op de implementatie van Richtlijn 2014/59/EU en Richtlijn (EU) 2019/879 betreffende het kader voor herstel en afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen (Wet nadere uitvoering BRRD-implementatie) van 14 februari 2025

28 maart 2025

1 INLEIDING

Wij maken graag gebruik van de mogelijkheid te reageren op het conceptwetsvoorstel Wet nadere uitvoering BRRD-implementatie (het "**Wetsvoorstel**") ter aanvulling op de implementatie van Richtlijn 2014/59/EU en Richtlijn (EU) 2019/879 betreffende het kader voor herstel en afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen (de "**BRRD**") en de concept memorie van toelichting daarbij (de "**Concept MvT**"). Wij streven in deze consultatiereactie niet naar volledigheid en beperken ons tot de voorgestelde wijziging van 3A:49 Wft.

2 INCONSISTENTIE LID 6 (WETSVOORSTEL) MET ARTIKEL 35 BRRD

2.1 Inleiding

De voorgestelde wijziging van artikel 3A:49 Wft betreft een herformulering van het bestaande artikel waarbij volgens de Concept MvT zoveel mogelijk wordt aangesloten bij artikel 35 BRRD.¹ Het voorgestelde nieuwe lid 6 is echter overgenomen uit het bestaande curatorenregime van artikel 1:76 Wft en is niet gebaseerd op artikel 35 BRRD. Lid 6 sluit naar ons oordeel onvoldoende aan bij de systematiek van artikel 35 BRRD. Geheel nieuw is deze problematiek niet, het huidige artikel 3A:49 lid 3 Wft verklaart het curatorenregime al "*van overeenkomstige toepassing*".

Artikel 3A:49 lid 6 Wft (Wetsvoorstel) bepaalt dat na benoeming van een bijzonder bestuurder de organen en vertegenwoordigers van de in afwikkeling verkerende instelling verplicht zijn alle medewerking te verlenen aan de bijzonder bestuurder. Handelen in strijd met het besluit tot aanstelling van de bijzonder bestuurder leidt tot persoonlijke aansprakelijkheid van het lid van het orgaan dat deze handeling verricht tegenover de entiteit in afwikkeling tenzij het verrichten van deze handeling dit lid niet is te verwijten² en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de (nadelige) gevolgen van de handeling af te wenden. Rechtshandelingen verricht in strijd met het besluit tot aanstelling van de bijzonder bestuurder zijn bovendien in beginsel vernietigbaar.

Artikel 3A:49 lid 6 Wft (Wetsvoorstel) impliceert daarmee dat de (leden van) de organen nog handelingen kunnen verrichten nadat de bijzonder bestuurder in de rechten en bevoegdheden van deze organen is getreden op grond van 3A:49 lid 3 Wft (Wetsvoorstel).

Die interpretatie is naar onze mening niet verenigbaar met lid 3 (Wetsvoorstel) en artikel 35 lid 2 BRRD. In artikel 35 lid 1 BRRD is juist bepaald dat lidstaten

¹ Zie p. 30 Concept MvT.

² De in 3A:49 Wft lid 6 sub b gebruikte formulering "niet aan hem is te verwijten", lijkt taalkundig onjuist.

moeten voorzien in "*de vervanging*" van het leidinggevend orgaan³ door een bijzonder bestuurder. De BBRD beoogt hiermee dat het leidinggevend orgaan van een instelling bij aanstelling van een bijzonder bestuurder volledig wordt vervangen.

Artikel 3A:49 lid 3 Wft (Wetsvoorstel) implementeert artikel 35 lid 2 BRRD met enkele uitbreidingen. De bijzonder bestuurder treedt niet enkel in de bevoegdheden van het leidinggevend orgaan, maar van alle organen – dus ook bijvoorbeeld van de algemene vergadering. Artikel 35 lid 2 BRRD bepaalt daarnaast dat de bijzonder bestuurder alle bevoegdheden van de aandeelhouders zal hebben. Nu de bijzonder bestuurder in de Nederlandse regeling al in de bevoegdheden van de algemene vergadering treedt, is deze toevoeging in de Nederlandse situatie minder relevant. Wij lezen deze toevoeging zo, dat de aandeelhouders ook hun andere aandeelhoudersrechten niet meer kunnen uitoefenen, zoals het recht een algemene vergadering bijeen te doen roepen, het agenderingsrecht en het enquêterecht. Dat de Nederlandse regeling wél bepaalt dat de bijzonder bestuurder in de rechten en bevoegdheden van de aandeelhouders treedt, maar niet datzelfde bepaalt voor de rechten en bevoegdheden van de leden van de andere organen, denk aan de bestuurders en commissarissen, maakt de regeling verwarrend. We komen daar hierna op terug.

Artikel 3A:49 lid 6 Wft (Wetsvoorstel), dat veronderstelt dat de organen bevoegdheden houden, is onverenigbaar met lid 2 (huidig) en lid 3 (Wetsvoorstel) van dat artikel en in strijd met de BRRD. Indien de BRRD het behoud van het leidinggevend orgaan in bepaalde situaties had beoogd, zou dit expliciet zijn bepaald. Artikel 29 BRRD, waarin wordt geregeld dat het leidinggevend orgaan kan aanblijven indien de afwikkelingsautoriteit een tijdelijke bewindvoerder aanstelt, illustreert dit.

2.2 Uitwerking in detail

In deze paragraaf werken wij de bovenstaande analyse van artikel 3A:49 lid 6 Wft (Wetsvoorstel) in meer detail uit.

"a. verlenen de organen en de vertegenwoordigers van de entiteit in afwikkeling de bijzonder bestuurder alle medewerking"

³ De BRRD verwijst voor deze definitie naar de CRD. "Leidinggevend orgaan" is in CRD als volgt gedefinieerd: "*het (de) overeenkomstig nationaal recht aangewezen orgaan (organen) van een instelling welke de bevoegdheid hebben de strategie, doelstellingen en de algemene richting van de instelling vast te stellen, en welke toezichthouden op de bestuurlijke besluitvorming en deze controleert, met inbegrip van de personen die het beleid van de instelling daadwerkelijk bepalen*". In praktische zin betekent dit dat wanneer de BRRD spreekt van "leidinggevend orgaan", hiermee zowel het bestuur als de raad van commissarissen worden bedoeld.

- De organen van de entiteit hebben geen rechten of bevoegdheden meer. De bijzonder bestuurder is immers in deze rechten en bevoegdheden getreden. Zonder rechten en bevoegdheden, kunnen deze organen geen medewerking meer verlenen.
- Omdat lid 3 (Wetsvoorstel) expliciet bepaalt dat de bijzonder bestuurder ook in de bevoegdheden van de aandeelhouders (of leden in geval van een vereniging of coöperatie) van de entiteit in afwikkeling treedt, maar niet bepaalt dat de bijzonder bestuurder ook in de bevoegdheden van de bestuurders (en commissarissen) treedt, ontstaat de volgende onduidelijkheid. De rechten en bevoegdheden die zij hebben als lid van het bestuur (respectievelijk de raad van commissarissen) lijken irrelevant te worden per het moment dat het orgaan haar rechten en bevoegdheden verliest. Maar gedacht zou kunnen worden dat bestuurders en commissarissen wel de (andere) rechten die zij *qualitate qua* hebben? Wij denken hierbij in het bijzonder aan het recht van bestuurders om de rechtspersoon te vertegenwoordigen (2:120 lid 2 BW).

"b. is voor schade ten gevolge van handelingen, die zijn verricht in strijd met een besluit als bedoeld in het eerste lid, elke persoon die deel uitmaakt van het orgaan van de entiteit dat deze handelingen verrichtte, hoofdelijk aansprakelijk tegenover de entiteit in afwikkeling, tenzij het verrichten van deze handelingen niet aan hem is te verwijten en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden"

- Het is onduidelijk waar "een besluit als bedoeld in het eerste lid" op terugslaat. Het eerste lid ziet enkel op de aanstelling van de bijzonder bestuurder. Wanneer is een handeling in strijd met dit aanstellingsbesluit? Wij zouden verwachten dat hieronder dan ook handelingen in strijd met een besluit van de bijzonder bestuurder (of een ander besluit van de afwikkelingsautoriteit) zouden moeten vallen, of zelfs alle handelingen die geen expliciete basis hebben in zo'n besluit.
- Deze bepaling lijkt ervan uit te gaan dat het orgaan als zodanig handelingen jegens derden verricht. Besluiten van organen zijn echter in de regel niet gericht tot derden (met uitzondering van de besluiten bedoeld in artikel 2:16 lid 2 BW).
- De onder lid a genoemde "vertegenwoordiger" komt in sub b niet meer terug. Wij veronderstellen dat deze keuze voortkomt uit de gedachte dat vertegenwoordigers, die niet handelen als lid van een orgaan maar als gevolmachtigde, niet onderworpen zouden moeten raken aan een aansprakelijkheidsregime met een geheel andere insteek, en dat veel verder strekt, dan buiten resolutie voor gevolmachtigden geldt. Het heeft

de voorkeur dat deze keuze wordt toegelicht in de definitieve MvT om de eventuele gedachte weg te nemen dat hier sprake zou zijn van een onbewuste inconsistentie in de wet.

- Het voorgaande onverminderd onze analyse dat lid 6 als zodanig in strijd is met de BRRD.

"c. zijn de handelingen, bedoeld in onderdeel b, voorzover deze rechtshandelingen zijn, vernietigbaar, indien de wederpartij wist of behoorde te weten dat de vereiste goedkeuring ontbrak."

- Het is onduidelijk naar welke "vereiste goedkeuring" dit verwijst. Zou het laatste deel van de bepaling moeten luiden: *"indien de wederpartij wist of behoorde te weten dat de handeling werd verricht in strijd met het besluit bedoeld in lid 1"*?
- Het voorgaande onverminderd onze analyse dat deze regeling als zodanig in strijd is met de BRRD en dat wij niet weten naar welk *"besluit als bedoeld in lid 1"* lid 6 sub a verwijst.

3 AANBEVELINGEN AAN DE WETGEVER

3.1 Aanbeveling ten aanzien van lid 6

Wij geven de wetgever het volgende in overweging in het verlengde van wat wij in paragraaf 2 bespraken.

- Neem artikel 3A:49 lid 6 Wft (Wetsvoorstel) niet op in de Wft. Het artikel is onverenigbaar met lid 2 (huidig) respectievelijk lid 3 (Wetsvoorstel) en in strijd met artikel 35 lid 1 en 2 BRRD.
- Verduidelijk welke bevoegdheden *bestuurders* en *commissarissen* nog hebben nadat de bijzonder bestuurder in de bevoegdheden van het bestuur en de raad van commissarissen is getreden. Het zou onze voorkeur hebben te verduidelijken dat de bijzonder bestuurder ook in de rechten en bevoegdheden van de leden van deze organen treedt, net zoals is bepaald ten aanzien van de aandeelhouders. Lid 3 (Wetsvoorstel) zou dan bijvoorbeeld als volgt kunnen luiden: "De bijzonder bestuurder treedt in de rechten en bevoegdheden van de organen van de entiteit in afwikkeling, alsmede in die van de leden van deze organen, ~~en van haar aandeelhouders of haar leden van de entiteit in afwikkeling.~~" In de memorie van toelichting kan vervolgens worden toegelicht dat hiermee wordt bedoeld op de rechten en bevoegdheden van bestuurders, commissarissen en aandeelhouders (of leden) van de entiteit

- Laat de verwijzing naar 1:76 lid 8 Wft niet terugkomen. Ten aanzien van een dergelijke verwijzing gelden vergelijkbare bezwaren.

3.2 Aanbeveling ten aanzien van de taakopdracht van de bijzonder bestuurder

Wij hebben ook een suggestie ten aanzien van artikel 3A:49 lid 2 Wft (huidig) in samenhang met lid 4 Wft (Wetsvoorstel).

- De tweede zin van 3A:49 lid 2 Wft (huidig) bepaalt: *"De bijzondere bestuurder kan afwijken van uit wettelijke voorschriften of statutaire bepalingen voortvloeiende verplichtingen van het bestuur."* Deze regeling wordt vervangen door het slot van lid 4 (Wetsvoorstel): *"Het verwezenlijken van de voornoemde afwikkelingsdoelstellingen en het uitvoeren van besluiten van de Nederlandsche Bank gaat boven elke andere bestuurstaak op grond van de wet of de statuten van de entiteit in afwikkeling ingeval deze niet consistent zijn."*
- De nieuwe tekst sluit beter aan bij artikel 35 lid 3 BRRD, maar de flexibiliteit die de oude tekst bood had meerwaarde. De nieuwe regeling gaat ervan uit dat de bijzonder bestuurder alle bestuurstaken heeft *tenzij* deze strijdig zijn met de afwikkelingsdoelstellingen. De oude tekst liet de bijzonder bestuurder toe zich enkel te richten op die handelingen die *bijdroegen* aan de afwikkelingsdoelstellingen. Vanuit het perspectief van de bijzonder bestuurder lijkt dat een te prefereren uitgangspunt. Daarom bevelen wij aan om in lid 4 (Wetsvoorstel) aansluiting te zoeken bij de tekst van lid 2 (huidig).
- Indien hiervoor wordt gekozen, adviseren wij wel om lid 2 (huidig) als volgt te herformuleren: *"De bijzondere bestuurder kan afwijken van uit wettelijke voorschriften of statutaire bepalingen voortvloeiende verplichtingen van ~~het bestuur~~ de organen."* Daarmee wordt mede ook de raad van commissarissen binnen het toepassingsbereik gebracht in lijn met de BRRD die over het leidinggevend orgaan spreekt (zie ook voetnoot 3). Zo wordt voorkomen dat de bijzonder bestuurder in de uitoefening van de bevoegdheden van de raad van commissarissen de afwikkelingsdoelstellingen geen voorrang mag geven.
- De toelichting op pagina 30 van de Concept MVT dat de bijzonder bestuurder op grond van 3A:49 lid 4 Wft (Wetsvoorstel) het kapitaal van de entiteit kan verhogen, tot een overname kan besluiten of de "eigendomsstructuur" van de entiteit in afwikkeling kan wijzigen zou geschrapt moet worden. Lid 4 (Wetsvoorstel) stelt de bijzonder bestuurder enkel vrij van een deel van de bestuurstaak, de bijzonder bestuurder kan aan dit lid geen bevoegdheden ontfangen die het bestuur niet heeft op grond van het vennootschapsrecht. Wél kan de bijzonder

bestuurder óók zijn specifieke bevoegdheden onder de Wft en de bevoegdheden van de andere organen en de aandeelhouders (en al dan niet de bevoegdheden van de leden van de andere organen, zie hiervoor) uitoefenen. Artikel 3A:6 Wft kan eventuele belemmeringen daarbij wegnemen, maar doet ook geen bevoegdheden ontstaan.

4 CONTACTGEGEVENS

Casper Nagtegaal

E: casper.nagtegaal@debrauw.com

T: +31 20 577 1075

Hama Othman

E: hama.othman@debrauw.com

T: +31 20 577 1522