

Vergaderjaar 2014–2015

34 208

Wijziging van de Wet op het financieel toezicht en enige andere wetten ter implementatie 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 implementatie 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) (Implementatiewet Europees kader voor herstel en afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen)

Nr. 3

MEMORIE VAN TOELICHTING

INHOUDSOPGAVE

I. ALGEMEEN

§ 1. Inleiding

§ 2. Verhouding richtlijn en verordening

§ 3. Europees kader voor herstel en afwikkeling

a) de voorbereidingsfase

blz.

2

2

5

7

8

b)	de vroegtijdige interventiefase	14
c)	de afwikkelingsfase	15
d)	financiering van afwikkeling; afwikkelingsfonds en -heffing	24
e)	waarborgen voor private partijen	28
f)	rechtsbescherming	30
g)	verhouding tot Handvest van de Grondrechten en EVRM	35
h)	handhaving	37
i)	samenwerking Europese afwikkelingsautoriteit, de nationale bevoegde autoriteit, de nationale afwikkelings- autoriteit en de AFM	39
§ 4. het onderhavige wetsvoorstel		40
a)	wijze van implementatie	40
b)	de nationale afwikkelingsautoriteit	43
c)	het nieuwe afwikkelingsregime	46
d)	positie Minister van Financiën binnen nieuw Europees kader	52
e)	bekostiging	54
f)	administratieve lasten en inhoudelijke nalevingskosten	54
g)	consultatie	58
II. ARTIKELSGEWIJS		62

I. ALGEMEEN

§ 1. Inleiding

Dit wetsvoorstel strekt tot implementatie van de richtlijn herstel en afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen (Bank Recovery and Resolution Directive, BRRD) (hierna: de richtlijn).¹ Voorts wordt met het wetsvoorstel uitvoering gegeven aan de verordening inzake een gemeenschappelijk afwikkelingsmechanisme (Single Resolution Mechanism, SRM) (hierna: de verordening).² Hiermee vormt het wetsvoorstel voor Nederland de uitwerking van het Europees kader voor herstel en afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen. Omdat het wetsvoorstel tevens wijzigingen bevat van het Burgerlijk Wetboek (BW), de Algemene wet bestuursrecht (Awb) en de Faillissementswet (Fw) wordt het wetsvoorstel en deze toelichting uitgebracht mede namens de Minister van Veiligheid en Justitie en voorziet het wetsvoorstel in diens medeondertekening.

Tijdens de bijeenkomst van de Europese Raad van 28 en 29 juni 2012 besloten de regeringsleiders tot de oprichting van een Europese bankenunie. Het doel van deze Europese bankenunie is om een geïntegreerd financieel kader op te richten om de financiële stabiliteit te waarborgen en de kosten van bankfaillissementen te minimaliseren.

¹ 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).

² 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).

De Europese bankensector is in de jaren voorafgaand aan de crisis sterk gegroeid: de balansomvang van de bankensector is in veel landen aanzienlijk groter dan het nationaal inkomen. In verschillende landen hebben banken grote risico's genomen. Indien de overheid bij een crisis banken op grote schaal moet steunen, kan dit grote gevolgen hebben voor de overheidsfinanciën. Tijdens de crisis heeft dit risico zich duidelijk geopenbaard: zo hebben problemen bij banken geleid tot snel oplopende overheidsschulden. Verder leggen de financieringskosten van overheden een bodem onder de financieringskosten in de economie en daarmee van banken. Bankens zijn daardoor kwetsbaar voor de kredietwaardigheid van de eigen overheid. Griekenland en Portugal zijn hiervan voorbeelden. Deze wisselwerking tussen banken en overheden leidde tot een neerwaartse spiraal en heeft de problemen in deze landen verdiept. Doordat ook banken uit andere lidstaten uitzettingen hebben op deze landen en banken, lopen ook zij risico's. Een Europese bankenunie is van groot belang om de negatieve wisselwerking tussen slecht presterende banken en nationale overheden te beperken en adequaat toezicht en crisismanagement te organiseren op het niveau dat recht doet aan de grensoverschrijdende werkelijkheid van de markt voor bancaire diensten.

Naast het beperken van de negatieve wisselwerking tussen slecht presterende banken en nationale overheden, is een ander belangrijk uitgangspunt van de Europese bankenunie om de kosten van bankfaillissementen te minimaliseren en een beroep op publieke middelen zoveel als mogelijk uit te sluiten. Hiervoor is een pakket geloofwaardige instrumenten nodig om tijdig en snel genoeg bij een zwakke of falende bank te kunnen ingrijpen, om de continuïteit van de kritieke financiële en economische functies van de bank te waarborgen en tegelijkertijd het effect van het falen van de bank op de economie en het financiële systeem tot een minimum te beperken. Eén van deze instrumenten – het instrument van *bail-in* – moet tevens garanderen dat verliezen eerst door aandeelhouders worden gedragen, en daarna door schuldeisers, op voorwaarde dat geen enkele schuldeiser grotere verliezen lijdt dan hij zou hebben geleden indien de instelling volgens een normale insolventieprocedure zou zijn geliquideerd. Deze doelstellingen moeten een destabilisatie van de financiële markten helpen voorkomen en de kosten voor de belastingbetaler zoveel mogelijk beperken.

De Europese bankenunie bestaat uit drie pijlers:

1. Gemeenschappelijk banktoezicht
2. Geharmoniseerde materiële toezichtkaders (single rulebook)
3. Gemeenschappelijk afwikkelingsmechanisme en gemeenschappelijk afwikkelingsfonds

Hieronder worden deze pijlers toegelicht.

1. Gemeenschappelijk banktoezicht

De eerste pijler van de Europese bankenunie bestaat uit het Gemeenschappelijk Toezichtmechanisme (Single Supervisory Mechanism, SSM). Het SSM is geïntroduceerd door de verordening banktoezicht,³ waarbij aan de Europese Centrale Bank specifieke taken zijn opgedragen betreffende het beleid inzake het prudentieel toezicht op kredietinstellingen. Het uiteindelijke doel van de verordening en de aan de ECB opgedragen taken is het bijdragen aan de soliditeit en veiligheid van kredietinstellingen en de stabiliteit van het financiële stelsel in de

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).

Europese Unie en in de lidstaten. Deze verordening is met de uitvoeringswet verordening banktoezicht uitvoering gegeven.⁴

Met de start van het SSM heeft de Europese Centrale Bank (ECB) het prudentiële toezicht op de significante banken in de Europese bankenunie overgenomen van de nationale toezichthouders. In Nederland heeft de ECB de verantwoordelijkheid voor het prudentiële toezicht op de significante banken overgenomen van de Nederlandsche Bank (hierna: «DNB») en zal zij dit samen met DNB uitvoeren.⁵ DNB is daarnaast binnen het SSM-kader primair verantwoordelijk voor het (directe) prudentiële toezicht op alle andere financiële ondernemingen, waaronder de niet-significante banken (kleinbanken).

Het SSM moet zorgen voor coherente en doeltreffende toepassing en uitvoering van Uniebeleid en -wetgeving op het gebied van banktoezicht. Daarnaast zal het toezichtmechanisme moeten leiden tot een zo hoogwaardig mogelijk toezicht op de banken in alle betrokken lidstaten. Het SSM verkleint bij de nationale toezichthouders en overheden de prikkel om pijnlijke maatregelen voor de nationale bankensector uit te stellen of de situatie te rooskleurig voor te stellen. Voorts bevordert het SSM een gelijk speelveld voor de banken, en zorgt het voor consistente toezichteisen en voorkomt het toezichtarbitrage. Daarmee sluit het toezicht ook beter aan bij de bestaande situatie waarin veel Europese banken grensoverschrijdend opereren.

2. Geharmoniseerde materiële toezichtkaders (*single rulebook*)

Voor een goed functionerende bankenunie is het zeer belangrijk dat voor alle banken dezelfde regels gelden. Deze Europees geharmoniseerde set van regels wordt het *single rulebook* genoemd en vormt de tweede pijler onder de Europese bankenunie. Het *single rulebook* bestaat uit:

- een richtlijn en verordening inzake kapitaalvereisten voor banken en beleggingsondernemingen (*Capital Requirements Directive (CRD IV)* en *Capital Requirements Regulation (CRR)*);
- een richtlijn over herstel en afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen (*Bank Recovery and Resolution Directive, BRRD*) en;
- een herziening van de richtlijn voor depositogarantiestelsels (*Deposit Guarantee Schemes Directive, DGSD*).

In de herziene richtlijn kapitaalvereisten⁶ (CRD IV) en de verordening kapitaalvereisten⁷ (CRR) worden de prudentiële regels voor banken en beleggingsondernemingen aangescherpt en uitgebreid en worden maatregelen geïntroduceerd ter versterking van het prudentiële toezicht. Hierbij moet onder meer worden gedacht aan extra bevoegdheden voor toezichthouders, rapportageverplichtingen en regels omtrent informatie-

⁴ Wijziging van de Wet op het financieel toezicht in verband met 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) (Uitvoeringswet verordening banktoezicht; Kamerstukken I 2014/15, 34 049, nr. A. Ten tijde van de indiening van dit wetsvoorstel in afwachting van publicatie van de uitvoeringswet verordening banktoezicht).

⁵ Het gaat dan om het (directe) prudentiële toezicht op de volgende banken: ING Bank, Rabobank, ABN Amro Bank, SNS Bank, Nederlandse Waterschapsbank, BNG Bank en Royal Bank of Scotland N.V.

⁶ Richtlijn 2013/36/EU van het Europees parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende toegang tot het bedrijf van kredietinstellingen en het prudentieel toezicht op kredietinstellingen en beleggingsondernemingen, tot wijziging van Richtlijn 2002/87/EG en tot intrekking van de Richtlijnen 2006/48/EG en 2006/49/EG (PbEU 2013, L 176).

⁷ Verordening (EU) nr. 575/2013 van het Europees parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende prudentiële vereisten voor kredietinstellingen en beleggingsondernemingen en tot wijziging van Verordening (EU) nr. 648/2012 (PbEU 2013, L 176).

deling. De richtlijn en de verordening beogen daarmee te komen tot een versterking van de financiële soliditeit, stabiliteit en weerbaarheid van banken en beleggingsondernemingen. De richtlijn en verordening zijn inmiddels geïmplementeerd door de Implementatiewet richtlijn en verordening kapitaalvereisten.⁸

Met de DGSD zal de regelgeving voor nationale depositogarantiestelsels worden geharmoniseerd.⁹ Omzetting van deze richtlijn is voorzien voor medio 2015.

De BRRD bewerkstelligt door middel van minimumharmonisatie effectieve en geloofwaardige instrumenten om eventuele financiële problemen van banken snel en effectief te adresseren om, indien nodig, de afwikkeling van banken ordelijk te laten verlopen.

3. Het gemeenschappelijke afwikkelingsmechanisme en gemeenschappelijk afwikkelingsfonds

De derde pijler onder de Europese bankenunie betreft het gemeenschappelijk afwikkelingsmechanisme (*Single Resolution Mechanism, SRM*). Het SRM wordt geïntroduceerd door de verordening inzake een gemeenschappelijk afwikkelingsmechanisme. Deze verordening regelt de (procedure voor) voorbereiding en daadwerkelijke afwikkeling van banken in de Europese bankenunie. Hiervoor wordt een Europese afwikkelingsautoriteit (*Single Resolution Board, SRB*) (hierna: de Afwikkelingsraad) en een door de banken gefinancierd gemeenschappelijk afwikkelingsfonds (*Single Resolution Fund, SRF*) (hierna: het gemeenschappelijk afwikkelingsfonds) opgericht.

In paragraaf 2 van deze toelichting wordt nader ingegaan op de verhouding tussen de richtlijn en de verordening. Daarna wordt in paragraaf 3 uitgebreid ingegaan op de inhoudelijke normen uit de richtlijn en de verordening. Vervolgens wordt in paragraaf 4 ingegaan op het onderhavige wetsvoorstel.

§2. Verhouding tussen de richtlijn en de verordening

De richtlijn biedt de nationale afwikkelingsautoriteiten van elke lidstaat hoofdzakelijk dezelfde afwikkelingsinstrumenten en -bevoegdheden. Dit zorgt ervoor dat deze autoriteiten over instrumenten beschikken om tijdig in een zwakke of falende instelling te kunnen ingrijpen om zo de continuïteit van de kritieke financiële en economische functies van de instelling te waarborgen en tegelijkertijd de gevolgen van het falen van een instelling voor de economie en het financiële systeem tot een minimum te beperken.

De verordening vormt de implementatie van een gedeelte van de richtlijn voor de lidstaten die deelnemen aan het SSM. Waar in de richtlijn een uniform minimum raamwerk van eisen voor het herstel en de afwikkeling van banken voor alle EU-lidstaten is afgesproken, tilt de verordening de besluitvorming over en de verantwoordelijkheid voor de voorbereiding en afwikkeling van de – kort gezegd – significante banken en de grensoverschrijdende banken in de lidstaten die deelnemen aan het SSM naar Europees niveau, met één centrale afwikkelingsautoriteit, de Afwikkelingsraad. De verordening zal gefaseerd in werking treden. Bepalingen die zien op het institutionele kader (bijvoorbeeld aangaande de oprichting van

⁸ *Stb.* 2014, 253.

⁹ Richtlijn 2014/49/EU van het Europees parlement en de Raad van 16 april 2014 inzake de depositogarantiestelsels (DGSD).

de Afwikkelingsraad) zijn reeds op 19 augustus 2014 in werking getreden. De Europese Commissie en de Raad zijn sinds 1 november 2014 bevoegd tot het opstellen van gedelegeerde handelingen en uitvoeringshandelingen. Sinds 1 januari 2015 is de Afwikkelingsraad operationeel en is zij verantwoordelijk voor het opstellen van afwikkelingsplannen. Vanaf 1 januari 2016 zal zij ook verantwoordelijk zijn voor de eventuele afwikkeling van banken. Op hetzelfde moment zal ook het gemeenschappelijk afwikkelingsfonds van start gaan.

De richtlijn betekent een significante stap naar harmonisatie van de regels betreffende het herstel en de afwikkeling van banken in de gehele Europese Unie en voorziet in samenwerking tussen de nationale afwikkelingsautoriteiten bij de aanpak van het falen van grensoverschrijdende banken. De richtlijn stelt op minimumharmonisatie gebaseerde regels vast maar leidt niet tot centralisatie van de besluitvorming op gebied van de afwikkeling. De richtlijn laat de nationale autoriteiten vrij in de toepassing van de instrumenten en in het gebruik van nationale financieringsregelingen ter ondersteuning van de afwikkelingsprocedures. Hierdoor zou het kunnen voorkomen dat lidstaten ten aanzien van de afwikkeling van grensoverschrijdende groepen afzonderlijke en potentieel inconsistente besluiten nemen die een nadelige uitwerking op de totale afwikkelingskosten kunnen hebben en het gelijke speelveld op de interne markt kunnen verstoren. Mede om deze eventuele inconsistente besluitvorming aan te pakken voorziet de verordening in de oprichting van een gemeenschappelijk afwikkelingsmechanisme. De verordening past als volgende stap in het harmonisatieproces op het terrein van afwikkeling van banken. Bovendien is zij vervlochten met het proces van harmonisering van het prudentieel toezicht, dat tot stand is gekomen door de oprichting van de Europese Banken Autoriteit (EBA), de richtlijn en verordening kapitaalvereisten en de instelling van het SSM. Toezicht en afwikkeling zijn twee complementaire aspecten van de totstandbrenging van de interne markt voor financiële diensten, die in hun gecentraliseerde toepassing als onderling afhankelijk kunnen worden beschouwd.

Binnen de interne markt kan het falen van een bank in één lidstaat de stabiliteit van de financiële markten in de gehele Unie aantasten. Doeltreffende en eenvormige afwikkelingsvoorschriften, alsmede gelijke voorwaarden voor de financiering van de afwikkeling in alle lidstaten zijn een middel om te zorgen voor instandhouding van de gelijke mededingingsvoorwaarden en zijn tevens een verbetering van de werking van de interne markt.

De verordening zorgt voor een gecentraliseerde en uniforme aanpak bij het behandelen van falende banken en zal derhalve de stabiliteit van de banken in de deelnemende lidstaten vergroten. Voor lidstaten die deelnemen aan het SSM wordt deze gecentraliseerde afwikkelingsbevoegdheid toegekend aan de bij de verordening ingestelde Afwikkelingsraad en aan de nationale afwikkelingsautoriteiten.

Artikel 7 van de verordening bevat een taakverdeling tussen de Afwikkelingsraad en de nationale afwikkelingsautoriteiten. Op grond daarvan is de Afwikkelingsraad primair bevoegd ten aanzien van (significante) banken of bankengroepen, moederondernemingen, beleggingsondernemingen en financiële instellingen die rechtstreeks onder (geconsolideerd) toezicht door de ECB vallen en ten aanzien van overige, grensoverschrijdende groepen. De bevoegdheden ten aanzien van overige entiteiten en groepen worden in beginsel uitgeoefend door de nationale afwikkelingsautoriteiten. Zij passen hierbij de verordening rechtstreeks toe.

De richtlijn en de verordening kennen een verschillende reikwijdte. Zo omvat de reikwijdte van de richtlijn naast banken ook bepaalde beleggingsondernemingen die onder het volledige kapitaalvereistenraamwerk van de richtlijn en verordening kapitaalvereisten vallen.¹⁰ Het bereik van de richtlijn omvat ook een holding waaronder minimaal één bank of beleggingsonderneming is geplaatst.

In onderstaande tabel wordt de belangrijkste verschillen in reikwijdte weergegeven.

Tabel: reikwijdte richtlijn en verordening

richtlijn	Verordening
in de EU gevestigde banken	in de aan het SSM deelnemende lidstaten gevestigde banken
bepaalde entiteiten die onderdeel uitmaken van groepen met minimaal een bank of beleggingsonderneming	bepaalde entiteiten (waaronder beleggingsondernemingen) die onderdeel uitmaken van groepen met een bank
stand-alone beleggingsondernemingen met een verplicht startkapitaal van minimaal € 730.000	
bijkantoren van banken en beleggingsondernemingen die buiten de EU zijn gevestigd	

Ander verschil in reikwijdte is dat de richtlijn regels bevat voor instellingen die zijn gevestigd in landen die lid zijn van de Europese Unie (28) (als ook de Europese Economische Ruimte). De verordening bevat ook regels ten aanzien van instellingen die gevestigd zijn in landen die de euro als munt kennen en onderdeel uitmaken van het SSM (nu 18). Het is mogelijk voor andere EU-landen om tot de Europese bankenunie toe te treden.

§3. Het Europees kader voor herstel en afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen

De richtlijn en de verordening moeten in samenhang worden bekeken en behandeld. In de verordening zijn met betrekking tot verschillende onderwerpen dezelfde materiële normen opgenomen als in de richtlijn.

Die normen zijn vanwege het karakter van een verordening rechtstreeks werkend, direct bindend en maximum harmoniserend. Zo kent de verordening net als de richtlijn bepalingen over de afwikkelingsplanning, de besluitvormingsprocedure voor afwikkeling en de afwikkelingsinstrumenten.

Waar de verordening dus uitputtend regels stelt inzake afwikkelingsplanning, de besluitvorming en de afwikkelingsinstrumenten, stelt de richtlijn regels over de toepassing en uitvoering in nationaal recht van de afwikkelingsbevoegdheden- en instrumenten. Daarnaast gaat de richtlijn ook nog nader in op een aantal bevoegdheden en instrumenten die zich meer in de «toezichtssfeer» bevinden; hier zegt de verordening niets over.

Onderstaand zal nader worden ingegaan op de normen uit de richtlijn en de verordening. Daarbij zal telkens worden aangegeven of het betreffende onderwerp volgt uit de richtlijn of uit de verordening.

¹⁰ Het gaat hier om beleggingsondernemingen in de zin van de verordening kapitaalvereisten waarop de hoogste eigenvermogenseis van toepassing is.

De richtlijn en de verordening beslaan drie fasen:

- de voorbereidingsfase
- de vroegtijdige interventiefase
- de afwikkelingsfase

In de voorbereidingsfase gelden onder meer regels voor het opstellen van herstelplannen door banken en beleggingsondernemingen en het opstellen van afwikkelingsplannen door de Afwikkelingsraad of de nationale afwikkelingsautoriteiten.

In de vroegtijdige interventie- en herstelfase bestaan bevoegdheden voor de prudentieel toezichthouder om vroegtijdig in te grijpen («early intervention») bij een instelling indien deze binnen afzienbare tijd niet langer aan de voorwaarden van haar vergunning zal kunnen voldoen en het bestuur van de instelling niet of niet voldoende ingrijpt om die situatie ten goede te doen keren.

Ten behoeve van de afwikkelingsfase is het instrumentarium opgenomen voor de ordentelijke afwikkeling van een bank of beleggingsonderneming indien deze zonder interventie failliet zou gaan.

3a. de voorbereidingsfase

Het eerste deel van zowel de richtlijn als de verordening bevat een regelgevend kader voor de voorbereidingsfase: een aantal doorlopende verplichtingen voor instellingen en een aantal bevoegdheden van de toezichthouder op het gebied van de afwikkelbaarheid van een instelling. Dit kader bevat regels aangaande herstelplanning, financiële steun binnen een groep en afwikkelingsplanning.

De bepalingen in de verordening gaan alleen over afwikkelingsplanning.

Herstelplanning

De richtlijn bevat in artikel 5 e.v. bepalingen inzake herstelplanning. Instellingen of groepen moeten over een herstelplan beschikken dat jaarlijks of vaker wordt bijgewerkt. In het herstelplan staan onder meer de maatregelen die de instellingen moeten nemen om hun financiële positie te herstellen na een aanmerkelijke verslechtering. Dit plan moet specifiek omschreven informatie- en procedurebeschrijvingen bevatten: een palet aan opties dat door het bestuur van de instelling kan worden ingezet als herstelmaatregel, alsmede indicatoren die bepalen wanneer deze maatregelen worden genomen. De volledige lijst aan informatie die in herstelplannen moet worden opgenomen staat opgenomen in deel A van de bijlage bij de richtlijn. Het herstelplan moet worden ingediend voor een volledige beoordeling door de toezichthouder, waarbij onder meer moet worden gekeken of de plannen allesomvattend zijn en de levensvatbaarheid van de instelling daadwerkelijk en tijdig kunnen herstellen, zelfs in perioden van ernstige financiële stress. De verplichting tot het opstellen en bijhouden van een herstelplan wordt opgenomen in artikel 3:17 van de Wft dat ziet op de beheerste bedrijfsvoering.

Financiële steun binnen een groep

De richtlijn voorziet in de artikelen 19 tot en met 26 in een regime voor intragroepsovereenkomsten voor financiële steun. Het doel van dit regime is om belemmeringen weg te nemen voor de onderlinge steun binnen grensoverschrijdende groepen. Niet ondenkbaar is dat er in lidstaten belemmeringen bestaan voor het verlenen van steun door een entiteit met zetel in die lidstaat aan een entiteit in financiële problemen in een andere

lidstaat. De achtergrond van deze belemmering zou dan de bescherming van «de eigen» instellingen zijn. De richtlijn beoogt in dit verband harmonisatie van de regels omtrent de verlening van steun.

Dit regime wordt geïmplementeerd in een nieuwe afdeling 3.6.5. Deze afdeling bevat een aantal voorschriften ten aanzien van overeenkomsten inhoudende financiële steun van een of meerdere entiteiten aan een andere entiteit binnen dezelfde groep die voldoet aan de voorwaarden voor vroegtijdige interventie. Met andere woorden: aan een entiteit die in financiële problemen verkeert. De steun die in de overeenkomst wordt toegezegd kan onder meer vorm krijgen door de verlening van garanties, het verstrekken van leningen, en de verstrekking van activa die als zekerheid kunnen worden gebruikt. De overeenkomst moet specifiek tot doel hebben het verlenen van steun aan een onderneming die aan de voorwaarden voor vroegtijdige interventie voldoet. Andersoortige overeenkomsten die weliswaar een vergelijkbaar resultaat kunnen hebben maar niet met dit specifieke doel zijn gesloten, vallen niet onder dit regime.

Het regime heeft betrekking op overeenkomsten tussen ofwel een moederinstelling met zetel in Nederland en één of meerdere dochterondernemingen met zetel buiten Nederland (in een andere lidstaat of een derde land), één of meerdere dochterondernemingen met zetel in Nederland en een moederinstelling met zetel in een andere lidstaat of een of meerdere dochterondernemingen onderling. Daarbij geldt dat het regime niet is beperkt tot onderdelen van een groep binnen de EU; ook overeenkomsten met dochterondernemingen onderdelen buiten de Unie kunnen aan de regels in deze afdeling afdeling zijn onderworpen.

De richtlijn voorziet in een aantal voorwaarden waaraan zowel de initiële overeenkomst als een eventuele toepassing van die overeenkomst voor het verlenen van financiële steun moet voldoen. Artikel 23 van de richtlijn bepaalt in dat verband dat in beide gevallen aan de volgende voorwaarden moet worden voldaan:

- er is een redelijk vooruitzicht dat de verleende steun de financiële moeilijkheden van de groepsentiteit die de steun ontvangt, in wezenlijke mate oplost;
- het verlenen van financiële steun heeft tot doel de financiële stabiliteit van de groep als geheel of een van de entiteiten van de groep te vrijwaren of te herstellen, en de steun is in het belang van de groepsentiteit die de steun verleent;
- er is een redelijk vooruitzicht dat de groepsentiteit die de steun ontvangt, de vergoeding voor de steun zal betalen en dat zij, indien de steun in de vorm van een lening wordt verstrekt, de lening zal terugbetalen. Indien de steun wordt verstrekt in de vorm van een garantie of andere zekerheid, geldt voor de daaruit voortvloeiende verplichting voor de ontvangende entiteit dezelfde voorwaarde als de garantie of zekerheid wordt afgedwongen;
- de verlening van de financiële steun zal de liquiditeit of de solvabiliteit van de groepsentiteit die de steun verleent, niet in gevaar brengen;
- de verlening van de financiële steun zal geen bedreiging inhouden voor de financiële stabiliteit, met name in de lidstaat van de groepsentiteit die de steun verleent;
- op het moment dat de steun wordt verleend, voldoet de groepsentiteit die de steun verleent aan de vereisten met betrekking tot kapitaal of liquiditeit, en het verlenen van financiële steun leidt er niet toe dat de groepsentiteit die vereisten overtreedt, tenzij zulks wordt toegestaan door de bevoegde autoriteit die verantwoordelijk is voor het toezicht op individuele basis op de entiteit die de steun verleent;

- op het moment dat de steun wordt verleend, voldoet de groepsentiteit die de steun verleent aan de vereisten inzake grote risicoblootstellingen, en het verlenen van financiële steun leidt er niet toe dat de groepsentiteit die vereisten overtreedt, tenzij zulks wordt toegestaan door de bevoegde autoriteit die verantwoordelijk is voor het toezicht op individuele basis op de groepsentiteit die de steun verleent;
- de verlening van de financiële steun zal de afwikkelbaarheid van de groepsentiteit die de steun verleent, niet ondermijnen.

Het sluiten van een overeenkomst voor financiële steun binnen de groep vergt de goedkeuring van de consoliderende toezichthouder van de groep. Die beoordeelt onder meer of aan de bovengenoemde voorwaarden is voldaan. De consoliderende toezichthouder heeft hierin beoordelingsvrijheid.

De richtlijn stelt in artikel 20 dat de consoliderende toezichthouder samen met de andere bevoegde autoriteiten (de bevoegde autoriteiten van elke dochteronderneming die voornemens is partij bij de overeenkomst te zijn) in een gezamenlijk besluit beslissen over de vraag of is voldaan aan de voorwaarden en of aldus met het sluiten van de overeenkomst kan worden ingestemd. Indien niet tot een gezamenlijk besluit kan worden gekomen, kan de consoliderende toezichthouder ingevolge het zesde lid, en mogelijk na bemiddeling door EBA ingevolge het zevende lid, zelfstandig een besluit nemen. In het wetsvoorstel wordt thans enkel de situatie geregeld dat DNB als consoliderende toezichthouder dient te besluiten over een overeenkomst. Alleen in die situatie neemt DNB, met inachtneming van het vijfde, zesde en zevende lid van artikel 20 van de richtlijn, uiteindelijk een formeel besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht. Een oordeel van DNB niet in de rol van consoliderende toezichthouder kan immers door de consoliderende toezichthouder worden overruled en heeft in die zin meer de status van voorbereidingshandeling. In het wetsvoorstel wordt thans verwezen naar DNB in de rol van consoliderende toezichthouder. In dit verband dient te worden opgemerkt dat op grond van de verordening bankentoezicht¹¹ ook de ECB de rol van consoliderende toezichthouder kan vervullen. Zij treedt dan in de plaats van DNB.

Na goedkeuring door de consoliderende toezichthouder, dient de overeenkomst te worden voorgelegd aan de aandeelhouders van elke entiteit die partij is bij de overeenkomst. Zonder goedkeuring van de aandeelhouders is de overeenkomst niet verbindend.

Tenuitvoerlegging van een door de consoliderende toezichthouder en de aandeelhouders goedgekeurde overeenkomst, vergt vervolgens instemming van de toezichthouder van de entiteit die de steun wil verlenen; dit om te voorkomen dat een entiteit door de verlening van steun aan een andere entiteit binnen de groep, zelf in financiële problemen komt. De toezichthouder kan de steunverlening verbieden of de omvang ervan beperken. Indien de toezichthouder van de entiteit die de steun wil verlenen de verlening van de financiële steun verbiedt of de omvang van de steun beperkt, kunnen de consoliderende toezichthouder alsook de toezichthouder van de entiteit die de steun zou ontvangen een beroep doen op EBA ter bemiddeling. De toezichthouder van de groepsentiteit die de financiële steun verleent, dient binnen vijf werkdagen te beoordelen of aan de hiervoor genoemde criteria is voldaan. Wordt niet binnen vijf werkdagen een besluit genomen dan wordt de instemming geacht te zijn verleend. Ten slotte dienen entiteiten die partij zijn bij

¹¹ 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).

financiële steunovereenkomsten ten minste jaarlijks verslag uit te brengen aan de aandeelhouders over de uitvoering van deze overeenkomsten alsmede een aantal feiten ten aanzien van door hen gesloten overeenkomsten ter openbare kennis te brengen. EBA zal in uitvoeringsnormen voorschrijven op welke wijze de openbaarmaking dient te geschieden.

Afwikkelingsplanning

De richtlijn en de verordening bevatten tevens regels aangaande het opstellen van afwikkelingsplannen, de beoordeling van de afwikkelbaarheid van de instelling, het wegnemen van belemmeringen voor afwikkelbaarheid en het vaststellen van het minimumvereiste voor eigen vermogen en in aanmerking komende passiva (MREL).

De afwikkelingsautoriteiten stellen voor elke instelling of groep een afwikkelingsplan op. Het afwikkelingsplan beschrijft de mogelijkheden voor de toepassing van in de richtlijn en verordening bedoelde afwikkelingsinstrumenten en -bevoegdheden op de instelling. Het afwikkelingsplan is een essentieel onderdeel om te komen tot een doeltreffende afwikkeling. Zo moet in het afwikkelingsplan een gedetailleerde beschrijving worden gegeven van de verschillende afwikkelingsstrategieën die binnen verschillende mogelijke scenario's kunnen worden toegepast. Ook moeten de betreffende termijnen worden opgenomen. Tevens zal het afwikkelingsplan moeten ingaan op de wijze waarop de kritieke functies en kernbedrijfsonderdelen bij het falen van de instelling gecontinueerd kunnen worden.

Ten behoeve van het opstellen van het afwikkelingsplan voor significante banken leggen de nationale afwikkelingsautoriteiten aan de Afwikkelingsraad alle voor de opstelling en uitvoering van de afwikkelingsplannen benodigde informatie voor. Informatie die afwikkelingsautoriteiten bij de instellingen kunnen opvragen voor het opstellen en bijhouden van afwikkelingsplannen staat opgenomen in deel B van de bijlage bij de richtlijn. Daarnaast kan de Afwikkelingsraad van de nationale afwikkelingsautoriteiten verlangen dat zij ontwerpafwikkelingsplannen opstellen en deze aan de Afwikkelingsraad voorleggen.

Op basis van de afwikkelingsplannen beoordeelt de afwikkelingsautoriteit de afwikkelbaarheid van de instelling en kan zij de instelling verplichten specifieke maatregelen te treffen om beter afwikkelbaar te worden. Bij het beoordelen van de afwikkelbaarheid van een instelling of groep onderzoekt de afwikkelingsautoriteit ten minste de in deel C van de bijlage bij de richtlijn vermelde aangelegenheden. Op het moment dat de afwikkelingsautoriteit na de voorgenoemde beoordeling wezenlijke belemmeringen voor de afwikkelbaarheid van die instelling identificeert, heeft zij de bevoegdheid om deze belemmeringen weg te laten nemen door de instelling.

In de context van de herstel- en afwikkelingsplannen, alsook overigens meer in het algemeen bij toepassing van de voorschriften en gebruik van bevoegdheden, dienen de toezichthouder en de afwikkelingsautoriteit rekening te houden met de aard van de bedrijfsactiviteiten van een instelling, de aandeelhoudersstructuur, de rechtsvorm, het risicoprofiel, de omvang en de verwevenheid van een instelling met andere instellingen of met het financiële stelsel als geheel. De in de richtlijn en verordening en in de daarbij behorende bijlagen vermelde inhoud en informatie stellen een minimumnorm vast voor instellingen die duidelijk systeemrelevant zijn. De autoriteiten kunnen ten aanzien van de andere instellingen andere of aanzienlijk minder strenge vereisten inzake afwikkelingsplanning en informatie toepassen en in plaats van de

jaarlijkse bijwerking een lagere frequentie opleggen. Daarnaast bestaan er mogelijkheden voor het verlenen van ontheffing ingevolge artikel 11, derde tot en met zevende lid, van de verordening. In het geval van een kleine, weinig verweven of weinig complexe instelling kan een afwikkelingsplan worden beperkt tot bepaalde basisinformatie over de structuur en de voorwaarden voor afwikkelingsmaatregelen en de mogelijkheden tot afwikkeling en hoeft deze instelling minder omvangrijke informatie te verstrekken ten behoeve van het afwikkelingsplan.

Wanneer een bank of beleggingsonderneming deel uitmaakt van een groep wordt een groepsafwikkelingsplan opgesteld. Hierin wordt de afwikkelbaarheid en een afwikkeling van de groep als geheel beschreven. Veel onderwerpen die in de voorbereidingsfase aan de orde zijn (planning, beoordeling van de afwikkelbaarheid en verbeteringen aan de afwikkelbaarheid) zullen, wanneer het een groep betreft, ook op het groeps- of geconsolideerde niveau worden vastgesteld of opgelegd (maatregelen ter verbetering van de afwikkelbaarheid). Voor de planningsfase bepaalt de richtlijn daarbij dat, kort gezegd, coöperaties op dezelfde wijze worden behandeld als groepen.

MREL

Nauw samenhangend met het opstellen van het afwikkelingsplan en ook onderdeel uitmakend van de afwikkelingsplanning zijn de regels over het minimumvereiste voor eigen vermogen en in aanmerking komende passiva (*minimum requirement for eligible liabilities*, MREL).

Op grond van artikel 45 van de richtlijn en artikel 12 van de verordening stelt de afwikkelingsautoriteit – parallel aan het opstellen en bijhouden van de afwikkelingsplannen – de MREL vast die elke instelling op haar balans moet aanhouden. De verplichting tot het aanhouden van een bepaald minimumvereiste is noodzakelijk met het oog op het effectief en geloofwaardig kunnen afschrijven of omzetten van kapitaalinstrumenten (AFOMKI) of het kunnen toepassen van het instrument van bail-in. AFOMKI en bail-in zorgen ervoor dat de verliezen en kosten van herkapitalisatie worden opgevangen door private crediteuren, in plaats van de belastingbetaler (zie paragraaf 3c).

De afwikkelingsautoriteit voert de vaststelling van de hoogte van de MREL uit aan de hand van de volgende criteria:

- de omvang, het bedrijfsmodel, het financieringsmodel en het risicoprofiel van de instelling;
- de mate waarin het DGS overeenkomstig artikel 109 van de richtlijn aan de afwikkelingsfinanciering zou kunnen bijdragen;
- de mate waarin het falen van de instelling nadelige gevolgen voor de financiële stabiliteit zou hebben, onder meer wegens de verwevenheid van die instelling met andere instellingen of met de rest van het financiële stelsel, via besmetting van andere instellingen.

De MREL wordt berekend als het bedrag aan eigen vermogen en in aanmerking komende passiva, uitgedrukt als percentage van de totale passiva en het eigen vermogen van de instelling:

$$\text{MREL} = \frac{\text{Eigen vermogen} + \text{in aanmerking komende passiva}}{\text{Eigen vermogen} + \text{totale passiva}}$$

In aanmerking komende passiva mogen in het kader van de berekening van de MREL alleen als zodanig worden gekwalificeerd indien zij aan de volgende voorwaarden voldoen:

- het instrument is uitgegeven en volgestort;

- de passiva zijn niet verschuldigd aan de instelling zelf, gedekt met een zekerheid of gegarandeerd;
- de aankoop van het instrument is noch direct noch indirect door de instelling gefinancierd;
- de passiva hebben een resterende looptijd van ten minste een jaar;
- de passiva vloeien niet voort uit een derivaat;
- de passiva vloeien niet voort uit een deposito dat voorrang geniet in de nationale insolventiehiërarchie overeenkomstig artikel 108 van de richtlijn.

In de richtlijn en de verordening wordt voorts bepaald dat de afwikkelingsautoriteit kan bepalen dat op geconsolideerde of individuele basis gedeeltelijk aan de MREL wordt voldaan door middel van contractuele instrumenten van bail-in. Om te kunnen worden gekwalificeerd als contractueel instrument van bail-in moet de afwikkelingsautoriteit ervan overtuigd zijn dat:

- a) het instrument een contractuele clausule bevat waarin is bepaald dat, indien de afwikkelingsautoriteit besluit op de instelling het instrument van bail-in toe te passen, het instrument in de vereiste mate wordt afgeschreven of omgezet voordat andere in aanmerking komende passiva worden afgeschreven of omgezet; en
- b) het instrument onderworpen is aan een bindende achterstellingsovereenkomst, -toezegging of -bepaling uit hoofde waarvan het instrument bij een normale insolventieprocedure achtergesteld is aan andere in aanmerking komende passiva en pas wordt terugbetaald nadat andere op dat ogenblik uitstaande, in aanmerking komende passiva zijn afgewikkeld.

Verhouding tot TLAC

Op 10 november 2014 is door de Financial Stability Board (FSB) een formeel conceptvoorstel gepubliceerd voor een Total Loss Absorbing Capacity (TLAC), een minimumvereiste voor de hoeveelheid bail-inbaar kapitaal en bail-inbare schuld die mondiale systeemrelevante banken in de toekomst zullen moeten aanhouden.

Voor een toelichting op de belangrijkste elementen van dit voorstel wordt verwezen naar de brief van de Minister van Financiën van 17 november 2014.¹²

De TLAC vervult eenzelfde functie als de MREL: beide stellen eisen aan het eigen vermogen en voor bail-in in aanmerking komende passiva om verliezen op te vangen en een instelling te herkapitaliseren zonder publieke steun. Een belangrijk verschil is dat de TLAC alleen zal gelden voor mondiaal systeemrelevante banken (global systemically important banks, G-SIBs), terwijl de MREL van toepassing is op alle banken in de EU. De hoogte van de MREL wordt per instelling vastgesteld door de relevante afwikkelingsautoriteit, die daarbij onder andere rekening moet houden met het risicoprofiel van de bank. TLAC stelt een uniform minimumvereiste aan alle mondiale systeembanken en kan voor deze banken dus een «vloer» in de MREL vormen.

De bepalingen over de MREL en de toepassing daarvan door de Afwikkelingsraad en de nationale afwikkelingsautoriteiten worden in de periode van juli 2014 tot en met juni 2016 door de EBA gevolgd en geanalyseerd. De EBA brengt vervolgens uiterlijk 31 oktober 2016 aan de Commissie hierover verslag uit. Hierbij zal rekening worden gehouden met de internationale ontwikkelingen rondom het TLAC-voorstel. Op basis van de bevindingen in het verslag dient de Commissie, indien passend, uiterlijk

¹² Kamerstukken II 2014/15, 32 013, nr. 86.

op 31 december 2016 bij het Europees parlement en de Raad een wetgevingsvoorstel in over de geharmoniseerde toepassing van het minimumvereiste voor eigen vermogen en in aanmerking komende passiva. Dat voorstel omvat, waar passend, onder meer voorstellen voor de invoering van een passend aantal minimumniveaus van het minimumvereiste, rekening houdend met de verschillende bedrijfsmodellen van instellingen en groepen. Mocht de Commissie een wetgevingsvoorstel indienen, dan dient zij op dezelfde wijze een wetgevingsvoorstel tot wijziging van de verordening in.

3b. de vroegtijdige interventiefase

Het tweede deel van de richtlijn bevat maatregelen ten aanzien van het bestuur van een instelling om het tijt te keren op het moment dat de situatie verslechtert van een op zichzelf zonder problemen lopende onderneming.

De fase van vroegtijdige interventie bevindt zich logischerwijs nog vóór de afwikkelingsfase en daarom zijn er op dit gebied in de verordening – waar het gaat om (voorbereiding) van afwikkeling – geen materiële normen opgenomen; deze staan in de richtlijn. Wel is in de verordening een aantal bepalingen opgenomen waaruit volgt dat de Afwikkelingsraad in kennis moet worden gesteld van door de toezichthouder genomen vroegtijdige interventiemaatregelen. Vanaf het moment dat hij in kennis is gesteld kan de Afwikkelingsraad vervolgens de mogelijke afwikkeling van de betrokken instelling of groep voorbereiden.

Vroegtijdige interventiemaatregelen

Tot behoud van de financiële stabiliteit is het belangrijk dat de toezichthouder de verslechtering van de financiële en economische situatie van een instelling kan oplossen voordat de instelling het punt bereikt waarop de afwikkelingsautoriteit geen andere mogelijkheid meer heeft dan deze instelling af te wikkelen of failliet te laten gaan. Daarom moet de toezichthouder de bevoegdheid hebben om vroegtijdig in te grijpen. Daarbij kan het bestuur kiezen uit de maatregelen die door de instelling zelf in het herstelplan zijn opgenomen, of een andere maatregel nemen indien dat opportuun wordt geacht. Uitgangspunt is dat het bestuur van de instelling dit bepaalt, zoals het ook de rest van het dagelijks beleid bepaalt. Indien het bestuur van de instelling zijn verantwoordelijkheid echter niet neemt, of de maatregelen van het bestuur niet in voldoende mate de situatie kunnen herstellen, kan de toezichthouder in het kader van zijn reguliere toezicht de instelling verplichten om (aanvullende) maatregelen te nemen.

Deze (aanvullende) vroegtijdige interventiemaatregelen zijn in de richtlijn opgenomen, waarin wordt bepaald dat de toezichthouder onder meer de volgende maatregelen ter beschikking heeft:¹³

- van het leidinggevend orgaan van de instelling vereisen de situatie te onderzoeken, maatregelen aan te geven om de eventueel vastgestelde problemen weg te nemen en een actieprogramma voor het oplossen van deze problemen en een tijdschema voor de tenuitvoerlegging van het actieprogramma op te stellen;
- van het leidinggevend orgaan van de instelling vereisen een algemene vergadering van de instelling bijeen te roepen, of, indien het leidinggevend orgaan niet aan die eis voldoet, zelf rechtstreeks een algemene vergadering bijeen te roepen, en in beide gevallen de agenda vast te stellen en te verlangen dat bepaalde besluiten ter aanneming aan de algemene vergadering worden voorgelegd;

¹³ Artikel 27 BRRD.

- vereisen dat een of meer leden van het leidinggevend orgaan of van het hogere management van hun functie worden ontheven of worden vervangen;
- van het leidinggevend orgaan van de instelling vereisen een plan op te stellen voor het voeren van onderhandelingen met enkele of alle schuldeisers over de herstructurering van de schulden, in voorkomend geval overeenkomstig het herstelplan.

Tijdelijk bewindvoerder

Als geen van de maatregelen in de vroegtijdige interventiefase hebben gewerkt en er nog geen reden is om tot afwikkeling over te gaan, geeft de richtlijn aan de toezichthouder de mogelijkheid om een tijdelijk bewindvoerder aan te stellen bij de instelling. Dit is deels vergelijkbaar met de figuur van de stille curator, die op grond van artikel 1:76 van de Wet op het financieel toezicht (Wft) bij een financiële onderneming kan worden aangesteld. De taak van de tijdelijk bewindvoerder bestaat eruit alle aan hem verleende bevoegdheden uit te oefenen om het herstel van de financiële positie van de instelling te bevorderen. De rol van de tijdelijk bewindvoerder wordt verder per casus bepaald door de toezichthouder. Afhankelijk van de invulling van de taakomschrijving van de bewindvoerder door de toezichthouder, kan de bewindvoerder goedkeuringsrechten hebben ten aanzien van besluiten van het bestuur van de instelling, plaatsnemen in het bestuur of in de plaats komen van het bestuur.

3c. de afwikkelingsfase

In het derde deel van de richtlijn en de verordening wordt ingegaan op de besluitvorming en het instrumentarium voor de ordentelijke afwikkeling van een bank (of beleggingsonderneming) indien deze zonder interventie failliet zou gaan. Als een instelling faalt of waarschijnlijk zal falen, moet de afwikkelingsautoriteit kunnen beschikken over een minimale set geharmoniseerde afwikkelingsinstrumenten en -bevoegdheden. Het gebruik daarvan moet gebonden zijn aan gemeenschappelijke voorwaarden, doelstellingen en algemene beginselen. Omdat veel bepalingen uit de verordening identiek zijn aan die uit de richtlijn wordt voor die bepalingen uitgegaan van de verordening. Daar waar het anders is, zal dat worden aangegeven.

Afwikkelingsvoorwaarden

In de verordening is bepaald dat tot afwikkeling van een instelling wordt overgegaan als aan drie voorwaarden is voldaan:

1. de instelling faalt of zal waarschijnlijk falen;
2. er is geen redelijk vooruitzicht dat een private oplossing of de inzet van het reguliere toezichtinstrumentarium de situatie ten goede zal keren; en
3. de afwikkeling van de instelling is noodzakelijk in het algemeen belang.

Ten eerste is dus vereist dat de instelling «faalt of waarschijnlijk zal falen» en dus (mogelijk) failliet zou gaan als er niet wordt ingegrepen. Voor de toepassing van deze voorwaarde wordt een instelling geacht te falen of waarschijnlijk te zullen falen onder één van de volgende omstandigheden:

- De instelling voldoet niet meer aan de voorwaarden waaronder zij een vergunning heeft verkregen of voldoet daar binnen afzienbare tijd niet meer aan;
- de activa van de instelling zijn geringer of binnen afzienbare tijd geringer dan de passiva;

- de instelling is niet in staat of binnen afzienbare tijd niet meer in staat haar schulden te betalen;
- de instelling heeft voor haar voortbestaan (bepaalde vormen van) staatssteun nodig.

Het tweede aspect van het afwikkelingscriterium is dat er geen redelijk vooruitzicht is dat een private oplossing of de inzet van het reguliere toezichtinstrumentarium de situatie ten goede zal doen keren. Een voorbeeld van een private oplossing is een zodanige kapitaalverhoging door de bestaande aandeelhouders of door een derde dat de levensvatbaarheid van de instelling volledig wordt hersteld. Voorbeelden van de inzet van het reguliere toezichtinstrumentarium zijn de inzet van de hiervoor genoemde vroegtijdige interventie maatregelen of de toepassing van AFOMKI.

Ten derde moet afwikkeling van de instelling noodzakelijk zijn met het oog op het algemeen belang. Daarbij wordt getoetst of het ingrijpen noodzakelijk en proportioneel is en of een normale insolventieprocedure niet tot dezelfde resultaten zou leiden.

Afwikkelingsdoelstellingen

Als besloten is tot afwikkeling, moet de afwikkelingsautoriteit bij de toepassing van de afwikkelingsinstrumenten en de uitoefening van de afwikkelingsbevoegdheden rekening houden met de volgende afwikkelingsdoelstellingen.

De afwikkeling dient te zorgen voor de continuïteit van kritieke functies. Dit zijn activiteiten en diensten die essentieel zijn voor het functioneren van de reële economie of die, indien zij zouden worden stopgezet, waarschijnlijk zouden leiden tot een verstoring van de financiële stabiliteit. Een dergelijke verstoring van de financiële stabiliteit zou bijvoorbeeld kunnen optreden vanwege de verwevenheid, omvang of complexiteit van de instelling of de onvervangbaarheid van de dienstverlening. In het verlengde hiervan wordt met afwikkeling beoogd significante nadelige effecten voor het financiële stelsel te vermijden en daarmee besmetting te voorkomen, alsmede de normale marktdiscipline te laten doorgaan. Een derde doel van afwikkeling dat de verordening noemt, is het minimaliseren van steun aan financiële instellingen van overheidswege. Tot slot noemt de verordening ook de bescherming van depositohouders en het beschermen van gelden van cliënten als een doeleinde van afwikkeling.

Afwikkelingsbeginselen

Naast de eerder genoemde gemeenschappelijke voorwaarden en doelstellingen van afwikkeling dient de afwikkelingsautoriteit bij het toepassen van afwikkelingsinstrumenten en het uitoefenen van afwikkelingsbevoegdheden alle passende maatregelen te treffen om ervoor te zorgen dat de afwikkelingsmaatregel wordt genomen overeenkomstig de volgende afwikkelingsbeginselen:

- de aandeelhouders en houders van andere kernkapitaalinstrumenten van de instelling in afwikkeling dragen de eerste verliezen;
- crediteuren van de instelling in afwikkeling dragen verliezen na de aandeelhouders en houders van andere kernkapitaalinstrumenten;
- het leidinggevend orgaan en het hogere management van de instelling in afwikkeling worden vervangen;
- het leidinggevend orgaan en het hogere management van de instelling in afwikkeling verlenen alle steun die voor het verwezenlijken van de afwikkelingsdoelstellingen nodig is;

- natuurlijke personen en rechtspersonen worden, met inachtneming van het nationale recht, op grond van het burgerlijk of strafrecht aansprakelijk gesteld voor het falen van de instelling in afwikkeling;
- tenzij in deze verordening anders is bepaald, worden crediteuren uit dezelfde categorie op gelijkwaardige wijze behandeld;
- geen enkele crediteur lijdt grotere verliezen dan hij zou hebben geleden indien een entiteit volgens een normale insolventieprocedure zou zijn geliquideerd;
- gegarandeerde deposito's zijn volledig beschermd;
- afwikkelingsmaatregelen worden genomen met inachtneming van de in deze verordening vastgestelde waarborgen.

Afschrijven of omzetten van kapitaalinstrumenten (AFOMKI)

Voordat de afwikkelingsautoriteit overgaat tot de afwikkeling van een instelling en daarvoor haar afwikkelingsbevoegdheden -en instrumenten aanwendt,

zal zij eerst moeten bezien of het kapitaaltekort verholpen kan worden door middel van het afschrijven of omzetten van de kapitaalinstrumenten van de probleeminstelling. Dit instrument, genaamd «afschrijven of omzetten van kapitaalinstrumenten» (AFOMKI), is strikt genomen geen afwikkelingsinstrument maar bevindt zich wel in de gereedschapskist van de afwikkelingsautoriteit.

Bij de toepassing van het instrument van AFOMKI moet een onderscheid worden gemaakt tussen de situatie dat voldaan is aan de afwikkelingsvoorwaarden, zoals bovenstaand reeds genoemd, en de situatie dat niet aan de afwikkelingsvoorwaarden is voldaan.

Als voldaan is aan alle afwikkelingsvoorwaarden dan zal de instelling in afwikkeling gaan en dan zal, voordat een afwikkelingsinstrument wordt ingezet, eerst het instrument van AFOMKI moeten worden toegepast.

In de situatie dan niet is voldaan aan de afwikkelingsvoorwaarden dient voor de toepassing van het instrument van AFOMKI een onderscheid gemaakt te worden tussen het geval dat een instelling na de toepassing van het instrument van AFOMKI weer levensvatbaar is en het geval dat de instelling ondanks de toepassing van het instrument van AFOMKI geen overlevingskansen meer heeft. Op grond van de richtlijn is de afwikkelingsautoriteit verplicht onverwijld over te gaan tot het toepassen van het instrument van AFOMKI bij een instelling die niet langer levensvatbaar is, maar dat wel weer wordt als dit instrument wordt toegepast. Instellingen worden in dit kader niet langer levensvatbaar geacht als de instelling faalt of zal waarschijnlijk falen en geen redelijk vooruitzicht bestaat dat een private oplossing of de inzet van het reguliere toezichtinstrumentarium de situatie ten goede zal doen keren. Dit zijn twee van de drie voorwaarden om tot afwikkeling over te gaan. Enkel het aspect dat de afwikkeling noodzakelijk moet zijn in het algemeen belang ontbreekt bij AFOMKI. Dit laatste brengt met zich dat op het moment dat de toezichthouder van oordeel is dat het toepassen van het instrument van AFOMKI niet leidt tot herstel van de instelling, dit instrument dan ook niet zal worden toegepast, deze instelling niet in afwikkeling zal gaan en de instelling derhalve volgens gewone nationale insolventieprocedures zal worden geliquideerd. Als de toezichthouder wel van oordeel is dat AFOMKI volstaat om de instelling weer op de been te krijgen, stelt zij onmiddellijk de afwikkelingsautoriteit daarvan in kennis en is vervolgens geen verdere afwikkeling met bijbehorende herstructurering nodig.

Volgorde bij toepassing AFOMKI

Bij de toepassing van het instrument van AFOMKI dient de afwikkelingsautoriteit de volgende volgorde te hanteren:

- a. tier 1-kernkapitaalinstrumenten¹⁴ worden eerst verlaagd in verhouding tot de verliezen en tot de volledige omvang ervan;
- b. de hoofdsom van de aanvullende tier 1-instrumenten¹⁵ wordt afgeschreven of omgezet in tier 1-kernkapitaalinstrumenten, dan wel beide;
- c. de hoofdsom van de tier 2-instrumenten¹⁶ wordt afgeschreven of omgezet in tier 1-kernkapitaalinstrumenten, dan wel beide.

In de tabel bij bijlage I bij deze memorie van toelichting wordt uiteengezet wat de eigenschappen zijn van de diverse kapitaalinstrumenten en wordt ook een aantal voorbeelden daarvan gegeven.

Afwikkelingsinstrumenten

Als de afwikkelingsautoriteit voorziet dat het instrument van AFOMKI niet voldoende zal opleveren om alle verliezen in de probleeminstelling te dragen, moet de autoriteit verder gaan met het neerleggen van verliezen bij de crediteuren. De autoriteit kan dat doen door middel van toepassing van een of een combinatie van de volgende vier afwikkelingsinstrumenten:

1. het instrument van overgang van de onderneming;
2. het instrument van de overbruggingsinstelling;
3. het instrument van afsplitsing van activa en passiva;
4. het instrument van bail-in.

Deze instrumenten worden hieronder toegelicht.

Ad 1. het instrument van overgang van de onderneming¹⁷

Met dit instrument kan de afwikkelingsautoriteit twee soorten overgang bewerkstelligen. In de eerste plaats kan de afwikkelingsautoriteit besluiten tot overgang van de door de entiteit in afwikkeling uitgegeven aandelen (daaronder ook begrepen andere eigendomsinstrumenten). In de tweede plaats kan de afwikkelingsautoriteit besluiten tot overgang van de activa en passiva van de onderneming. Voor zover de in de richtlijn gebruikte term «verkoop van de *onderneming*» zou suggereren dat slechts de onderneming in haar geheel kan overgaan, wordt opgemerkt dat dit instrument ook omvat de situatie waarin niet de onderneming zelf overgaat, maar haar vermogensbestanddelen, en zelfs de situatie waarin slechts een deel van die vermogensbestanddelen, bijvoorbeeld deposito's, overgaan. Ingeval het instrument van overgang van de onderneming wordt toegepast, gaan de aandelen of vermogensbestanddelen over naar een andere private partij, die daarvoor een prijs betaalt.

¹⁴ kapitaalinstrumenten die voldoen aan de voorwaarden van artikel 28, leden 1 tot en met 4, artikel 29, leden 1 tot en met 5, of artikel 31, lid 1, van Verordening (EU) nr. 575/2013. Op grond van artikel 26 van Verordening (EU) nr. 575/2013 publiceert EBA regelmatig een lijst met kapitaalinstrumenten die in de lidstaten als tier 1-kernkapitaalinstrumenten zijn aangemerkt.

¹⁵ kapitaalinstrumenten die voldoen aan de voorwaarden van artikel 52(1) van Verordening (EU) nr. 575/2013.

¹⁶ kapitaalinstrumenten of achtergestelde schuldinstrumenten die voldoen aan de voorwaarden van artikel 63 van Verordening (EU) nr. 575/2013.

¹⁷ In de richtlijn wordt de term «*verkoop* van de onderneming» gebruikt. Bij de omzetting in Nederlands recht is ervoor gekozen het woord «verkoop» te vervangen door «overgang». Hiermee is geen inhoudelijke wijziging beoogd. Ook bij de instrumenten van de overbruggingsinstelling en afsplitsing van activa en passiva spreekt de richtlijn van «overgang», terwijl daar in wezen sprake is van hetzelfde. Hierna zal de term «verkoop van de onderneming» slechts worden gebruikt in het kader van de richtlijn.

Ad 2. het instrument van de overbruggingsinstelling

Ook bij het instrument van de overbruggingsinstelling kunnen aandelen of vermogensbestanddelen overgaan. Dit instrument verschilt van het instrument van de overgang van de onderneming doordat de aandelen of vermogensbestanddelen niet naar een andere private partij overgaan maar naar een overbruggingsinstelling. Een overbruggingsinstelling is opgericht om tijdelijk het eigendom van activa en passiva, deposito's of aandelen te houden teneinde de kritieke functies van de entiteit in afwikkeling in stand te houden.

Ad 3. het instrument van afsplitsing van activa

Bij de toepassing van het instrument van afsplitsing van activa besluit de afwikkelingsautoriteit tot overgang van vermogensbestanddelen naar een entiteit voor activa- en passivabeheer, in de richtlijn «vehikel voor activabeheer». Anders dan de term suggereert, kunnen bij dit instrument ook passiva overgaan. Door de entiteit in afwikkeling uitgegeven aandelen kunnen met dit instrument niet overgaan. Dit instrument wordt gebruikt om een *bad bank* af te splitsen, die wordt afgewikkeld, zodat de gezonde onderdelen kunnen worden voortgezet. Dit instrument mag alleen in combinatie met andere afwikkelingsinstrumenten worden gebruikt teneinde een onterecht concurrentievoordeel voor de falende entiteit te vermijden.

In paragraaf 4 zal worden ingegaan op de vraag hoe deze instrumenten zich verhouden tot de huidige interventiewet.

Ad 4. het instrument van bail-in

Een van de doelstellingen uit de richtlijn en de verordening is de kosten van de afwikkeling van een falende instelling voor de belastingbetaler zoveel mogelijk beperken. De afwikkelingsautoriteit dient ervoor te zorgen dat systeemrelevante instellingen kunnen worden afgewikkeld zonder dat daardoor de financiële stabiliteit in gevaar wordt gebracht. Het instrument van bail-in bereikt die doelstelling door ervoor te zorgen dat de aandeelhouders, houders van andere kernkapitaalinstrumenten en schuldeisers van de falende instelling passende verliezen lijden en een passend deel van de uit het afwikkelingsproces voortvloeiende kosten dragen, net zoals zij bij faillissement van de instelling zouden doen. Bail-in zorgt daarnaast ervoor dat de redding van binnenuit wordt verricht door de kapitaalverschaffers van de bank zelf, zonder dat daarbij staatssteun (steun van buitenaf, «bail-out») komt kijken. Het instrument van bail-in zal daarnaast aandeelhouders, houders van andere kernkapitaalinstrumenten en schuldeisers van instellingen een sterkere stimulans geven om in normale omstandigheden de gezondheid van die instellingen nauwgezet te volgen.

Toepassingsbereik bail-in

De gehele hiërarchie van aandeelhouders en crediteuren is in beginsel beschikbaar voor bail-in, voor zover nodig om de verliezen in de instelling op te vangen en de instelling (na herstructurering) te laten voortbestaan. Een beperkt aantal specifieke schulden van de instelling is uitzonderd van bail-in. Dit betreffen:

- a. gegarandeerde deposito's;
- b. door zekerheid gedekte passiva, met inbegrip van gedekte obligaties en passiva in de vorm van financiële instrumenten voor hedgingdoel-einden die integraal deel uitmaken van de pool van onderliggende activa en volgens nationaal recht op gelijke wijze als gedekte obligaties gedekt zijn;

- c. elke verplichting die ontstaat doordat een instelling of entiteit als bedoeld in artikel 2 van de verordening activa of geld van cliënten aanhoudt, met inbegrip van activa die of geld dat aangehouden wordt namens icbe's als omschreven in artikel 1, lid 2, van Richtlijn 2009/65/EG of abi's als omschreven in artikel 4, lid 1, punt a), van Richtlijn 2011/61/EU van het Europees parlement en de Raad (1), op voorwaarde dat de cliënten in kwestie bescherming genieten uit hoofde van de toepasselijke insolventiewetgeving;
- d. elke verplichting die ontstaat doordat er een vertrouwensrelatie tussen de in artikel 2 bedoelde entiteit (als vertrouwenspersoon) en een andere persoon (als begunstigde) bestaat, op voorwaarde dat de begunstigde in kwestie bescherming geniet uit hoofde van het toepasselijke insolventierecht of burgerlijk recht;
- e. verplichtingen jegens instellingen, met uitzondering van entiteiten die tot dezelfde groep behoren, met een oorspronkelijke looptijd van minder dan zeven dagen;
- f. verplichtingen met een resterende looptijd van minder dan zeven dagen jegens systemen of exploitanten van systemen die zijn aangewezen overeenkomstig Richtlijn 98/26/EG van het Europees parlement en de Raad (2) of hun deelnemers die uit de deelname aan een dergelijk systeem voortvloeien; of
- g. verplichtingen jegens:
 - i. werknemers, met betrekking tot hun loon, pensioenuitkeringen of andere vaste vergoedingen, met uitzondering van de niet bij collectieve arbeidsovereenkomst geregelde variabele component van de beloning;
 - ii. commerciële of handelscrediteuren, welke voortvloeien uit de levering van goederen of diensten aan de instelling of entiteit, bedoeld in artikel 2, die van kritiek belang zijn voor de dagelijkse bedrijfsactiviteiten ervan, zoals IT- diensten, nutsvoorzieningen en de huur, de exploitatie en het onderhoud van bedrijfsruimten;
 - iii. belastingautoriteiten en socialezekerheidsinstanties mits het, volgens het toepasselijke recht, preferente verplichtingen betreft; of
 - iv. depositogarantiestelsels welke voortvloeien uit bijdragen die verschuldigd zijn uit hoofde van Richtlijn 2014/49/EU.

Discretionaire ruimte afwikkelingsautoriteit

Naast deze standaard van bail-in uitgezonderde passiva moeten de afwikkelingsautoriteiten bepaalde passiva geheel of gedeeltelijk kunnen uitsluiten in een aantal situaties. Het betreft hier uitzonderlijke situaties die zijn omschreven in de verordening en nader zijn omschreven in een gedelegeerde handeling van de Europese Commissie. De volgende omstandigheden kunnen aanleiding geven tot het uitsluiten van passiva van bail-in:

- het instrument van bail-in kan voor die passiva niet binnen een redelijke termijn worden toegepast;
- de uitsluiting is strikt noodzakelijk en evenredig aan het doel om de continuïteit van kritieke functies en kernbedrijfsonderdelen te garanderen op een wijze die de instelling in afwikkeling in staat blijft stellen de kernactiviteiten, -diensten en -transacties voort te zetten;
- de uitsluiting is strikt noodzakelijk en evenredig aan het doel om te voorkomen dat een wijdverbreide besmetting ontstaat; of
- de toepassing van het instrument van bail-in op deze passiva zou leiden tot een waardevernietiging die voor de andere crediteuren grotere verliezen met zich meebrengt dan bij een uitsluiting van die passiva van het instrument van bail-in.

Worden deze uitsluitingen toegepast, dan kan het niveau van afschrijving of omzetting van andere in aanmerking komende passiva worden verhoogd om met die uitsluitingen rekening te houden, op voorwaarde dat het beginsel in acht wordt genomen dat geen enkele crediteur slechter af mag zijn dan bij normale insolventieprocedures.

Indien de verliezen niet aan andere schuldeisers kunnen worden doorgegeven, kan het gemeenschappelijk afwikkelingsfonds (zie onder punt e.) de instelling hiervoor compenseren, mits een aantal strikte voorwaarden zijn vervuld:

- de aandeelhouders en de houders van relevante kapitaalinstrumenten en andere in aanmerking komende passiva hebben via afschrijving, omzetting of anderszins een bijdrage geleverd om verliezen op te vangen en een herkapitalisatie te bewerkstelligen die ten minste gelijk is aan 8% van de totale passiva, met inbegrip van het eigen vermogen van de instelling in afwikkeling; of de bijdrage aan het opvangen van verliezen en herkapitalisatie is gelijk aan een bedrag van ten minste 20% van de risicogewogen activa van de betrokken instelling;
- de bijdrage van het gemeenschappelijk afwikkelingsfonds is niet groter dan 5% van de totale passiva, met inbegrip van het eigen vermogen van de instelling in afwikkeling.

De verordening bepaalt dat het instrument van bail-in op twee manieren kan worden toegepast. Ten eerste kan het instrument van bail-in worden gebruikt om de probleeminstelling op zo'n manier te herkapitaliseren dat de instelling weer aan de vergunningvoorwaarden voldoet en de werkzaamheden kan verrichten waarvoor aan haar de vergunning is verleend. Het gaat hierbij met name om het herstellen van de solvabiliteits-eisen, oftewel de minimum kapitaaleisen die zien op de structurele soliditeit van banken. Daarnaast moet de herkapitalisatie door middel van de inzet van het instrument van bail-in zodanig zijn dat dit voldoende marktvertrouwen oplevert. Ten aanzien van de inzet van het instrument van bail-in om de probleeminstelling te herkapitaliseren is bovendien vereist dat de afwikkelingsautoriteit het instrument van bail-in op die manier alleen gebruikt indien er een redelijk vooruitzicht is dat de toepassing ook de financiële soliditeit en de levensvatbaarheid van de instelling op de lange termijn herstelt.

De tweede manier waarop het instrument van bail-in kan worden toegepast is in combinatie met een van de andere drie andere instrumenten, namelijk: i) het instrument van de overbruggingsinstelling, ii) het instrument van afsplitsing van activa en iii) het instrument van overgang van de onderneming.

Het instrument van bail-in kan worden toegepast om vorderingen of schuldinstrumenten om te zetten in eigen vermogen of de hoofdsom daarvan te verlagen. Bij de overgang van de vorderingen of schuldinstrumenten naar een overbruggingsinstelling kan door de toepassing van het instrument van bail-in, kapitaal voor die overbruggingsinstelling worden verschaft. Ditzelfde geldt voor een vehikel voor activabeheer na toepassing van het instrument van afsplitsing van activa. Bij het instrument van overgang van de onderneming wordt eerst het instrument van bail-in toegepast op de onderneming om deze vervolgens over te laten gaan naar een andere partij.

Volgorde bij toepassing instrument van bail-in

Met bail-in kan worden afgeschreven op de waarde van de aandelen en houders van andere kernkapitaalinstrumenten van de instelling en vervolgens op de verschillende categorieën schulden van de onder-

neming, in de mate waarin dat nodig is om alle verliezen in de instelling te redresseren. Bail-in is daarmee een vervolg op AFOMKI. Waar AFOMKI ziet op het afschrijven of omzetten van kapitaalinstrumenten (onderstaand in stap 1 t/m 3), gaat bail-in verder met achtergestelde schuld (stap 4). Als de afwikkelingsautoriteit constateert dat AFOMKI niet zou volstaan om het kapitaaltekort op te lossen, zou ook direct moeten worden bezien in hoeverre verdere bail-in noodzakelijk is. Bij de toepassing van (AFOMKI en vervolgens) het instrument van bail-in dient de afwikkelingsautoriteit de volgende volgorde te hanteren:

In het kader van AFOMKI:

1. tier 1-kernkapitaalposten worden verlaagd;
2. de hoofdsom van de aanvullende tier 1-instrumenten wordt verlaagd;
3. de hoofdsom van de aanvullende tier 2-instrumenten wordt verlaagd;

In het kader van toepassing van het instrument van bail-in:

4. de hoofdsom van de achtergestelde schuld die geen aanvullend tier 1- of tier 2-kapitaal is, wordt verlaagd;
5. de hoofdsom van of het uitstaande verschuldigde bedrag met betrekking tot de rest van de in aanmerking komende passiva wordt verlaagd.

Werking van bail-in

In de richtlijn en de verordening wordt het instrument van bail-in als volgt gedefinieerd: «*het mechanisme voor het verrichten van de uitoefening door een afwikkelingsautoriteit van de bevoegdheden voor het afschrijven of omzetten van de passiva van een instelling in afwikkeling*».

Het mechanisme waaraan bovenstaande definitie refereert, ziet vooral op de effectuering van de omzetting van de passiva in kernkapitaalinstrumenten of andere eigendomsinstrumenten. Bezien is op welke wijze een dergelijke omzetting van schuld in eigen vermogen vorm gegeven kan worden.

Hieronder zal nader worden ingegaan op dit mechanisme en worden uitgelegd hoe daadwerkelijk effect kan worden gegeven aan het instrument van bail-in. Opgemerkt dient te worden dat de voorgestelde regeling deze hieronder beschreven werkwijze niet voorschrijft. DNB kan de omzetting indien dit in het licht van de afwikkelingsdoelstellingen of de omstandigheden van het geval gewenst is, ook op een andere wijze vormgeven.

Als voorbeeld wordt de situatie gebruikt dat obligaties (passiva) worden omgezet in aandelen.¹⁸ Op het moment dat er bij de instelling in afwikkeling verliezen worden geconstateerd wordt allereerst de nominale waarde van de aandelen verlaagd tot nihil. De aandelen zelf worden op dat moment nog niet ingetrokken. Dit om te voorkomen dat er tijdelijk geen aandeelhouders zijn, hetgeen zich niet verhoudt tot de regeling inzake kapitaalvennootschappen in het BW.

Vervolgens zijn de obligatiehouders aan de beurt om de instelling in afwikkeling van nieuw kapitaal te voorzien. Om deze herkapitalisatie te verwezenlijken is een omzetting van de obligaties in aandelen noodzakelijk. Deze omzetting kan geheel of gedeeltelijk zijn. Ten behoeve van

¹⁸ Omwille van de leesbaarheid wordt hier alleen gesproken over aandelen of aandeelhouders, terwijl het strikt genomen beter zou zijn om te spreken van de meeromvattende term (houders van) «kernkapitaalinstrumenten» en «eigendomsinstrumenten». Zie voor een nadere toelichting de artikelsgewijze toelichting bij de artikelen 3A:23 en 3A:45.

deze omzetting geeft DNB de obligatiehouders voor het deel van hun vordering dat is «omgezet» (dat wil zeggen afgeschreven) rechten op nieuw uit te geven aandelen. Tegelijk schrijft DNB aan de instelling in afwikkeling voor dat zij nieuwe aandelen uitgeeft. Deze aandelen komen toe aan de houders van de rechten op die aandelen, zijnde de obligatiehouders. Anderen dan de houders van deze specifieke rechten kunnen op dit moment geen rechten doen gelden op de nieuw uit te geven aandelen; deze uitgifte is immers bedoeld om de omzetting van obligaties in aandelen te realiseren. De genoemde rechten worden uitgeoefend jegens de instelling en vertonen aldus een zekere gelijkenis met de reeds bestaande voorkeursrechten voor aandeelhouders als bedoeld in artikel 2:96a BW. Op het moment dat de obligatiehouder vervolgens zijn recht op de nieuwe aandelen uitoefent, worden de oude aandelen ingetrokken.

Het ligt in de rede dat DNB een termijn stelt waarbinnen de rechten op nieuw uit te geven aandelen moeten worden uitgeoefend. Wordt een dergelijk recht niet binnen deze termijn uitgeoefend dan vervalt het. Indien een voormalig obligatiehouder zijn recht niet wil uitoefenen (omdat hij geen aandeelhouder wenst te worden) kan hij dat recht overdragen. Deze rechten zijn aldus overdraagbaar (verhandelbaar) tot het moment dat ze uiterlijk kunnen worden uitgeoefend.

Figuur 1: voorbeeld van werking bail-in

Stap 1: De nominale waarde van de aandelen wordt tot nul afgeschreven, obligaties worden geheel of gedeeltelijk afgeschreven.

Stap 2: DNB kent rechten op nieuw uit te geven aandelen toe aan obligatiehouders.

Stap 3: DNB schrijft voor dat instelling nieuwe aandelen uitgeeft aan houders van rechten (obligatiehouders) op deze aandelen.

Stap 4: Houders van rechten op nieuwe aandelen (obligatiehouders) oefenen dit recht uit. Op het moment dat de eerste obligatiehouder zijn recht op een nieuw aandeel uitoefent, worden de oude aandelen ingetrokken.

Beschermingsmaatregelen

Een aantal instellingen dat onder de werking van Deel 3A valt, maakt thans gebruik van zogenoemde beschermingsmaatregelen. Dit zijn juridische instrumenten die tot doel hebben om de vennootschap te beschermen tegen een ongewenste of «vijandige» overname of breder: tegen onwelgevallige beslissingen van een «toevallige» meerderheid van aandeelhouders.

Beschermingsmaatregelen bestaan in verschillende varianten. Zo hebben sommige grote banken hun aandelen gecertificeerd. De aandelen zijn ondergebracht bij een Stichting Administratiekantoor die vervolgens certificaten van aandelen heeft uitgegeven. Een andere beschermingsmaatregel is de plaatsing van beschermingspreferente aandelen bij een onafhankelijke Stichting Continuïteit. Daartoe wordt door de vennootschap een optieovereenkomst aangegaan met de Stichting Continuïteit, die de optie bij bijvoorbeeld een vijandig overnamebod kan uitoefenen.

De richtlijn noch de verordening stellen regels omtrent de omgang met beschermingsmaatregelen. Onderkend is dat de uitoefening van AFOMKI of het instrument van bail-in tot gevolg kan hebben dat de beschermingsmaatregel verdwijnt. Dit is bij certificering bijvoorbeeld het geval indien

de door de stichting administratiekantoor gehouden aandelen worden ingetrokken en aandelen rechtstreeks worden uitgegeven aan de schuldeisers wier vorderingen zijn omgezet. Voor de variant van de Stichting Continuïteit geldt dat voor zover deze haar optie reeds heeft uitgeoefend deze maatregel haar werking zal verliezen. In die situatie worden immers ook deze preferente aandelen ingetrokken. Indien de Stichting de optie niet heeft uitgeoefend zal het afhangen van de omvang van het beschermingspreferente aandelenpakket of deze effectief zal blijven. Het is immers denkbaar dat als gevolg van de omzetting van passiva in aandelen de omvang van het uitstaande kapitaal zodanig toeneemt dat uitoefening van de optie niet langer resulteert in een meerderheidsbelang.

Thans wordt als uitgangspunt gekozen dat eventueel bestaande beschermingsmaatregelen worden gerespecteerd, dan wel opnieuw worden opgezet, ten minste voor zover dit de verwezenlijking van de doelstellingen van afwikkeling niet belemmert. In het wetsvoorstel is hieraan gevolg gegeven onder meer door te bepalen dat in het kader van bail-in eigendomsinstrumenten kunnen worden ingetrokken, dat passiva kunnen worden omgezet in rechten op nieuw uit te geven eigendomsinstrumenten en dat de entiteit in afwikkeling door DNB kan worden opgedragen medewerking te verlenen aan de uitgifte van eigendomsinstrumenten. Onder eigendomsinstrumenten worden mede certificaten van aandelen verstaan. Op deze wijze wordt bewerkstelligd dat de bail-in maatregelen kunnen worden genomen ten aanzien van certificaathouders zonder noodzakelijkerwijs de aandelen die worden gehouden door de Stichting Administratiekantoor in te trekken. Voor zover de bescherming vorm is gegeven door een optieovereenkomst kan deze in stand blijven, dan wel worden aangepast aan de nieuwe situatie. Dit kan door de bijzondere bestuurder of door DNB indien zij de zeggenschap in de entiteit in afwikkeling uitoefent.

De achtergrond van dit uitgangspunt is dat het wegnemen van de beschermingsmaatregel in zekere zin een onbedoeld neveneffect van de toepassing van het afwikkelingsinstrumentarium is. Gelet op het feit dat de onderneming na afwikkeling zelfstandig en onafhankelijk verder moet, ligt het in de rede om met het ingrijpen niet verder te gaan dan strikt noodzakelijk. De beschermingsmaatregel vormde vóór afwikkeling in zekere zin een uiting van het zelfbeschikkingsrecht van de onderneming; het ligt in de rede om dit ook na afwikkeling te respecteren. Het bovenstaande neemt niet weg dat in het kader van de afwikkeling de realisatie van de afwikkelingsdoelstellingen dient te prevaleren. Indien de afwikkelingsautoriteit van oordeel is dat het respecteren van een beschermingsmaatregel het bereiken van deze doelstellingen belemmert of anderszijds daaraan in de weg staat, kan zij ervoor kiezen de beschermingsmaatregel niet te respecteren. Benadrukt wordt dat aldus niet is gekozen voor een verplichting voor de afwikkelingautoriteit om een beschermingsmaatregel te respecteren.

3d. financiering van afwikkeling, afwikkelingsfonds en afwikkelingsheffing

Zoals hierboven reeds is opgemerkt is één van de afwikkelingsdoelstellingen het zoveel als mogelijk beperken van een beroep op de publieke middelen bij het afwikkelen van een bank of beleggingsonderneming. Mede om die reden is in de richtlijn en de verordening een kader opgenomen voor de financiering van afwikkeling.

Op basis van de richtlijn (artikelen 100 en verder) zijn de lidstaten verplicht om vanaf de inwerkingtreding van de richtlijn een door de sector gefinancierd nationaal ontwikkelingsfonds op te richten. Voor die lidstaten die deelnemen aan de bankenunie geldt dat deze nationale ontwikkelingsfondsen (voor zover van toepassing op entiteiten die onder de werking van de verordening vallen) op 1 januari 2016 worden vervangen door het gemeenschappelijk ontwikkelingsfonds. Vanaf dat moment gaan de jaarlijkse bijdragen van banken in deze lidstaten via de nationale ontwikkelingsautoriteiten naar het gemeenschappelijk ontwikkelingsfonds.

De verordening bepaalt dat in aanvulling op de verordening in een Overeenkomst¹⁹ afspraken worden gemaakt over de werking van het gemeenschappelijk ontwikkelingsfonds. In deze Overeenkomst is de overdracht en mutualisatie van de bijdragen aan het gemeenschappelijk ontwikkelingsfonds vastgelegd. Deze overeenkomst is op 21 mei 2014 ondertekend en zal naar verwachting op 1 januari 2016 in werking treden. In de Overeenkomst worden – kort gezegd – twee zaken geregeld. Ten eerste verplichten de aan de bankunie deelnemende lidstaten zich ertoe om nationaal geïnde bijdragen over te dragen aan het gemeenschappelijk ontwikkelingsfonds. Op grond van de richtlijn en de verordening worden deze bijdragen door iedere lidstaat op nationaal niveau geïnd van banken of beleggingsondernemingen, met inbegrip van EU-bijkantoren, waaraan op het grondgebied van de betreffende lidstaat een vergunning is verleend. Gedurende de periode van 8 jaar waarin het gemeenschappelijk ontwikkelingsfonds moet worden opgebouwd (de overgangperiode), worden de nationaal geïnde bijdragen overgedragen aan zogenoemde nationale compartimenten in het gemeenschappelijk ontwikkelingsfonds. Voor het gemeenschappelijk ontwikkelingsfonds geldt een streefbedrag van 1% van de gegarandeerde deposito's van alle deelnemende banken, te bereiken uiterlijk op 1 januari 2024.²⁰

Voor stand-alone beleggingsondernemingen en bijkantoren van banken en beleggingsondernemingen met zetel in derde landen geldt dat de nationale fondsen blijven bestaan. Het nationale fonds kent ingevolge artikel 102 van de richtlijn eveneens een streefbedrag van ten minste 1% van de gegarandeerde deposito's, van de banken waaraan in de specifieke lidstaat een vergunning is verleend, te bereiken uiterlijk 31 januari 2024.

Voor beide fondsen geldt dat slechts voor een beperkt aantal, uitdrukkelijk genoemde doeleinden een beroep kan worden gedaan op de middelen van het fonds. Deze doeleinden staan genoemd in artikel 101 van de richtlijn en artikel 76 van de verordening. Zo kunnen de middelen van de beide fondsen in principe niet worden ingezet ten behoeve van de herkapitalisatie van de entiteit in afwikkeling. Middelen uit het fonds kunnen dus als zodanig niet worden gebruikt om rechtstreeks verliezen van de entiteit in afwikkeling op te vangen. De verliezen van de bank of beleggingsonderneming zullen, zo volgt ook uit de uitgangspunten voor afwikkeling, in de eerste plaats moeten worden gedragen door aandeelhouders en schuldeisers van de entiteit.

De doeleinden waarvoor de middelen uit de fondsen wel kunnen worden ingezet betreffen onder meer het verstrekken van leningen aan de entiteit in afwikkeling, het garanderen van verplichtingen van die entiteit of het financieren van een overbruggingsinstelling of een entiteit voor activa- en passivabeheer. Artikel 101, tweede lid, van de richtlijn en 76, derde lid, van

¹⁹ Trb. 2014,146. «Overeenkomst betreffende de overdracht en mutualisatie van de bijdragen aan het gemeenschappelijk ontwikkelingsfonds».

²⁰ Zie de nader memorie van toelichting op de goedkeuringswet: Kamerstukken II 2014/15, 34 155, nr. 3.

de verordening bepalen onder welke voorwaarden, ondanks het verbod op herkapitalisatie uit het fonds, niettemin rechtstreeks een bijdrage kan worden geleverd aan de entiteit in afwikkeling. Bij de toepassing van het instrument van bail-in kan hiervan alleen sprake zijn indien is voldaan aan de voorwaarden in artikel 44, vierde tot en met achtste lid, van de richtlijn respectievelijk artikel 27 van de verordening. Zo moet de afwikkelingsautoriteit hebben bepaald dat bepaalde passiva geheel of gedeeltelijk niet aan bail-in zullen worden onderworpen en de verliezen die uit deze passiva zouden zijn voortgevloeid niet volledig aan andere crediteuren zijn overgedragen. Uit het fonds kan dan een bijdrage worden geleverd teneinde verliezen van de entiteit te dekken of deze te herkapitaliseren. Voordat het fonds voor dit doeleinde kan worden aangesproken dienen houders van kernkapitaalinstrumenten en schuldeisers een bijdrage te hebben geleverd om verliezen op te vangen en een herkapitalisatie te bewerkstelligen, met een waarde van ten minste 8 procent van de totale passiva van de onderneming. De bijdrage van het fonds kan op dat moment niet meer bedragen dan 5 procent van de totale activa, met inbegrip van eigen vermogen van de entiteit. Pas wanneer vervolgens alle niet-preferente passiva, met uitzondering van in aanmerking komende deposito's, volledig zijn afgeschreven kan opnieuw een beroep worden gedaan op alternatieve financieringsbronnen, waaronder het fonds.

Een ander doeleinde waarvoor de middelen van de fondsen kunnen worden aangewend is de compensatie van houders van kernkapitaalinstrumenten of crediteuren die, blijkens een ex post waardering, in een slechtere positie zijn komen te verkeren dan het geval zou zijn geweest in faillissement (artikel 101, eerste lid, onderdeel e, van de richtlijn en artikel 76, eerste lid, onderdeel e van de verordening). Uitgangspunt van de richtlijn en verordening is dat schuldeisers van een entiteit in afwikkeling, als gevolg van de toepassing van de bevoegdheden en instrumenten door de afwikkelingsautoriteit per saldo niet in een slechtere positie worden gebracht dan zij zouden zijn geweest indien de entiteit via een reguliere insolventieprocedure zou zijn ontbonden (het zogenoemde «*no creditor worse off*»-beginsel). De richtlijn vereist in dat kader dat na toepassing van een of meer van de afwikkelingsinstrumenten door een onafhankelijke derde een waardering wordt verricht om te bezien of aan deze voorwaarde is voldaan. Is dit niet het geval, (met andere woorden: schuldeisers hebben door de afwikkeling grotere verliezen geleden dan zij zouden hebben geleden bij een faillissement), dan bestaat voor deze schuldeisers een recht op compensatie. Voor deze compensatie kan een beroep worden gedaan op de middelen van de fondsen.

De middelen van het nationale afwikkelingsfonds en het gemeenschappelijk afwikkelingsfonds worden bijeen gebracht door een ex ante heffing bij banken, beleggingsondernemingen en bijkantoren. De bijdrage van een individuele instelling wordt vastgesteld door de afwikkelingsautoriteit en, voor zover het bijdragen aan het gemeenschappelijk afwikkelingsfonds betreft, door de Afwikkelingsraad. Uitgangspunt is dat de bijdrage wordt gebaseerd op de totale passiva (minus eigen vermogen en door het DGS gegarandeerde deposito's) van een instelling, waarop vervolgens een correctie voor het risicoprofiel van de desbetreffende instelling wordt toegepast. In een gedelegeerde handeling²¹ van de Europese Commissie is een aantal voorgeschreven risico-indicatoren opgenomen op basis

²¹ Zie http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-1181_nl.htm

waarvan het risicoprofiel van elke bank dient te worden vastgesteld.²² Hierbij ligt de nadruk op toezichtindicatoren zoals de hoogte van de risicogewogen activa en het kernkapitaal. Tevens mogen onderlinge verplichtingen binnen een groep worden afgetrokken van de contributiebasis om dubbel telling te voorkomen. De gedelegeerde handeling voorziet verder in een speciale, op lagere, forfaitaire bijdragen gebaseerde regeling voor kleine banken. Deze worden gedefinieerd als banken met een contributiebasis die kleiner is dan EUR 300 miljoen en een balans-totaal van minder dan EUR 1 miljard. Op basis van het risicoprofiel kan de afwikkelingsautoriteit echter beslissen om een kleine bank alsnog te onderwerpen aan de reguliere bijdrage. Met dit systeem dragen alle banken bij aan een afwikkelingsfonds en wordt tegelijk rekening gehouden met het feit dat in het geval van falende kleine banken minder snel gebruik zal worden gemaakt van middelen uit afwikkelingsfondsen.

Zowel de richtlijn als de verordening voorziet in alternatieve methodes van financiering voor het geval de door middel van de ex ante heffing bijeen gebrachte middelen niet volstaan. Zo moeten in een dergelijk geval buitengewone ex post bijdragen worden geheven. Deze bijdragen worden op dezelfde wijze vastgesteld als de ex ante heffing, met dien verstande dat een plafond is opgenomen van maximaal driemaal de jaarlijkse ex ante heffing. Voorts kan ten behoeve van een fonds worden geleend van fondsen in andere lidstaten of kunnen leningen worden aangegaan op de kapitaalmarkten.

In het onderhavige wetsvoorstel wordt ter implementatie van de richtlijn een afwikkelingsfonds opgericht. Teneinde de middelen van het afwikkelingsfonds te scheiden van de balans van DNB, wordt ervoor gekozen het afwikkelingsfonds een eigen publiekrechtelijke rechtspersoonlijkheid toe te kennen. Dat heeft onder meer tot gevolg dat de door middel van ex ante bijdragen bijeengebrachte middelen juridisch eigendom worden van het afwikkelingsfonds. Ook wanneer bij afwikkeling de beschikbare financiële middelen niet volstaan en additionele financiering moet worden aangetrokken (bijvoorbeeld door leningen van financieringsregelingen van andere lidstaten of van derden) zal het afwikkelingsfonds en niet DNB partij zijn bij een dergelijke overeenkomst. Hiermee wordt voorkomen dat in bepaalde omstandigheden (onbedoeld) sprake kan zijn van overtreding van het verbod op monetaire financiering door DNB en het verbod op het verstrekken van ongedekte kredieten.

In het voorstel wordt bepaald dat bij afwikkeling het afwikkelingsfonds haar beschikbare middelen inzet nadat DNB hiertoe heeft besloten. DNB kan in een dergelijk geval de middelen voor de reeds genoemde doeleinden inzetten. Het bestuur van het afwikkelingsfonds zal worden benoemd door DNB. Omtrent het bestuur van dat fonds zullen bij algemene maatregel van bestuur nadere regels worden gesteld. Dit fonds zal in 2015 worden gevoed met ex ante bijdragen van banken, beleggingsondernemingen en EU-bijkantoren. DNB zal de hoogte van de bijdrage vaststellen en de heffing verzorgen.

Met de inwerkingtreding van de Overeenkomst zullen de middelen die zijn bijeen gebracht door de entiteiten die onder de verordening vallen, worden overgedragen aan het gemeenschappelijk afwikkelingsfonds. Het

²² De grondslag voor het vaststellen van deze gedelegeerde handeling is artikel 103 (leden 7 en 8) van de richtlijn. Voor de entiteiten die onder het toepassingsbereik van de verordening vallen heeft de Commissie een voorstel voor een uitvoeringshandeling van de Raad opgesteld waarin de methode voor de berekening van de bijdragen nader is omschreven. Deze methode is op dezelfde risico-indicatoren gebaseerd als die welke in de gedelegeerde handeling worden gebruikt.

nationaal afwikkelingsfonds zal dan slechts fungeren voor de afwikkeling van entiteiten die wel onder het toepassingsbereik van de richtlijn maar niet onder dat van verordening vallen. DNB zal na 1 januari 2016 aldus de bijdragen vaststellen van de entiteiten die deelnemen aan het nationaal afwikkelingsfonds en deze bijdragen ten behoeve van het fonds heffen. Daarnaast is DNB verantwoordelijk voor de inning van de bijdragen van banken en beleggingsondernemingen die wel onder de werking van de verordening vallen, en voor de afdracht daarvan aan het gemeenschappelijk afwikkelingsfonds. De hoogte van die bijdragen wordt door de Afwikkelingsraad vastgesteld.

3e. waarborgen voor private partijen

Een van de afwikkelingsinstrumenten waarin de richtlijn voorziet, is het instrument van overgang van de onderneming. Bij de toepassing van dit instrument is een van de twee varianten dat activa en passiva van de entiteit in afwikkeling overgaan. De term «overgang van de onderneming» zou kunnen suggereren dat de onderneming steeds in haar geheel overgaat door middel van een overgang van alle activa en passiva, maar de richtlijn laat uitdrukkelijk toe dat een gedeelte van de activa en passiva overgaan (zie bijvoorbeeld artikel 38, eerste lid, onderdeel b, van de richtlijn). Een overgang waarbij slechts een gedeelte van de activa en passiva overgaat zou zonder nadere regels bepaalde rechten van wederpartijen van de entiteit in afwikkeling op een onwenselijke manier kunnen aantasten. Vooropgesteld wordt dat schuldeisers ter voldoening van hun vorderingen ten minste evenveel moeten ontvangen als zij zouden hebben ontvangen als de entiteit in afwikkeling zou zijn geliquideerd in een normale insolventieprocedure op het tijdstip dat de afwikkelingsautoriteit besluit tot de afwikkelingsmaatregel («*no creditor worse off*»-beginsel). Daarnaast is in de richtlijn nadere bescherming geregeld voor het geval een gedeelte van de activa en passiva overgaan, namelijk voor de situatie waarin bepaalde activa en passiva aan elkaar gekoppeld zijn. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer tussen de entiteit in afwikkeling en een wederpartij over en weer rechten en verplichtingen bestaan die met elkaar kunnen worden verrekend in geval van een deconfiture («*close out netting*»). Ingeval sommige van die «*linked assets and liabilities*» overgaan naar een derde, terwijl andere zouden achterblijven bij de entiteit in afwikkeling, is het mogelijk dat de wederpartij een schuld heeft die hij moet blijven voldoen aan de entiteit in afwikkeling, terwijl hij de daarmee corresponderende vordering niet langer op de entiteit in afwikkeling heeft maar op de derde naar wie die vordering is overgegaan. In een dergelijk geval zou twijfel kunnen ontstaan of verrekening nog steeds mogelijk is. Dat is op zichzelf reeds onwenselijk. Daarenboven rijst de vraag, zelfs indien verrekening in een dergelijk geval mogelijk zou blijken te zijn, wat daarvan de consequenties zijn voor de kapitaaleisen op grond van de richtlijn kapitaalvereisten. De bevoegdheid van de wederpartij om bilateraal te verrekenen met de entiteit in afwikkeling is immers gewijzigd in een bevoegdheid om multilateraal te verrekenen (wederpartij – entiteit in afwikkeling – derde). Artikel 295 van de richtlijn kapitaalvereisten bepaalt dat alleen de bevoegdheid tot bilaterale verrekening mag worden behandeld als risicoverminderend, en dus tot lagere kapitaaleisen mag leiden (zie ook punt 95 van de considerans van de richtlijn).

Koppeling van activa en passiva komt niet alleen voor bij *close out netting*, maar ook in het kader van zekerheidsrechten. Wanneer vorderingen zijn gedekt door zekerheidsrechten, wordt door sommigen betwijfeld of deze rechten kunnen worden uitgeoefend indien de verplichtingen wel overgaan naar een derde maar de daarmee verbonden goederen niet. De koppeling van activa en passiva waarvoor de bescherming moet gelden komt om die reden niet alleen voor bij *close*

out netting, maar ook bij zekerheidsregelingen («security arrangements»), financiëlezekerheids-overeenkomsten, salderingsovereenkomsten en gestructureerde financieringsregelingen.

Om deze redenen zijn in de richtlijn enkele artikelen opgenomen die de benodigde bescherming bieden bij overgang van een gedeelte van de activa en passiva: de artikelen 76 tot en met 80. In artikel 76 van de richtlijn wordt een algemene regel gegeven, die zegt dat «adequate bescherming» moet worden geboden.

De hoofdregel van artikel 76 van de richtlijn is geïmplementeerd door te bepalen dat de bevoegdheden die voortvloeien uit financiëlezekerheids-overeenkomsten, gedekte obligaties, gestructureerde financieringsregelingen, salderingsovereenkomsten, verrekeningsovereenkomsten en zekerheidsregelingen niet worden aangetast door (a) de overgang van sommige, maar niet alle, activa of passiva, (b) de vernietiging of wijziging van voorwaarden van een overeenkomst waarbij de instelling in afwikkeling partij is of (c) de vervanging van de verkrijger als partij.

De hoofdregel van artikel 76 van de richtlijn is nader uitgewerkt in de artikelen 77 tot en met 80 van de richtlijn. Artikel 77 van de richtlijn heeft betrekking op financiële zekerheden en verrekening- en salderingsovereenkomsten, ofwel «set off» en «netting». Reeds voor de totstandkoming van de richtlijn is aandacht aan deze kwestie besteed door bij de Wijzigingswet financiële markten 2015 aan artikel 3:159o een lid toe te voegen. In dat lid is bepaald dat, kort gezegd, de overgang niet de bevoegdheden uit een verrekenbeding aantast. Deze bepaling moet naar aanleiding van de richtlijn worden aangepast. Met betrekking tot *set off* en *netting* bepaalt artikel 77 van de richtlijn dat moet worden voorkomen dat een gedeelte van de activa en passiva overgaan. Het verschil met artikel 3:159o is dat onder dat artikel een overgang van een gedeelte van de activa en passiva mogelijk is, maar dat de schuldeisers daarvan geen nadeel mogen ondervinden, terwijl onder artikel 77 van de richtlijn niet langer is toegestaan dat een gedeelte van de activa overgaan. Dit is ook zo in Deel 3A opgenomen. De vraag rijst welke sanctie moet worden gesteld wanneer DNB in weerwil van deze bepaling toch een gedeelte van de activa overdraagt. Dit kan in het bijzonder het geval zijn wanneer eerst na de overgang blijkt dat sommige activa of passiva zijn gekoppeld aan andere activa of passiva. Overwogen is te bepalen dat, indien activa of passiva overgaan, alle daaraan gekoppelde activa en passiva tevens overgaan. Een nadeel daarvan is dat na de overgang mogelijk blijkt dat de overnemer meer moet overnemen dan hetgeen waarmee hij aanvankelijk instemde. Daarom is ervoor gekozen voor een dergelijke situatie terug te vallen op de hoofdregel, namelijk te bepalen dat de bevoegdheden uit een verrekenbeding niet kunnen worden aangetast door de omstandigheid dat niet is voldaan aan de regel dat aan elkaar gekoppelde activa en passiva slechts gezamenlijk kunnen overgaan. Het is niet nodig dat uitdrukkelijk te bepalen. Voor de duidelijkheid is bepaald dat een overgang waarbij gekoppelde activa en passiva niet gezamenlijk zijn overgedragen, niet nietig of vernietigbaar is.

De regel dat aan elkaar gekoppelde activa en passiva slechts gezamenlijk overgaan geldt ook voor (1) verplichtingen en de activa waarmee die verplichtingen onder een zekerheidsregeling («security arrangement») worden gedekt (artikel 78 van de richtlijn) en (2) activa en passiva die onder een gestructureerde financieringsregeling of een regeling van gedekte obligaties («covered bonds») vallen (artikel 79 van de richtlijn). In de gevallen waarin een overgang van een gedeelte van de activa en passiva toch is toegestaan, mag aan het functioneren van een systeem dat door de Minister van Financiën is aangewezen op grond van artikel 212d,

eerste lid, van de Fw, geen afbreuk worden gedaan door een dergelijke overgang, noch door de bevoegdheid van de afwikkelingsautoriteit om contractsvoorwaarden te wijzigen (artikel 80 van de richtlijn).

3f. rechtsbescherming

Op besluiten van nationale bestuursorganen op grond van de Wft en de verordening is de nationale regeling van rechtsbescherming van toepassing. Ter zake van de uitvoering van de richtlijn en de verordening gaat het daarbij om de volgende categorieën van besluiten:

- besluiten van DNB, de Autoriteit Financiële Markten (AFM), een curator of bijzondere bewindvoerder in het kader van vroegtijdige interventie en herstel;
- besluiten van DNB ten aanzien van de afwikkeling van entiteiten die niet onder de werking van de verordening vallen;
- besluiten van DNB op grond van de verordening;
- besluiten van DNB of een bijzondere bestuurder, ter uitvoering van besluiten of instructies van de Afwikkelingsraad.

Voor besluiten van de Afwikkelingsraad geldt de Europese rechtsbescherming en is de Europese rechter bevoegd.²³

Lidstaat-optie met betrekking tot ex ante rechterlijke toets

Artikel 85, eerste lid, van de richtlijn geeft lidstaten de optie om besluiten tot het nemen van maatregelen in het kader van vroegtijdige interventie en afwikkeling te onderwerpen aan voorafgaande rechterlijke goedkeuring, op voorwaarde dat de procedure snel wordt afgerond. In overweging 92 bij de richtlijn wordt een termijn van 24 uur genoemd. Het is zeer de vraag in hoeverre bij een (naar zijn aard complexe) procedure die in een zodanig korte termijn moet worden afgerond, kan worden gesproken van effectieve rechtsbescherming. Daarbij geldt dat binnen het kader van de verordening uitdrukkelijk niet is gekozen voor een ex ante rechterlijke toetsing van vergelijkbare besluiten door de Afwikkelingsraad. Het ligt niet voor de hand om de rechtsbescherming bij besluitvorming op grond van de verordening en op grond van de nationale wetgeving ter implementatie van de richtlijn en de verordening fundamenteel uiteen te laten lopen. Om deze redenen is ervoor gekozen geen gebruik te maken van deze lidstaatoptie.

Bestuursrechtelijke rechtsbescherming

Ten aanzien van de rechtsbescherming bij afwikkelingsmaatregelen is niet afgeweken van het bestuursrechtelijk karakter van de algemene regeling van rechtsbescherming in de Wft. Hieronder wordt nader toegelicht hoe de rechtsbescherming op bepaalde punten nader is uitgewerkt. De Wft kent een apart regime van rechtsbescherming voor maatregelen in het kader van de overdrachtsregeling in Deel 3 van de Wft. Binnen dit aparte regime worden besluiten zowel vooraf als achteraf ter toetsing voorgelegd aan de burgerlijke rechter. Hiertoe werd bij de invoering van deze regeling gekozen, gezien de verwantschap met de noodregeling en het commune faillissementsrecht.

Deze verwantschap doet zich bij afwikkeling op grond van de verordening en het nieuwe Deel 3A Wft niet voor. Anders dan bij toepassing van de bevoegdheden ingevolge Deel 3, waarbij een overdrachtsplan ter beoordeling en goedkeuring aan de rechter wordt voorgelegd, is in het kader van Deel 3A veeleer sprake van zelfstandige uitoefening van

²³ Zie artikel 86 van de verordening en ook artikel 263 VWEU.

wettelijke bevoegdheden door een bestuursorgaan. Daarbij is bestuursrechtelijke rechtsbescherming het meest aangewezen. Nu geen sprake is van een ex ante rechterlijke toets, behoeft ook om die reden niet te worden gekozen voor het alternatief van civielrechtelijke rechtsbescherming. Er is ook in dat opzicht geen aanleiding om af te wijken van de hoofdregel dat besluiten van DNB en de AFM door de bestuursrechter worden getoetst.

De overdrachtsregeling blijft, met inbegrip van het rechtsbeschermingsregime, na inwerkingtreding van de in het wetsvoorstel voorgestelde wijzigingen nog slechts gelden ten aanzien van verzekeraars. In de situatie waarin een af te wikkelen bank of bankengroep nauwe banden heeft met één of meer verzekeraars en besloten wordt ten aanzien van de verzekeraar toepassing te geven aan de bevoegdheden ingevolge Deel 3 en ten aanzien van de bankengroep aan de bevoegdheden ingevolge Deel 3A, zal een verschillende rechtsgang moeten worden gevolgd. Dit vormt echter geen probleem, aangezien er aan de uitoefening van onderscheidenlijke wettelijke bevoegdheden specifieke eisen zijn verbonden die ter beoordeling staan van de burgerlijke rechter onderscheidenlijk de bestuursrechter.

Uitwerking nationale rechtsbescherming

Waar DNB, en voor zover van toepassing de AFM, besluiten neemt, geldt het nationale recht: in dit verband zijn de Wft, de Algemene wet bestuursrecht (Awb) en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur relevant. Bij besluiten genomen door DNB en voor zover van toepassing de AFM, op grond van de Wft en de verordening geldt het rechtsbeschermingsregime zoals vastgelegd in (de bijlagen van) de Awb. Belanghebbenden kunnen bezwaar maken bij DNB, onderscheidenlijk de AFM. Beroep kan worden ingesteld bij de rechtbank Rotterdam en hoger beroep is mogelijk bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven.

In bepaalde gevallen wordt van het reguliere rechtsbeschermingsregime dat geldt voor de Wft afgeweken. Dit wordt hieronder toegelicht.

Besluiten curatoren en bijzondere bewindvoerders

Thans staat tegen besluiten die de zogenoemde stille curator neemt, slechts de reguliere rechtsbescherming open. Met dit wetsvoorstel wordt voor de curator en de nieuw te introduceren bijzondere bewindvoerder en bijzondere bestuurder afgeweken van het reguliere regime dat geldt voor de Wft, door de route van administratief beroep op DNB of de AFM open te stellen.

Er wordt thans aldus ook buiten twijfel gesteld dat de curator, bijzondere bewindvoerder en bijzondere bestuurder in bepaalde gevallen – zij zullen ook in bepaalde gevallen in een «civiele» hoedanigheid optreden – als bestuursorgaan optreden. De curator, bijzondere bewindvoerder en bijzondere bestuurder vinden hun rol in de uitoefening van het toezicht of de uitvoering van een afwikkeling ingevolge de Wft. Zij fungeren daarbij in wezen als verlengstuk van de toezichthouder of afwikkelingsautoriteit, zij het met een eigen verantwoordelijkheid. Als zodanig handelen zij voornamelijk in een bestuursrechtelijke in plaats van een civielrechtelijke context. Gegeven de achtergrond van de benoeming van een curator of bijzondere bewindvoerder, te weten ernstige overtredingen van de Wft en/of (grote) financiële problemen bij een onderneming, zal de taakopdracht zien op het waarborgen van publieke belangen, in plaats van de behartiging van de private belangen waardoor het bestuur van een vennootschap zich onder normale omstandigheden zal laten leiden. Dit

maakt dat de functionele context van beslissingen die een curator of bijzondere bewindvoerder zal (moeten) nemen, niet op een lijn te stellen zijn met beslissingen die de organen van de onderneming (zelfstandig) zouden nemen. Voor een bijzondere bestuurder, die bij een entiteit in afwikkeling wordt benoemd, geldt dit te meer omdat bij het bestuur van de onderneming het «going concern» niet langer aan de orde is. De taakopdracht van de bijzondere bestuurder is in de eerste plaats gericht op het waarborgen van een ordentelijke afwikkeling van de onderneming in het algemeen belang, zoals het bewaren van de stabiliteit van het financiële stelsel. De bijzondere bestuurder behartigt niet het belang van de onderneming als zodanig, noch behartigt hij, zoals in een situatie van een curator in faillissement, de belangen van de gezamenlijke schuldeisers.

Het voorgaande maakt dat rechterlijke toetsing van besluiten van een curator, bijzondere bewindvoerder of bijzondere bestuurder, gezien het bestuursrechtelijke normenkader waaraan deze besluiten dienen te worden getoetst, het beste kan plaatsvinden door de bestuursrechter.

Een belanghebbende kan tegen besluiten, genomen door curatoren of bijzondere bewindvoerders, indien benoemd door ECB en DNB, administratief beroep instellen bij DNB, volgens de procedure van afdeling 7.3 Awb. Indien de AFM op grond van haar bevoegdheden besluit tot het instellen van een curator of een bijzondere bewindvoerder kan tegen door hen genomen besluiten administratief beroep worden ingesteld bij de AFM. Voor het openstellen van administratief beroep bij de toezichthouder is gekozen enerzijds om de curator of bijzondere bewindvoerder, ten behoeve van een goede uitvoering van zijn hoofdtaken, te ontlasten. Anderzijds wordt met de behandeling van administratief beroep door bestuursorganen als DNB en de AFM, die op reguliere basis een bezwaar behandelen, een zorgvuldigere procedure beter gewaarborgd. Beide toezichthouders moeten beter in staat worden geacht een bezwaarprocedure op een zorgvuldige wijze vorm te geven dan een curator of bewindvoerder die een van een «normaal» bestuursorgaan afwijkend karakter heeft. Wellicht ten overvloede wordt opgemerkt dat een curator en bijzondere bewindvoerder wordt aangewezen door de toezichthouder en van deze een taakopdracht meekrijgt, maar de toezichthouder niet de bevoegdheid heeft tot het geven van instructies. Gezien de rol van de curator onderscheidenlijk bewindvoerder, met de daarbij behorende eigen verantwoordelijkheid, is een instructiebevoegdheid voor de toezichthouders en de daarbij behorende rechtsbescherming, geen volwaardige alternatief voor het thans voorgestelde administratief beroep. Beroep en hoger beroep tegen de beslissing op het administratief beroep staat open bij respectievelijk de Rechtbank Rotterdam en het College van Beroep voor het bedrijfsleven. Dit in lijn met het algemene rechtsbeschermingsregime zoals vastgelegd in de (bijlagen van de) Awb ten aanzien van besluiten genomen in het kader van de uitvoering van de Wft.

Versnelde behandeling

Daarnaast wordt van het algemene rechtsbeschermingsregime zoals dat geldt voor de Wft afgeweken bij de twee besluiten die het startpunt vormen van een afwikkelingsproces: het besluit tot AFOMKI en het besluit tot afwikkeling zijn uitgesloten van bezwaar. Tegen beide besluiten kan rechtstreeks beroep worden ingesteld bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven. Daarbij geldt een verkorte termijn voor het instellen van het beroep van tien dagen. Voor deze bijzondere regeling is gekozen omdat deze besluiten een ingrijpend karakter hebben en bovendien snel leiden tot onomkeerbare gevolgen, zodat een snel en definitief rechterlijk oordeel over de rechtmatigheid van deze besluiten wenselijk is. Toepassing van de

algemene procedures van bezwaar en beroep in twee instanties en de daarbij geldende termijnen, zou de continuïteit van cruciale interventies kunnen ondermijnen en daarmee bovendien de financiële stabiliteit ernstig kunnen schaden. Om die reden is in het wetsvoorstel tevens bepaald dat het College van Beroep voor het bedrijfsleven uiterlijk 14 dagen na het instellen van beroep uitspraak doet. Deze snelle procedure komt de rechtszekerheid ten goede. Met deze verkorte termijn wordt nauw aangesloten bij het regime zoals vastgelegd in artikel 6:7 Wft. Conform artikel 6:16 Awb schorst eventueel beroep niet de werking van het besluit waartegen het is gericht.

Zo nodig kan hangende het beroep aan het College van Beroep voor het bedrijfsleven worden verzocht om een voorlopige voorziening te treffen (artikel 8:81 Awb). Het verdient hierbij vermelding dat een besluit van DNB tot het nemen van een afwikkelingsmaatregel leidt tot het weerlegbare rechtsvermoeden dat opschorting ervan indruist tegen het algemeen belang.²⁴ Hiermee wordt de bewijslast omgedraaid. Uitgangspunt is dat opschorting van het besluit van DNB in strijd is met het algemeen belang. Het is aan de partij die het besluit aanvecht om het tegendeel te bewijzen.

Hierbij verdient tevens vermelding dat, indien een besluit wordt vernietigd, de Nederlandse rechter onder toepassing van artikel 8:72, derde lid, Awb kan bepalen dat de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit geheel of gedeeltelijk in stand blijven. De richtlijn vereist dat de nationale rechter hiertoe in ieder geval beslist indien dit noodzakelijk is ter bescherming van de belangen van te goeder trouw handelende derden die ingevolge het besluit tot het nemen van een afwikkelingsmaatregel, andere eigendomsinstrumenten, activa, rechten of passiva van de entiteit in afwikkeling hebben verkregen.²⁵

Weigeringsbesluiten

Verder is het besluit tot het weigeren van het nemen van een besluit tot afwikkeling of het besluit tot het niet toepassen van een afwikkelingsinstrument, uitgesloten van bezwaar, beroep en hoger beroep.

Instructie

Uit de verordening volgt dat de Afwikkelingsraad DNB instructies kan geven om middels een besluit op grond van de Wft bepaalde bevoegdheden toe te passen. Dergelijke instructies kunnen algemeen en specifiek van aard zijn. Ook als de Afwikkelingsraad in het kader van de uitvoering van de verordening of de richtlijn een instructie geeft aan DNB zijn de uiteindelijke besluiten van DNB onderworpen aan nationale rechtsbescherming. Een instructie van de Afwikkelingsraad zal door DNB moeten worden opgevolgd binnen de mogelijkheden die de nationale wetgeving daartoe biedt. Na een instructie zal DNB een eigenstandig besluit nemen. Dit besluit dient te voldoen aan de nationale wetgeving, waaronder in Nederland de algemene beginselen van behoorlijk bestuur uit de Awb. Het is uiteraard belangrijk dat deze besluiten deugdelijk worden gemotiveerd, waarbij aansluiting kan worden gezocht bij de motivatie die de Afwikkelingsraad hanteert in zijn instructie. De Nederlandse rechter kan in geval van bezwaar en beroep de discretionaire ruimte die de nationale toezichthouder in de uitvoering van de instructie heeft, toetsen. Dit kan bijvoorbeeld aan de orde zijn indien DNB gebruik heeft gemaakt van de

²⁴ Zie artikel 85, vierde lid, onderdeel b van de richtlijn en de nadere uitwerking hiervan in artikel 3A:64a van deze wet.

²⁵ Zie artikel 85, vierde lid, van de richtlijn en de nadere uitwerking hiervan in artikel 3A:65 van deze wet.

mogelijkheid om een tot DNB gericht besluit van de Afwikkelingsraad nader te specificeren in de zin van artikel 6, zevende lid, van de verordening. De Nederlandse rechter is niet bevoegd te oordelen over de geldigheid van de instructie van de Afwikkelingsraad. Het Europese Hof van Justitie is exclusief bevoegd de geldigheid van dergelijke besluiten vast te stellen. Indien de Nederlandse rechter twijfelt over de correctheid van de beslissing van de Afwikkelingsraad kan hij een prejudiciële vraag stellen.

Europese rechtsbescherming

Waar de Afwikkelingsraad optreedt, dienen de procedures en voorwaarden zoals vervat in het EU-recht in acht te worden genomen. Besluiten of handelingen van de Afwikkelingsraad die aan de orde (zouden) kunnen worden gesteld bij de Europese rechter zijn in beginsel niet vatbaar voor nationaal bezwaar en beroep maar onderhevig aan de Europese rechtsbescherming. Op grond van artikel 263, vierde alinea, van het Europese Verdragswerk kunnen natuurlijke en rechtspersonen tegen besluiten van de Afwikkelingsraad beroep instellen bij het Europese Hof van Justitie indien die personen rechtstreeks en individueel geraakt worden door het besluit.²⁶

Bij bepaalde besluiten van de Afwikkelingsraad kan, onder dezelfde voorwaarde van rechtstreeks en individueel geraakt worden,²⁷ eerst beroep worden ingesteld bij een nog door de Afwikkelingsraad in te richten beroepspanel.²⁸ Hierbij gaat het bijvoorbeeld om het opleggen van maatregelen om belemmeringen van de afwikkelbaarheid weg te nemen, een besluit tot oplegging van een geldboete of de bepaling van de bijdrage die instellingen verschuldigd zijn voor de administratieve kosten van de Afwikkelingsraad. Tegen beslissingen van het beroepspanel kan vervolgens beroep worden ingesteld bij het Gerecht van de Europese Unie en hoger beroep bij het Europese Hof van Justitie. Daarnaast is een rechtstreeks beroep bij het Hof van Justitie mogelijk.²⁹ Ook kan onder bepaalde voorwaarden rechtstreeks beroep bij het Hof van Justitie worden ingesteld indien de Afwikkelingsraad nalaat om een besluit te nemen, terwijl de raad daar wel toe verplicht is op grond van de verordening.³⁰

Indien het Europese Hof van Justitie tot het oordeel komt dat het beroep gegrond is, vernietigt het Hof de handeling of het besluit van de Afwikkelingsraad.³¹ Daarmee wordt de handeling geacht nimmer te hebben bestaan. Wel is het Europese Hof van Justitie bevoegd te bepalen dat (bepaalde) rechtsgevolgen van het vernietigde besluit in stand blijven.³² Het Europese Hof kan hier onder meer toe beslissen indien dit noodzakelijk is om belangen van derden te beschermen die te goeder trouw activa, rechten en passiva van de instelling in afwikkeling hebben verkregen uit hoofde van de uitoefening van de afwikkelingsbevoegdheden door de Afwikkelingsraad.

²⁶ Artikel 263, vierde alinea, VWEU.

²⁷ Artikel 85 van de verordening.

²⁸ Artikel 85 van de verordening.

²⁹ Artikel 86 van de verordening.

³⁰ Artikel 265 VWEU.

³¹ Artikel 264 VWEU.

³² Artikel 264, tweede volzin, VWEU

3g. verhouding tot Handvest van de Grondrechten en EVRM

Ingevolge artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM (hierna: het Eerste Protocol) en artikel 17 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (hierna: het Handvest) heeft iedere natuurlijke of rechtspersoon recht op het ongestoord genot van zijn eigendom. Aan niemand zal zijn eigendom worden ontnomen behalve in het algemeen belang en onder de voorwaarden voorzien in de wet en in de algemene beginselen van internationaal recht. Toepassing van in dit wetsvoorstel opgenomen afwikkelingsinstrumenten, bijvoorbeeld het toepassen van het instrument van bail-in om aandelen of andere eigendomsinstrumenten in te trekken of in waarde te verminderen, kan een inbreuk vormen op het door het EVRM en het Handvest beschermde recht op een ongestoord genot van zijn eigendom. Hetzelfde kan overigens grosso modo ook gelden voor de bevoegdheden van de toezichthouder respectievelijk de afwikkelingsautoriteit in de vroegtijdige interventiefase en de voorbereidingsfase.

Dit wordt in de overwegingen bij de richtlijn onderkend. Zo wordt in overweging 13 bij de richtlijn opgemerkt dat «het gebruik van de afwikkelingsinstrumenten en -bevoegdheden waarin deze richtlijn voorziet, [...] de rechten van aandeelhouders en schuldeisers [kan] verstoren. Met name de bevoegdheid van de autoriteiten om de aandelen of activa van een instelling zonder toestemming van de aandeelhouders onderscheidenlijk de entiteit in afwikkeling aan een particuliere verkrijger over te dragen, doet afbreuk aan de eigendomsrechten van aandeelhouders. Daarnaast kan de bevoegdheid om te bepalen welke passiva van een falende instelling moeten overgaan met het oog op het streven om de continuïteit van de diensten te waarborgen en nadelige gevolgen voor de financiële stabiliteit te voorkomen, de gelijke behandeling van schuldeisers schaden. Daarom mogen er alleen afwikkelingsmaatregelen worden genomen als dat nodig is in het algemeen belang en dient elke aantasting van de rechten van aandeelhouders en schuldeisers die voortvloeit uit afwikkelingsmaatregelen verenigbaar te zijn met het Handvest. Met name wanneer niet alle schuldeisers die tot dezelfde categorie behoren, in het kader van een afwikkelingsactie op dezelfde wijze worden behandeld, moeten dergelijke verschillen door het algemeen belang worden gerechtvaardigd en evenredig zijn met de te voorkomen risico's, en mogen zij direct noch indirect onderscheid maken op grond van nationaliteit.» In de overwegingen 49 en 50 van de richtlijn wordt nog opgemerkt dat «de beperkingen van de rechten van aandeelhouders en schuldeisers [...] in overeenstemming [moeten] zijn met artikel 52 van het Handvest. De afwikkelingsinstrumenten dienen daarom alleen te worden toegepast op instellingen die falen of waarschijnlijk zullen falen, en alleen wanneer zulks noodzakelijk is om de doelstelling van financiële stabiliteit in het algemeen belang na te streven. Afwikkelingsinstrumenten dienen met name te worden toegepast wanneer de instelling niet volgens een normale insolventieprocedure kan worden geliquideerd zonder het financiële stelsel te destabiliseren, de maatregelen noodzakelijk zijn om de snelle overdracht en continuïteit van systeemkritische functies te verzekeren en er geen redelijk vooruitzicht is op een alternatieve oplossing vanuit de particuliere sector, zoals onder meer een zodanige kapitaalverhoging door de bestaande aandeelhouders of door een derde dat de levensvatbaarheid van de instelling volledig wordt hersteld. Bij het toepassen van afwikkelingsinstrumenten en het uitoefenen van afwikkelingsbevoegdheden moet voorts rekening worden gehouden met het evenredigheidsbeginsel en de bijzondere kenmerken van de rechtsvorm van een instelling. [...] Er mag niet onevenredig worden ingegrepen in de eigendomsrechten. Getroffen aandeelhouders en schuldeisers mogen geen grotere verliezen lijden dan de verliezen die

zij zouden hebben geleden als de instelling op het moment van het nemen van het afwikkelingsbesluit zou zijn geliquideerd.»

Het Eerste Protocol en het Handvest tasten niet het recht aan dat een Staat heeft om die wetten toe te passen, die hij noodzakelijk oordeelt om het gebruik van eigendom te reguleren in overeenstemming met het algemeen belang. Volgens vaste jurisprudentie van het Europese Hof van de Rechten van de Mens vereist artikel 1 van het Eerste Protocol in de eerste plaats dat elke inbreuk door de Staat op het ongestoorde genot van eigendom bij de wet voorzien en in overeenstemming met het nationale recht is. Dit nationale recht moet voldoende toegankelijk en nauwkeurig zijn en de toepassing daarvan moet voldoende voorzienbaar zijn (arresten van 25 juni 1996 inzake Amuur tegen Frankrijk, nr. 19776/92, par. 50 en 9 november 1999 inzake Špaček tegen Tsjechië, nr. 26449/95, par. 54; www.echr.coe.int). De inbreuk moet in de tweede plaats een legitiem in het algemeen belang gelegen doel dienen. In de derde plaats is een inbreuk op het ongestoord genot van eigendom slechts toegestaan als de gebruikte middelen evenredig zijn aan het daarmee nagestreefde doel. Dit vereist een evenwicht tussen het nagestreefde doel en de bescherming van individuele rechten.

Bij de beoordeling van wat het algemeen belang vergt en de keuze van de middelen om dit te bereiken komt de nationale wetgever «a wide margin of appreciation» toe. Het EHRM heeft voorts benadrukt dat deze «wide margin of appreciation» zeker geldt voor maatregelen op het terrein van het bewaken van de stabiliteit van het bancaire en financiële stelsel (zie onder meer het arrest van het EHRM van 24 november 2005, Capital Bank AD tegen Bulgarije, nr. 49429/99, par. 136; www.echr.coe.int).

Hieronder zal nog kort nader worden ingegaan op de voorwaarden die aan een beperking van het recht op een ongestoord genot van eigendom worden gesteld.

Bij wet voorzien

De bevoegdheden die thans worden geïntroduceerd en daarmee de grondslag voor beperking van het recht op een ongestoord genot van eigendom worden beheerst door de «trias» verordening, richtlijn en de onderhavige implementatiewetgeving. In de verordening en dit wetsvoorstel wordt bepaald welke voorwaarden zijn verbonden aan het uitoefenen van bevoegdheden en toepassen van maatregelen door de nationale afwikkelingsautoriteit en welke maatregelen de nationale afwikkelingsautoriteit in het kader van de afwikkeling van een bank of beleggingsonderneming kan nemen. Daarmee is voldaan aan de voorwaarde dat de inbreuk bij wet voorzien is.

Legitiem doel in het algemeen belang

Hiervoor is, in paragraaf 3, onder d, reeds gewezen op de doelstellingen van afwikkeling zoals die in de richtlijn en de verordening zijn geëxpliciteerd. Toepassing van de afwikkelingsinstrumenten in het publieke belang heeft, in algemene zin, in de eerste plaats tot doel continuïteit van kritieke functies van banken te waarborgen. Kritieke functies zijn activiteiten en diensten die essentieel zijn voor het functioneren van de reële economie of die, indien zij niet zouden worden gecontinueerd, zouden kunnen leiden tot een verstoring van de financiële stabiliteit. In het verlengde hiervan wordt met afwikkeling beoogd significante nadelige effecten voor het financiële stelsel te vermijden en daarmee besmetting te voorkomen. Tegelijkertijd wordt beoogd de lasten van een deconfiture van een bank in de eerste plaats te leggen bij hen die kapitaal aan de bank hebben

verschafft en niet, zoals eerder veelal geschiedde, bij de Staat. Daarbij worden spaarders en beleggers beschermd die onder het DGS dan wel het beleggerscompensatiestelsel vallen en worden meer algemeen de gelden en activa van klanten van de bank beschermd. Ten slotte is vereist voor de toepassing van het afwikkelingsinstrumentarium dat aan reeds genoemde drie voorwaarden voor afwikkeling is voldaan, waaronder de voorwaarde dat een afwikkelingmaatregel noodzakelijk is in het algemeen belang (dit maakt aldus expliciet deel uit van de criteria voor het toepassen van het afwikkelingsinstrumentarium).

Proportionaliteit

Het Eerste Protocol vereist dat er een evenwicht bestaat tussen het doel dat wordt nagestreefd en de inbreuk op het eigendomsrecht. Daarbij wordt overigens opgemerkt dat de enkele omstandigheid dat minder belastende alternatieve maatregelen waarmee eenzelfde doel kan worden bereikt denkbaar zijn, op zichzelf geen grond oplevert voor het oordeel dat er geen evenwichtige verhouding is tussen het doel en de middelen om dat doel te bereiken (zie het arrest van het EHRM van 21 februari 1986, James en anderen tegen het Verenigd Koninkrijk, nr. 8793/79, par 51; www.echr.coe.int).

In de eerste plaats volgt uit de verordening en de richtlijn dat aan de hand van een ex-ante waardering dient te worden bepaald wat de omvang van het kapitaalvat is waarmee de onderneming kampt. De maatregelen die in het kader van de afwikkeling worden genomen worden gerelateerd aan die kapitaalbehoefte en moeten daarom proportioneel zijn. Met de proportionaliteitseis wordt voorts beoogd te voorkomen dat sprake is van een zogenoemde excessieve en individuele last (*excessive burden*). In dit verband moet worden gewezen op de voorwaarde die in zowel de richtlijn als de verordening nadrukkelijk wordt genoemd te weten dat geen enkele crediteur van de instelling in afwikkeling in een nadeliger positie mag worden gebracht dan hij zou zijn indien de instelling onmiddellijk voorafgaand aan de toepassing van de afwikkelingsinstrumenten via een reguliere faillissementsprocedure zou worden afgewikkeld (het «*no creditor worse off*»-beginsel).

Uit het bovengenoemde arrest James kan eveneens worden afgeleid dat aan degenen van wie aandelen, obligaties of leningen worden onteigend een compensatie moet worden geboden die in redelijke verhouding staat tot de waarde van de eigendom. Daartoe is in de richtlijn en verordening bepaald dat na afwikkeling een onafhankelijke waardering wordt verricht teneinde te bezien of aan die voorwaarde is voldaan. Is dit niet het geval dat bestaat een recht op financiële compensatie uit het afwikkelingsfonds of het SRF. Daarmee wordt, gelet op het «*no creditor worse off*»-beginsel, ook aan deze voorwaarde voldaan.

3h. handhaving

Europees

Met het oog op een effectieve taakuitoefening, kent de verordening enkele onderzoeksbevoegdheden toe aan de Afwikkelingsraad. Het gaat hierbij onder meer om verzoeken om informatie, al dan niet via de nationale bevoegde autoriteiten, gericht aan de (personeelsleden van) entiteiten die onder het toepassingsgebied van de verordening vallen en derden aan wie activiteiten zijn uitbesteed en het uitvoeren van onderzoeken en

inspecties ter plaatse.³³ De verordening kent aan de Afwikkelingsraad ook de handhavende bevoegdheid toe tot het opleggen van bestuurlijke geldboeten en lasten onder dwangsom. Bij overtreding van enkele verplichtingen uit de verordening kan de Afwikkelingsraad een boete opleggen met een basisbedrag van minimaal 0,05% en maximaal 0,5% van de totale jaaronzet in het voorgaande boekjaar. Verzwarende of mitigerende factoren kunnen het basisbedrag respectievelijk doen verhogen of verlagen. De boete kan maximaal 1% van de jaaronzet bedragen, tenzij het (in)directe financiële voordeel van de door de inbreuk behaalde winsten of vermeden verliezen de 1% overstijgt.³⁴ De Afwikkelingsraad is ook de bevoegdheid toegekend tot het opleggen van een last onder dwangsom van per dag 0,1% van de gemiddelde dagomzet van het voorafgaande boekjaar.³⁵

Besluiten tot oplegging van een geldboete en tot invordering van een verbeurde dwangsom door de Afwikkelingsraad op grond van de verordening worden binnen Nederland rechtstreeks ten uitvoer gelegd zonder dat er een inhoudelijke toetsing van het besluit plaats vindt. Op grond van de Wet van 24 februari 1955 houdende regeling van gedwongen tenuitvoerlegging van uitspraken en beschikkingen, die ingevolge het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschappen voor Kolen en Staal kunnen worden tenuitvoergelegd (Stb. 1955, 73) kan in Nederland, met tussenkomst van de Minister van Veiligheid en Justitie, door de griffier van de Hoge Raad op uitspraken en beschikkingen die, zoals de betreffende besluiten tot geldboete en tot invordering van een dwangsom, voortvloeien uit de verdragen van de Europese Unie, een formule tot gedwongen tenuitvoerlegging binnen de Nederlandse rechtsorde worden aangebracht. De griffier verifieert de authenticiteit van de besluiten maar toetst niet inhoudelijk. Wanneer op een besluit de formule tot gedwongen tenuitvoerlegging is aangebracht, kan het besluit ten uitvoer worden gelegd als een burgerlijk vonnis volgens het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

Betaalde boetes en verbeurde dwangsommen komen ten goede aan het Gemeenschappelijk afwikkelingsfonds.³⁶ De Afwikkelingsraad is verplicht tot het openbaar maken van besluiten tot het opleggen van geldboeten en lasten onder dwangsom, tenzij deze openbaarmaking de afwikkeling van de entiteit in gevaar zou kunnen brengen. De publicatie vindt in beginsel ongeanonimiseerd plaats. Publicatie vindt geanonimiseerd plaats indien bekendmaking van persoonsgegevens onevenredig is, volledige openbaarmaking disproportionele schade voor de betrokken partijen tot gevolg zou hebben of indien dit de stabiliteit van de financiële markten in gevaar zou brengen of een lopend strafrechtelijk onderzoek zou ondermijnen.³⁷

Nationaal

Vanwege het sterke onderscheid tussen de sanctiebevoegdheden van toezichthouders in de verschillende nationale rechtsstelsels binnen de Europese Unie en de verschillende maatstaven die gehanteerd werden door de betreffende toezichthouders bij het opleggen van sancties, zijn er met de implementatie van de richtlijn kapitaalvereisten³⁸ reeds bepaalde handhavingsbevoegdheden geharmoniseerd.

³³ Artikel 34, 35 en 36 van de verordening.

³⁴ Artikel 38 van de verordening.

³⁵ Artikel 39 van de verordening.

³⁶ Artikel 41, vierde lid, van de verordening.

³⁷ Artikel 41 van de verordening.

³⁸ Stbld. 2014, 253, Implementatiewet richtlijn en verordening kapitaalvereisten.

De eisen aan de nationale handhavingsbevoegdheden uit de onderhavige richtlijn sluiten nauw aan op de handhavingsbevoegdheden zoals voorzien in de richtlijn kapitaalvereisten. Uitgangspunt is dat de bestuurlijke sancties en andere bestuurlijke maatregelen doeltreffend, evenredig en afschrikwekkend zijn.

De afwikkelingsautoriteit kan een bestuurlijke boete opleggen voor bepaalde overtredingen door een bank of beleggingsonderneming van maximaal 5 miljoen euro (als het een natuurlijke persoon betreft) of 10% van de totale jaaromzet (als het een rechtspersoon betreft).³⁹ Ook kan aan leden van het bestuur of senior management van bepaalde instellingen een tijdelijk verbod worden opgelegd om managementfuncties in dergelijke instellingen te bekleden.⁴⁰ De richtlijn bevat verder bepalingen met betrekking tot het bekend maken van sancties en het melden van opgelegde sancties bij de EBA.⁴¹ Ook deze bepalingen sluiten nauw aan op het stelsel van sanctionerende bevoegdheden zoals geïmplementeerd met de richtlijn kapitaalvereisten.

De Wft is reeds in lijn gebracht met dit stelsel van sanctionerende bevoegdheden middels de implementatie van de richtlijn kapitaalvereisten.

Bij de vaststelling van de aard van bestuurlijke boetes en de omvang van de administratieve geldboeten is de toezichthouder gehouden aan de Awb en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De toezichthouder moet het besluit goed motiveren. Dit betekent dat alle relevante omstandigheden in aanmerking dienen te worden genomen.⁴² Hierbij gaat het onder meer om de ernst en duur van de onderneming, de mate waarin de verantwoordelijke natuurlijke of rechtspersoon verwijtbaar heeft gehandeld, de financiële draagkracht van de voor de inbreuk verantwoordelijke natuurlijke of rechtspersoon, het bedrag van de door de verantwoordelijke natuurlijke of rechtspersoon behaalde winsten of vermeden verliezen, voor zover deze kunnen worden bepaald, de verliezen die derden wegens inbreuk hebben geleden, voor zover deze kunnen worden bepaald, de mate waarin de voor de schending aansprakelijke natuurlijke of rechtspersoon met de bevoegde autoriteit meewerkt, eerdere overtredingen van de voor de schending aansprakelijke natuurlijke of rechtspersoon en eventuele gevolgen van overtreding voor het systeem.

3i. samenwerking afwikkelingsautoriteit, de nationale bevoegde autoriteit, de nationale afwikkelingsautoriteit en de AFM

Onder de verordening zijn de nationale bevoegde autoriteit en de nationale afwikkelingsautoriteit in alle fasen van het afwikkelingsproces gehouden tot loyale samenwerking met en informatie uitwisseling aan de Afwikkelingsraad bij de vervulling van de toezichttaak. Samenwerking kan inhouden dat de nationale afwikkelingsautoriteit actief bijstand verleent aan de afwikkelingsautoriteit bij onderzoeken en inspecties ter plaatse of dat de nationale bevoegde autoriteit of de nationale afwikkelingsautoriteit verificatietaken uitoefent. Onder de verordening moet niet alleen worden samengewerkt in het kader van de uitvoering van de afwikkelingsbesluiten van de Afwikkelingsraad, maar ook vóór de vaststelling van een afwikkelingsbesluit, in de fase van de afwikkelingsplanning of in de fase van vroegtijdige interventie. De samenwerking en informatie uitwisseling tussen de Afwikkelingsraad en de nationale autoriteiten kan nader worden ingevuld door middel van overeenkomsten. Ten aanzien van samen-

³⁹ Artikel 111, tweede lid, onderdeel d en e, van de richtlijn.

⁴⁰ Artikel 111, tweede lid, onderdeel c, van de richtlijn.

⁴¹ Artikel 112 en 113 van de richtlijn.

⁴² Zie hiervoor ook het Besluit bestuurlijke boetes financiële sector.

werking kan de Afwikkelingsraad ook richtsnoeren en algemene instructies opstellen. De informatie die de Afwikkelingsraad en de nationale afwikkelingsautoriteiten tijdens de afwikkelingsprocedure verkrijgen, zijn vanwege de gevoeligheid van deze informatie, alvorens het afwikkelingsbesluit openbaar wordt gemaakt, aan de vereisten inzake beroepsgeheim onderworpen.

Naast DNB heeft ook de AFM verschillende bevoegdheden in de vroegtijdige interventiefase. Zo kan de AFM bindende aanwijzingen geven (artikel 1:75), maatregelen nemen op grond van artikel 1:75a, een curator benoemen (artikel 1:76) of een bijzondere bewindvoerder (artikel 1:76a). De AFM kan deze bevoegdheden inzetten in het kader van het door haar uitgevoerde gedragstoezicht. In een dergelijke situatie, maar ook in de situatie dat DNB in deze fase bevoegdheden uitoefent ten aanzien van instellingen die mede onder toezicht staan van de AFM, zullen de toezichthouders elkaar tijdig dienen te informeren. Artikel 1:90 biedt de mogelijkheid om daarbij vertrouwelijke informatie te verstrekken. Artikel 1:47 bepaalt daarnaast dat de toezichthouder die het voornemen heeft om een curator of een bijzondere bewindvoerder te benoemen bij een onderneming die ook onder toezicht van de andere toezichthouder staat, eerst om een zienswijze van de andere toezichthouder vraagt. Verder zal de DNB de AFM tijdig op de hoogte moeten stellen indien het voornemen bestaat over te gaan tot afwikkeling. Ook deze informatie kan op grond van artikel 1:90 met de AFM worden gedeeld. Met deze informatie kan de AFM beoordelen of het aangewezen is dat zij uitvoering geeft aan haar wettelijke taken of bevoegdheden, en kan zij zo nodig voorbereidingen treffen. Zo kan het afwikkelingsproces aanleiding geven om de handel in financiële instrumenten op te schorten of te onderbreken, ook indien DNB daartoe geen expliciet verzoek heeft gedaan op grond van artikel 3A:54. Het tijdig informeren van de AFM kan de AFM ook in staat te stellen om eventueel marktmisbruik te constateren en daartegen op te treden. Tot slot kan de informatie de AFM in staat stellen om het gedragstoezicht tijdens de afwikkelingsfase voor te bereiden.

§4. het onderhavige wetsvoorstel

4a. wijze van implementatie

Zoals hiervoor besproken bestaat het Europese kader voor herstel en afwikkeling uit een richtlijn met betrekking tot beide onderwerpen, aangevuld door een verordening inzake een gemeenschappelijk afwikkelingsmechanisme voor de eurolanden en andere deelnemende landen. De combinatie van de richtlijn en de verordening levert voor de implementatie een aantal bijzondere aspecten op.

Verhouding richtlijn en verordening

Voorschriften die zijn opgenomen in een EU-verordening werken rechtstreeks door in de nationale rechtsorde en daarom is omzetting in nationale regelgeving niet vereist, en ook niet toegestaan. Dit betekent dat daar waar de verordening reeds in regels voorziet die door de richtlijn van de lidstaten worden vereist, omzetting van de richtlijn in nationale regelgeving niet langer is aangewezen. De verordening «overschrijft» dan de noodzaak tot implementatie die voortvloeit uit de richtlijn. Bepalingen uit de verordening kunnen daarnaast tevens worden beschouwd als een bindende nadere inhoudelijke invulling en uitwerking van bepalingen uit de richtlijn, die in de plaats komt van eventuele keuzes bij een omzetting in nationaal recht. Als gevolg hiervan is implementatie van de richtlijn in dit wetsvoorstel beperkt tot hetgeen waarin de verordening niet voorziet. De richtlijn behoudt ten opzichte van de verordening wel een aanvullende

werking, mits dit geen afbreuk doet aan de werking van de verordening. DNB zal als nationale afwikkelingsautoriteit rechtstreeks de verordening en de daarin opgenomen bevoegdheden toepassen, aangevuld met de toepassing van de bepalingen in de Wft die dienen ter implementatie van de richtlijn.

Verschillen in reikwijdte

Een volgende bijzonderheid bij de implementatie is dat de reikwijdte van de richtlijn en die van de verordening niet gelijk zijn. De richtlijn ziet op het herstel en de afwikkeling van banken en van beleggingsondernemingen in de zin van de verordening kapitaalvereisten waarop de hoogste eigenvermogens eis van toepassing is. De verordening sluit daarentegen aan bij de reikwijdte van de verordening banktoezicht, en ziet uitsluitend op banken en bankengroepen. Dit betekent dat de richtlijn voor de beleggingsondernemingen waarop zij van toepassing is en de groepen waarvan deze beleggingsondernemingen onderdeel uitmaken, althans, voor zover dat geen bankengroepen zijn, in zijn geheel geïmplementeerd dient te worden. Deze restcategorie van beleggingsondernemingen en groepen die buiten het bereik van de werking van de verordening vallen, betreft overigens een marginaal verschijnsel aangezien het om een zeer beperkt aantal beleggingsondernemingen gaat. Voor de implementatie van onderdelen van de richtlijn uitsluitend ten behoeve van deze restcategorie is in het wetsvoorstel zoveel mogelijk aangesloten bij de corresponderende inhoudelijke bepalingen in de verordening voor banken en bankengroepen. Hiermee wordt verzekerd dat voor de afwikkeling van entiteiten die onder de werking van de verordening vallen en de afwikkeling van entiteiten die buiten de werking van de verordening vallen, in materieel opzicht op grond van hetzelfde inhoudelijke kader plaatsvindt. In procedureel opzicht zal de afwikkeling van deze beide categorieën echter verschillend zijn omdat buiten de reikwijdte van de verordening niet de Afwikkelingsraad bevoegd is maar ten aanzien van entiteiten in Nederland altijd DNB, die in het geval van groepsafwikkeling handelt in afstemming met de afwikkelingsautoriteiten van andere lidstaten.

Ook inhoudelijk zijn de reikwijdte van de richtlijn en die van de verordening niet gelijk. Voor een aantal onderwerpen geldt dat de verordening die niet regelt of (gedeeltelijk) terugverwijst naar de richtlijn. Het betreft onder meer: herstelplanning, maatregelen tot vroegtijdige interventie, uitvoering van een besluit tot AFOMKI of afwikkeling, en de erkenning en uitvoering van besluiten van afwikkelingsautoriteiten in derde landen. Voor deze onderwerpen geldt dat de richtlijn volledig wordt geïmplementeerd; dus ook voor de entiteiten die onder de reikwijdte van de verordening vallen.

Gefaseerde operationalisering gemeenschappelijk afwikkelingsmechanisme

Een ander bijzonder aspect bij de implementatie betreft de momenten waarop verschillende onderdelen van het kader dat wordt gevormd door de richtlijn en de verordening geëffectueerd worden. De onderdelen van de richtlijn die implementatie behoeven krijgen effect op het moment van omzetting in nationaal recht, bij de inwerkingtreding van de implementatiewet of onderdelen daarvan. De verordening voorziet in de momenten waarop verschillende onderdelen van de verordening van toepassing worden. Voorafgaand aan 1 januari 2015 is reeds het institutioneel kader van het gemeenschappelijk afwikkelingsmechanisme van kracht geworden, dat onder meer voorziet in de instelling van de Afwikkelingsraad. Ook beschikken de Raad en de Europese Commissie al over de

bevoegdheden om uitvoeringshandelingen respectievelijk gedelegeerde handelingen vast te stellen.

Per 1 januari 2015 zijn de onderdelen van de verordening van toepassing die zien op de totstandkoming van de afwikkelingsplannen en de bevoegdheden van de Afwikkelingsraad om (daartoe) informatie te verzamelen en met de nationale afwikkelingsautoriteiten samen te werken. Zowel de Afwikkelingsraad als DNB als nationale afwikkelingsautoriteit beschikt vanaf die datum over de bevoegdheid om de afwikkelingsplannen vast te stellen en de afwikkelbaarheid van banken en bankengroepen te beoordelen. Indien noodzakelijk kunnen maatregelen worden opgelegd ter verbetering van de afwikkelbaarheid en om (voor de toepassing van bail-in) een minimumvereiste voor eigen vermogen en in aanmerking komende passiva (de hierboven reeds genoemde MREL) vast te stellen. In dat kader bestaat de bevoegdheid om vereenvoudigde verplichtingen toe te passen of om ontheffing van bepaalde verplichtingen te verlenen.

Na de inwerkingtreding van de regels met betrekking tot de voorbereiding en planning zullen per 1 januari 2016 de overige onderdelen van de verordening van toepassing worden, waarmee het gemeenschappelijke afwikkelingsmechanisme vanaf die datum volledig operationeel zal zijn en daadwerkelijk tot afwikkeling kan worden overgegaan. Bij afwikkeling kan dan gebruik worden gemaakt van de afwikkelingsinstrumenten en -maatregelen waarin is voorzien in het wetsvoorstel.

Overeenkomstig het voorgaande worden de volgende onderdelen uit de richtlijn en verordening achtereenvolgens van kracht:

- De voorbereiding en planning van de afwikkeling van banken en bankengroepen op grond van de verordening (o.g.v. verordening per 1 januari 2015);
- Alle regels uit de richtlijn voor zowel banken als beleggingsondernemingen en hun groepen, met uitzondering van de voorbereiding en planning van de afwikkeling van banken en bankengroepen (o.g.v. implementatiewet in de loop van 2015);
- De besluitvorming inzake de afwikkeling van banken en bankengroepen en eventuele financiering van de afwikkeling uit het gemeenschappelijk fonds (o.g.v. verordening vanaf 1 januari 2016).

Op basis van dit verloop van het van toepassing worden van verschillende onderdelen van de verordening en de implementatie van de richtlijn, is besloten de wijzigingen van de Wft in het wetsvoorstel in beginsel te baseren op de uiteindelijke situatie – de situatie waarin de verordening volledig van kracht zal zijn. De regels ten aanzien van de voorbereiding en planning van afwikkeling worden alleen geïmplementeerd ten aanzien van beleggingsondernemingen en groepen die niet onder de werking van de verordening vallen. Datzelfde gebeurt ten aanzien van de besluitvorming en financiering uit het nationale fonds, met dien verstande dat de bepalingen inzake de besluitvorming ten aanzien van afwikkeling op basis van overgangsrecht tevens van toepassing zijn op banken en bankengroepen tot het moment dat de verordening volledig van kracht wordt en besluitvorming plaatsvindt op grond van de verordening. Voor de regeling van financiering uit het nationale fonds, inclusief de bijbehorende heffing, tot het moment dat het gemeenschappelijk fonds operationeel wordt, is gekozen voor overgangsrecht. Zie voor een nadere uiteenzetting de artikelsgewijze toelichting bij de bepalingen van het overgangsrecht. Totdat de implementatiewet in werking treedt, staat voor een mogelijke afwikkeling het huidige afwikkelingsinstrumentarium in de Wft ter beschikking. De voorbereiding en planning voor de afwikkeling van

banken kan reeds daarvoor plaatsvinden op grond van de rechtstreekse werking van de verordening.

Vormgeving implementatie

Ingevolge hoofdstuk 3.5 van het deel Prudentieel toezicht financiële ondernemingen van de wet is thans nog voorzien in regels in verband met de liquidatie of afwikkeling van banken, namelijk in het kader van de toepassing van de noodregeling, het overdrachtsplan en het DGS. Ook voorziet Deel 3 van de Wft sinds de implementatie van de richtlijn kapitaalvereisten⁴³ per 1 augustus 2014, in artikel 3:159ai reeds in de bevoegdheid van DNB tot het opstellen van afwikkelingsplannen. Vanwege de relatieve omvang en het gewicht van de het nieuwe afwikkelingsinstrumentarium voor banken en bepaalde beleggingsondernemingen is ervoor gekozen dat op te nemen in een na het huidige Deel 3 in te voegen nieuw Deel 3A met als titel «Bijzondere maatregelen en voorzieningen betreffende financiële ondernemingen». Tevens wordt hiermee in de Wft het nieuwe afwikkelingsinstrumentarium («*gone concern*») nader gescheiden en onderscheiden van de regels die gelden bij het doorlopend toezicht op banken die levensvatbaar zijn («*going concern*»), welk onderscheid eveneens tot uitdrukking komt in de verdeling in taken en verantwoordelijkheden binnen DNB. Zie de toelichting hieronder in paragraaf 4b. De onderdelen van de richtlijn die zien op herstel en vroegtijdige interventie worden geïmplementeerd in delen 1 en 3 van de Wft.

4b. de nationale afwikkelingsautoriteit

DNB aangewezen als de nationale afwikkelingsautoriteit

Op grond van de richtlijn dient elke lidstaat een nationale afwikkelingsautoriteit («*National Resolution Authority*», *NRA*) aan te wijzen die de bevoegdheid krijgt om de afwikkelingsinstrumenten toe te passen en de afwikkelingsbevoegdheden uit te oefenen. Autoriteiten die in aanmerking komen om te worden aangewezen als afwikkelingsautoriteit zijn onder meer nationale centrale banken, ministeries of andere overheidsorganen. Daarnaast biedt de richtlijn de mogelijkheid om de prudentieel toezichthouder in een lidstaat aan te wijzen als de nationale afwikkelingsautoriteit.

In Nederland is bij algemene maatregel van bestuur per 1 januari 2015 DNB aangewezen als nationale afwikkelingsautoriteit.⁴⁴ Met de keuze om DNB als afwikkelingsautoriteit aan te wijzen, wordt aangesloten bij de huidige taken van DNB en wordt gebruik gemaakt van de bestaande deskundigheid van DNB en is een nauwe en effectieve coördinatie tussen de fase van doorlopend toezicht en de fase van afwikkeling mogelijk, met inbegrip van het gebruik en de uitwisseling van informatie. Bovendien is deze keuze het meest kostenefficiënt.⁴⁵

De richtlijn schrijft voor dat op het moment dat ervoor wordt gekozen – zoals in Nederland het geval is – om de prudentieel toezichthouder tevens de afwikkelingstaken te geven, er passende structurele regelingen moeten worden getroffen om operationele onafhankelijkheid te garanderen en belangenconflicten te voorkomen tussen enerzijds de toezichtfunctie en anderzijds de afwikkelingsfunctie. Er dient met name zorg voor te worden gedragen dat er binnen DNB operationele onafhankelijkheid bestaat

⁴³ Implementatiewet richtlijn en verordening kapitaalvereisten.

⁴⁴ Stb. 2014, 512.

⁴⁵ Kamerstukken II 2013/14, 32 013, nr. 77, p. 4.

tussen de afwikkelingsfunctie, de toezichtfunctie (financiële stabiliteit) en monetaire functie.

Teneinde de operationele onafhankelijkheid te bewerkstelligen heeft DNB zelf inmiddels een aparte divisie opgericht waarbinnen de afwikkelingsfunctie is belegd. Op die manier zijn de personeelsleden van DNB die betrokken zijn bij de uitvoering van de afwikkelingsfunctie structureel gescheiden van, en vallen onder andere rapportagelijnen dan, personeelsleden van DNB die betrokken zijn bij de uitvoering van de toezichtfunctie of met betrekking tot andere functies.

Ook om de onafhankelijke besluitvorming over de uitoefening van de afwikkelingstaak binnen DNB te waarborgen, is een aantal maatregelen getroffen.

In de Bankwet 1998 wordt bepaald dat één van de leden van de directie van DNB belast is met de nieuwe afwikkelingstaak. Vervolgens wordt bepaald dat een aantal andere taken van DNB niet mag worden gecombineerd met de afwikkelingstaak, vanwege mogelijk conflicterende belangen. De hiervoor geschetste figuur van de directeur afwikkeling kan op deze wijze niet tevens eerstverantwoordelijk zijn voor het toezicht op banken, de financiële stabiliteitstaak of de monetaire taak van DNB.

In de Bankwet 1998 wordt daarnaast een strak mandaat opgenomen voor de directeur aan wie de afwikkelingstaak wordt toebedeeld. Voor wat betreft dat mandaat geldt dat het *least cost principle* uitgangspunt is. Met andere woorden, bij de uitvoering van de afwikkelingstaak dient een beroep op publieke middelen in beginsel te worden vermeden. Indien een beroep op overheidsmiddelen echter onvermijdelijk is, kan er enkel een beroep worden gedaan op overheidsgeld indien dat noodzakelijk is voor vervulling van de afwikkelingsdoelstellingen in de verordening.⁴⁶ Daarbij komt dat voor besluiten die rechtstreeks budgettaire gevolgen of systeemimplicaties hebben voorafgaande goedkeuring van de Minister van Financiën vereist is.

Ook zal in de Bankwet 1998 de onafhankelijke positionering van de afwikkelingstaak verder worden gewaarborgd door het wettelijk regelen van een bijzondere stemverhouding in de directie. Hierbij geldt dat de stem van de directeur afwikkeling bij de meerderheid van de besluiten in het kader van de afwikkelingstaak een gewicht heeft dat gelijk is aan de stemmen van de overige leden van de directie tezamen. In het uitzonderingsgeval dat de stemmen staken, heeft de directeur afwikkeling vervolgens doorzettingsmacht, doordat hij de beslissende stem kan uitbrengen.⁴⁷ Deze bijzondere stemverhouding laat onverlet dat besluiten formeel worden genomen door de directie van DNB als college en dat daarvoor een gezamenlijke verantwoordelijkheid geldt. Daarbij blijft als uitgangspunt gelden dat besluitvorming in de directie van DNB in goed overleg plaatsvindt waarbij gestreefd wordt naar consensus. De doorzettingsmacht voor de directeur afwikkeling komt slechts aan de orde in die

⁴⁶ Afwikkelingsdoelstellingen (artikel 14 van de verordening):

- i) de continuïteit van kritieke functies garanderen;
- ii) significante nadelige gevolgen voor de financiële stabiliteit vermijden, met name door besmetting, onder meer van de marktinfrastructuur, te voorkomen en door de marktdiscipline te handhaven;
- iii) overheidsmiddelen beschermen door het beroep op buitengewone openbare financiële steun zoveel mogelijk te beperken;
- iv) beschermen van bepaalde deposanten en beleggers; en
- v) de gelden en activa van cliënten beschermen.

⁴⁷ Zie voorts Kamerstukken II 2013/14, 32 013, nr. 77, p. 5 en 6.

uitzonderlijke gevallen waarin geen overeenstemming kan worden bereikt en het belang van de afwikkelingstaak dient te prevaleren.

Met bovenstaande maatregelen wordt gewaarborgd dat aan de kennis en expertise van andere disciplines binnen DNB recht wordt gedaan, zonder afbreuk te doen aan de onafhankelijke positionering van de afwikkelingsfunctie zoals door de richtlijn wordt vereist.

Taakverdeling tussen de Afwikkelingsraad en DNB

In de verordening staat de taakverdeling opgenomen tussen de Afwikkelingsraad en de nationale afwikkelingsautoriteiten. Daarbij is bepaald dat de Afwikkelingsraad bij de uitoefening van haar taken primair verantwoordelijk is voor:

- significante banken(groepen) en bepaalde entiteiten die daar onderdeel van uitmaken;
- minder significante banken(groepen) waarvan de ECB heeft besloten het toezicht naar zich toe te trekken; en
- andere grensoverschrijdende groepen (waar een bank onderdeel van uitmaakt).

DNB is primair verantwoordelijk voor minder significante banken(groepen).

Ten aanzien van de bovengenoemde entiteiten en groepen verricht DNB de volgende taken en past het bij het verrichten daarvan de desbetreffende bepalingen van verordening toe:

1. het vaststellen van afwikkelingsplannen en het beoordelen van de afwikkelbaarheid;
2. het vaststellen van vroegtijdige-interventiemaatregelen;
3. het toepassen van vereenvoudigde verplichtingen of het verlenen van ontheffing van de verplichting om een afwikkelingsplan op te stellen;
4. het vaststellen van het minimumvereiste voor eigen vermogen en in aanmerking komende passiva;
5. het vaststellen van afwikkelingsbesluiten en het toepassen van afwikkelingsinstrumenten;
6. het afschrijven of omzetten van relevante kapitaalinstrumenten.

Indien een afwikkelingsbesluit van DNB echter het gebruik van de middelen uit het gemeenschappelijk afwikkelingsfonds vereist, zal de primaire verantwoordelijkheid over de afwikkeling overgaan van DNB naar de Afwikkelingsraad. Daarnaast kan de Afwikkelingsraad instructies geven aan DNB en onder bepaalde voorwaarden een entiteit die onder de primaire verantwoordelijkheid van DNB staat naar zich toe trekken en de bevoegdheden direct zelf uitoefenen.

Tot slot zal DNB ook een voorbereidende en uitvoerende rol innemen ten aanzien van entiteiten die onder de primaire verantwoordelijkheid van de Afwikkelingsraad vallen. Zo kan de Afwikkelingsraad aan DNB vragen om een ontwerpafwikkelingsplan op te stellen en deze aan de Afwikkelingsraad voor te leggen. Daarnaast zal DNB als nationale afwikkelingsautoriteit uitvoering dienen te geven aan de besluiten die de Afwikkelingsraad op grond van de verordening neemt. De bevoegdheden die nodig zijn om deze besluiten uit te kunnen voeren zijn DNB krachtens de richtlijn verleend (zie hiervoor ook paragraaf 3).

Tabel: taakverdeling binnen de verordening

Afwikkelingsraad verantwoordelijk voor:	DNB verantwoordelijk voor:
Significante banken ¹ (groepen) en bepaalde entiteiten die daar onderdeel van uitmaken	Minder significante banken(groepen)
Minder significante banken(groepen) waarvan de ECB heeft besloten het toezicht naar zich toe te trekken.	Binnenlandse bankengroepen
Andere grensoverschrijdende groepen (waar een bank onderdeel van uitmaakt)	

- ¹ Significante banken zijn banken:
- met balanstotaal van meer dan 30 miljard euro;
 - met een balanstotaal groter dan 20% van het bruto nationaal product van hun thuisland;
 - die behoren tot de drie grootste banken in een deelnemende lidstaat; of
 - die door de ECB of de nationale bevoegde autoriteiten zijn aangemerkt als systeemrelevant.

4c. het nieuwe afwikkelingsregime

De huidige overdrachtsregeling en het afwikkelingsregime in de richtlijn voor banken

Het huidige Deel 3 van de Wft kan worden toegepast op banken en verzekeraars. Met betrekking tot banken wordt het volgende opgemerkt. Het huidige Deel 3 kent drie soorten overdracht. De richtlijn kent naast het instrument van bail-in nog drie afwikkelingsinstrumenten, die eveneens bestaan uit een overdracht. Schematisch kan een en ander als volgt worden weergegeven.

Huidig Deel 3	Richtlijn
activa/passiva-overdracht	verkoop van de onderneming
deposito-overdracht	overdracht aan een overbruggingsinstelling
aandelenoverdracht	afsplitsing van activa

De indeling in het huidige Deel 3 is gebaseerd op het object van de overdracht: *wat* wordt er overgedragen? De indeling in de richtlijn is deels gebaseerd op andere criteria dan die in de huidige Wft. Het eerste instrument dat in richtlijn wordt genoemd is het instrument van verkoop van de onderneming. Het betreft de overdracht van aandelen of andere eigendomsinstrumenten en de overdracht van alle of bepaalde activa of passiva van een entiteit in afwikkeling. Met dit instrument kan de afwikkelingsautoriteit twee verschillende overdrachten bewerkstelligen. In de eerste plaats kan de afwikkelingsautoriteit activa en passiva van de onderneming zelf overdragen. In zoverre komt dit instrument overeen met de activa/passiva-overdracht in het huidige Deel 3. In de tweede plaats kan de afwikkelingsautoriteit de door de entiteit in afwikkeling uitgegeven aandelen (daaronder ook begrepen andere eigendomsinstrumenten) overdragen. Deze overdracht komt overeen met de aandelenoverdracht in het huidige Deel 3. Bij een overdracht van activa en passiva verandert de entiteit in afwikkeling niet van eigenaar maar worden haar vermogensbestanddelen aan een ander overgedragen. Bij een aandelenoverdracht blijft de entiteit in afwikkeling eigenaar van haar vermogensbestanddelen, maar verandert die entiteit zelf van eigenaar.

In het huidige Deel 3 is de deposito-overdracht als een apart type overdracht geregeld, terwijl dit type overdracht in de richtlijn valt onder het instrument van verkoop van de onderneming. Voor zover de in de

richtlijn gebruikte term «verkoop van de *onderneming*» zou suggereren dat de onderneming slechts in haar geheel kan overgaan, wordt opgemerkt dat dit instrument ook omvat de situatie waarin niet de onderneming zelf wordt overgedragen, maar haar vermogensbestanddelen, en zelfs de situatie waarin slechts een deel van die vermogensbestanddelen, bijvoorbeeld deposito's, wordt overgedragen. Onder het huidige Deel 3 kunnen de activa en passiva, de deposito's en de aandelen ook naar een overbruggingsinstelling overgaan. Een overbruggingsinstelling is opgericht om tijdelijk het eigendom van activa en passiva, deposito's of aandelen te houden teneinde de kritieke functies van de entiteit in afwikkeling in stand te houden. In de richtlijn wordt de overbruggingsinstelling uitdrukkelijk als mogelijk type verkrijger genoemd. Dat is niet het geval in het huidige Deel 3, maar ook daar is overdracht aan een overbruggingsinstelling mogelijk. Dat geldt ook voor het instrument van afsplitsing van activa. Bij de toepassing van dat instrument draagt de afwikkelingsautoriteit activa en passiva over aan een entiteit voor activa- en passivabeheer. In het huidige Deel 3 wordt de entiteit voor activa- en passivabeheer niet uitdrukkelijk als type verkrijger genoemd, maar ook daar is een overdracht aan een entiteit voor activa- en passivabeheer mogelijk.

De indeling in Deel 3 is dus een andere dan die in de richtlijn, maar materieel komt het geheel van de drie soorten overdracht in het huidige Deel 3 overeen met het geheel van de drie overdrachtsinstrumenten in de richtlijn. Anders gezegd: hetgeen kan worden overgedragen onder de huidige Wft kan tevens onder de richtlijn worden overgedragen, en ook de typen verkrijger onder de huidige Wft verschillen niet van de typen verkrijger onder de richtlijn. Vanuit materieel oogpunt zou het dan ook voor de implementatie niet nodig zijn de indeling van afwikkelingsinstrumenten in de huidige Wft te vervangen door de indeling in de richtlijn. Toch is ervoor gekozen de indeling in de huidige Wft te vervangen door de indeling onder de richtlijn. Daardoor wordt de herkomst van de in de wet opgenomen maatregelen duidelijker, sluit de implementatiewet beter aan bij de verordening en worden complicaties voorkomen die zouden kunnen ontstaan doordat de richtlijnindeling in de mal van de bestaande wet wordt geperst. Naast de drie genoemde afwikkelingsinstrumenten die uit een overdracht bestaan, kent de richtlijn een vierde afwikkelingsinstrument: het instrument van de bail-in. Dit instrument is nieuw in de Nederlandse wet en zou materieel niet kunnen worden ingepast in de huidige indeling van de typen overdracht. Ook wanneer de huidige indeling in Deel 3 zou worden gehandhaafd, zou deze dus in ieder geval moeten worden aangevuld, een reden te meer om de volledige indeling van afwikkelingsinstrumenten van de richtlijn over te nemen in de Wft.

De overdrachtsregeling en het afwikkelingsregime voor verzekeraars

Het bovenstaande geldt voor banken. De overdrachtsregeling in het huidige Deel 3 kan ook op verzekeraars worden toegepast. Er is voor gekozen de huidige regeling met betrekking tot verzekeraars in stand te laten. Wel worden enkele bepalingen in de bestaande regeling aangepast nu deze niet langer op banken van toepassing zijn. Daar waar de implementatie van de richtlijn gevolgen kan hebben voor de wijze van interpretatie van bestaande bevoegdheden, is een en ander verduidelijkt of geëxpliciteerd. Eventueel zal op een later moment worden bezien of, en zo ja, op welke wijze, de regeling voor verzekeraars nadere aanvulling behoeft in aansluiting op het nieuwe instrumentarium voor banken. Daarbij zou dan ook kunnen worden bezien of het instrument van de bail-in zich eveneens laat toepassen op verzekeraars.

De noodregeling en het faillissement

Daarnaast bestaan voor banken en verzekeraars in de huidige wet- en regelgeving twee insolventieprocedures: de noodregeling en het faillissement. Aan de noodregeling kunnen slechts banken en verzekeraars worden onderworpen. De noodregeling kent een liquidatievariant en een saneringsvariant, waarbij verbintenissen van een bank of verzekeraar kunnen worden overgedragen. Vooralsnog wordt de noodregeling in stand gelaten, zowel voor banken als verzekeraars. De richtlijn noopt niet tot afschaffing van de noodregeling voor banken. Gelet op de korte implementatietermijn wordt nu nog niet bezien of de noodregeling, in het bijzonder de saneringsvariant, voor banken bestaansrecht heeft naast het afwikkelingsinstrumentarium van de richtlijn. Zou worden geconcludeerd dat de noodregeling inderdaad bestaansrecht heeft voor banken, dan zal tevens worden bezien of het gewenst is dat ook beleggingsondernemingen aan de noodregeling kunnen worden onderworpen. Voor de goede orde wordt opgemerkt dat in de richtlijn regelmatig sprake is van «normale insolventieprocedures». Met «normaal» wordt bedoeld: normaal ten opzichte van het afwikkelingsinstrumentarium. Men houde evenwel in het oog dat de noodregeling ten opzichte van het faillissement, dat kan worden uitgesproken ten aanzien van iedere schuldenaar, juist een bijzondere procedure is.

Verhouding wetsvoorstel – verordening met betrekking tot afwikkeling

Hierboven is reeds ingegaan op de vraag hoe de richtlijn en de verordening zich vanuit implementatietechnisch oogpunt tot elkaar verhouden. In deze paragraaf wordt besproken welke onderdelen met betrekking tot afwikkeling van de richtlijn aparte implementatie behoeven en welke onderdelen door de verordening worden geïmplementeerd, en daardoor niet apart behoeven te worden geïmplementeerd in dit wetsvoorstel. Hieronder zal worden ingegaan op het instrument van overdracht van de onderneming, het instrument van de overbruggingsinstelling en het instrument van afsplitsing van de activa.

Artikel 37, eerste lid, van de richtlijn bepaalt dat de lidstaten ervoor zorgen dat de afwikkelingsautoriteit over de nodige bevoegdheden beschikt om de afwikkelingsinstrumenten toe te passen. Het is niet nodig deze bepaling afzonderlijk te implementeren. Artikel 37, tweede lid, van de richtlijn bepaalt dat, indien een afwikkelingsautoriteit besluit tot de toepassing van een afwikkelingsinstrument dat tot gevolg zou hebben dat schuldeisers verliezen zouden lijden of dat hun vorderingen zouden worden omgezet, de afwikkelingsautoriteit haar bevoegdheid om kapitaalinstrumenten af te schrijven en om te zetten uitoefent onmiddellijk voordat zij het afwikkelingsinstrument toepast dan wel op hetzelfde tijdstip. Artikel 22, eerste lid, van de verordening bepaalt bijna hetzelfde en daarom behoeft artikel 37, tweede lid, van de richtlijn geen implementatie vanwege artikel 22, eerste lid van de verordening.

Artikel 37, zesde lid, van de richtlijn bepaalt dat, kort gezegd, wanneer slechts een deel van de activa of passiva overgaat, het resterende deel in een insolventieprocedure wordt geliquideerd. Ook deze regel wordt herhaald in de verordening (artikel 22, vijfde lid). Toch is ervoor gekozen deze regel op te nemen in het wetsvoorstel, omdat zonder nadere procedurele bepalingen niet duidelijk is hoe deze insolventieprocedure wordt geopend en welke rechter daartoe bevoegd is.

Artikel 31, eerste lid, van de richtlijn bepaalt dat de afwikkelingsautoriteit rekening houdt met de doelstellingen van de afwikkeling en dat zij de instrumenten en bevoegdheden kiest waarmee de doelstellingen het best

kunnen worden verwezenlijkt. In het tweede lid van dat artikel wordt bepaald wat de afwikkelingsdoelstellingen zijn: kort gezegd het garanderen van de continuïteit van kritieke functies, significante nadelige gevolgen voor het financiële stelsel vermijden, overheidsmiddelen beschermen, depositanten beschermen, en activa van cliënten beschermen. Deze bepaling is eveneens opgenomen in artikel 14 van de verordening, die ook geldt voor de nationale afwikkelingsautoriteit. Artikel 31 van de richtlijn behoeft dan ook niet te worden omgezet in Nederlands recht door middel van dit wetsvoorstel.

Artikel 32, eerste lid, van de richtlijn bepaalt wanneer een afwikkelingsautoriteit een afwikkelingsmaatregel kan nemen. Het betreft een drieledig criterium dat kort gezegd erop neerkomt dat (1) de desbetreffende instelling faalt of waarschijnlijk zal falen, (2) andere maatregelen het falen naar verwachting niet voorkomen en (3) de maatregel nodig is in het algemeen belang. Het vierde en vijfde lid van dat artikel werken het criterium nader uit. Artikel 18, eerste tot en met vijfde lid, van de verordening herhaalt hetgeen in artikel 32 van de richtlijn staat. De Afwikkelingsraad, stelt vast of aan het criterium voor het nemen van een afwikkelingsmaatregel is voldaan. Dat betekent dat in de Nederlandse wet niet wordt opgenomen wat het criterium voor het nemen van een afwikkelingsmaatregel is.

Artikel 33 bepaalt welke afwikkelingsvoorwaarden gelden voor, kort gezegd, financiële instellingen en holdings. Ook op dit punt herhaalt de verordening de richtlijn, en wel in artikel 16. Artikel 33 van de richtlijn behoeft dan ook niet te worden omgezet in Nederlands recht door middel van dit wetsvoorstel.

Artikel 34 van de richtlijn bepaalt de eerder in paragraaf 3, onder d, genoemde algemene beginselen met betrekking tot afwikkeling. Deze voorwaarden worden herhaald in artikel 15, eerste lid van de verordening. Om die reden zijn zij niet opgenomen in het wetsvoorstel.

Artikel 34, tweede lid, van de richtlijn bepaalt kort gezegd dat, indien een instelling een groepsentiteit is, de effecten van de afwikkelingsmaatregelen op andere groepsentiteiten en de groep als geheel zo beperkt mogelijk blijven, net als de nadelige gevolgen voor de financiële stabiliteit van de Europese Unie en de lidstaten. Ook die bepaling wordt herhaald in de verordening (artikel 15, tweede lid), zodat zij evenmin is opgenomen in het wetsvoorstel.

Verhouding richtlijn/verordening tot de aanbevelingen van de ENS

In de onderstaande opsomming staan de onderwerpen waarover de evaluatiecommissie Nationalisatie SNS Reaal («ENS») aanbevelingen heeft gedaan voor de wetgeving.⁴⁸

Per onderwerp wordt weergegeven hoe de richtlijn en de verordening verbeteringen bieden.

- *herstelplannen*: de richtlijn geeft in de artikelen 5 tot en met 9 een regeling inzake herstelplannen.
- *herstructurering met inbegrip van bail-in*: de richtlijn geeft in Titel IV, Hoofdstuk IV, afdeling 5, een regeling met betrekking tot bail-in, en in Hoofdstuk V een regeling inzake afschrijving van kapitaalinstrumenten. In de verordening wordt dit geregeld in artikel 21 (afschrijving van kapitaalinstrumenten) en artikel 27 (bail-in).

⁴⁸ R.J. Hoekstra en J.M.G. Frijns, Het rapport van de Evaluatiecommissie Nationalisatie SNS Reaal, Balans, Amsterdam, 2014, blz. 331

- *overbruggingsinstelling*: de artikelen 40 en 41 van de richtlijn geven een aparte regeling met betrekking tot dit afwikkelinstrument; de verordening regelt dit in artikel 25.
- *living wills*: de artikelen 10 tot en met 14 van de richtlijn geven een regeling met betrekking tot afwikkelingsplannen, de verordening in de artikelen 8 tot en met 10.
- *handvatten om verwevenheden die ontvlechting kunnen bemoeilijken, te kunnen beheersen*: artikel 10, zevende lid, onderdeel c, van de richtlijn, en artikel 8, zevende lid, onderdeel c, van de verordening, schrijven voor dat het afwikkelingsplan een demonstratie bevat van de wijze waarop de kritieke functies en kernbedrijfsonderdelen juridisch en economisch voldoende van de overige functies kunnen worden onderscheiden om bij falen van de onderneming de continuïteit te waarborgen. Onderdeel f van dezelfde bepalingen schrijft voor dat het afwikkelingsplan een beschrijving bevat van het aanpakken of wegnemen van belemmeringen voor de afwikkelbaarheid. Artikel 17 van de richtlijn en artikel 10, elfde lid, van de verordening geven aan de afwikkelingsautoriteit de bevoegdheid voor het aanpakken of wegnemen van belemmeringen van de afwikkelbaarheid, in het bijzonder de bevoegdheid wijzigingen te eisen in de juridische of operationele structuren.
- *Mogelijkheden om het overdrachtsinstrument in te zetten jegens de holding*: Artikel 1 van de richtlijn en artikel 2 van de verordening bepalen dat de richtlijn onderscheidenlijk de verordening ook van toepassing is op, kort gezegd, holdings. Artikel 37, eerste lid, van de richtlijn schrijft voor dat de afwikkelingsautoriteit de afwikkelingsinstrumenten onder andere ook op holdings kan toepassen. Artikel 18, eerste lid, van de verordening bepaalt hetzelfde. Zoals hierboven reeds opgemerkt, zien de richtlijn en de verordening niet op verzekeraars. Een aanpassing van de afwikkelingsbevoegdheden ten aanzien van verzekeraars kan daarom niet in het kader van deze implementatie gebeuren. In de Wijzigingswet financiële markten 2016⁴⁹ wordt geregeld dat DNB de mogelijkheid krijgt om onder voorwaarden het overdrachtsinstrument ook in te zetten jegens de holding van een verzekeraar.
- *Realiseer een expliciete wettelijke grondslag voor onteigening van passiva*: In lijn met de aanbeveling van de ENS wordt in de Wijzigingswet financiële markten 2016 geregeld dat de Minister van Financiën vorderingsrechten die derden hebben op een probleeminstelling, op dezelfde wijze kan onteigenen als effecten.

Verhouding tot het Deel Bijzondere maatregelen betreffende de stabiliteit van het financiële stelsel (Deel 6 Wft)

Sinds 2012 kent de Wet op het financieel toezicht een Deel 6 dat bijzondere maatregelen bevat betreffende de stabiliteit van het financiële stelsel (ook wel bekend als «de Interventiewet»). In dit deel is voorzien in interventiebevoegdheden van de Minister van Financiën in het geval dat door de situatie waarin een financiële onderneming met zetel in Nederland zich bevindt sprake is van een ernstig en onmiddellijk gevaar voor de stabiliteit van het financiële stelsel. De bevoegdheden uit Deel 6 van de Wft kunnen, mits aan de genoemde voorwaarde is voldaan, worden toegepast op alle financiële ondernemingen, daaronder mede begrepen banken en beleggingsondernemingen. De bevoegdheden uit Deel 6, en dan met name de bevoegdheid om over te gaan tot onteigening van vermogensbestanddelen van de onderneming of van door of met

⁴⁹ Kamerstukken II 2014/15, 34 198, nr. 2.

medewerking van de onderneming uitgegeven effecten, vormen thans de bovenste sport van de zogenoemde interventieladder.⁵⁰

Met de komst van de richtlijn en de verordening is voorzien in een Europees geharmoniseerd kader dat specifiek ten doel heeft om banken en bepaalde beleggingsondernemingen af te kunnen wikkelen wanneer deze ondernemingen falen of dreigen te falen. De richtlijn voorziet in de artikelen 56, 57 en 58 in zogenoemde overheidsinstrumenten voor financiële stabilisatie, die onder bepaalde voorwaarden kunnen worden ingezet door de lidstaten. Het betreft overheidsinterventie in de vorm van financiële steun of in de vorm van tijdelijk overheidseigendom. Voor Nederland geldt voortaan voor banken(groepen) het gemeenschappelijk afwikkelingsmechanisme op grond van de verordening. Deze verordening voorziet met het gemeenschappelijk afwikkelingsmechanisme (SRM) in harmonisatie van de besluitvorming over (de wijze van) afwikkeling van banken(groepen) en voorziet daarbij, naast bevoegdheden op nationaal niveau voor de nationale afwikkelingsautoriteit, in bevoegdheden op Europees niveau die door de Afwikkelingsraad zullen worden uitgeoefend. Tevens voorziet de verordening in gemeenschappelijke financiering van afwikkeling door de instelling van een gemeenschappelijk afwikkelingsfonds. Nu de verordening niet voorziet in de toepassing van de overheidsinstrumenten voor financiële stabilisatie, behoeven deze bepalingen uit de richtlijn geen implementatie.

Voorgesteld wordt om Deel 6 van de Wft ongewijzigd te handhaven waarbij het voor ondernemingen die onder het bereik van het Europees kader vallen, nog meer dan nu al, zal fungeren als een uiterste terugval-optie in zeer uitzonderlijke omstandigheden. Op grond van het Europees recht mag toepassing van (autonome) nationale bevoegdheden niet leiden tot doorkruising van de werking van het Unierecht en de bevoegdheden van instellingen van de Unie. Uitoefening van de bevoegdheden uit Deel 6 mag aldus de effectieve werking van het gemeenschappelijk afwikkelingsmechanisme niet hinderen. De toepassing van dit mechanisme heeft derhalve voorrang. Daarmee kan geconcludeerd worden dat met de komst van het SRM de regeling in Deel 6 van de Wft ten aanzien van banken en bankengroepen niet of nauwelijks praktische betekenis meer heeft. Met de komst van het SRM krijgt dit deel, voor wat betreft de toepassing op banken en bankengroepen, (nog) meer het karakter van staatsnoodrecht. De uitzonderlijke (nood)situaties waarin dit noodrecht nog zou kunnen worden toegepast laten zich naar hun aard moeilijk van tevoren duiden. Gezien het voorgaande zou het in ieder geval moeten gaan om situaties waarin het SRM niet voorziet dan wel waarin de mogelijkheden van het SRM onverhoopt zouden zijn uitgeput. Overigens ligt in het criterium voor toepassing van de bevoegdheden uit Deel 6 van de Wft, namelijk dat door de situatie waarin een financiële onderneming met zetel in Nederland zich bevindt sprake is *een ernstig en onmiddellijk gevaar voor de stabiliteit van het financiële stelsel als geheel*, reeds besloten dat aan de toepassing van de bevoegdheden uit het SRM eerder wordt toegekomen dan aan een eventuele toepassing van de bevoegdheden uit Deel 6 van de Wft. Met de handhaving van de onteigeningsbevoegdheid van 6:2 van de Wft wordt tevens de aanbeveling daartoe van de evaluatiecommissie Nationalisatie SNS Reaal («ENS») opgevolgd.⁵¹

⁵⁰ Memorie van toelichting bij het wetsvoorstel voor de Wet bijzondere maatregelen financiële ondernemingen, Kamerstukken II 2011/12, 33 059, nr. 3, p. 2.

⁵¹ R.J. Hoekstra en J.M.G. Frijns, Het rapport van de Evaluatiecommissie Nationalisatie SNS Reaal, Balans, Amsterdam, 2014, blz. 331, aanbeveling 2A.

4d. de positie van de Minister van Financiën binnen het Europees kader voor herstel en afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen

Met de aanvang van het gemeenschappelijk banktoezicht (Single Supervisory Mechanism, SSM) is een start gemaakt met de effectieve inwerkingtreding van de Europese bankenunie. Binnen het SSM heeft de ECB de verantwoordelijkheid voor het (directe) prudentiële toezicht op de grootste banken in de Europese bankenunie overgenomen van de nationale toezichhouders en zal zij dit, voor wat betreft Nederland, in de dagelijkse praktijk samen met DNB uitvoeren. Daarnaast wordt door volledige inwerkingtreding van het SRM op 1 januari 2016 de besluitvorming over de afwikkeling van de banken die onder direct ECB-toezicht staan ook naar Europees niveau getild, met één centrale afwikkelingsautoriteit: de Afwikkelingsraad. Waar de verantwoordelijkheid voor het toezicht op en de eventuele afwikkeling van de banken die onder direct ECB toezicht staan verschuift naar het Europese niveau, blijft DNB direct verantwoordelijk voor het prudentiële toezicht op de minder significante banken en zal DNB ook na 1 januari 2016 voor deze categorie banken de primair bevoegde afwikkelingsautoriteit blijven.

De bovenstaande ontwikkelingen hebben gevolgen voor de rol en de positie van de Minister van Financiën. Met de totstandkoming van de bankenunie wordt de afstand tussen de Minister van Financiën en de uitoefening van toezichts- of afwikkelingstaken groter, hetgeen past bij de opzet van de bankenunie. Dit neemt echter niet weg dat de huidige verantwoordelijkheden van de Minister van Financiën blijven bestaan. Zo is de Minister van Financiën politiek verantwoordelijk voor de stabiliteit van het Nederlandse financiële stelsel, wat betekent dat zijn verantwoordelijkheid primair ziet op het functioneren van het financiële stelsel is geheel. Ook kent de Minister van Financiën een zogenaamde systeemverantwoordelijkheid; hij is verantwoordelijk voor het wettelijk kader en voor de bevoegdheden en instrumenten van DNB en de AFM. Om aan die verantwoordelijkheden invulling te kunnen geven, oefent de Minister «toezicht op afstand» uit op DNB en de AFM. Vanwege zijn verantwoordelijkheid beschikt de Minister over een aantal bevoegdheden om de toezichhouders «bij te kunnen sturen». De Visie toezicht op afstand die in februari 2011 aan de Tweede Kamer is gezonden, bevat een overzicht van deze bevoegdheden.⁵² Het spreekt vanzelf dat de Minister van Financiën dergelijke bevoegdheden niet kan uitoefenen ten aanzien van de ECB en de Afwikkelingsraad.

Ook van belang is dat in de SRM-verordening is bepaald dat de Afwikkelingsraad in onafhankelijkheid dient te handelen en zij geen instructies vraagt of aanvaardt van lidstaten, instellingen of organen van de Unie. Ook mogen de lidstaten, instellingen of organen van de Unie geen pogingen ondernemen om invloed uit te oefenen op de Afwikkelingsraad.⁵³ Dit betekent dat er bijvoorbeeld geen medebesluitvorming door de Minister van Financiën kan plaatsvinden ten aanzien van beslissingen door DNB die samenhangen met de taken van de Afwikkelingsraad. Wel laat dit onverlet dat DNB de informatie die zij vanuit haar rol binnen het SRM tot haar beschikking heeft aan de Minister van Financiën kan verstrekken. De SRM-verordening staat informatie-uitwisseling tussen de nationale afwikkelingsautoriteit en de Minister van

⁵² «Toezicht op afstand – de relatie tussen de Minister van Financiën en de financiële toezichhouders, De Nederlandsche Bank (DNB) en de Autoriteit Financiële Markten (AFM)», bijlage bij de brief van de Minister van Financiën van 11 februari 2011, Kamerstukken II 2010/11, 32 648, nr. 1.

⁵³ Artikel 47 van de van de verordening.

Financiën ook niet in de weg.⁵⁴ Deze informatie van DNB is essentieel voor de Minister van Financiën om invulling te kunnen geven aan de hiervoor genoemde verantwoordelijkheden. Daarom is het van belang dat DNB de Minister van Financiën onverwijld op de hoogte brengt van ontwikkelingen bij een financiële instelling of anderszins die de stabiliteit van het Nederlandse financiële stelsel in gevaar kunnen brengen. In de wet is om die reden dan ook bepaald dat de toezichhouders aan de Minister van Financiën eigener beweging of desgevraagd alle informatie verstrekt die deze met het oog op de stabiliteit van het financiële stelsel nodig heeft (Artikel 1:90, vijfde lid). Het is thans goed om te benadrukken dat DNB deze informatie niet alleen dient te delen in het kader van het lopend prudentieel toezicht maar ook in het kader van afwikkeling. Artikel 1:90 van de Wft ziet aldus ook op de taken en verantwoordelijkheden van DNB als onderdeel van het SSM en het SRM.

Het moment waarop DNB informatie met de Minister van Financiën moet delen is moeilijk van tevoren te duiden. Gezien het voorgaande zou het in ieder geval moeten gaan om situaties waarin er ontwikkelingen zijn bij een financiële instelling of anderszins die de stabiliteit van het Nederlandse financiële stelsel in gevaar kunnen brengen. Wat betreft de uitoefening van haar afwikkelingstaak betekent dit bijvoorbeeld dat DNB de Minister van Financiën informeert over haar voornemen tot een besluit tot afwikkeling of dat DNB de Minister van Financiën informeert op het moment dat in de Afwikkelingsraad besloten wordt over een significante Nederlandse bank of een buitenlandse bank met significante activiteiten in Nederland.

Nu besluitvorming over toezicht en afwikkeling in belangrijke mate ook op Europees niveau plaatsvindt, verschuift de verantwoording over het optreden van toezichthouder(s) en afwikkelingsautoriteit(en) eveneens deels van nationaal naar Europees niveau. Zo legt de Afwikkelingsraad met betrekking tot de uitvoering van de SRM-verordening verantwoording af aan het Europees parlement, de Raad van de Europese Unie en de Commissie.⁵⁵ Nationale parlementen krijgen jaarlijks een verslag van de SRB toegestuurd over de uitvoering van de aan de Afwikkelingsraad opgedragen taken en kunnen vragen of opmerkingen bij de Afwikkelingsraad indienen ten aanzien van de aan de Afwikkelingsraad toevertrouwde verantwoordelijkheden. Ook kan het nationale parlement van een deelnemende lidstaat de voorzitter van de Afwikkelingsraad uitnodigen om samen met een vertegenwoordiger van de nationale afwikkelingsautoriteit (DNB) aan een gedachtewisseling over de afwikkeling van een Nederlandse bank deel te nemen.⁵⁶ Dit laat onverlet dat voor de taken die bij deze verordening niet aan de Afwikkelingsraad, de Commissie of de Raad zijn opgedragen, verantwoording tegenover het nationale parlement geschiedt krachtens de nationale wetgeving. Dit ziet onder meer op de situatie waarbij DNB besluit over de afwikkeling van een niet-significante bank in Nederland (voor zover de ECB het directe toezicht op de bank niet naar zich toe heeft getrokken). De verantwoording door DNB vindt in een dergelijk geval plaats door tussenkomst van de Minister van Financiën die, zoals hierboven is opgemerkt, verantwoordelijk blijft voor de stabiliteit van het financiële stelsel in Nederland.

⁵⁴ Artikel 88, zesde lid, van de verordening.

⁵⁵ Artikel 45 van de verordening.

⁵⁶ Artikel 46 van de verordening.

4e. bekostiging

De kosten die verband houden met het voorbereiden van de afwikkeling en zo nodig ook de kosten van de afwikkeling zelf, worden, overeenkomstig de in de Wet bekostiging financieel toezicht (Wbft) vastgelegde systematiek, doorberekend aan de instellingen waarop de verordening kapitaalvereisten en Deel 3A van de Wft van toepassing zijn. De Wbft wordt hierop aangepast. Mede om vermenging met de financiering van andere taken te voorkomen, is er voor gekozen om bedoelde instellingen onder te brengen in een nieuwe bijlage IV van de Wbft.

4f. administratieve lasten en inhoudelijke nalevingskosten

In deze paragraaf zal worden ingegaan op de administratieve lasten en inhoudelijke nalevingskosten die de implementatie van de richtlijn en de verordening met zich meebrengt voor de financiële sector.

Eerst wordt een overzicht gegeven van de verschillende begrippen die een rol spelen bij de bepaling van administratieve lasten en inhoudelijke nalevingskosten. Vervolgens wordt de doelgroep gespecificeerd. Tot slot volgt een kwalitatieve en kwantitatieve analyse van de verschillende lasten en kosten die uit de richtlijn en verordening voortvloeien.

Definities en begrippen⁵⁷

Wet- en regelgeving brengt kosten met zich mee doordat bepaalde instellingen (en/of burgers) deze regels moeten naleven. Er kan onderscheid worden gemaakt tussen enerzijds administratieve lasten en anderzijds inhoudelijke nalevingskosten. Administratieve lasten bestaan uit de verplichtingen voor het bedrijfsleven tot het verschaffen van informatie over die handelingen en gedragingen die voortvloeien uit de wet- en regelgeving. Het gaat om een informatieverplichting aan (zelfstandige) bestuursorganen (zoals DNB en de AFM) of rechtspersonen met een wettelijke taak. Inhoudelijke nalevingskosten komen voort uit inhoudelijke verplichtingen die de overheid stelt aan het bedrijfsleven om handelingen of gedragingen te doen of juist na te laten. Informatieverplichtingen aan derden anders dan (zelfstandige) bestuursorganen of rechtspersonen met een wettelijke taak (denk aan het brede publiek), vallen ook onder het begrip inhoudelijke nalevingskosten.

Alle administratieve lasten plus inhoudelijke nalevingskosten voortvloeiend uit de richtlijn en onderliggende regelgeving (zoals algemene maatregelen van bestuur, ministeriële regelingen en toezichthouderregelingen) zijn zoveel mogelijk kwalitatief en kwantitatief in kaart gebracht. Tenslotte is het ook belangrijk om een onderscheid te maken tussen enerzijds incidentele (eenmalige) kosten en anderzijds structurele (terugkerende) kosten.

Administratieve lasten en inhoudelijke nalevingskosten voortvloeiend uit de verordening

Minimumeis bail-inbare passiva

Vanuit de verordening komt een belangrijke verplichting naar voren: het aanhouden van een minimum aan eigen vermogen en in aanmerking komende passiva. Dit betreft de zogenaamde *minimum requirement own*

⁵⁷ De informatie, definities en begrippen die hier worden besproken zijn ontleend aan: «Meten is weten II: Handleiding voor het definiëren en meten van administratieve lasten voor het bedrijfsleven», Regiegroep Regeldruk.

funds and eligible liabilities (MREL), waarover in paragraaf 3, onderdeel a, van deze memorie van toelichting meer staat uiteengezet. De precieze hoogte van de MREL wordt vastgesteld door de afwikkelingsautoriteit. De MREL kan bestaan uit passiva die in aanmerking komen voor bail-in: eigen vermogen, ongedekte schuld, en bepaalde deposito's die niet in aanmerking komen voor dekking van het DGS. De MREL stelt dus in feite eisen aan de fundingmix van banken, namelijk dat er een bepaalde hoeveelheid eigen vermogen en bail-inbare passiva moet zijn om verliezen op te kunnen vangen. In hoeverre het bail-in instrument zelf tot hogere financieringskosten zal leiden is niet duidelijk. Er bestaat de mogelijkheid dat de minimumvereiste tot meer kosten kan leiden. Dit neemt niet weg dat banken ook maatregelen nemen om hun totale financieringskosten naar beneden te brengen: zij kunnen zich meer financieren met (gegarandeerde) deposito's welke over het algemeen goedkoper zijn dan ongedekte schuld en kunnen hun eigen vermogen versterken om zo de risico's voor de crediteuren, en daarmee de risico-opslag, te beperken.

De optimale financieringsmix is afhankelijk van onder andere de economische omstandigheden en vooruitzichten, ontwikkelingen in de financiële markten en de concurrentiepositie van de instelling. Kortom, hoe een instelling precies de balans inricht, en dus het netto-effect van deze verplichting, is niet vooraf bepalen. Daarom wordt deze kostenpost niet kwantitatief besproken.

Implicaties afwikkeling van de verordening

Zowel de verordening als de richtlijn bieden een basis voor de (relevante) afwikkelingsautoriteit om zijn of haar taken uit te oefenen. De groepen instellingen waarop de verordening en de richtlijn van toepassing zijn, verschillen echter, waarbij de verordening van toepassing is op een kleinere groep instellingen. Zie in dit verband ook paragraaf 4, onder a, van deze memorie van toelichting. Voor deze kleinere instellingen biedt de verordening een directe grondslag voor de meeste afwikkelingsbesluiten door de afwikkelingsautoriteit. Wel zal in veel gevallen gebruik worden gemaakt van instrumenten uit de, in de nationale wetgeving geïmplementeerde, richtlijn. Dit betekent dat er wel een kwantificering van de administratieve lasten en inhoudelijke nalevingskosten zal worden gemaakt voor deze instellingen, maar dit niet zal worden meegenomen in de kosten voortvloeiend uit Nederlandse wetgeving.

Administratieve lasten en inhoudelijke nalevingskosten voortvloeiend uit de richtlijn

Specificatie doelgroep

Om de totale kosten te kunnen berekenen, is het precieze aantal instellingen vallend onder de richtlijn van belang. Daarnaast is het nodig om te weten welke instellingen aan welke verplichtingen moeten voldoen.

De volgende type instellingen vallen onder de reikwijdte van de richtlijn:

- a) banken met zetel in Nederland;
- b) banken die een door DNB verleende vergunning hebben als bedoeld in artikel 2:20;
- c) beleggingsondernemingen in de zin van de verordening kapitaalvereisten met zetel in Nederland;
- d) financiële holdings met zetel in Nederland;
- e) gemengde financiële holdings met zetel in Nederland;
- f) gemengde holdings met zetel in Nederland;
- g) Nederlandse financiële moederholdings;

- h) Nederlandse financiële EU-moederholdings;
- i) Nederlandse gemengde financiële moederholdings;
- j) Nederlandse gemeente financiële EU-moederholdings; en,
- k) financiële instellingen met zetel in Nederland indien zij een dochteronderneming zijn van:
 - i. een bank,
 - ii. een beleggingsonderneming in de zin van de verordening kapitaalvereisten; of,
 - iii. een van de in de onderdelen c en d van artikel 1 van de richtlijn herstel en afwikkeling van banken bedoelde ondernemingen, en zij onder het toezicht op geconsolideerde basis op de moederonderneming vallen, bedoeld in de artikelen 6 tot en met 17 van de verordening kapitaalvereisten.

Rekening houdend met de direct werkende verordening betekent dit dat er slechts enkele nieuwe verplichtingen voor bepaalde instellingen voortvloeien uit Nederlandse wetgeving. Het gaat om de volgende instellingen:

- a) beleggingsondernemingen, voor zover deze niet vallen onder het toezicht op geconsolideerde basis op de moederonderneming dat door de ECB wordt uitgeoefend
- b) voor zover deze niet vallen onder het toezicht dat door de ECB wordt uitgeoefend:
 - i. financiële holdings met zetel in Nederland;
 - ii. gemengde financiële holdings met zetel in Nederland;
 - iii. gemengde holdings met zetel in Nederland;
 - iv. Nederlandse financiële moederholdings;
 - v. Nederlandse financiële EU-moederholdings;
 - vi. Nederlandse gemengde financiële moederholdings;
 - vii. Nederlandse gemeente financiële EU-moederholdings;

Hieruit volgt dat het hier gaat om drie groepen die te maken hebben met dezelfde verplichtingen, maar op basis van andere wetgeving. Beleggingsondernemingen en niet onder toezichtstaande holdings hebben alleen te maken met verplichtingen op basis van Nederlandse wetgeving. De andere instellingen vallend onder de definitie van de richtlijn hebben te maken met verplichtingen voortvloeiend uit Nederlandse en Europese wetgeving.

Specificatie verplichtingen

De verplichtingen voor instellingen uit de richtlijn en de verordening worden in deze paragraaf één voor één beschreven en waar mogelijk berekend. De richtlijn betreft complexe regelgeving, waardoor het lastig is om tot een exacte inschatting van de kosten te komen. Desondanks is gestreefd naar een getrouwe en realistische weergave van de lasten voor de sector die de richtlijn met zich meebrengt.

Opstellen en bijhouden van herstelplan

Elke instelling moet een herstelplan opstellen en bijhouden dat voorziet in maatregelen om de financiële positie van de instelling te herstellen nadat er een aanzienlijke verslechtering van deze positie heeft plaatsgevonden. De instelling moet het herstelplan minimaal één keer per jaar bijwerken. Bovendien verplicht de richtlijn instellingen om na een wezenlijke verandering in de structuur of activiteiten het herstelplan aan te passen. De herstelplannen moeten worden voorgelegd aan de bevoegde autoriteit ter evaluatie. Het opstellen en bijhouden van herstelplan valt onder inhoudelijke nalevingkosten. De lasten komen jaarlijks voor en zijn dus structureel van aard. In het geval van wezenlijke veranderingen moeten de herstelplannen ook herschreven worden, in welk geval de kosten

incidenteel zijn. Deze verplichtingen vloeien niet voort uit de verordening maar uit de richtlijn, en vallen dus onder de kosten van Nederlandse wetgeving.

Groepsherstelplannen

Als er sprake is van een moederholding, dan worden de instellingen verplicht om een herstelplan voor de groep als geheel aan te leveren. Dat sluit echter niet uit dat een individuele dochtermaatschappij gevraagd wordt om een herstelplan aan te leveren. Het is daarom niet op voorhand duidelijk welke instellingen wel een herstelplan moeten afgeven, en welke instellingen niet. Bij de berekening wordt er van uitgegaan dat de instellingen in de tabel in elk geval een herstelplan zullen moeten aanleveren. Mocht zowel de holding als de dochtermaatschappij verplicht worden een plan aan te leveren op basis van deze wet, dan worden deze kosten slechts eenmaal meegenomen. Deze verplichting vloeit niet voort uit de verordening maar uit de richtlijn, en valt dus onder de kosten van Nederlandse wetgeving.

Volledige medewerking verlenen bij het opstellen van het afwikkelingsplan

De afwikkelingsautoriteit stelt een afwikkelingsplan op voor elke instelling. De instelling is verplicht om volledige medewerking te verlenen bij het opstellen van het afwikkelingsplan, en om ook de gevraagde informatie en analyse aan te leveren. Dit valt onder structurele administratieve lasten, aangezien deze plannen regelmatig worden bijgewerkt. Verder worden instellingen geacht om een gedetailleerde administratie bij te houden van financiële contracten waar zij partij in zijn. Ook dit valt onder structurele administratieve lasten. Tot slot brengen instellingen de afwikkelingsautoriteiten op de hoogte van alle veranderingen die een evaluatie of bijwerking van het afwikkelingsplan nodig maken, in welk geval het om incidentele administratieve lasten gaat. Voor beleggingsondernemingen en niet-onder-toezicht staande holdings vloeit deze verplichting voort uit de richtlijn, en vallen dus onder kosten van Nederlandse wetgeving. Voor de overige instellingen waarop de richtlijn van toepassing is, vloeit de verplichting voort uit de verordening, en valt dit dus niet onder de kosten van Nederlandse wetgeving.

Financiële steun binnen een groep

Mocht een instelling binnen een groep financiële steun willen verlenen aan een andere instelling binnen dezelfde groep, dan moet dit onder andere aan de aandeelhouders worden voorgelegd. Daarnaast zal het management ook tenminste elk jaar rapportage doen over de status van de steun, en de genomen acties. De verslag- en openbaarmakingverplichtingen in geval van financiële steun binnen de groep vallen onder incidentele inhoudelijke nalevingkosten. Deze verplichting vloeit niet voort uit de verordening maar uit de richtlijn, en valt dus onder de kosten van Nederlandse wetgeving.

Herziening van herstelplannen

De relevante toezichthouder kan na evaluatie van het herstelplan of de financiële situatie de instelling verplichten met nieuwe plannen te komen. Het is niet te voorspellen wanneer dit gebeurt, welke stappen hierin worden genomen, hoe frequent dit gebeurt en hoe groot de kosten zijn. Bovendien hoeven instellingen die financieel gezond zijn en een goed herstelplan hebben niet aan deze verplichting te voldoen. Deze mogelijke kostenpost zal daarom niet kwantitatief in de administratieve lastenpara-

graaf besproken. De verplichtingen vloeien niet voort uit de verordening maar uit de richtlijn, en vallen dus onder de kosten van Nederlandse wetgeving.

Herziening van afwikkelingsplannen

Het kan ook zijn dat de relevante toezichthouder na evaluatie van het afwikkelingsplan of de financiële situatie de instelling verplicht om medewerking te verlenen aan het herzien van het afwikkelingsplan. Daarnaast kan het zijn dat een instelling maatregelen moet nemen in verband met afwikkeling. Dit is een verplichting die voortvloeit uit zowel de richtlijn als de verordening. Voor de instellingen waarop zowel de richtlijn als de verordening van toepassing is, vloeit de verplichting voort uit de verordening, en valt dit dus niet onder de kosten van Nederlandse wetgeving. Voor de overige instellingen zijn de kosten wel toe schrijven aan Nederlandse wetgeving.

Wegnemen van procedurele belemmeringen voor bail-in

Het uitvoeren van een afwikkelingsplan kan vragen om de conversie van schuld in eigen vermogen, vaak door middel van de uitgifte van nieuwe aandelen. Instellingen kunnen procedurele belemmeringen hebben voor het uitgeven van bijvoorbeeld nieuwe aandelen, bijvoorbeeld in hun statuten. Vaak is het zo dat aandeelhouders hier over moeten beslissen. DNB krijgt de bevoegdheid om instellingen te verplichten deze belemmeringen weg te nemen. In principe valt deze kostenpost onder incidentele inhoudelijke nalevingkosten, aangezien het een eenmalige aanpassing is om aan de wet te voldoen. Deze kostenpost zal zich voornamelijk eenmalig voordoen, en zal niet gekwantificeerd worden omdat het moeilijk in te schatten is in welke mate dit daadwerkelijk zal leiden tot kosten. Dit is een verplichting die voortvloeit uit de richtlijn, en dus voor de rekening komt van Nederlandse wetgeving.

Administratieve lasten en inhoudelijke nalevingskosten

x 1.000 EUR		BRRD		SRM		
Type kosten	#	AL	INK	AL	INK	
<i>Grootbanken</i>	3	incidenteel structureel	169 –	5.927 1.372	5.029 1.829	– –
<i>Middelgrote banken</i>	16	incidenteel structureel	451 –	15.805 3.658	13.411 4.877	– –
<i>Kleine banken</i>	52	incidenteel structureel	304 –	10.407 11.400	8.837 15.200	– –
<i>Beleggings- ondernemingen</i>	3	incidenteel structureel	5 54	10 41	– –	– –
<i>Financiële holdings</i>	1	incidenteel structureel	1 9	41 7	– –	– –
Totaal		incidenteel structureel	930 63	32.190 16.476	27.277 21.905	– –

4g. consultatie

Een voorontwerp van dit wetsvoorstel is ten behoeve van een open consultatie op internet geplaatst. Daarbij zijn openbare reacties ontvangen van de Nederlandse Vereniging van Banken (NVB), het Verbond van Verzekeraars, het *corporate governance* forum voor institutionele beleggers Eumedion, de beleggersvereniging VEB NCVB, de Dutch Fund

and Asset Management Association (DUFAS), en het Hazelhoff Centre for Financial Law (Universiteit Leiden). Ook heeft de Autoriteit voor Consument en Markt (ACM) gereageerd. Daarnaast zijn de toezichthouders op de financiële markten, DNB en de AFM, bij de voorbereiding van het wetsvoorstel betrokken geweest.

Hierna zal worden ingegaan op de voornaamste algemene thema's die aan de orde zijn gekomen in de reacties op het voorontwerp. Het meer technische commentaar in de consultatiereacties is zoveel mogelijk betrokken bij de uiteindelijke redactie van de verschillende onderdelen van het wetsvoorstel, alsmede bij de daarbij behorende toelichting.

Verhouding tussen richtlijn en verordening en de implementatie in de Wft

In enkele reacties wordt gewezen op het feit dat de combinatie van richtlijn en verordening en hun complexe onderlinge verhouding leidt tot een wettelijke regeling die vaak niet zelfstandig leesbaar is en als onvoldoende inzichtelijk wordt ervaren. Daarbij wordt soms tevens ingegaan op de keuze voor implementatie in de Wft. Het Europese kader voor de afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen bestaat uit een richtlijn die omzetting behoeft in nationaal recht en een rechtstreeks werkende verordening, die slechts op enkele punten implementatie behoeft. De richtlijn en de verordening verschillen in reikwijdte. Uit dit kader volgt een complexe verhouding tussen nationaal recht ter implementatie van de richtlijn en de rechtstreeks werkende verordening. Dit wetsvoorstel voorziet vanwege deze rechtstreekse werking van de verordening slechts in regeling van datgene waarin de verordening niet voorziet. Een allesomvattende regeling in nationaal recht is niet mogelijk.

In de consultatiereacties wordt in dit verband met name gewezen op die ontwerpbepalingen die strekken tot implementatie van de richtlijn maar waarin evenwel veelvuldig naar de verordening wordt verwezen. Het betreft hier de situatie waarin de richtlijn en de verordening gelijke materiële bepalingen bevatten en waarin de implementatiewet uitsluitend een aanvullende nationale regeling bevat voor de beperkte categorie van gevallen die niet onder de werking van de verordening vallen: bepaalde beleggingsondernemingen die geen onderdeel uitmaken van een bankengroep. In vergelijking tot de werkingsfeer van de verordening – banken en bankengroepen – is deze regeling echter van wezenlijk ondergeschikt belang. Om inhoudelijke consistentie te bereiken tussen de verordening en nationale regeling ter implementatie van de richtlijn voor deze gevallen, is zoveel mogelijk bij de verordening aangesloten. Naar aanleiding van de reacties op het voorontwerp is in het voorgestelde Deel 3A de afbakening van de regeling ten aanzien van de gevallen die niet onder de werking van de verordening vallen zoveel mogelijk benadrukt. Zie voor nadere toelichting paragraaf 4, onder a, inzake de wijze van implementatie.

Wat betreft de keuze voor implementatie in de Wft is het volgende overwogen. De Wft beoogt een omvattende wettelijke regeling te treffen voor ondernemingen die op de Nederlandse financiële markten actief zijn. Daartoe behoort de regeling voor de toetreding van deze ondernemingen tot de markt, alsmede de situatie van afwikkeling of beëindiging van deze ondernemingen. In dit verband kan onder meer worden gewezen op de noodregeling, de vangnetregeling en de overdrachtsregeling. Dit betreft niet alleen banken en bepaalde beleggingsondernemingen, maar bijvoorbeeld ook verzekeraars. De voorliggende regeling ten aanzien van het herstel en de afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen past derhalve binnen de doelstellingen en reikwijdte van de Wft. Bovendien sluit dit aan op het (doorlopend) toezicht op financiële

ondernemingen in de fase waarin deze nog naar behoren functioneren, ook wel de fase van «*going concern*» genoemd. Dit inhoudelijke verband komt ook tot uitdrukking in de inhoud van de richtlijn, die zowel ziet op vroegtijdige interventie met het oog op het financieel herstel van de bank of beleggingsonderneming, als op de afwikkeling van de onderneming («*gone concern*»). Daarnaast ligt implementatie in de Wft tevens in de rede vanwege de keuze om DNB te belasten met de afwikkelingstaken in het kader van de implementatie van de richtlijn en de verordening, omdat voor de uitoefening van die taken gebruik kan worden gemaakt van het bestaande institutionele kader in de Wft. Implementatie in een afzonderlijke wet, zoals in een enkele reactie bepleit, leidt vanwege de connexiteit van afwikkelingstaken met het doorlopende prudentiële toezicht niet tot een meer inzichtelijke wettelijke regeling.

Onderscheid tussen verschillende taken van DNB

In diverse reacties wordt ingegaan op de positionering van de afwikkelingsregeling binnen de Wft en de afbakening tussen de afwikkelingstaken en de taken van DNB bij het doorlopende toezicht (*going concern*), alsmede mogelijke onduidelijkheid over de «hoedanigheid» van DNB wanneer zij optreedt op grond van de wet. Hierbij wordt de zorg geuit dat DNB anders wellicht (ingrijpende) afwikkelingsbevoegdheden zou kunnen toepassen ten behoeve van de uitoefening van het prudentieel toezicht.

Zoals in paragraaf 4, onder b, nader is toegelicht is DNB belast met de afwikkelingstaken ter uitvoering van de wettelijke regeling in de Wft ter implementatie van de richtlijn en van de verordening. Dit betekent dat DNB als bestuursorgaan in het kader van de regulering van de financiële markten belast is met deze afwikkelingstaken, naast de overige taken van DNB, zoals het houden van toezicht op de naleving van voorschriften, de afwikkeling van verzekeraars en taken in het kader van de uitvoering van het depositogarantiestelsel. DNB beschikt daarbij als bestuursorgaan in de Wft niet over onderscheidenlijke «hoedanigheden». Het zijn de verschillende wettelijke taken van DNB die van elkaar te onderscheiden zijn. Ter uitvoering van deze onderscheidenlijke taken beschikt DNB over algemene en specifieke bevoegdheden, waarbij de inhoud van elke bevoegdheid bepaalt wanneer, onder welke voorwaarden en met welk doel de bevoegdheid mag worden gebruikt. De lijn die in veel consultatiereacties wordt bepleit om alle specifieke afwikkelingsbevoegdheden op te nemen in het nieuwe Deel 3A, wordt in het wetsvoorstel reeds als hoofdlijn gevolgd.

Daarbij behoren nog twee kanttekeningen. Ten eerste gaat een aantal reacties ten onrechte uit van de veronderstelling dat alle nieuwe bevoegdheden uit de richtlijn afwikkelingsbevoegdheden zijn. De regels in de richtlijn inzake vroegtijdige interventie en herstel(planning) behoren tot het domein van het doorlopende toezicht, en zijn om die reden niet in het voorgestelde Deel 3A opgenomen. Ten tweede dienen een aantal *algemene* wettelijke voorzieningen en bevoegdheden die zijn opgenomen in Deel 1 van de Wft, mede ter implementatie van de richtlijn en de verordening, zoals dit ook het geval is bij vele andere richtlijnen en verordeningen. Enkele voorbeelden hiervan zijn de inlichtingenplicht, de medewerkingsplicht en de geheimhoudingsplicht. Waar nodig en mogelijk is ervoor gekozen om enkele van deze bepalingen in dit deel zodanig te redigeren dat duidelijker tot uitdrukking komt dat de uitoefening van een taak als afwikkeling ook onder de reikwijdte valt. Daarnaast zijn vanwege de huidige systematiek van de Wft enkele bepalingen inzake handhaving en eventuele bewindvoering gedurende het doorlopend toezicht in Deel 1 geïmplementeerd. Een voorbeeld hiervan is de regeling van de figuur van

de bijzondere bewindvoerder, die wordt onmiddellijk geplaatst na de figuur van de stille curator.

Onafhankelijke uitoefening afwikkelingstaken

In de consultatiereacties is het belang van een onafhankelijke uitoefening van de afwikkelingstaken ten opzichte van de overige taken van DNB naar voren gebracht. De door de richtlijn vereiste onafhankelijke uitoefening van afwikkelingstaken wordt bereikt door een functionele scheiding *binnen* de organisatie van DNB. Deze interne functionele scheiding komt tot uitdrukking in de voorgestelde wijzigingen van de Bankwet en is reeds feitelijk doorgevoerd in de organisatie van DNB. Voor de juridische positie van DNB in de Wft heeft dit als zodanig geen consequenties. Wel is er omwille van een duidelijk onderscheid tussen de verschillende taken van DNB ervoor gekozen om de regeling van afwikkeling duidelijk af te bakenen van de regeling van het doorlopende toezicht, door deze op te nemen in een afzonderlijk deel in de Wft. Daar waar sprake is van het gebruik van een algemene bevoegdheid (die is opgenomen in Deel 1), zoals het vorderen van inlichtingen, blijkt uit de inhoud en het doel van de individuele toepassing van de bevoegdheid (de vordering) ten behoeve van welke taak DNB deze toepast. Bovendien gaat de scheiding van functies binnen DNB ook gepaard met een *personele* scheiding. Tevens blijkt uit de hoedanigheid van de (natuurlijk) persoon die de bevoegdheid namens DNB toepast, of de bevoegdheid wordt toepast in het kader van de uitoefening van het doorlopende toezicht dan wel in het kader van de uitvoering of voorbereiding van afwikkeling. Overigens verplicht de richtlijn tot een volledig vrije uitwisseling van informatie tussen de toezichtfunctie en afwikkelingsfunctie binnen een lidstaat (en daarmee in de Nederlandse situatie: binnen DNB). Daarmee is de vraag of bepaalde informatie in het kader van het doorlopende toezicht dan wel in het kader van de uitoefening van een afwikkelingstaak is verkregen, niet relevant voor de mogelijkheid om deze informatie ten behoeve van één van beide taken te gebruiken.

Rechtsbescherming

Met betrekking tot het onderwerp van de rechtsbescherming zijn naar aanleiding van de consultatiereacties in de betreffende paragraaf van deze toelichting de volgende keuzen nader gemotiveerd: de aansluiting bij het algemeen stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming van de Wft, het niet voorzien in rechterlijke *ex ante* toetsing, de invoering van rechtstreeks beroep in eerste en hoogste instantie. Tevens is daar de verhouding tussen nationale rechtsbescherming en Europese rechtsbescherming nader toegelicht.

Verhouding tot bestaande instrumenten

In een aantal reacties zijn vragen opgeworpen over de verhouding van de implementatie tot het huidige interventie-instrumentarium, in het bijzonder de interventieregeling in Deel 6 van de Wft. Hierbij is in enkele reacties, in het bijzonder de reactie van het Verbond van Verzekeraars, mede betrokken de positie van verzekeraars na de voorgestelde implementatie en een eventuele aanpassing van de regeling voor de afwikkeling van verzekeraars in de verdere toekomst.

De voorgestelde wijze van implementatie omvat geen wijzigingen van Deel 6 Wft. Uitgangspunt bij de implementatie is dat de interventieregeling van Deel 6 voor de financiële ondernemingen en entiteiten die onder de werking van de verordening vallen, gehandhaafd blijft als staatsnoodrecht. Dit betekent evenwel dat de mogelijkheid tot toepassing

van de regeling op die gevallen aanzienlijk wordt beperkt en wezenlijk van karakter verandert, waarbij toepassing van het gemeenschappelijk afwikkelingsmechanisme op grond van de verordening altijd voor zal gaan. Zie voor een nadere en uitgebreidere toelichting paragraaf 4c.

Het nieuwe afwikkelingsinstrumentarium ter implementatie van de richtlijn vervangt de huidige overdrachtsregeling voor banken. Voor verzekeraars wordt deze gehandhaafd aangezien verzekeraars niet onder de reikwijdte van de richtlijn vallen. De huidige noodregeling blijft van toepassing op zowel verzekeraars als banken. In reactie op het advies van het Verbond van Verzekeraars is het van belang om te benadrukken dat met deze implementatie niet vooruit wordt gelopen op een mogelijke volledige heroverweging van het huidige instrument van de overdrachtsregeling voor de afwikkeling van verzekeraars, met inbegrip van het instrument van bail-in. Eventueel zal op enig moment in de toekomst worden gezien of, en zo ja, op welke wijze, dit instrumentarium nadere aanvulling behoeft in aansluiting op nieuwe instrumentarium voor banken. Uiteraard zal bij een dergelijke afweging de specifieke eigenschappen van verzekeraars worden betrokken en zal de sector hierover worden geraadpleegd. Van een dergelijke heroverweging is op dit moment geen sprake. Zie ook de toelichting bij het nieuwe afwikkelingsregime in paragraaf 4c.

Tot slot nog een opmerking over de situatie waarin een af te wikkelen bank of bankengroep nauwe banden heeft met één of meer verzekeraars. Het Verbond van Verzekeraars en enkele andere respondenten hebben hier naar gevraagd. De richtlijn en de verordening sluiten aan bij de werkingssfeer van de richtlijn kapitaalvereisten respectievelijk de verordening banktoezicht. Verzekeraars zijn echter van het toepassingsbereik van de richtlijn en de verordening uitgesloten. Dit betekent dat bij de afwikkeling van een bank of bankengroep met banden met een verzekeraar, door DNB of de Afwikkelingsraad afstemming zal moeten plaatsvinden tussen DNB of de Afwikkelingsraad en de bevoegde (groeps)toezichthouder van de verzekeraar of verzekeringsgroep, dan wel met de coördinerend toezichthouder van een financieel conglomeraat. Voor Nederland kan dat DNB zelf zijn.

II. ARTIKELSGEWIJS

ARTIKEL I. Wijziging van de Wet op het Financieel toezicht

A

In dit artikel wordt onder meer voorgesteld de definitie te wijzigen van toezichthouder. De aanpassing in de definitie betreft een technische wijziging. Hiermee wordt tot uitdrukking gebracht dat de werkzaamheden van DNB en de AFM meer omvatten dan toezicht op de naleving van voorschriften. Zo zijn beide toezichthouders ook verantwoordelijk voor de markttoetreding door de afgifte van vergunningen, voert DNB afwikkelingstaken uit ten aanzien van verzekeraars en ingevolge Deel 3A voor banken en beleggingsonderneming, en is zij uitvoerder van het depositogarnatiestelsel. Dit ruimere takenpakket wordt thans ook tot uitdrukking gebracht in de definitie van «toezichthouder» in artikel 1:1 Wft.

B

De voorgestelde wijziging strekt ertoe om de taakomschrijving van DNB uit te breiden met een afzonderlijk vermelding van het afwikkelen van financiële ondernemingen. Zie voor een verdere toelichting inzake het inbedden van de afwikkelingstaken binnen DNB paragraaf 4, onderdeel b,

van het algemeen deel van deze toelichting en de toelichting bij de wijzigingen van de Bankwet 1998, zoals opgenomen in artikel II.

C

Met het oog op de beperking van de aansprakelijkheid van verschillende bij afwikkeling betrokken personen wordt een nieuw lid aan het artikel 1:25d Wft toegevoegd, op grond waarvan de aansprakelijkheid van bepaalde personen wordt beperkt tot handelen of nalaten waarbij de schade in belangrijke mate het gevolg is van een opzettelijk onbehoorlijke taakuitoefening of uitoefening van bevoegdheden of in belangrijke mate te wijten is aan grove schuld. De voorgestelde uitbreiding van de beperking van aansprakelijkheid ziet op handelingen, uitgeoefend door leden van het bestuur en de werknemers van een overbruggingsinstelling, een entiteit voor activa- en passivabeheer, alsmede op handelingen die een curator, een bijzondere bewindvoerder of een bijzondere bestuurder.

D

Met de voorgestelde wijziging wordt geregeld dat de toezichthouders elkaar voorafgaand aan het benoemen van een bijzondere bewindvoerder, net als bij de benoeming van een curator, de gelegenheid bieden daarover een zienswijze te geven, indien de instelling waarbij de bijzondere bewindvoerder wordt aangesteld ook onder toezicht van de andere toezichthouder staat.

E tot en met G

De voorgestelde wijzigingen hebben tot gevolg dat DNB en de AFM kunnen samen werken met, en informatie kunnen verstrekken aan, andere afwikkelingsautoriteiten en de Afwikkelingsraad.

H

De toezichthouder dient de mogelijkheid te hebben om ten behoeve van de taakuitvoering van de Afwikkelingsraad, op grond van 1:69 Wft inlichtingen te vorderen. Dit wordt met de voorgestelde aanvulling van artikel 1:70 mogelijk gemaakt.

I

Zoals toegelicht in paragraaf 3, onderdeel j, van het algemeen deel van deze toelichting, zijn onder de verordening de nationale bevoegde autoriteit (toezichthouder) en de nationale afwikkelingsautoriteit in alle fasen van het afwikkelingsproces gehouden tot loyale samenwerking met de Afwikkelingsraad bij de vervulling van de toezichttaak. Samenwerking kan inhouden dat de nationale afwikkelingsautoriteit actief bijstand verleent aan de Afwikkelingsraad bij onderzoeken en inspecties ter plaatse of dat de nationale bevoegde autoriteit of de nationale afwikkelingsautoriteit verificatietaken uitoefent. De taak voor de nationale afwikkelingsautoriteiten om bijstand te verlenen aan de Afwikkelingsraad bij inspecties en onderzoeken in het bijzonder is vastgelegd in de artikelen 35 en 36 van de verordening.

Onder de verordening banktoezicht (SSM) dient DNB op soortgelijke wijze samen te werken met de ECB. De Uitvoeringswet verordening banktoezicht voorziet daarom, om bijstand adequaat te kunnen verlenen, in de aanwijzing van personen die deze bijstand zullen verlenen, alsmede in de toekenning van bepaalde Awb-bevoegdheden aan deze bijstandverleners. Dit wordt geregeld in het voorgestelde artikel 1:71 Wft (zie artikel I, onderdeel O, van de artikelsgewijze toelichting van de Uitvoeringswet verordening banktoezicht).

In dit onderdeel wordt artikel 1:71 Wft zo gewijzigd dat DNB als nationale ontwikkelingsautoriteit ook bijstand kan verlenen aan de Afwikkelingsraad. De bijstand bestaat uit het zorg dragen voor medewerking aan het onderzoek en de inspectie door de Afwikkelingsraad (tweede volzin, eerste lid), alsmede het verzegelen van ruimten, boeken of bescheiden (tweede lid). In het derde lid zijn de medewerkingsplicht en het evenredigheidsbeginsel van overeenkomstige toepassing verklaard op genoemde bijstandverlening. Daarnaast staan de bijstandverleners enkele andere bevoegdheden uit de Awb tot de beschikking, zoals artikel 5:15 Awb, zodat zij bijvoorbeeld ten behoeve van de verzegeling plaatsen kunnen betreden, zo nodig met behulp van de sterke arm.

J

Het vorderen van inlichtingen ten behoeve van de uitoefening van prudentieel toezicht door DNB als bestuursorgaan is in artikel 1:74 Wft neergelegd, samen met de daarbij in acht te nemen regels, zoals het evenredigheidsbeginsel, de medewerkingsplicht en het uitgangspunt dat de ene toezichthouder eerst de andere toezichthouder vraagt of de te vorderen informatie al aanwezig is. Op grond van de verordening en de richtlijn krijgt DNB er een taak en bijbehorende bevoegdheden bij: afwikkeling van banken en bepaalde beleggingsondernemingen. Ten behoeve van een goede uitvoering van deze nieuwe taak is het noodzakelijk dat DNB (als bestuursorgaan) ook voor de vervulling van haar afwikkelingstaken inlichtingen kan vorderen. In die bevoegdheid wordt met dit onderdeel voorzien. De eerder genoemde in acht te nemen regels zijn daarop eveneens van toepassing. Omdat het evenredigheidsbeginsel op bestuursorganen al van toepassing is op grond van artikel 3:4, tweede lid, Awb, kan het van overeenkomstige toepassing verklaren van artikel 5:13 Awb achterwege worden gelaten.

K en L

Met het nieuwe Deel 3A van de Wft wordt de groep van normadressaten in de wet uitgebreid. Dit vergde een aanpassing van artikel 1:75 van de Wft, opdat ook een aanwijzing kan worden gegeven aan diegenen op wie uitsluitend ingevolge Deel 3A van de Wft verplichtingen rusten. Van de gelegenheid is gebruik gemaakt om de opzet van artikel 1:75, eerste lid, van de Wft zo aan te passen dat de reikwijdte van deze bepaling voortaan is gekoppeld aan degenen op wie op grond van de wet verplichtingen rusten en deze niet nakomen. De huidige opsomming van normadressaten kan daarmee vervallen.

Met het nieuwe derde lid wordt verduidelijkt dat de toezichthouders door middel van een aanwijzing ook een maatregel als bedoeld in artikel 27 van de richtlijn kunnen opleggen aan een bank of beleggingsonderneming. Artikel 27 ziet op maatregelen tot vroegtijdige interventie, die gedurende het lopende toezicht kunnen worden opgelegd bij overtreding van een aantal voorschriften ter uitvoering van de richtlijn en verordening kapitaalvereisten en van de richtlijn en verordening markten voor financiële instrumenten (MiFID en MiFIR), of bij een snel verslechterende financiële toestand van de onderneming. Artikel 1:75 Wft, dat een algemene aanwijzingsbevoegdheid regelt, kan, gezien de reeds bestaande criteria voor toepassing in het eerste en derde lid, worden gebruikt om een aanwijzing te geven die overeenkomt met de interventie maatregelen die in artikel 27, eerste lid, van de richtlijn worden opgesomd. Bij twee interventie maatregelen, namelijk die zijn genoemd in artikel 27, eerste lid, onderdelen c en g, van de richtlijn, is geoordeeld dat die vanwege hun aard en vergaande strekking een specifiek wettelijke grondslag behoeft. Hierin is voorzien in het voorgestelde nieuwe artikel 1:75a Wft.

Op grond van artikel 27, vierde lid, van de richtlijn stelt EBA richtsnoeren vast voor de toepassing van de voorwaarden voor toepassing van de interventie maatregelen.

In het voorgestelde artikel 1:75a van de Wft is voorzien dat de toezichthouder een bank of een beleggingsonderneming kan verplichten bepaalde besluiten ter goedkeuring aan de algemene vergadering van aandeelhouders of leden voor te leggen, of deze zelf daartoe bijeen te roepen. Dit brengt met zich dat in beide gevallen agendering van de voor te leggen besluiten door de toezichthouder wordt voorgeschreven dan wel dat de agenda van de vergadering door deze zelf wordt vastgesteld.

M en N

1:76 Wft

Op grond van de richtlijn heeft de bevoegde autoriteit de bevoegdheid tot het nemen van vroegtijdige interventie maatregelen. Een van die maatregelen is beschreven in artikel 28 van de richtlijn en betreft het aanstellen van een curator die kan samenwerken met (leden van) het bestuur van een financiële instelling. De toezichthouder is reeds bekend met deze mogelijkheid op grond van artikel 1:76 Wft. De bevoegdheid van de Nederlandse toezichthouder tot het aanstellen van een curator zoals geformuleerd in artikel 1:76 is erg breed waardoor de situatie zoals bedoeld in de richtlijn binnen het bereik van het artikel valt. Met de wijzigingen is beoogd het regime voor verslaglegging en de rechtsbescherming voor de curator en de bijzondere bewindvoerder gelijk te trekken.

1:76a Wft

Met het voorgestelde artikel 1:76a Wft wordt voor DNB en de AFM de mogelijkheid gecreëerd tot het aanstellen van een bijzondere bewindvoerder die (leden van) het bestuur van de onderneming kan vervangen. De toezichthouder kan hiertoe pas besluiten indien samenwerking tussen een op grond van artikel 1:76 Wft ingestelde curator en het bestuur niet zou volstaan om de situatie te verhelpen.

Zowel bij de wijziging van artikel 1:76 als van artikel 1:76a, is in lijn met de richtlijn bepaald dat het benoemingsbesluit omvat welke rol, taken en bevoegdheden aan de curator of bijzondere bewindvoerder worden toegekend en aan welke regels aangaande het raadplegen van deze of het verkrijgen van diens goedkeuring de dagelijks beleidsbepalers zich dienen te houden, alvorens bepaalde besluiten of maatregelen te nemen. In dit besluit kan ook worden bepaald dat de curator of bijzondere bewindvoerder bepaalde handelingen pas kan verrichten of besluiten kan nemen, nadat goedkeuring is verkregen van de toezichthouder. Dat geldt op grond van artikel 29, vijfde lid, van de richtlijn in elk geval voor het bijeenroepen van de algemene aandeelhoudersvergadering van de instelling en het vaststellen van de agenda van die vergadering

Daarnaast kan DNB of de AFM zowel de curator als de bijzondere bewindvoerder verzoeken, al dan niet met tussenpozen of aan het einde van zijn mandaat verslagen op te stellen over de financiële positie van de instelling waar hij is aangesteld en over de handelingen die hij gedurende zijn mandaat heeft verricht.

Termijn

In artikel 28 van de richtlijn wordt bepaald dat de benoeming van de daarin voorziene «tijdelijke bewindvoerder» geldt voor een periode van ten hoogste een jaar, met de mogelijkheid van verlenging van (telkens) een jaar. De huidige benoemingstermijn, die is opgenomen in artikel 1:76, vijfde lid, wordt hiermee in overeenstemming gebracht. Omdat de benoemingstermijn telkens kan worden verlengd, wordt daarmee de mogelijke totale duur van een benoeming niet beperkt.

Rechtsbescherming besluiten curatoren en bijzondere bewindvoerders

Besloten is ten aanzien van besluiten genomen door curatoren of bijzondere bewindvoerders af te wijken van algemene rechtsbeschermingsregime zoals vastgelegd in (de bijlagen van) de Awb. Deze keuze is nader toegelicht onder paragraaf g. rechtsbescherming van het algemene deel van deze toelichting.

1:76b Wft

Met artikel 1:76b wordt artikel 68 van de richtlijn geïmplementeerd. Omdat deze bepaling betrekking heeft op crisispreventiemaatregelen, die zien op de situatie van lopend toezicht, is zij opgenomen in Deel 1 van de Wft. Op grond van het voorgestelde artikel 3A:57 Wft is zij van overeenkomstige toepassing op crisisbeheersingsmaatregelen. Beide artikelen worden hier toegelicht.

Artikel 68 van de richtlijn regelt de gevolgen van een crisispreventiemaatregel voor financiëlezekerheidsovereenkomsten, betalingssystemen en zogeheten acceleratiebevoegdheden. Voordat wordt ingegaan op de gevolgen voor elk van deze drie onderwerpen, wordt ingegaan op het begrip «crisispreventiemaatregel». Artikel 2, onderdeel 101, van de richtlijn omschrijft een crisispreventiemaatregel als de uitoefening van bevoegdheden voor het onmiddellijk wegnemen van tekortkomingen of belemmeringen voor herstel uit hoofde van:

- artikel 6, lid 6, van de richtlijn;
- de uitoefening van bevoegdheden voor het aanpakken of wegnemen van belemmeringen voor de afwikkelbaarheid uit hoofde van artikel 17 of artikel 18;
- de toepassing van vroegtijdige-interventiemaatregelen uit hoofde van artikel 27;
- de aanstelling van een tijdelijk bewindvoerder uit hoofde van artikel 29;
- of de uitoefening van de afschrijvings- of de omzettingsbevoegdheid uit hoofde van artikel 59.

Gemeenschappelijke deler van bedoelde onderwerpen is het herstelplan en afwikkelbaarheid. Om die reden is in het eerste lid naar die onderwerpen verwezen. Deze twee begrippen moeten ruim worden opgevat. Als voorbeelden kunnen worden genoemd aanwijzingen die verband houden met:

- het onmiddellijk wegnemen van tekortkomingen of belemmeringen voor afwikkelbaarheid;
- het herzien van financieringsregelingen binnen de groep, het heroverwegen van de afwezigheid daarvan
- het opstellen van dienstverleningsovereenkomsten om het verrichten van kritieke functies in te dekken;
- het beperken van haar maximale afzonderlijke en samengevoegde blootstellingen;

- het opleggen van informatievereisten die relevant zijn voor afwikkelingsdoeleinden;
- het afstoten van activa;
- het beperken of beëindigen van werkzaamheden;
- het ontwikkelen van nieuwe of bestaande bedrijfsonderdelen;
- het beperken of verhinderen van nieuwe of bestaande producten;
- het wijzigen van juridische of operationele structuren van de entiteit of groepsentiteiten waarover zij middellijk of onmiddellijk zeggenschap heeft;
- het opzetten van een moederonderneming, financiële moederholding of financiële EU-moederholding;
- het nemen van maatregelen om aan het minimumvereiste voor eigen vermogen in aanmerking komende passiva te voldoen; en
- ingeval de entiteit een dochteronderneming van een gemengde holding is, het opzetten van een afzonderlijke financiële holding om zeggenschap over de entiteit uit te oefenen als dat nodig is om de afwikkeling van de entiteit te vergemakkelijken en om te voorkomen dat de toepassing van de afwikkelingsinstrumenten en uitoefening van bevoegdheden, bedoeld in afdeling 3A.2.5, nadelige gevolgen hebben voor het niet-financiële deel van de groep.

Voorts noemt artikel 2, onderdeel 101, van de richtlijn het benoemen van een zogeheten stille curator en de afschrijving en omzetting van kapitaalinstrumenten. Met betrekking tot het afschrijven en omzetten van kapitaalinstrumenten wordt het volgende opgemerkt. In de richtlijn wordt dat beschouwd als een crisispreventiemaatregel, blijkens de verwijzing in de definitie naar artikel 59 van de richtlijn. In de Wft is de afschrijving en omzetting van kapitaalinstrumenten opgenomen in Deel 3A. In artikel 3A:57 wordt artikel 1:76b van overeenkomstige toepassing verklaard op de uitoefening van een bevoegdheid of taak in Deel 3A. Aldus is de regel van artikel 1:76b ook op de afschrijving en omzetting van kapitaalinstrumenten van toepassing.

Artikel 68 van de richtlijn geeft drie hoofdregels, inzake 1) financiëlezekerheidsvereenkomsten, 2) betalingssystemen en 3) zogeheten acceleratiebevoegdheden. De eerste twee regels worden gegeven in het eerste lid van dat richtlijnartikel, de derde in het derde lid van dat artikel.

financiëlezekerheidsvereenkomsten

Artikel 68, eerste lid, van de richtlijn bepaalt dat een op zichzelf staande crisispreventiemaatregel of crisisbeheersingsmaatregel niet als executiegrond in de zin van de richtlijn financiëlezekerheidsvereenkomsten wordt erkend.⁵⁸ Op grond van die richtlijn kan in bepaalde gevallen een zekerheidsrecht worden bedongen dat, wanneer zich een executiegrond voordoet, kan worden uitgeoefend. Deze regeling is geïmplementeerd in de artikelen 51 en volgende van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek. Het gevolg van artikel 1:76b, eerste lid, is dat een crisispreventiemaatregel of een gebeurtenis die daarmee rechtstreeks verband houdt, aan de wederpartij bij een financiëlezekerheidsvereenkomst niet de bevoegdheid geeft zijn zekerheidsrechten uit die overeenkomsten uit te oefenen. Dit komt erop neer dat de hier geïmplementeerde richtlijn boven de richtlijn financiëlezekerheidsvereenkomsten gaat. Een consequentie is bijvoorbeeld dat het feit dat DNB overgaat tot bail in de wederpartij niet het recht geeft haar zekerheidsrecht uit te oefenen. Indien de desbetreffende entiteit haar verplichtingen niet nakomt op een wijze die geen verband houdt met de maatregel, kan de wederpartij zich wel beroepen

⁵⁸ Richtlijn 2002/47/EG van het Europees parlement en de Raad van 6 juni 2002 betreffende financiëlezekerheidsvereenkomsten (PbEG 2002, L 168).

op de executiegrond. Dit is beoogd tot uitdrukking te brengen met de zinsnede «voor zover die entiteit voortgaat (...) zekerheden».

Met betrekking tot de zinsnede «voor de toepassing van een overeenkomst waarbij die entiteit partij is» wordt het volgende opgemerkt. Hiermee wordt beoogd te bepalen dat de in het eerste lid gegeven regel geldt ten aanzien van elk van de entiteiten die in artikel 3A:2 worden genoemd. Teneinde een mogelijk misverstand weg te nemen wordt uitdrukkelijk opgemerkt dat met bedoelde passage niet is beoogd te bepalen dat een systeem met toepassing van zijn eigen regels zou kunnen beslissen of hij een maatregel beschouwt als een insolventieprocedure in de zin van artikel 212a, onderdeel I, van de Faillissementswet. In de praktijk wordt dit wel de «proviso approach» genoemd: een maatregel wordt in beginsel niet als een insolventieprocedure beschouwd, maar dit is wel het geval wanneer, kort gezegd, de betrokken entiteit wanprestatie pleegt of niet langer zekerheden verschafft. Met het bewuste gedeelte van de zin wordt de zinsnede in de richtlijn «uit hoofde van een door die entiteit aangegaan contract».

betalingssystemen

Artikel 68, eerste lid, van de richtlijn, bepaalt tevens dat een maatregel niet als insolventieprocedure in de zin van de Finaliteitsrichtlijn wordt erkend.⁵⁹ In punt 93 van de considerans bij de richtlijn wordt uiteengezet wat met deze bepaling wordt beoogd. De Finaliteitsrichtlijn beperkt het risico dat aan deelname aan betalings- en afwikkelingssystemen is verbonden, in het bijzonder door de versterking ten gevolge van insolventie van een deelnemer in het systeem te beperken. Het betreft overigens systemen die zijn aangewezen op grond van artikel 212d Faillissementswet. In de overwegingen bij de richtlijn wordt opgemerkt dat, teneinde ervoor te zorgen dat bedoelde bescherming ook in crisissituaties naar behoren werkt en dat de exploitanten van betalings- en afwikkelingssystemen en andere marktdeelnemers over de nodige zekerheid blijven beschikken, de nu te implementeren richtlijn bepaalt dat een crisispreventiemaatregel of crisisbeheersingsmaatregel op zich niet als een insolventieprocedure in de zin van de Finaliteitsrichtlijn wordt beschouwd. Een en ander komt dus erop neer dat een maatregel niet ertoe kan leiden dat een eenmaal in een systeem ingevoerde opdracht zou moeten worden teruggedraaid: deze moet volledig worden uitgevoerd. Dit is bepaald in het tweede lid.

Thans wordt ingegaan op de vraag hoe deze regel zich verhoudt tot de toepassing van het instrument van bail-in. Onderscheid moet worden gemaakt tussen twee typen vorderingen. In de eerste plaats wordt gewezen op artikel 27, derde lid, onderdeel f, van de verordening, welke bepaling in artikel 3A:44, tweede lid, van overeenkomstige toepassing is verklaard voor de gevallen die niet door de verordening worden bestreken. Bedoelde verordeningsbepaling sluit van bail-in uit verplichtingen met een resterende looptijd van minder dan zeven dagen jegens systemen of exploitanten van systemen die zijn aangewezen of hun deelnemers die uit deelname aan een dergelijk systeem voortvloeien. Bedoeld zijn niet zozeer verplichtingen aan of jegens die systemen, maar verplichtingen die reeds hebben geleid tot een aan een systeem of systeemexploitant die is aangewezen op grond van artikel 212d van de Faillissementswet gegeven overboekingsopdracht. Die verplichtingen worden niet afgeschreven noch omgezet. Voor deze categorie verplich-

⁵⁹ Richtlijn 98/26/EG van het Europees parlement en de Raad van 19 mei 1998 betreffende het definitieve karakter van de afwikkeling van betalingen en effectentransacties in betalings- en afwikkelingssystemen (PbEG 1998, L 166).

tingen is artikel 1:76b, derde lid, niet relevant: aangezien deze verplichtingen geen verandering ondergaan, zou ook zonder artikel 1:76b een dergelijke overboekingsopdracht niet kunnen worden teruggedraaid.

Met betrekking tot de andere categorie verplichtingen, namelijk die met een resterende looptijd langer dan zeven dagen die reeds hebben geleid tot een overboekingsopdracht die is ingevoerd in een aangewezen systeem, geldt het volgende. Op deze categorie verplichtingen wordt de bevoegdheid tot bail-in wel toegepast. Voorstelbaar is dat deze verplichtingen reeds hebben geleid tot een overboekingsopdracht die is ingevoerd in een aangewezen systeem. In dat geval wordt de overboekingsopdracht niet teruggedraaid, maar als gevolg van de toepassing van het instrument van bail-in heeft de entiteit het afgeschreven bedrag betaald zonder rechtsgrond. In het systeem van het commune burgerlijk recht ligt besloten dat het te veel betaalde als onverschuldigd betaald kan worden teruggevorderd. De terugbetaling gebeurt door middel van een nieuwe overboekingsopdracht die in het systeem wordt ingevoerd. Een voorbeeld moge dit verduidelijken. Stel, een entiteit in afwikkeling heeft een verplichting van 100, met een resterende looptijd van langer dan zeven dagen. De entiteit heeft ter zake daarvan een overboekingsopdracht in een aangewezen systeem ingevoerd ter grootte van 100. Voordat deze overboekingsopdracht volledig is uitgevoerd, wordt de verplichting door DNB afgeschreven tot 20. Artikel 1:76b, vierde lid, voorkomt dat de overboekingsopdracht tot een bedrag van 80 ongedaan zou moeten worden gemaakt. Het volledige bedrag van 100 wordt overgeboekt. De ontvanger heeft evenwel 80 te veel ontvangen. De entiteit heeft 80 zonder rechtsgrond betaald, en is gerechtigd dit bedrag als onverschuldigd betaald terug te vorderen op grond van artikel 6:203, eerste en tweede lid, BW.

Gewezen wordt op de zinsnede «mits bij voortdurende aan de materiële verplichtingen uit hoofde van het contract (...) wordt voldaan en het verschaffen van zekerheden». Deze zinsnede komt voor in artikel 68, eerste lid, van de richtlijn en heeft daar betrekking op zowel de regel inzake financiëlezekerheidsovereenkomsten als de regel inzake systemen. In het kader van de regel van financiëlezekerheidsovereenkomsten is de zinsnede passend: een maatregel op zich is geen executiegrond, maar er kunnen zich wel andere omstandigheden voordoen die een executiegrond opleveren. In het kader van de regel inzake systemen is bedoelde zinsnede evenwel minder duidelijk. De zinsnede suggereert dat een overboekingsopdracht wel zou kunnen worden teruggedraaid indien de entiteit haar verplichtingen niet nakomt. Dat past evenwel niet in het systeem van de Finaliteitsrichtlijn of de artikelen 212b tot en met 212e Fw. De zinsnede is daarom niet opgenomen in het tweede lid. Zie over deze zinsnede ook de toelichting op het vierde lid.

Voor de goede orde wordt opgemerkt dat artikel 68, eerste lid, onderdeel a, van de richtlijn betrekking heeft op verplichtingen die «door de moeder of een andere groepsentiteit» zijn gegarandeerd. Het is niet nodig uitdrukkelijk naar de moeder te verwijzen; deze valt reeds onder het begrip «groepsentiteit».

In het tweede en derde lid wordt het eerste lid van overeenkomstige toepassing verklaard op overeenkomsten, aangegaan door een dochter, ingeval verplichtingen door een andere groepsmaatschappij zijn gegarandeerd, alsmede op overeenkomsten die zijn aangegaan door een groepsentiteit en die cross default bepalingen bevatten. In dit verband zij erop gewezen dat in artikel 68, eerste lid, onderdeel b, van de richtlijn, wordt gesproken van «kruiselingse wanbetalingsvoorzieningen» en in het derde lid, onderdeel a, subonderdeel ii van datzelfde artikel van «weder-

zijdse tekortkomingsbepalingen». Bedoeld wordt evenwel hetzelfde soort bepalingen, die in de Engelstalige versie van de richtlijn «cross default provisions» worden genoemd. Bij de omzetting is ervoor gekozen in beide bepalingen hetzelfde begrip te gebruiken: wederzijdse tekortkomingsbepalingen.

Acceleratiebevoegdheden

Maatregelen, genomen door de toezichthouder of de afwikkelingsautoriteit, zijn bedoeld om de continuïteit van instellingen te bevorderen. Het is evenwel mogelijk dat deze maatregelen indirect uiteindelijk averechts werken. Dat is het geval wanneer partijen zijn overeengekomen dat een maatregel van de toezichthouder of de afwikkelingsautoriteit de wederpartij van de probleeminstelling bepaalde bevoegdheden geeft, die weliswaar misschien voor de wederpartij gunstig zijn, maar die de kans op een deconfiture van de probleeminstelling juist kunnen vergroten. Te denken valt aan een contractuele voorwaarde die bepaalt dat door een maatregel van DNB een vordering terstond opeisbaar wordt en de wederpartij de bevoegdheid krijgt deze vordering terstond met alle middelen rechtens te innen. Dergelijke bevoegdheden worden ook wel «acceleratiebevoegdheden» genoemd. De probleeminstelling kan in het ergste geval worden geconfronteerd met een cascade van vorderingen die terstond opeisbaar worden en het ontstaan van omvangrijke open posities die opnieuw moeten worden afgedekt.

Om deze reden is in het eerste lid tevens bepaald dat een crisispreventie-maatregel of een gebeurtenis die daarmee rechtstreeks verband houdt, de wederpartij niet de bevoegdheid geeft een acceleratiebevoegdheid uit te oefenen. Het gevolg is bijvoorbeeld dat een dergelijke maatregel of gebeurtenis geen grond is waarop een verrekenbeding kan worden ingeroepen. In artikel 68, derde lid, van de richtlijn is daaraan toegevoegd «mits bij voortdurende aan de materiële verplichtingen uit hoofde van het contract, daaronder begrepen de betalings- en leveringsverplichtingen, wordt voldaan en het verschaffen van zekerheden wordt voortgezet». Anders gezegd: in het voorbeeld van een verrekenbeding kan op dat beding wel een beroep worden gedaan indien er, kort gezegd, wanprestatie is gepleegd. Teneinde aan te sluiten bij de terminologie van het Burgerlijk Wetboek is bepaald «mits wordt voortgegaan met zowel de voldoening aan de verplichtingen, voortvloeiend uit de bedingen in de overeenkomst die de kern van de prestaties aangeven, als het verschaffen van zekerheden.» Het spreekt voor zich dat betalings- en leveringsverplichtingen voortvloeien uit bedingen die de kern van de prestaties aangeven, zodat dat niet uitdrukkelijk in de wet hoeft te worden bepaald.

Onder «het verschaffen van zekerheden» moet worden verstaan zowel het daadwerkelijke stellen van zekerheden, alsook, indien eenmaal zekerheden zijn gesteld, dat die zekerheden ook blijven bestaan. Uit de aard der zaak volgt dat de voorwaarde die betrekking heeft op het verschaffen van zekerheden slechts geldt indien het verschaffen van zekerheden is bedongen. Dit zal in de praktijk het geval zijn. Het is niet nodig dit te preciseren in de wettekst. Voor de goede orde wordt opgemerkt dat artikel 1:76b, eerste lid, geen betrekking heeft op een bevoegdheid tot *payment netting* of verrekening, die niet ontstaat als gevolg van een crisispreventiemaatregel of een gebeurtenis die daarmee rechtstreeks verband houdt.

Een vergelijkbare bepaling is nu reeds opgenomen in artikel 3:267f Wft. Een verschil is dat op grond van dat artikel het verboden is bepaalde rechten uit te oefenen zonder toestemming van DNB. Wanneer DNB toestemming geeft, kunnen de rechten dus worden uitgeoefend. De mogelijkheid dat de afwikkelingsautoriteit toestemming geeft, wordt niet

uitdrukkelijk genoemd in de richtlijn en is niet overgenomen in artikel 1:76b. Een ander belangrijk verschil is dat onder het huidige recht de regeling betreffende de acceleratiebevoegdheden niet geldt ten aanzien van crisispreventiemaatregelen; zie daarover de opmerkingen aan het begin van de toelichting op artikel 1:76b. Zie in dit verband ook de wetgevingsbrief van DNB, waarin zij voor de uitbreiding met crisispreventiemaatregelen pleit.⁶⁰

Onder de huidige regeling verhindert de benoeming van een curator als bedoeld in artikel 1:76 niet dat een beroep wordt gedaan op een acceleratiebevoegdheid. Onder het thans voorliggende wetsvoorstel is dat anders: er wordt aan herinnerd dat onder een «crisisbeheersingsmaatregel» wordt verstaan zowel een afwikkelingsmaatregel als de benoeming van een bijzonder bestuurder of een persoon die een bedrijfsaneringplan opstelt en uitvoert.

Voor de nadere invulling van het begrip «gebeurtenis die daarmee rechtstreeks verband houdt» kan worden gewezen op de parlementaire geschiedenis van artikel 3:267f, tweede lid, Wft.⁶¹ Die bepaling beoogt hetzelfde te regelen, zij het met een enigszins andere formulering. In de memorie van antwoord aan de Eerste Kamer is opgemerkt dat wederpartijen niet aan de regel kunnen ontsnappen door aan te knopen bij gebeurtenissen die zijn gelieerd aan de maatregel. Twee voorbeelden zijn gegeven. Het eerste voorbeeld betreft de voorbereiding van een maatregel. Indien in een contractuele bepaling zou zijn opgenomen dat de wederpartij bepaalde bevoegdheden kan uitoefenen indien de afwikkelingsraad of DNB een maatregel voorbereiden, kan de wederpartij daarop geen beroep doen. Het tweede voorbeeld betreft het volgende. Indien DNB een overdrachtsplan voorbereidt en er onafhankelijk daarvan tegelijkertijd een afwaardering van de kredietwaardigheid plaatsvindt, kan de wederpartij bepaalde rechten uitoefenen als is overeengekomen dat die rechten kunnen worden uitgeoefend na de afwaardering van de kredietwaardigheid. Anders is het wanneer de afwaardering van de kredietwaardigheid plaatsvindt als het gevolg van het toepassen door DNB van een crisisbeheersingsmaatregel. Dat is een gebeurtenis die rechtstreeks verband houdt met de crisisbeheersingsmaatregel.

Conform de richtlijn is niet ervoor gekozen om te bepalen waarop het recht van beëindiging, opschorting, wijziging, saldering of verrekening betrekking heeft. Aldus is de bepaling ruim geformuleerd. In dit kader wordt in het bijzonder gewezen op het verbod om naar aanleiding van een maatregel een recht op wijziging uit te oefenen. De onmogelijkheid om een recht op wijziging uit te oefenen heeft niet alleen betrekking op de overeenkomst zelf, maar op de gehele verhouding tussen de entiteit in afwikkeling en haar wederpartij. Zo is ook niet toegestaan dat een beroep wordt gedaan op een beding dat bepaalt dat de wederpartij een vorm van zekerheid kan verlangen naar aanleiding van een maatregel. Zou overigens de wederpartij zekerheid verlangen, niet op de grond dat een contractuele bepaling hem daartoe het recht geeft maar buiten de overeenkomst om, dan kan DNB op grond van artikel 1:75 Wft de entiteit in afwikkeling de aanwijzing geven een dergelijke zekerheid niet te verschaffen. Het verlangen van een zekerheidsrecht naar aanleiding van een maatregel ziet op het bedingen van een zekerheidsrecht. Dat is niet hetzelfde als het uitoefenen van een zekerheidsrecht naar aanleiding van een gebeurtenis, maar ook dat is niet toegestaan, op grond van het eerste lid, onderdeel c. Op grond van hetzelfde onderdeel is het eveneens onmogelijk om het bezit te verwerven van of de zeggenschap uit te oefenen over goederen van de entiteit in afwikkeling. Op grond van het

⁶⁰ Kamerstukken II 2012/13, 32 545, nr. 14.

⁶¹ Kamerstukken I 2011/12, 33 059, C, blz. 7.

eerste lid, onderdeel d, biedt een maatregel niemand de mogelijkheid om afbreuk te doen aan rechten uit overeenkomst met de entiteit in afwikkeling.

Onderdeel a van artikel 68, derde lid, van de richtlijn bepaalt dat het recht op beëindiging, opschorting, wijziging, saldering of verrekening, niet kan worden uitgeoefend zonder dat in de aanhef van dat onderdeel wordt bepaald jegens wie die rechten niet kunnen worden uitgeoefend. Subonderdelen i en ii van onderdeel a bepalen dat daaronder wordt begrepen dat de rechten evenmin kunnen worden uitgeoefend in verband met (i) een overeenkomst die is gesloten door een dochteronderneming waarbij de verplichtingen door een groepsentiteit worden gegarandeerd of anderszins worden gewaarborgd, en (ii) evenmin in verband met een overeenkomst die is gesloten door een groepsentiteit met cross-default bepalingen. In artikel 1:76b is dit in het tweede onderscheidenlijk derde lid tot uitdrukking gebracht.

In artikel 1:76b, vijfde lid is bepaald dat dat artikel is te beschouwen als een bepaling van bijzonder dwingend recht in de zin van artikel 9 van de Rome I Verordening.⁶² Hiermee wordt in ieder geval bereikt dat, indien partijen voor het recht van een derde land kiezen en een geschil voorleggen aan een rechter in een lidstaat van de Europese Unie, de rechter voorrang moet geven aan artikel 1:76b en, door de verklaring van overeenkomstige toepassing in artikel 3A:57, ook aan dat artikel.

Ook een afwikkelingsmaatregel die is genomen in een derde land kan de wederpartij van een probleeminstelling niet de bevoegdheid geven bepaalde overeengekomen rechten uit te oefenen, althans indien een dergelijke maatregel wordt erkend of indien de afwikkelingsautoriteit daartoe op andere gronden besluit. Dit is ook bepaald in artikel 3A:57.

Tot slot wordt gewezen op artikel 68, vierde lid, van de richtlijn. Daarin is bepaald dat het recht om bepaalde bevoegdheden uit te oefenen onverlet wordt gelaten indien dit recht ontstaat uit hoofde van een andere gebeurtenis dan een crisispreventiemaatregel, crisisbeheersingsmaatregel of een gebeurtenis die rechtstreeks met de toepassing van een dergelijke maatregel verband houdt. Het is niet nodig dit uitdrukkelijk te bepalen. De regel bepaalt immers waardoor bedoelde rechten kunnen worden aangetast (een crisispreventiemaatregel, crisisbeheersingsmaatregel of een gebeurtenis die rechtstreeks met de toepassing van een dergelijke maatregel verband houdt), zodat alles dat niet wordt genoemd, bedoelde bevoegdheden op grond van deze bepaling niet kan aantasten.

O

De geheimhoudingsplicht van artikel 1:89 Wft ziet op eenieder die enige taak vervult of heeft vervuld op grond van de Wft. Bij de uitvoering van de Wft, zoals in het kader van afwikkeling, kan ook een bredere groep van personen over vertrouwelijke informatie komen te beschikken. Het betreft personen die niet zelf een taak vervullen op grond van de wet maar wel bij de uitvoering ervan betrokken raken, zoals de medewerkers van een af te wikkelen bank of van een potentiële overnemer, of van door deze instellingen ingeschakelde derde partijen zoals financiële of juridische adviseurs. Met het nieuwe derde lid wordt daarom de reikwijdte van artikel 1:89 uitgebreid naar iedere persoon die betrokken is of is geweest bij de vervulling van enige taak op grond van de Wft en die in dat kader

⁶² Verordening (EG) nr. 593/2008 van het Europees parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst («Rome I»), PbEU 2008, L 177/6, met rectificatie in PbEU 2009, L 309/87

beschikt over vertrouwelijke informatie. Hierbij is van belang te vermelden dat ook personen die in de fase voor of na het nemen van het besluit tot afwikkeling betrokken zijn de beschikking kunnen krijgen over vertrouwelijke informatie. Zo kan de inhoud van herstel- en afwikkelingsplannen en de resultaten van de beoordeling van deze plannen vertrouwelijk zijn en kan de openbaarmaking daarvan verregaande gevolgen hebben, in het bijzonder voor de betrokken entiteiten. Ook informatie die met betrekking tot een afwikkelingsbesluit wordt verstrekt voordat het besluit wordt genomen, bijvoorbeeld over de vraag of aan de voorwaarden voor afwikkeling wordt voldaan, over het gebruik van een bepaald instrument of over een maatregel in de loop van de procedure, zal veelal vertrouwelijk zijn en onder de geheimhouding vallen. Het belang van openbaarmaking van deze gegevens zal over het algemeen niet opwegen tegen de negatieve gevolgen die deze openbaarmaking heeft voor de openbare en particuliere belangen die bij de maatregel betrokken zijn. Alleen algemene bekendheid van het feit dat de afwikkelingsautoriteit een bepaalde instelling aan het onderzoeken is, kan ernstige negatieve gevolgen voor die instelling hebben. Eenieder die direct of indirect betrokken is bij de voorbereiding van, besluitvorming over en uitvoering van afwikkeling, dient de vertrouwelijke informatie daarover dus geheim te houden.

Het vierde lid regelt dat, in uitzondering op de geheimhoudingsplicht ingevolge het eerste en derde lid, een persoon wel mededelingen mag doen indien gegevens zijn verkregen in verband met zijn beroepswerkzaamheden of de uitvoering van taken ingevolge de Wft. De mededelingen dienen dan wel in een zodanig samengevatte of geaggregeerde vorm te zijn dat deze niet kunnen worden herleid tot afzonderlijke personen of entiteiten. Ook kunnen mededelingen worden gedaan met de uitdrukkelijke en voorafgaande toestemming van de Nederlandsche Bank.

P

Ook bij haar taakuitoefening als afwikkelingsautoriteit is DNB gehouden aan het Wft regime van geheimhouding zoals bepaald in artikel 1:89 e.v. van de Wft. Volgens de richtlijn dient DNB echter onder omstandigheden (zoals na het nemen van een afwikkelingsmaatregel) met bepaalde personen of instanties vertrouwelijke informatie te kunnen delen. Dit betreft een uitgebreide en specifieke groep personen en instanties, om deze reden wordt naar de opsomming in de richtlijn verwezen.

Q tot en met S

De toezichthouder dient bij overtreding van bepaalde verplichtingen uit de richtlijn een verklaring te kunnen publiceren. Het gaat bijvoorbeeld om het nalaten herstelplannen of groepsherstelplannen op te stellen, dan wel het nalaten om de vereiste informatie voor het opstellen van afwikkelingsplannen te verstrekken. Gezien de aard van deze overtredingen zal een openbare waarschuwing dan niet voor de hand liggen. Om die reden wordt in dit artikel de mogelijkheid opgenomen om bij deze overtredingen een verklaring te publiceren. Deze verklaring heeft niet het oogmerk van een waarschuwing, maar heeft een neutraal informatief karakter. De mogelijkheid om een verklaring te publiceren wordt ook aan de toezichthouder verleend ten aanzien van de overtredingen waarbij zij op dit moment al een waarschuwing kan uitvaardigen, zodat zij telkens kan kiezen voor de passende bekendmaking.

De artikelen 1:95 en 1:96 Wft worden zo aangepast, dat duidelijk is dat zij ook zien op het publiceren van een verklaring.

T

Deze wijziging van artikel 1:107 Wft hangt samen met artikel 3A:40. Zie ook de toelichting op dat artikel. Het betreft een tijdelijke ontheffing van de vergunningplicht, een zogeheten zware ontheffing, die wordt verleend aan een overbruggingsinstelling indien zulks noodzakelijk is voor de verwezenlijking van een of meer afwikkelingsdoelstellingen. Deze ontheffing dient te worden ingeschreven in het register dat door DNB wordt aangehouden.

U

Artikel 3:4 Wft ziet op de vrijwillige vergunning voor «opt-in-banken» ofwel vrijwillige banken. Deze vrijwillige banken vallen niet onder de reikwijdte van de verordening of de richtlijn. Met dit onderdeel wordt geregeld dat het in Deel 3A van de Wft bepaalde over de afwikkeling van banken en bepaalde beleggingsondernemingen niet van toepassing is op deze banken.

V

Deze wijziging van artikel 3:17 Wft strekt tot implementatie van de regels inzake de herstelplannen (artikel 5 en verder van de richtlijn). De aanvulling van artikel 3:17, dat regels stelt omtrent de beheerste en integere bedrijfsvoering van bepaalde financiële ondernemingen, introduceert een aanvullende wettelijke grondslag om bij algemene maatregel van bestuur regels te stellen over het opstellen en bijhouden van een herstelplan door banken en beleggingsondernemingen die onder het regime van de richtlijn vallen. Ten tijde van de implementatie van de richtlijn en verordening kapitaalvereisten zijn reeds voorschriften inzake het herstelplan opgenomen in het Besluit prudentiële regels Wft op basis van het huidige artikel 3:17. Aangezien de verplichting tot het opstellen en bijhouden van herstelplannen een belangrijk onderdeel is van de richtlijn, wordt deze plicht nu op wetsniveau geduid met een aanvullende grondslag in artikel 3:17. In het Besluit prudentiële regels Wft zullen de regels omtrent herstelplannen worden aangevuld met de vereisten uit deze richtlijn. Overigens komt de implementatie in artikel 3:17 overeen met artikel 5, eerste lid, van de richtlijn waarin in de laatste volzin wordt bepaald dat herstelplannen worden beschouwd als een governance-systeem. Andere voorschriften inzake het governance-systeem uit de richtlijn kapitaalvereisten zijn eveneens in belangrijke mate geïmplementeerd op basis van grondslagen in artikel 3:17.

Hierbij dient nog te worden opgemerkt dat ingevolge artikel 3:276, eerste lid, Wft de bepalingen ingevolge artikel 3:17, tweede lid, onderdeel c, ook op geconsolideerde basis kunnen worden toegepast op groepen. Op deze wijze is tevens voorzien in de grondslag voor het stellen van regels voor het opstellen en bijhouden van groepsherstelplannen voor groepen die onder het regime van de richtlijn vallen.

W

Artikel 3:62a Wft bevat een regeling over de kapitaalbuffer en het kapitaalconserveringsplan voor banken en bepaalde beleggingsondernemingen. Met dit onderdeel wordt een tweede kennisgevingplicht opgelegd aan deze financiële ondernemingen. Naast de bestaande plicht (op grond van het derde lid, onderdeel a) om onverwijld een melding te doen bij DNB wanneer de kapitaalbuffer niet voldoet aan de eisen die daaraan zijn gesteld bij algemene maatregel van bestuur (AMvB), wordt aan het derde de plicht toegevoegd om ook onverwijld aan DNB een

mededeling te doen indien deze onderneming voorziet of redelijkerwijs kan voorzien dat haar kapitaalbuffer niet zal voldoen aan de bij AMvB gestelde eisen. Met de opname van deze mededelingsplicht wordt aansluiting gezocht bij vergelijkbare, reeds bestaande meldingsplichten ten aanzien van de solvabiliteit (artikel 3:57, vijfde lid, Wft) en de liquiditeit (artikel 3:63, derde lid, Wft). In het vierde lid wordt de reeds geldende verplichting (op grond van het derde lid, onderdeel b) om binnen vijf werkdagen een kapitaalconserveringsplan in te dienen bij DNB na een kennisgeving dat de kapitaalbuffer niet voldoet aan de vereisten, opgenomen. De wijzigingen van het vijfde en zevende lid houden verband met de vernummering van de leden.

X tot en met BB en DDD tot en met II

In paragraaf 4, onderdeel c, van het algemeen deel van deze toelichting is reeds uiteengezet dat de bepalingen in Deel 3 Wft met betrekking tot de overdrachtsregeling, geïntroduceerd bij de zogeheten Interventiewet, niet langer van toepassing is op banken. Door telkens de verwijzing naar banken in afdeling 3.5.4A Wft, met betrekking tot het overdrachtsplan, te doen vervallen, blijft deze afdeling slechts van toepassing op verzekeraars.

CC

Ter implementatie van de richtlijn wordt in Deel 3A uitdrukkelijk voorzien in de mogelijkheid voor de Nederlandsche Bank om bij afwikkeling van een bank overeenkomsten te wijzigen alsmede om activa en passiva vrij van aansprakelijkheden over te dragen. De voorgestelde aanpassing van artikel 3:159o expliciteert dat een dergelijke mogelijkheid thans ook bestaat bij overdracht op grond van de overdrachtsregeling. In het vierde lid wordt dienaangaande bepaald dat verzekeringsovereenkomsten (de overdrachtsregeling is immers thans alleen van toepassing op verzekeraars) bij overdracht kunnen worden gewijzigd. In het zesde lid wordt bepaald dat overdracht kan plaatsvinden, kort gezegd, met achterlating van een recht op schadevergoeding. In artikel 3A:51 wordt dit overeenkomstig de richtlijn geformuleerd als «vrij van enige bezwaring of aansprakelijkheid». Zie voor een nadere toelichting de toelichting op artikel 3A:51. Omdat voor verzekeraars niet tevens wordt voorzien in een uitvoerige regeling ter implementatie van artikel 78 van de richtlijn wordt hier een iets andere formulering gehanteerd.

JJ

Bij dit artikel wordt artikel 3:160, eerste lid, van de Wft gewijzigd. De regeling betreffende de noodregeling blijft van toepassing op banken. In artikel 3:160, eerste lid, van de Wft wordt het criterium gegeven voor het uitspreken van de noodregeling. Nu nog wordt dat gedaan door te verwijzen naar artikel 3:159c, eerste lid. Als gevolg van artikel V is artikel 3:159c, eerste lid, van de Wft echter niet langer van toepassing op banken. Belangrijker is dat als gevolg van de wijziging van artikel 3:159c, eerste lid, niet langer de noodregeling kan worden uitgesproken ten aanzien van een bank indien de tekenen van een gevaarlijke ontwikkeling uitsluitend betrekking hebben op de liquiditeit van die bank. Het element «liquiditeit» in dat artikel vervalt immers, aangezien dat element geen betrekking heeft op verzekeraars, de enige categorie financiële ondernemingen waarop dat artikel nog betrekking heeft. Het verdient daarom de voorkeur in artikel 3:160, eerste lid, niet langer naar artikel 3:159c, eerste lid, van de Wft te verwijzen, maar in artikel 3:160, eerste lid, van de Wft het criterium voluit op te nemen, en wel het criterium zoals dat nu nog luidt in artikel 3:159c, eerste lid van de Wft.

KK

Zie de toelichting bij W tot en met AA en CC tot en met HH.

LL

Zie de toelichting bij artikel 3A:63.

MM

Artikel 3:265e

Artikel 3:265e van de Wft strekt tot implementatie van artikel 109 van de richtlijn. Deze bepaling ziet op de bijdrage van het DGS aan de afwikkeling van een bank.

In het eerste lid is bepaald dat wanneer DNB ten aanzien van een bank met zetel in Nederland een afwikkelingsinstrument inzet, en die maatregel garandeert dat depositohouders toegang behouden tot hun deposito's, uit hoofde van het DGS een bedrag beschikbaar wordt gesteld.

In het tweede lid wordt bepaald hoeveel het DGS ten hoogste aan de afwikkeling bijdraagt. Indien het instrument van bail-in wordt toegepast wordt ten hoogste het bedrag bijgedragen dat bij houders van in aanmerking komende deposito's zou worden afboekt als deze deposito's over het gedeelte waaronder deze deposito's worden gegarandeerd door het DGS (in beginsel tot 100.000 euro per depositohouder per bank) net als andere vorderingen met een gelijke rang zouden worden betrokken in de bail-in. Gegarandeerde deposito's hebben ingevolge het nieuwe artikel 212ra van de Fw een bevoorrechte status ten opzichte van de concurrente schuldeisers. Zij zijn gerangschikt onmiddellijk na de preferente schuldeisers. Voor de berekening van de bijdrage van het DGS worden de kosten voor herkapitalisatie van de instelling of de kapitalisatie van de brugbank buiten beschouwing gelaten.

Indien een ander afwikkelingsinstrument wordt toegepast (bijvoorbeeld het instrument van de overgang van de onderneming) draagt het DGS ten hoogste het bedrag bij dat depositohouders aan verliezen zouden hebben geleden als zij op dezelfde wijze zouden zijn behandeld als andere schuldeisers met een gelijke rang.

In artikel 79 van de verordening worden nog een aantal nadere regels gesteld omtrent de bijdrage van het DGS aan afwikkeling.

Het vierde lid bepaalt dat indien in aanmerking komende deposito's tot een waarde gelijk aan of hoger dan het door het DGS gegarandeerde bedrag (thans 100.000 euro), worden overgedragen aan een andere bank of een brugbank er voor een eventueel bij de probleeminstelling achterblijvend deel van het deposito, als daarop verliezen worden geleden, geen beroep kan worden gedaan op het DGS. Dit heeft tot gevolg dat een depositohouder niet tegelijkertijd wordt beschermd door de overdracht van zijn deposito's en door de dekking van het DGS.

Ook hierbij dient nog te worden aangetekend dat ingevolge het nieuwe artikel 212ra Fw aan deposito's een bevoorrechte status op de faillissementsladder is toegekend. Bij een faillissement van de probleeminstelling worden de vorderingen van depositohouders voldaan voor de vorderingen van concurrente schuldeisers. De vordering van een depositohouder van wie een deel van zijn deposito met een waarde van 100.000 of meer is overgedragen, is voor het gedeelte dat is achtergebleven bij de probleeminstelling gerangschikt net onder de vordering van het DGS.

Artikel 79, vijfde lid, eerste alinea, van de verordening legt een verband met de voorgenomen ex ante financiering van het DGS in de nieuwe richtlijn inzake depositogarantiestelsels. In gevolge artikel 10 van de richtlijn dienen de lidstaten er zorg voor te dragen dat de beschikbare financiële middelen van een DGS uiterlijk op 3 juli 2024 ten minste een streefbedrag gelijk aan 0,8% van het bedrag van de gegarandeerde deposito's belopen. De tweede alinea bepaalt dat de bijdrage van het DGS in geen geval meer bedraagt dan de helft van het genoemde streefbedrag. Er wordt aldus geen rekening gehouden met de op een bepaald moment daadwerkelijk bijeen gebrachte middelen maar met het doelkapitaal van het DGS. In het vijfde lid, derde alinea, wordt uitdrukking gegeven aan het «*no creditor worse off*»-beginsel. Ook voor het DGS geldt dat niet meer zal worden bijgedragen aan een afwikkeling dan zou zijn bijgedragen indien ten aanzien van de onderneming (via de noodregeling) de route van het faillissement zou worden gevolgd.

NN en OO

Zie de toelichting bij W tot en met AA en CC tot en met HH.

PP

Voor een toelichting bij de nieuwe afdeling inzake overeenkomsten voor financiële steun binnen een groep (artikelen 3:300 tot en met 3:305) wordt verwezen naar paragraaf 3, onderdeel a, subonderdeel «Financiële steun binnen een groep» van het algemeen deel van de toelichting.

QQ

Artikel 3A:1

In dit artikel worden enkele begrippen gedefinieerd die voorkomen in het nieuwe Deel 3A.

Sommige definities zijn overgenomen uit artikel 76 van de richtlijn. Het betreft de definities van gestructureerde financieringsregeling («structured finance arrangement»), salderingsovereenkomst («netting arrangement»), verrekeningsovereenkomst («set off arrangement») en zekerheidsregeling («security arrangement») gebruikt. Daarnaast is een definitie van «financiëlezekerheidsovereenkomst» opgenomen. Met betrekking tot deze laatste definitie wordt opgemerkt dat dat begrip is gedefinieerd in artikel 2, onderdeel b, van richtlijn 2002/47 betreffende financiëlezekerheidsovereenkomsten. De definitie in die richtlijn wijkt tekstueel af van de definitie in artikel 76 van de richtlijn maar inhoudelijk is hetzelfde bedoeld. De definitie in de richtlijn betreffende financiëlezekerheidsovereenkomsten is reeds geïmplementeerd in artikel 51, onderdeel b, van Boek 7 van het BW. Blijkens punt 3 van de considerans in samenhang met artikel 2, eerste lid, onderdeel b, van de richtlijn financiëlezekerheidsovereenkomsten (richtlijn 2002/47/EU) vallen hieronder in ieder geval zogeheten «repo's», in die richtlijn «retrocessie-overeenkomsten» («repurchase agreements») genoemd, waaronder die welke vallen onder de Global Master Repurchase Agreement («GMRA»), opgesteld door de International Capital Market Association («ICMA»). Tevens vallen onder financiëlezekerheidsovereenkomsten de zogeheten securities lending transactions, waaronder die welke vallen onder de Global Securities Lending Master Agreements («GMSLA»), opgesteld door de International Securities Lending Association (ISLA).

Onder «gestructureerde financieringsregeling» vallen in ieder geval securitisaties en instrumenten voor hedgingdoeleinden. De in de definitie opgenomen termen «dekkingspool» en «trustee» zijn overgenomen uit de richtlijn. Hierbij wordt opgemerkt dat bij gestructureerde financieringsregelingen activa worden samengevoegd en overgedragen aan een aparte rechtspersoon. De term «dekkingspool» verwijst naar deze samenvoeging. De term «trustee» verwijst naar de Angelsaksische rechtsfiguur van de trust, waarbij goederen vallen in het vermogen van de trustee, maar afgescheiden zijn van diens overige vermogen.

Onder «salderingsovereenkomst» wordt in ieder geval verstaan de raamovereenkomsten van de International Swaps and Derivatives Association, de zogeheten ISDA Master Agreements.

In de richtlijn is niet een definitie als zodanig van het begrip «zekerheidsregeling» opgenomen, maar een omschrijving is wel te vinden in artikel 76, tweede lid, onder a, van de richtlijn. Het is daarom dienstig een definitie in de Wft op te nemen. Met de zinsnede «een zekerheid op een algemeenheid van goederen» wordt in het bijzonder gedoeld op de Engelse term «floating charge».

Artikel 3A:2

Dit artikel bevat de reikwijdte van het hoofdstuk Afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen en definieert tegelijkertijd de entiteiten die onderworpen kunnen worden aan het afwikkelingsinstrumentarium. Hierbij is aangesloten bij artikel 1, eerste lid van de richtlijn, met dien verstande dat moederholdings niet afzonderlijk worden vermeld. Het begrip «holding» ziet immers tevens op een moederholding – de holding op het hoogste niveau van een groep binnen de Unie is. Bovendien is het begrip «instelling» uit de richtlijn hier uitgeschreven als zijnde een bank of een beleggingsonderneming waarop artikel 28, tweede lid, van de richtlijn kapitaalvereisten van toepassing is. Dit laatste betekent dat op een beleggingsonderneming ingevolge de richtlijn kapitaalvereisten het hoogste vereiste van eigen vermogen op van toepassing is.

Artikel 3A:3

Dit artikel bepaalt dat het voor de toepassing van dit hoofdstuk niet relevant is welk recht van toepassing is. Het enige criterium voor toepasselijkheid van dit hoofdstuk is dat het gaat om een entiteit als bedoeld in artikel 3A:2. Beoogd wordt duidelijk te maken dat entiteiten zich niet aan de werking van dit hoofdstuk kunnen onttrekken door bij wijze van rechtskeuze een ander recht dan Nederlands recht van toepassing te verklaren op wat voor rechtsverhouding dan ook. Een vergelijkbare bepaling is nu reeds opgenomen in artikel 3:159b. Deze regel vloeit voort uit de algehele systematiek van de richtlijn en de verordening.

Artikel 3A:4

Met betrekking tot de erkenning wordt het volgende opgemerkt. Artikel 66, eerste lid, van de richtlijn regelt ook de erkenning en tenuitvoerlegging van een besluit tot overgang. Artikel 66, vierde lid, van de richtlijn regelt de erkenning en tenuitvoerlegging van een besluit tot bail-in. Een nationale wetgever heeft het niet in zijn macht te bepalen dat een in zijn eigen land genomen besluit tot overgang moet worden erkend en ten uitvoer moet worden gelegd in een ander land. Hij kan slechts bepalen dat een in een ander land genomen besluit in zijn eigen land wordt erkend en ten uitvoer gelegd. Dat is dan ook wat is bepaald in artikel 3A:4.

Met betrekking tot het tweede lid wordt het volgende opgemerkt. Artikel 66, derde lid, van de richtlijn bepaalt dat aandeelhouders, schuldeisers en derden die worden getroffen door de overgang van in een andere lidstaat aanwezige aandelen, activa en passiva niet gerechtigd zijn de overgang te verhinderen, te betwisten of te vernietigen op grond van een rechtsbepaling van de lidstaat waar de activa zich bevinden of op grond van het op de aandelen, andere eigendomsinstrumenten, rechten of passiva toepasselijke recht. De bedoeling van dat artikel is dat belanghebbenden niet met een beroep op Nederlands recht een buitenlandse maatregel kunnen frustreren.

De hoofdregel is dat belanghebbenden zich in de lidstaat waar de afwikkelingsautoriteit de afwikkelingsmaatregel heeft genomen zich kunnen verweren tegen die maatregel. De rechter in die andere lidstaat zal zijn eigen recht toepassen bij de beoordeling van het verweer. Zo kan een belanghebbende zich in Nederland verweren tegen een door DNB genomen afwikkelingsmaatregel. Omgekeerd is de Nederlandse rechter niet bevoegd om kennis te nemen van een verweer tegen een maatregel genomen door een buitenlandse afwikkelingsautoriteit, ook niet wanneer de afwikkelingsautoriteit van een andere lidstaat een afwikkelingsmaatregel neemt die tevens gevolgen heeft in Nederland. In dat geval kan echter niet worden uitgesloten dat een belanghebbende bij de Nederlandse rechter daartegen opkomt met een vordering uit onrechtmatige daad. Wanneer de belanghebbende aanvoert dat de schade in Nederland is aangetreden, moet de Nederlandse rechter zich bevoegd achten. De Brussel I-verordening laat niet toe dat Nederland in een dergelijk geval de Nederlandse rechter niet bevoegd maakt: zie artikel 7, tweede lid, van die verordening.⁶³ De Nederlandse rechter is dus bevoegd kennis te nemen van een dergelijke vordering uit onrechtmatige daad. De bedoeling van artikel 66, derde lid, van de richtlijn is dat het onmogelijk wordt gemaakt dat in een dergelijk geval de Nederlandse rechter de buitenlandse maatregel aantast. Niet kan worden bepaald dat het Nederlandse recht niet van toepassing is: zie artikel 4 Rome II-verordening. Beoogd is te bepalen dat het Nederlandse recht geen grond biedt voor aantasting van de buitenlandse maatregel.

In het tweede lid is dit onder woorden gebracht doordat is bepaald dat in dat geval niet kan worden opgekomen tegen, kort gezegd, een buitenlandse afwikkelingsmaatregel. Dat betekent dat de inhoud van de buitenlandse maatregel kan worden vernietigd of anderszins kan worden aangetast. Artikel 3A:4, tweede lid, verhindert niet dat bijvoorbeeld in kort geding kan worden opgekomen tegen de erkenning in de Nederlandse rechtsorde van dat besluit, of tegen de wijze van tenuitvoerlegging.

Artikel 3A:5

Met dit artikel wordt ter implementatie van de artikelen 93, 94 en 95 van de richtlijn, voorzien in de erkenning, tenuitvoerlegging, alsmede eventuele uitvoering door DNB, van besluiten van afwikkelingsautoriteiten van landen buiten de Europese Unie. Uit de genoemde artikelen in de richtlijn kan, in onderlinge samenhang, worden opgemaakt dat er vier situaties zijn te onderscheiden die leiden tot erkenning, tenuitvoerlegging en uitvoering van afwikkelingsbesluiten van autoriteiten uit derde landen. Ten eerste op grond van een overeenkomst die wordt gesloten tussen de Europese Unie en het betreffende derde land. Artikel 93 van de richtlijn

⁶³ Verordening (EU) nr. 1215/2012 van het Europees parlement en de Raad van de Europese Unie van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (herschikking). Zie ook HvJEG 30 november 1976, C-21-76, NJ 1977, 494.

geeft de Commissie de bevoegdheid aan de Raad voorstellen te doen voor het sluiten van dergelijke overeenkomsten, de zien op onderlinge samenwerking en, blijkens artikel 94, eerste lid, van de richtlijn, mede kunnen strekken tot erkenning en tenuitvoerlegging van afwikkelingsbesluiten. Ten tweede kan, voor zover hierin niet reeds is voorzien door middel van een internationale overeenkomst als hiervoor genoemd, binnen een Europees afwikkelingscollege worden besloten tot erkenning. Op grond van artikel 95 van de richtlijn kan een nationale afwikkelingsautoriteit ervan afzien dit besluit te volgen. Blijkens artikel 93, vierde lid, zijn lidstaten bevoegd om bilaterale samenwerkingsovereenkomsten ten aanzien van afwikkeling te sluiten, zolang de Unie niet zelf overgaat tot het sluiten van een dergelijke overeenkomst. Tot slot kan DNB, bij gebreke van een gezamenlijk besluit in het Europees afwikkelingscollege, zelf een beslissing nemen.

Behalve van erkenning en tenuitvoerlegging ziet spreekt de richtlijn ook van «handhaving». Door bij de erkenning en mogelijkheid van tenuitvoerlegging op grond van het eerste lid, tevens ingevolge de bepalingen inzake de toepassingen van de afwikkelingsmaatregelen van overeenkomstige toepassing te verklaren, kan DNB een afwikkelingsbesluit van een autoriteit van een derde land zo nodig uitvoeren en handhaven als ware het besluiten van DNB zelf.

In het derde lid wordt gevolg gegeven aan artikel 94, zesde lid, van de richtlijn, waarin is bepaald dat erkenning en handhaving van afwikkelingsbesluiten van een autoriteit in een derde land geen afbreuk doen aan nationale insolventieprocedures. Het spreekt voor zich dat een dergelijke erkenning en handhaving evenmin afbreuk doen aan de bevoegdheden, bedoeld in Deel 6.

Artikel 3A:6

De richtlijn kent in het kader van de afwikkeling een groot aantal bevoegdheden toe aan de afwikkelingsautoriteit. Het betreft daarbij ook zeer ingrijpende bevoegdheden, denk bijvoorbeeld aan bail-in of de overgang van onderdelen van de onderneming.

De effectiviteit van de uitoefening van deze bevoegdheden zou zeer ernstig worden belemmerd indien de toepassing afhankelijk zou kunnen zijn van in overeenkomsten, statuten van de entiteit in afwikkeling of andere wettelijke bepalingen neergelegde bevoegdheden van derden. Zo zou bijvoorbeeld toepassing van het instrument van overgang van de onderneming ernstig worden bemoeilijkt indien voor de overgang op grond van artikel 2:107a van Boek 2 van het BW instemming van de algemene vergadering benodigd zou zijn. Hetzelfde geldt voor de toepassing van het instrument van bail-in waarbij voor het verminderen van de waarde van aandelen of de intrekking ervan ingevolge artikel 208 van Boek 2 in beginsel eveneens instemming van de algemene vergadering is vereist. Een laatste voorbeeld betreft toepassing van de bevoegdheid ingevolge artikel 3A:51 op grond waarvan de afwikkelingsautoriteit een overeenkomst waarbij de entiteit in afwikkeling partij is, kan wijzigen. Normaliter zou voor een wijziging instemming van de wederpartij vereist zijn, daaraan kan bij afwikkeling echter voorbij worden gegaan, de overeenkomst kan bij besluit van de afwikkelingsautoriteit, eenzijdig, worden aangepast.

Om te voorkomen dat een effectieve afwikkeling wordt belemmerd en de afwikkelingsdoelstellingen in gevaar zouden kunnen komen schrijft de richtlijn in artikel 63, tweede lid, onderdeel a, in dat verband voor dat wordt geregeld dat de afwikkelingsautoriteiten bij de toepassing van de

afwikkelingsinstrumenten en de uitoefening van de afwikkelingsbevoegdheden niet onderworpen zijn aan «vereisten om de goedkeuring of toestemming van een publieke of privépersoon, met inbegrip van aandeelhouders of schuldeisers van de instelling in afwikkeling, te verkrijgen». Deze vereisten kunnen voortkomen uit «het nationale recht, een contract of een andere rechtsgrondslag». Deze bepaling wordt geïmplementeerd in artikel 3A:6, eerste lid. Hierin wordt, kort gezegd, bepaald dat besluiten die door de afwikkelingsautoriteit in het kader van afwikkeling worden genomen, en de voorbereiding en uitvoering ervan (dit voor zover deze niet in het besluit zijn vervat) niet zijn onderworpen aan enig instemmingsvereiste. Er zijn op deze hoofdregel twee uitzonderingen opgenomen. In de eerste plaats is bij toepassing van het instrument van overgang van de onderneming instemming van de verkrijger vereist. Een potentiële overnemer kan dus niet worden gedwongen tot een koop. Daarnaast is een uitzondering gemaakt voor besluiten genomen ingevolge afdeling 3A.2.2. In deze afdeling zijn de bevoegdheden in de planningsfase opgenomen. Nu het daar geen afwikkeling in enge zin betreft, en het bevoegdheden betreft die worden uitgeoefend in een «going concern»-situatie is toepasselijkheid van een ingrijpend voorschrift als het onderhavige disproportioneel. Voorts dient te worden opgemerkt dat het terzijde schuiven van een instemmingsrecht niet geldt voor bevoegdheden uit hoger recht, zoals bijvoorbeeld primair Europees recht of een rechtstreeks werkende verordening. Zo zal toepassing van het instrument van overgang van de onderneming kunnen leiden tot een fusie die ingevolge het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie en de Concentratieverordening ter goedkeuring aan de Europese Commissie moet worden voorgelegd. Aan dit voorschrift kan op grond van artikel 3A:6 niet voorbij worden gegaan.

In het tweede lid van artikel 3A:6 wordt bepaald dat besluiten van de afwikkelingsautoriteit in het kader van een afwikkeling niet worden onderworpen aan kennisgevingsvereisten of procedurele voorschriften van het vennootschaps- of effectenrecht. Hiermee wordt artikel 63, tweede lid, onderdeel b, van de richtlijn geïmplementeerd. Op grond van deze bepaling kan bijvoorbeeld het vereiste om bij een aandelenemissie een door de Autoriteit Financiële Markten goedgekeurde prospectus algemeen verkrijgbaar te stellen, voor de duur van de afwikkeling terzijde worden geschoven. Een ander voorbeeld betreft de verplichting ingevolge de artikelen 69, 180 en 289 van Boek 2 van het BW om vennootschappen bij oprichting in te schrijven in het Handelsregister. Ook daaraan kan, voor de duur van de afwikkeling, voorbij worden gegaan.

Het derde lid bepaalt dat een overgang van financiële instrumenten, rechten of vermogensbestanddelen, afschrijving en omzetting van kapitaalinstrumenten en bail-in en de voorbereiding en uitvoering van deze besluiten, niet is onderworpen aan enige andere beperking uit hoofde van de wet, statuten of overeenkomst. Dit betreft de implementatie van artikel 63, tweede lid, laatste alinea. Hiermee wordt, kort gezegd, meer specifiek bepaald dat toepassing van deze bevoegdheden in het kader van een afwikkeling altijd doorgang moet kunnen vinden. Statuten, overeenkomsten of wettelijke bepalingen mogen geen belemmering vormen voor toepassing van de instrumenten, uiteraard mits aan de voorwaarden uit Deel 3A van de wet is voldaan. Een voorbeeld van een wettelijke bepalingen die «terzijde kunnen worden geschoven» betreft de regelingen in het BW met betrekking tot het maatschappelijk kapitaal. Indien afschrijving en omzetting ertoe leidt dat meer aandelen worden geplaatst dan de omvang van het maatschappelijk kapitaal zoals in de statuten opgenomen, toelaat vormt dit desalniettemin geen belemmering voor de uitgifte. In dezelfde zin kan bij afschrijving en omzetting tijdelijk

voorbij worden gegaan aan de minimumkapitaaleis die bijvoorbeeld geldt voor een N.V.

Voor artikel 3A:6 geldt dat vergaand wordt ingegrepen in de rechten van derden. Dit is passend gelet op het grote belang dat met een effectieve afwikkeling is gemoed. Dat neemt niet weg dat de afwikkelingsautoriteit rechten van derden niet nodeloos terzijde mag schuiven. Zij past bevoegdheden slechts toe indien dit, ter verwezenlijking van de afwikkelingsdoelstellingen, dienstig is. De bevoegdheden die zijn vervat in Deel 3A en vallen onder het bereik van artikel 3A:6 dienen te alle tijden proportioneel te worden toegepast.

Het besluit moet op grond van het vierde lid uitdrukkelijk het tijdstip van inwerkingtreding vermelden. Dit dient een exact tijdstip te zijn. De bekendmaking van het besluit geschiedt op grond van artikel 3:41 Algemene wet bestuursrecht. In het vierde lid is voorts uitdrukkelijk geregeld dat het tijdstip van inwerkingtreding van het besluit ook het tijdstip is waarop de eigendom van de eigendomsinstrumenten of activa of passiva overgaat, tenzij anders in het besluit is bepaald.

Artikel 3A:7

Met dit artikel wordt artikel 66, zesde lid, onderdeel c, van de richtlijn geïmplementeerd. Bepaald wordt welk recht van toepassing is op de waarborgen, bedoeld in hoofdstuk VII van titel IV van de richtlijn. In de Wft is dat hoofdstuk geïmplementeerd in de artikelen 3A:59 tot en met 3A:61. Met de drie «traditionele afwikkelinstrumenten» (overgang onderneming, overbruggingsinstelling, afsplitsing activa) kunnen activa of passiva overgaan. Hoofdstuk VII van de richtlijn biedt bescherming aan bepaalde partijen indien de afwikkelautoriteit slechts een gedeelte van de activa of passiva zou willen overdragen. Als voorbeeld kan worden genomen de situatie waarin DNB activa wenst over te dragen die in Duitsland zijn gelegen. Op grond van artikel 3A:7 gelden de waarborgen die zijn geïmplementeerd in het Nederlandse recht, niet die welke zijn geïmplementeerd in het Duitse recht.

Artikel 3A:8

Dit artikel regelt de aanwijzing van personen die dagelijks uitvoering geven aan de afwikkelingstaken van DNB en bepaalt over welke bevoegdheden uit de Awb zij daarvoor beschikken. De aangewezen personen kunnen ingevolge artikel 3A:8 inlichtingen vorderen, inzage vorderen van zakelijke gegevens en bescheiden en daarvan kopieën maken, alsmede alle plaatsen – met uitzondering van woningen – betreden. Bij de uitoefening van deze bevoegdheden kunnen zij medewerking vorderen van een ieder en nemen zij het evenredigheidsbeginsel in acht. Daarmee beschikken deze personen over dezelfde bevoegdheden en verplichtingen op grond van de Awb als de personen die zijn belast met de uitvoering van het dagelijks toezicht (vgl. artikel 1:72 e.v. van de Wft). Ook bij de personen die worden belast met de afwikkelingstaken wordt het niet nodig geacht om hen de bevoegdheden te geven om monsters te nemen (5:18 Awb) of vervoermiddelen te onderzoeken (5:19 Awb). Die bevoegdheden zijn daarom niet van overeenkomstige toepassing verklaard.

Artikel 3A:9

De verordening voorziet reeds in een regeling voor de vaststelling van afwikkelingsplannen voor banken en bankgroepen. Het voorgestelde artikel regelt ditzelfde, ter implementatie van de artikelen 10, 12 en 13 van de richtlijn, voor beleggingsondernemingen en groepen die niet onder de

werking van de verordening vallen. Hierbij is voor de inhoudelijke vereisten zoveel mogelijk bij de regeling in de verordening aangesloten. Met betrekking tot de totstandkoming van groepsafwikkelingsplannen, die worden opgesteld door de groepsafwikkelingsautoriteit, worden in het tweede en derde lid twee situaties geregeld. Indien DNB de groepsafwikkelingsautoriteit is, vindt ingevolge het tweede lid de opstelling van het groepsafwikkelingsplan door DNB plaats volgens de coördinatieprocedure van artikel 13 van de richtlijn. Dit regelt het afstemmingsproces met de andere betrokken afwikkelingsautoriteiten en met EBA. Indien DNB niet de groepsafwikkelingsautoriteit is, wordt het groepsafwikkelingsplan vastgesteld door een afwikkelingsautoriteit in een andere lidstaat. Op grond van het voorgestelde derde lid is het door die andere autoriteit vastgestelde afwikkelingsplan tevens van toepassing op de entiteiten van de groep met zetel in Nederland. Het plan heeft dan de instemming van DNB. Indien die instemming ontbreekt, kan DNB op overeenkomstig artikel 13, zesde lid, van de richtlijn zelf afzonderlijke afwikkelingsplannen vaststellen voor de entiteiten binnen Nederland. Op grond van het vijfde lid beschikt DNB over de bevoegdheid om een gehele of gedeeltelijke ontheffing te verlenen voor verplichtingen in verband met de afwikkelingsplanning. In aansluiting op de regeling in de verordening is bepaald dat een afwikkelingsplan desnoods geheel achterwege kan blijven.

Artikel 3A:10

Voor de regeling van de beoordeling van de afwikkelbaarheid, dat de basis vormt voor het afwikkelingsplan voor een beleggingsonderneming of een groep die niet onder de werking van de verordening valt, is ter implementatie van de artikelen 15 en 16 van de richtlijn geheel aangesloten bij de regeling in de verordening. Het betreft hier een beoordeling van de afwikkelbaarheid van de beleggingsonderneming of groep, ten behoeve van het vaststellen van een definitief afwikkelingsplan en het eventueel opleggen van maatregelen op grond van het navolgende artikel. Het gaat daarmee om een voorbereidende handeling, waartegen geen afzonderlijk bezwaar en beroep open staat.

Artikel 3A:11

In de artikelen 17 en 18 van de richtlijn wordt geregeld dat, voorafgaand aan de definitieve vaststelling van een afwikkelingsplan, maatregelen kunnen worden opgelegd om eventueel geconstateerde belemmeringen voor de afwikkelbaarheid weg te nemen. In de verordening wordt dit voor banken en bankgroepen, tezamen met de beoordeling van de afwikkelbaarheid, geregeld in artikel 10. Voor de te volgen procedure voor de oplegging van maatregelen op een beleggingsonderneming die geen onderdeel uitmaakt van een groep, wordt verwezen naar artikel 17 van de richtlijn. Op de oplegging van maatregelen door DNB aan entiteiten met zetel in Nederland van een groep die niet onder de werking van de verordening valt, is de procedure in artikel 18 van de richtlijn van toepassing. Maatregelen die worden opgelegd aan entiteiten van een groep, worden door de groepsafwikkelingsautoriteit vastgesteld en medegedeeld aan de EU-moederonderneming. Rechtsbescherming tegen die maatregelen staat dan ook open tegen het besluit van de groepsafwikkelingsautoriteit. Eenmaal vastgesteld, zijn maatregelen opgelegd door de groepsafwikkelingsautoriteit in een andere lidstaat op grond van het tweede voorgestelde lid tevens van toepassing op entiteiten binnen Nederland, tenzij DNB overeenkomstig artikel 18, zevende lid, van de richtlijn besluit zelf maatregelen op te leggen aan deze entiteiten. Uiteraard staat dan tegen deze besluiten bezwaar bij DNB en beroep bij de Nederlandse bestuursrechter open. Voor de toepassingswijze en de

inhoud van de maatregelen is aangesloten bij artikel 10, tiende en elfde lid, van de verordening.

Artikel 3A:12

In artikel 3A:12 wordt voorgeschreven dat een entiteit te allen tijde in staat moet zijn kernkapitaalinstrumenten of eigendomsinstrumenten uit te geven om daadwerkelijk uitvoering te geven aan de geëigende afwikkelingsinstrumenten.

Artikel 3A:13

Het voorgestelde artikel strekt tot implementatie van artikel 55 van de richtlijn. Deze bepaling gaat in op de contractuele erkenning van het instrument van bail-in.

Het eerste lid strekt ertoe aan te geven dat entiteiten worden verplicht om in overeenkomsten waar passiva tot stand komen een contractuele bepaling op te nemen, waarin de wederpartij de toepassing van het instrument van bail-in erkent.

In het tweede lid wordt vervolgens opgesomd om welke passiva het gaat die in de overeenkomsten tot stand komen. Het betreffen dan passiva die:

- geen deposito zijn als bedoeld in artikel 108, onder a, van de richtlijn;
- aan bail-in of AFOMKI kunnen worden onderworpen;
- onder het recht vallen van een derde land; en
- zijn uitgegeven of zijn aangegaan na de datum waarop een lidstaat de bepalingen toepast ter omzetting van deze afdeling.

Ten aanzien van de laatste voorwaarde wordt nog opgemerkt dat uit de richtlijn volgt dat de datum van het sluiten van de overeenkomst of het uitgeven van de instrumenten bepalend is. Indien dus al een voornemen is gepubliceerd tot uitgifte dan wel een instrument in tranches wordt uitgegeven is niettemin de datum van uitgifte bepalend voor de vraag of dient te worden voorzien in een clause als hier bedoeld.

In het derde lid wordt bepaald dat de bevoegde afwikkelingsautoriteit, DNB of de Afwikkelingsraad, van de entiteit kan verlangen dat zij een juridisch advies verstrekt over de juridische afdwingbaarheid van de contractuele bepaling. Een dergelijk advies zal veelal de vorm hebben van een *legal opinion*. Daarbij kan tevens worden gedacht aan een dergelijke opinie ten aanzien van een standaardclause die in meerdere overeenkomsten kan worden opgenomen.

Het vierde lid voorziet in de mogelijkheid voor DNB om een ontheffing van de contractuele clause te verlenen. DNB kan een ontheffing verlenen als zij vaststelt dat krachtens het recht van een derde land de passiva ook onderworpen zijn aan het instrument van bail-in of dat met dat derde land een bindende overeenkomst is gesloten dat de passiva onderworpen zijn aan het instrument van bail-in.

Artikel 3A:14

Met de voorgestelde wijziging wordt uitvoering gegeven aan artikel 45 van de richtlijn, waarin wordt ingegaan op het minimumvereiste voor eigen middelen en in aanmerking komende passiva (*minimum requirement for eligible liabilities, MREL*). Voor een nadere toelichting wordt verwezen naar paragraaf 3, onderdeel a, subonderdeel «MREL» van het algemeen deel van de toelichting.

Het eerste lid geeft aan dat beleggingsondernemingen die niet vallen onder de werking van de verordening moeten voldoen aan een minimum vereiste voor eigen vermogen en in aanmerking komende passiva.

In het tweede lid wordt bepaald dat DNB degene is die het minimumvereiste voor de beleggingsonderneming vaststelt. Bij die vaststelling is hetgeen in de verordening over MREL is bepaald in artikel 12, vierde, zesde tot en met negende, elfde, twaalfde, zestiende en zeventiende lid van de verordening van overeenkomstige toepassing.

Het derde lid beschrijft twee situaties waarin DNB aan de beleggingsonderneming ontheffing kan verlenen van de verplichting tot het aanhouden van een minimumvereiste voor eigen middelen en in aanmerking komende passiva: i) de beleggingsonderneming maakt als EU-moederinstelling onderdeel uit van een grensoverschrijdende groep en er wordt voldaan aan de voorwaarden genoemd in artikel 45, elfde lid, van de richtlijn of ii) de beleggingsonderneming maakt als dochteronderneming onderdeel uit van een grensoverschrijdende groep en er wordt voldaan aan de voorwaarden genoemd in artikel 45, twaalfde lid, van de richtlijn.

Artikel 3A:15

In dit artikel wordt uitvoering gegeven aan artikel 45, achtste en negende lid van de richtlijn.

Het eerste lid geeft aan dat een entiteit die EU-moederonderneming is van een groep die niet valt onder de werking van de verordening op geconsolideerde basis moet voldoen aan een minimum vereiste voor eigen vermogen en in aanmerking komende passiva.

In het tweede lid wordt bepaald dat DNB, indien zij de afwikkelingsautoriteit op groepsniveau is, het minimumvereiste voor de beleggingsonderneming vaststelt. Daarbij volgt DNB de procedure als omschreven in artikel 45, negende lid, van de richtlijn. Bij die vaststelling is hetgeen in de verordening over MREL is bepaald in artikel 12, vierde, zesde tot en met achtste, elfde, twaalfde, zestiende en zeventiende lid van overeenkomstige toepassing.

Het derde lid strekt ertoe te regelen dat op het moment dat een afwikkelingsautoriteit op groepsniveau in een andere lidstaat het minimumvereiste vaststelt, de EU-moederonderneming met zetel in Nederland daaraan gebonden is.

Artikel 3A:16

In dit artikel wordt uitvoering gegeven aan artikel 45, zevende lid van de richtlijn.

Het eerste lid geeft aan dat DNB een minimum vereiste voor eigen vermogen en in aanmerking komende passiva op kan leggen aan financiële holdings, gemengde financiële holdings en bepaalde financiële instellingen.

In het tweede lid staat opgenomen dat bij het opleggen van het minimumvereiste hetgeen in de verordening over MREL is bepaald in artikel 12, vierde, zesde tot en met negende, elfde, twaalfde, zestiende en zeventiende lid van de verordening van overeenkomstige toepassing is.

Artikel 3A:17

In dit artikel wordt, ter implementatie van artikel 59 van de richtlijn, een regeling gegeven voor het nemen van een besluit tot toepassing van afschrijving en omzetting van kapitaalinstrumenten van een beleggingsonderneming die geen onderdeel is van een groep of van entiteiten van een groep die niet valt onder de werking van de verordening. Voor banken en entiteiten van bankengroepen is ditzelfde geregeld in artikel 21 van de verordening. Voor de voorwaarden voor toepassing wordt verwezen naar dat artikel, die daar zijn overgenomen uit de richtlijn. Voor de overige inhoudelijke aspecten is eveneens aangesloten bij de regeling in artikel 21 van de verordening. In het voorgestelde derde lid worden twee situaties geregeld die volgen uit artikel 59, derde lid, onderdelen c en d, waarin DNB bij zijn besluitvorming gebonden is aan het oordeel over de levensvatbaarheid van de groep door de consoliderende toezichthouder of groepsafwikkelingsautoriteit in een andere lidstaat. Dit laatste is afhankelijk van de keuze in die lidstaat. Voorafgaand aan het besluit tot afschrijving of omzetting dient ingevolge artikel 36 van de richtlijn een (ex ante) waardering van de activa en passiva worden verricht. Hiervoor is aangesloten bij de daartoe uitgewerkte regeling in artikel 20 van de verordening. Het verdient vermelding dat deze ex ante waardering van de activa en passiva ten behoeve van de afwikkeling op zichzelf niet open staat voor afzonderlijk beroep op de rechter. Deze waardering vormt een integraal onderdeel van het besluit om een afwikkelingsinstrument toe te passen, een afwikkelingsbevoegdheid uit te oefenen of van het besluit om de bevoegdheid tot het afschrijven of omzetten van kapitaalinstrumenten uit te oefenen. Tegen de waardering kan zowel binnen het Europese als binnen het nationale kader enkel als onderdeel van het afwikkelingsbesluit beroep worden aangetekend.

Artikel 3A:18

In dit artikel wordt, ter implementatie van (onderdelen van) de artikelen 31, 32, 33, 91 en 92 van de richtlijn, een regeling gegeven voor het nemen van een besluit tot afwikkeling van een beleggingsonderneming of entiteiten van een groep die niet valt onder de werking van de verordening. De verordening regelt ditzelfde voor banken en entiteiten van bankengroepen in de artikelen 14, 16 en 18.

Het derde lid ziet op de situatie van artikel 33, derde lid, van de richtlijn, waarbij sprake is van de afwikkeling van dochterinstellingen van een gemengde holding. Volgens de beapling in de richtlijn mogen er geen afwikkelingsmaatregelen worden genomen ten aanzien van de gemengde holding als de groep tevens financiële tussenholding kent en de maatregelen ten aanzien van die tussenholding kunnen worden genomen. Een gemengde holding heeft, naast een (grote) verzekeraar, per definitie tevens een bank of beleggingsonderneming (in de zin van de verordening kapitaalvereisten) als dochteronderneming. Indien het een bank zou betreffen, volgen de voorwaarden voor afwikkeling van de groep reeds uit de verordening, die overigens geen vergelijkbare bepaling kent. De bepaling in de richtlijn behoeft derhalve uitsluitend implementatie voor wat betreft de situatie waarin een beleggingsonderneming die onder de reikwijdte van de richtlijn valt, deel uitmaakt van dezelfde groep als een verzekeraar. Echter dan zonder dat ook een bank deel uitmaakt van dezelfde groep. Pas dan betreft het een groep die niet onder de reikwijdte van de verordening valt. Overigens is de bepaling pas relevant als de bevoegde autoriteit ten aanzien van de gemengde holding zetel in Nederland heeft en DNB daarmee de bevoegde (nationale) afwikkelingsautoriteit is.

In het vierde lid worden twee consequenties geregeld van groepsafwikkeling in het geval DNB niet de groepsafwikkelingsautoriteit is. Ten eerste dat DNB bij het nemen van het besluit de coördinatieprocedure dient te volgen die is opgenomen in artikel 91 van de richtlijn. Ten tweede dat DNB in beginsel de gezamenlijk vastgestelde groepsafwikkelingsregeling volgt, tenzij bij de afwikkeling van een dochteronderneming toepassing wordt gegeven aan de afwijkingsmogelijkheid in artikel 91, achtste lid, of artikel 92, vierde lid. Net als bij een besluit tot afschrijving of omzetting dient ingevolge artikel 36 van de richtlijn een (ex ante) waardering van de activa en passiva worden verricht. En ook hier is aangesloten bij de daartoe uitgewerkte regeling in artikel 20 van de verordening.

Artikel 3A:19

Artikel 96 van de richtlijn voorziet in de mogelijkheid om afwikkelingsmaatregelen toe te passen op een bijkantoor van een bank of beleggingsonderneming uit een derde land. Aangezien de verordening uitsluitend ziet op banken of entiteiten van bankengroepen met zetel in de Unie, is op dit punt alleen de richtlijn van toepassing. Voor de toepassing van een afwikkelingsmaatregel in deze situatie voorziet artikel 96 van de richtlijn in afzonderlijke criteria.

Wanneer een besluit tot toepassing eenmaal is genomen, is de wijze van toepassing en zijn gevolgen van toepassing van de verschillende maatregelen ongewijzigd.

Artikel 3A:20

Artikel 3A:20 geeft toepassing aan het beginsel van «*no creditor worse off*» (NCWO) (of beter: *No Creditor Worse Off than in insolvency*). Dit beginsel, dat bij toepassing van alle instrumenten in acht moet worden genomen, schrijft voor dat geen enkele schuldeiser grotere verliezen leidt dan hij zou hebben geleden indien de entiteit in een normale faillissementsprocedure zou zijn geliquideerd. Het eerste en tweede lid bepalen in die zin dat bij toepassing van afschrijving of omzetting van kapitaalinstrumenten of een afwikkelingsinstrument aandeelhouders en schuldeisers geen grotere verliezen lijden dan wanneer de entiteit onmiddellijk daaraan voorafgaand conform de normale procedure in de Faillissementswet zou zijn geliquideerd. Dit uitgangspunt beschermt zowel aandeelhouders en schuldeisers wier vordering is geraakt door AFOMKI, bail-in, overgang, als aandeelhouders en schuldeisers wier vordering niet is overgedragen en die deze dus moeten verhalen op het restant van de entiteit in afwikkeling. Het eerste en tweede lid vormen in zekere zin een opdracht aan DNB om de afwikkelingsinstrumenten zo vorm te geven dat aan deze voorwaarde wordt voldaan. Toepassing van deze bepalingen begrenst in die zin de mogelijkheden om vorderingen ongelimiteerd af te schrijven of de waarde te bepalen van overgedragen activa of passiva.

Om te bepalen of aan deze voorwaarde is voldaan wordt in het derde lid van DNB verlangd dat zij op zo kort mogelijke termijn na toepassing van de afwikkelingsinstrumenten een onafhankelijke derde een (ex post) waardering laat verrichten. De voorwaarde «zo kort mogelijke termijn» betekent niet dat onmiddellijk na toepassing van de instrumenten de waardering moet worden verricht, het ligt in de rede om de waardering te (laten) verrichten zodra de afwikkeling is afgerond. Een ex post waardering kan pas worden uitgevoerd op het moment dat vast staat welke verliezen houders van kapitaalinstrumenten en schuldeiser hebben geleden, daarvoor dient de afwikkeling in belangrijke mate te zijn afgerond. Hoe lang het duurt om de afwikkeling af te rond hangt af van de omstandigheden van het geval. Zo zal een afwikkeling van een grote

bankengroep meer tijd in beslag nemen dan van een relatief kleine onderneming die geen deel uitmaakt van een groep.

De verordening bepaalt in artikel 20, zestiende tot en met achttiende lid, de voorwaarden voor deze waardering. Bij de waardering wordt het volgende bepaald:

- a. de behandeling die houder van kernkapitaalinstrumenten en schuldeiser zouden hebben genoten mocht op het moment dat het besluit over de afwikkelingsmaatregel werd genomen, een normale faillissementsprocedure zijn geopend ten aanzien van de entiteit in afwikkeling;
- b. de daadwerkelijke behandeling (verliezen) van houders van kapitaalinstrumenten en schuldeisers bij de afwikkeling en,
- c. of er sprake is van een verschil tussen a en b.

Bij de waardering wordt aangenomen dat op het moment dat het besluit over de afwikkelingsmaatregel werd genomen een normale faillissementsprocedure zou zijn geopend, dat de afwikkelingsmaatregel niet had plaatsgevonden. Voorts wordt geen rekening gehouden met de toekenning van staatssteun aan een instelling in afwikkeling.

Niet valt uit te sluiten dat uit de ex post waardering blijkt dat sommige houders van kapitaalinstrumenten en crediteuren toch grotere verliezen hebben geleden dan zij zouden hebben geleden indien de entiteit in een normale faillissementsprocedure zou zijn geliquideerd. In dit geval bestaat voor deze personen een recht op compensatie van het verschil uit het nationale of uit het gemeenschappelijke afwikkelingsfonds. Er vindt aldus in beginsel geen aanpassing plaats van het besluit tot toepassing van de afwikkelingsinstrumenten, bijvoorbeeld in de vorm van een ophoging van de waarde van afgeschreven vorderingen, maar compensatie van de geleden schade. De hoogte van de compensatie wordt in beginsel bepaald door de uitkomst van de ex post waardering, er is dus in die zin met betrekking tot de vraag of en tot welke omvang een recht bestaat op compensatie geen of hoogstens een zeer beperkte beoordelingsvrijheid van DNB. De hoogte van het recht op compensatie vastgesteld bij besluit van DNB, zo wordt het mogelijk om in rechte tegen de vaststelling van de hoogte van de compensatie op te komen.

Wanneer sprake is van een grensoverschrijdende groep zal moeten worden beoordeeld wat de uitkomst zou zijn van de liquidatie van de verschillende onderdelen van de groep onder de verschillende faillissementsregimes. Dit is complex. Hieraan kan echter niet worden ontkomen, dit is immers het gevolg van het feit dat regelgeving met betrekking tot faillissement niet is geharmoniseerd. Dit kan ertoe leiden dat de uitkomst van de NCWO-waardering en aldus van de omvang van een eventueel recht op compensatie voor crediteuren van bedrijfsonderdelen die in verschillende landen zijn gevestigd ook verschillend is.

De ex post waardering staat los van de ex ante waardering die moet plaatsvinden voorafgaand aan de besluitvorming over de toepassing van AFOMKI of een of meerdere afwikkelingsinstrumenten. Deze ex ante waardering heeft tot doel de omvang van de verliezen en de benodigde kapitaalversterking vast te stellen. Uit deze ex ante waardering volgt onder meer de benodigde bail-in.

Artikelen 3A:21 en 3A:43

Met de voorgestelde wijzigingen worden artikel 43, 49, 50 en 59 van de richtlijn geïmplementeerd. In de artikelen 43 en 59 wordt ingegaan op de toepassing van het afschrijven of omzetten van kapitaalinstrumenten (AFOMKI) (artikel 59 e.v.) en de toepassing van het instrument van bail-in

(artikel 43 e.v.). De artikelen 49 en 50 van de richtlijn gaan over de behandeling van derivaten (49) en de koers voor de omzetting van vreemde vermogen in eigen vermogen (50) wanneer AFOMKI of het instrument van bail-in worden toegepast.

Artikel 3A:21 gaat over het afschrijven of omzetten van kapitaalinstrumenten en artikel 3A:43 over de toepassing van het instrument van bail-in. Deze artikelen worden hieronder, vanwege de onderlinge samenhang, gezamenlijk toegelicht.

In het eerste lid van artikel 3A:21 wordt bepaald dat DNB de toepassing van AFOMKI op twee manieren kan vormgeven, namelijk via afschrijving en/of omzetting. Het eerste lid, onderdeel a, gaat in op afschrijving van kernkapitaalbestanddelen niet zijnde kernkapitaalinstrumenten, dit zijn de nog aanwezige eigenvermogensbestanddelen anders dan aandelen. Dit zijn bijvoorbeeld agio-reserves, ingehouden winsten of andere reserves.

Onderdeel b ziet op de afschrijving van kernkapitaalinstrumenten of andere eigendomsinstrumenten. DNB kan het bedrag van door of met medewerking van een entiteit uitgegeven kernkapitaalinstrumenten of eigendomsinstrumenten verminderen (de nominale waarde verlagen) of deze instrumenten intrekken. De toevoeging «met medewerking van» uitgegeven instrumenten impliceert dat bijvoorbeeld ook certificaten van aandelen door afschrijving en omzetting kunnen worden geraakt.

Kernkapitaalinstrumenten zijn de CET1-instrumenten. De voorwaarde voor deze classificatie is dat sprake is van kapitaalbreng en volledige verliesabsorptie. Van deze categorie maken in ieder geval normale aandelen die zijn uitgegeven door een kapitaalvennootschap en andere instrumenten die voldoen aan de vereisten die de richtlijn en verordening kapitaalvereisten stellen aan CET1-instrumenten, deel uit. Eigendomsinstrumenten vormen een ruimere categorie instrumenten, die deels wel en deels niet overlappen met kapitaalinstrumenten. Hierbij is niet noodzakelijk dat kapitaal wordt ingebracht in de onderneming. Van deze categorie maken (opnieuw) aandelen deel uit maar ook instrumenten die kunnen worden omgezet in of recht geven op de verwerving van aandelen of andere eigendomsinstrumenten en instrumenten die belangen in aandelen of andere eigendomsinstrumenten vertegenwoordigen. Certificaten van aandelen classificeren als eigendomsinstrumenten, zij vertegenwoordigen immers een belang in aandelen. Het feit dat zowel kernkapitaalinstrumenten als eigendomsinstrumenten worden genoemd betekent dat voor toepassing van AFOMKI niet noodzakelijk is dat de onderneming een kapitaalvennootschap is.

Het eerste lid van artikel 3A:21, onderdeel c, gaat in op de afschrijving en omzetting van relevante kapitaalinstrumenten. Relevante kapitaalinstrumenten zijn aanvullend tier-1 instrumenten en tier-2 instrumenten. DNB kan het bedrag van door of met medewerking van een entiteit uitgegeven relevante kapitaalinstrumenten verminderen (de nominale waarde verlagen) of deze geheel of gedeeltelijk omzetten in rechten op nieuw uit te geven kernkapitaalinstrumenten of eigendomsinstrumenten.

Het eerste lid van artikel 3A:43 gaat, kort gezegd, verder daar waar artikel 3A:21, eerste lid, is gebleven. Het verschil tussen AFOMKI en het instrument van bail-in zit in het bereik van passiva op de balans die kunnen worden afgeschreven of omgezet. Met bail-in kan worden afgeschreven op de verschillende categorieën schulden van de onderneming die niet behoren tot het kapitaal (CET1, AT1 of T2). Bail-in is daarmee een vervolg op AFOMKI. Waar AFOMKI zuiver ziet op het afschrijven of omzetten van kapitaalinstrumenten, gaat bail-in verder met

de mogelijkheid tot het afschrijven of omzetten van in aanmerking komende passiva. In aanmerking komende passiva zijn alle schulden van de onderneming die niet tot de kapitaalbuffer behoren.

De richtlijn stelt dat ook bij bail-in wordt begonnen met de afschrijving van kernkapitaalinstrumenten, vervolgens op relevante kapitaalinstrumenten en ten slotte op andere passiva. Nu echter wordt bepaald dat AFOMKI altijd vooraf dient te gaan aan de toepassing van een afwikkelingsinstrument is het niet nodig te regelen dat DNB ook bij bail-in kernkapitaalinstrumenten en relevante kapitaalinstrumenten kan afschrijven of omzetting, dit heeft immers ingevolge artikel 3A:21 reeds plaatsgevonden. Bail-in zonder daaraan voorafgaand AFOMKI toe te passen, is niet toegestaan.

In het tweede lid van artikel 3A:21 wordt bepaald dat DNB bij de toepassing van AFOMKI maatregelen treft ten aanzien van de houders kernkapitaalinstrumenten en van eigendomsinstrumenten. Daarbij kunnen twee situaties worden onderscheiden. Ten eerste de situatie dat uit de waardering van de activa en passiva van de betrokken entiteit blijkt dat de waarde van de onderneming negatief is. Dit zal naar alle waarschijnlijkheid in de meerderheid van de gevallen aan de orde zijn. In een dergelijk situatie trekt DNB de kernkapitaalinstrumenten of eigendomsinstrumenten in. Door omzetting van de relevante kapitaalinstrumenten, en wellicht ingevolge bail-in door omzetting van in aanmerking komende passiva, worden nieuwe kernkapitaalinstrumenten of eigendomsinstrumenten uitgegeven.

De tweede situatie ziet op een waardering waaruit blijkt dat de netto-waarde positief is. Dan verwatert DNB bestaande kernkapitaalinstrumenten of eigendomsinstrumenten bij de toepassing van AFOMKI door omzetting van relevante kapitaalinstrumenten en bij toepassing van het instrument van bail-in door omzetting van in aanmerking komende passiva.

In deze situatie wordt een uitzondering gemaakt op het uitgangspunt dat in het kader van AFOMKI en bail-in eerst alle crediteuren van een bepaalde rang volledig worden afgeschreven alvorens naar een volgende rang over te stappen. Dit uitgangspunt geldt in beginsel in alle situaties⁶⁴ met uitzondering van de situatie dat de entiteit een positieve netto-waarde heeft. In dat geval is er immers sprake van een «rest-waarde» die in faillissement aan de aandeelhouders zou toekomen. Toepassing van AFOMKI in dit geval betekent dat de verliezen voor rekening komen van houders van kernkapitaalinstrumenten door afschrijving en verwatering, de entiteit wordt vervolgens geherkapitaliseerd door omzetting van kapitaalinstrumenten in kernkapitaal.

In het derde lid van zowel artikel 3A:21 als 3A:43 wordt geregeld dat DNB bij de toepassing van AFOMKI of het instrument van bail-in de artikelen 49 en 50 van de richtlijn in acht neemt.

Artikel 49 van de richtlijn gaat over de toepassing van AFOMKI of het instrument van bail-in op passiva die uit derivaten voortvloeien. Uit het tweede lid van artikel 49 vloeit voort dat DNB AFOMKI of het instrument van bail-in pas met betrekking tot een passief dat uit een derivaat ontstaat uitoefent, wanneer of nadat de derivatenpositie gesloten is. Indien tot afwikkeling wordt overgegaan, is DNB bevoegd alle derivatencontracten te dien einde te beëindigen en de posities te sluiten. DNB heeft deze bevoegdheid op grond van artikel 3A:6, derde lid.

⁶⁴ Behoudens in die gevallen dat DNB, ingevolge artikel 27 van de verordening, bepaalt dat bepaalde passiva van bail-in worden uitgesloten.

Artikel 50 van de richtlijn bepaalt dat DNB bij de omzetting van relevante kapitaalinstrumenten (AFOMKI) of in aanmerking komende passiva (bail-in) een verschillende omzettingskoers op verschillende categorieën van kapitaalinstrumenten en passiva kan toepassen. Hierbij zijn twee beginselen van belang. Enerzijds is de omzettingskoers die toepasselijk is op passiva die overeenkomstig de toepasselijke insolventiewetgeving niet-achtergesteld worden beschouwd hoger dan de op achtergestelde verplichtingen toepasselijke omzettingskoers. Anderzijds dient de omzettingskoers de getroffen crediteur een passende vergoeding te bieden voor het als gevolg van de toepassing van AFOMKI of het instrument van bail-in geleden verlies.

Het vierde lid van artikel 3A:21 strekt ertoe het mogelijk te maken dat de maatregelen genoemd in het tweede lid ook genomen kunnen worden ten aanzien van houders van kernkapitaalinstrumenten en eigendomsinstrumenten aan wie deze instrumenten werden uitgegeven of toegekend op grond van de omstandigheden genoemd in artikel 47, tweede lid, onderdelen a en b, van de richtlijn. Dit ziet onder meer op instrumenten die zijn verkregen als gevolg van omzetting van instrumenten die een contractuele bepaling van een dergelijke aard bevatten. Dit zijn in ieder geval Contingent Convertible Capital Instruments, kort gezegd, obligaties die bij het overschrijden van een buffereis door de bank automatisch converteren in aandelen of met aandelen vergelijkbare instrumenten.

In het vierde lid van artikel 3A:43 wordt geregeld dat bij de toepassing van het instrument van bail-in door DNB op een beleggingsonderneming die geen onderdeel is van een groep of een groep die niet valt onder de werking van de verordening, de artikelen 20 en 27, eerste tot en met vijfde, twaalfde, dertiende tot en met vijftiende lid van de verordening van overeenkomstige toepassing zijn. Artikel 20 van de verordening bepaalt dat alvorens DNB het instrument van bail-in toepast, een waardering van de activa en passiva wordt verricht. De leden uit artikel 27 van de verordening zien op de regels waaraan DNB bij de toepassing van bail-in zich moet houden.

In het vijfde lid van artikel 3A:21 wordt geregeld dat bij de toepassing van AFOMKI door DNB op een beleggingsonderneming die geen onderdeel is van een groep of een groep die niet valt onder de werking van de verordening, artikel 21, zesde lid, achtste lid, tweede alinea, en tiende lid, van de verordening overeenkomstige toepassing is. In deze leden staan de regels opgenomen waaraan DNB bij de toepassing van AFOMKI zich moet houden.

Het vijfde lid van artikel 3A:43 regelt dat DNB, voordat zij op grond van artikel 44, derde lid van de richtlijn bepaalde passiva geheel of gedeeltelijk van de toepassing van het instrument van bail-in uitsluit, de Europese Commissie daarvan in kennis stelt.

Het zesde lid van beide artikelen maakt het mogelijk om bij of krachtens algemene maatregel van bestuur nadere regels te kunnen stellen aan de toepassing van AFOMKI respectievelijk de toepassing van het instrument van bail-in.

Gelet op artikel 3A:6, derde lid, zijn de vereisten voor kapitaalvermindering in het Burgerlijk Wetboek, bijvoorbeeld het verzetrecht van schuldeisers (artikel 2:100 BW), niet van toepassing wanneer DNB haar bevoegdheden op grond van deze artikelen uitoefent.

Artikelen 3A:22 en 3A:45

In de artikelen 3A:22 en 3A:45 wordt de daadwerkelijke «omzetting» van de kapitaalinstrumenten en in aanmerking komende passiva geregeld. Die omzetting wordt als volgt gerealiseerd. DNB kan ingevolge het eerste lid van beide artikelen relevante kapitaalinstrumenten of in aanmerking komende passiva omzetten in rechten op nieuw uit te geven kernkapitaalinstrumenten of eigendomsinstrumenten. DNB schrijft vervolgens aan de entiteit voor dat zij kernkapitaalinstrumenten of andere eigendomsinstrumenten uitgeeft. Deze instrumenten, veelal aandelen, komen toe aan de houders van de rechten op die aandelen, zijnde de oorspronkelijke houders van de kapitaalinstrumenten of passiva. Deze rechten kunnen aldus worden uitgeoefend jegens de onderneming. Uitdrukkelijk is bepaald dat niemand anders dan de houders van de ingevolge het eerste lid verkregen rechten op de nieuw uitgegeven aandelen op dat moment rechten kunnen uitoefenen op die aandelen. Het zijn namelijk de houders van de relevante kapitaalinstrumenten, die bij de toepassing van AFOMKI of het instrument van bail-in, hun relevante kapitaalinstrument of vordering omgezet zien worden in rechten op nieuw uit te geven aandelen. Het claimrecht van bestaande aandeelhouders, voor zover hun aandelen niet zijn ingetrokken, ingevolge artikel 96a van Boek 2 van het BW is bijvoorbeeld niet van toepassing. Daarnaast is in het eerste lid van beide artikelen ook geregeld dat niet alleen de entiteit zelf de kernkapitaalinstrumenten of eigendomsinstrumenten uitgeeft maar eventueel ook medewerking aan een dergelijke uitgifte verleent. Dit kan het geval zijn als er een stichting administratiekantoor (STAK) tussen de onderneming en de houders van de rechten op de aandelen is geplaatst. Opgemerkt dient nog te worden dat de rechten op nieuw uit te geven instrumenten, verkregen ingevolge artikel 3A:21, eerste lid respectievelijk 3A:43, eerste lid, verhandelbaar zijn. Dit heeft tot gevolg dat een houder van een vordering die is omgezet in een recht op een nieuw uit te geven aandeel, dit recht kan verkopen, wellicht al voordat de aandelen worden uitgegeven, indien hij geen behoefte heeft aan aandeelhouderschap.

In het tweede lid van beide artikelen wordt artikel 60, derde lid, onderdelen a tot en met d, van de richtlijn herstel en afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen van overeenkomstige toepassing verklaard. Hierin staan de voorwaarden opgenomen waaraan moet worden voldaan voor het omzetten van kapitaalsinstrumenten.

Het derde lid van beide artikelen bevat de grondslag om bij algemene maatregel van bestuur nadere regels aan de daadwerkelijke omzetting te kunnen stellen.

Artikel 3A:23

Dit artikel dient tot implementatie van artikel 53, tweede lid van de richtlijn en strekt ertoe DNB de bevoegdheid te geven tot het verrichten of doen verrichten van alle administratieve en procedurele taken die noodzakelijk zijn om het instrument van bail-in en het afschrijven of omzetten van kapitaalinstrumenten toe te kunnen toepassen. Voorbeelden van taken zijn het wijzigen van relevante registers of het uitsluiten of juist toelaten van de handel van kernkapitaalinstrumenten, eigendomsinstrumenten of schuldinstrumenten en het wijzigen van de statuten in geval van vermindering van het bedrag van de aandelen.

Artikel 3A:24

In dit artikel wordt uitvoering gegeven aan artikel 60, tweede lid van de richtlijn waarin wordt ingegaan op de gevolgen van afschrijving van de hoofdsom van een relevant kapitaalinstrument.

In onderdeel a wordt bepaald dat op het moment dat de hoofdsom van een relevant kapitaalinstrument wordt afgeschreven deze verlaging permanent is, tenzij is gebleken dat het niveau van de afschrijvingen op basis van de voorlopige waardering overeenkomstig hoger is dan de vereisten wanneer dit niveau wordt vergeleken met dat van de definitieve waardering. Op dat moment kan van een opwaarderingsregeling gebruik worden gemaakt om de houders van de relevante kapitaalinstrumenten voor zover dat nodig is terug te betalen.

In onderdeel b wordt ingegaan op de vordering die voor de houders van het relevante kapitaalinstrumenten resteren na afschrijving van de hoofdsom. In beginsel resteren er geen verplichtingen ten aanzien van het afgeschreven gedeelte, met uitzondering van alle reeds bestaande verplichtingen. Daarnaast kan de houder van het relevante kapitaalinstrument beroep instellen ter betwisting van de rechtmatigheid van de uitoefening van de afschrijvingsbevoegdheid en kan daaruit kan een verplichting ontstaan om schadevergoeding te betalen.

In onderdeel c wordt bepaald dat de houders van de relevante kapitaalinstrumenten geen compensatie krijgen, behalve in de vorm van rechten op nieuw uit te geven kernkapitaalinstrumenten of eigendomsinstrumenten.

Artikel 3A:25

Met de voorgestelde wijziging wordt artikel 53, derde en vierde lid van de richtlijn geïmplementeerd. In dit artikel worden twee situaties onderscheiden, namelijk de situatie dat DNB bij het afschrijven van verplichtingen de hoofdsom of het uitstaande verschuldigde bedrag tot nul afschrijft of dat de hoofdsom of het uitstaande verschuldigde bedrag wel wordt verminderd maar niet tot nul.

In het eerste lid wordt ingegaan op de gevolgen van de eerste situatie, de volledige afschrijving. Indien DNB de hoofdsom of het uitstaande verschuldigde bedrag van een verplichting tot nul nihil verminderd, dan worden de verplichting en eventuele verplichtingen of vorderingen die daaruit voortvloeien en die niet vorderbaar opeisbaar waren op het moment waarop de bevoegdheid werd uitgeoefend, als voldaan beschouwd en kunnen zij niet worden ingebracht in het kader van eventuele latere procedures met betrekking tot de probleeminstelling of een eventuele opvolgende entiteit bij een latere liquidatie.

In het tweede lid wordt ingegaan op de gevolgen van de tweede situatie, de gedeeltelijke afschrijving. Wanneer DNB de hoofdsom of het uitstaande verschuldigde bedrag van een verplichting vermindert maar niet tot nul nihil reduceert, wordt de verplichting als voldaan beschouwd ten belope van het verminderde bedrag. Wel blijft het betrokken instrument of de betrokken overeenkomst waarop de oorspronkelijke verplichting is gebaseerd, van toepassing op het resterende bedrag van de hoofdsom of het uitstaande verschuldigde bedrag van de verplichting. Daarbij wordt opgemerkt dat ten aanzien van het resterende bedrag het verschuldigde rentebedrag ook nog kan wijzigen om de verlaging van het bedrag van de hoofdsom weer te geven. Ook heeft DNB de bevoegdheid om het bedrag van de in het kader van dergelijke instrumenten en andere in aanmerking komende passiva verschuldigde rente of de datum waarop de rente moet

worden betaald te wijzigen op grond van artikel 63, eerste lid, onderdeel j van de richtlijn.

In dit verband wordt nog kort aandacht besteed aan de gevolgen van afschrijving van vorderingen voor eventuele hoofdelijke verbondenheid, bijvoorbeeld in het kader van een verklaring als bedoeld in artikel 403 van Boek 2 van het BW. Een moedervennootschap stelt zich in een dergelijke 403-verklaring schriftelijk hoofdelijk aansprakelijk voor schulden van haar dochter. In artikel 53, derde en vierde lid, van de richtlijn en diens gevolg in het wetsvoorstel wordt bepaald dat bij afschrijving (tot nihil en niet tot nihil) de vordering voor zover afgeschreven geacht wordt te zijn voldaan.

Uit het systeem van de richtlijn vloeit voort dat er geen beroep kan worden gedaan op hoofdelijke aansprakelijkheid, bijvoorbeeld van de moederonderneming in het kader van een 403-verklaring. Er is immers niet langer sprake van een betalingsverplichting waarbij verhaal, uit hoofde van de hoofdelijkheid, ook op een ander kan plaatsvinden. Het kabinet onderkent dat dit de effectiviteit van de hoofdelijke verbondenheid, bijvoorbeeld in het kader van een 403-verklaring, kan ondermijnen. Daarbij dient overigens wel te worden opgemerkt dat de kans dat een moederonderneming van een bank niet zal worden betrokken in de afwikkeling van die bank zeer klein is. Er zal vrijwel altijd sprake zijn van toepassing van de afwikkelingsinstrumenten op de groep als geheel, waaronder ook de moederonderneming. De situatie dat een bank faalt of waarschijnlijk zal falen, terwijl er in het geheel geen sprake is van financiële problemen bij de moederonderneming noch van uitstralingseffecten van de financiële problemen van de dochter naar de moeder, waardoor alle schuldeisers van de bank zonder het bovengenoemde gevolg van bail-in op grond van de 403-verklaring voor de voldoening van hun vordering een beroep zouden kunnen doen op de moeder, lijkt zeer onwaarschijnlijk.

Artikel 3A:26

Dit artikel implementeert artikel 47, vierde en vijfde lid van de richtlijn en gaat in op de beoordeling van een verklaring van geen bezwaar (VVGB) die DNB moet maken op het moment dat door de omzetting van kapitaalinstrumenten of schuldinstrumenten in rechten op nieuw uit te geven kernkapitaalinstrumenten of eigendomsinstrumenten, de uitoefening van dat recht resulteert in een verwerving of vergroting van een gekwalificeerde deelneming.

In het eerste lid wordt aangegeven dat DNB de beoordeling van de VVGB maakt met inachtneming van de afwikkelingsdoelstellingen. Daarnaast wordt geregeld dat de artikelen 1:106b, 1:106c, 1:106d en 1:106e van de Wft niet van toepassing zijn. Dit betreffen de normale procedureregels, zoals het vereiste om een kennisgeving in te dienen, die gevolgd moeten worden bij de aanvraag van een VVGB maar die in het geval van een omzetting niet gevolgd kunnen worden.

Het tweede lid, onderdeel a, regelt de gevolgen indien DNB nog geen beslissing op de aanvraag van de VVGB heeft genomen op de datum waarop de eigendomsinstrumenten worden uitgegeven. Als dat het geval is dan wordt het stemrecht van de aanvrager van de VVGB met betrekking tot die eigendomsinstrumenten geschorst en heeft alleen DNB stemrecht, zonder dat zij verplicht is het uit te oefenen, noch aansprakelijk is voor de uitoefening of het afzien van de uitoefening ervan.

Daarnaast is in het tweede lid, onder b, geregeld dat de aanvrager voor de duur van de behandeling van de aanvraag vrijgesteld is van het bepaalde in de artikelen 3:95, 3:96, 3:99, 3:103 en 3:104 van de Wft, waarin eisen aan de VVGB (houder) staan opgenomen.

In het derde lid wordt aangegeven dat indien DNB besluit een verklaring van geen bezwaar te verlenen, wordt de houder van de eigendomsinstrumenten geacht het volledige stemrecht met betrekking tot die eigendomsinstrumenten te hebben onmiddellijk nadat het besluit is bekendgemaakt.

In het vierde lid staat dat indien DNB de aanvraag afwijst, de aanvrager afstand doet van die eigendomsinstrumenten binnen een door DNB bepaalde termijn, waarbij voor de termijn rekening wordt gehouden met de heersende marktomstandigheden. Op het moment dat DNB de aanvraag afwijst gelden dezelfde gevolgen als die gelden in de situatie waarin DNB nog geen beslissing heeft genomen op de aanvraag van DNB.

Artikel 3A:27

Dit artikel regelt de toepassing van de afwikkelingsinstrumenten in afdeling 3A.2.5, zowel ter uitvoering van een beslissing tot afwikkeling door de Afwikkelingsraad als door de Nederlandsche Bank op grond van de wet of de verordening.

Artikel 3A:28

Artikel 38 van de richtlijn dat betrekking heeft op het instrument van overgang van de onderneming, bevat 13 leden. Ten behoeve van de overzichtelijkheid is ervoor gekozen dat artikel te implementeren in negen artikelen in de Wft: artikel 3A:28 tot en met 3A:36.

Met artikel 3A:28 wordt het eerste lid, eerste zin, van artikel 38 van de richtlijn geïmplementeerd. In dit artikel wordt het eerste van de vier afwikkelingsinstrumenten geïntroduceerd: het instrument van overgang van de onderneming. In artikel 3A:28 wordt aan de afwikkelingsautoriteit de bevoegdheid gegeven dit instrument toe te passen. Door de woorden «die geen overbruggingsinstelling is» is dit instrument beperkt tot de overgang naar anderen dan een overbruggingsinstelling. Voor de overgang naar een overbruggingsinstelling is in de structuur van de richtlijn een separaat instrument in het leven geroepen.

In dit verband wordt opgemerkt dat in artikel 38, eerste lid, van de richtlijn wordt gesproken over «een instelling in afwikkeling» (enkelvoud), terwijl in artikel 40, met betrekking tot de overgang naar een overbruggingsinstelling, wordt gesproken over «een of meer instellingen in afwikkeling» (meervoud). Het verschil heeft geen betekenis. Ook naar een derde die geen overbruggingsinstelling is kan meer dan een probleeminstelling overgaan, voor zover andere regels – bijvoorbeeld op het terrein van mededinging – zich daartegen niet verzetten.

Op grond van artikel 38, eerste lid, aanhef en onderdeel a, van de richtlijn kan de afwikkelingsautoriteit aandelen of andere eigendomsinstrumenten die zijn uitgegeven door een probleeminstelling overdragen. Op grond van de aanhef en onderdeel b kunnen ook activa of passiva overgaan. In artikel 3A:28 is bepaald overeenkomstig de richtlijn dat «alle of bepaalde» activa of passiva kunnen overgaan. De woorden «alle of bepaalde» hebben betrekking op zowel «activa» als «passiva». Er wordt uitdrukkelijk op gewezen dat DNB ook ervoor kan kiezen niet alle, maar slechts bepaalde activa over te dragen. In dit verband wordt gewezen op de

artikelen 3A:60 en 3A:61, waarin conform de richtlijn bescherming wordt gegeven aan bepaalde overeenkomsten ingeval sommige, maar niet alle activa of passiva overgaan. Overigens laat de tekst van de huidige wet ook al toe dat slechts een gedeelte van de activa overgaan. Artikel 38, tweede lid, van de richtlijn, bepaalt dat de overgang geschiedt in overeenstemming met het kader voor de staatssteun van de Europese Unie. Dat volgt reeds uit het communautaire recht en behoeft om die reden evenmin in de wet te worden bepaald.

Artikel 3A:29

Met dit artikel wordt artikel 39, eerste, tweede en derde lid, van de richtlijn geïmplementeerd. In onderdeel a van dat artikel is nog opgenomen dat er «geen wezenlijk onjuiste voorstelling wordt gegeven van de activa, rechten, passiva of andere eigendomsrechten» die de afwikkelingsautoriteit wil overdragen. Het is niet nodig dat in de wet op te nemen. Ook zonder een dergelijke bepaling is het duidelijk dat de afwikkelingsautoriteit geen wezenlijk onjuiste voorstelling van zaken mag geven. In verband met dit onderdeel wordt gewezen op het tweede lid van 3A:29 waaruit het voorschrift volgt dat de overgang zo transparant mogelijk moet zijn, niet verhindert dat de afwikkelingsautoriteit specifieke potentiële verkrijgers benadert.

Artikel 39, tweede lid, laatste alinea, van de richtlijn betreft de openbaarmaking van voorwetenschap. Op grond van artikel 7, eerste lid, van de Verordening marktmisbruik is «voorwetenschap», voor zover hier van belang: «niet openbaar gemaakte informatie die concreet is en die rechtstreeks of onrechtstreeks betrekking heeft op een of meer uitgevende instellingen of op een of meer financiële instrumenten en die, indien zij openbaar zou worden gemaakt, een significante invloed zou kunnen hebben op de koers van deze financiële instrumenten of daarvan afgeleide financiële instrumenten».⁶⁵ Normaliter zou voorwetenschap openbaar moeten worden gemaakt op grond van artikel 17, eerste lid, van de Verordening marktmisbruik. Het vooraf publiceren van een voorgenomen overgang van de entiteit in afwikkeling zou het bereiken van de doelen van dat afwikkelinstrument echter kunnen bemoeilijken of zelfs frustreren. Daarom is in artikel 39, tweede lid, laatste alinea, van de richtlijn bepaald dat de verkoop van de onderneming die normaliter op grond van artikel 17, eerste lid, van de Verordening marktmisbruik zou zijn voorgeschreven, mag worden uitgesteld overeenkomstig artikel 17, vierde of vijfde lid, van die verordening.

Artikel 17, vijfde lid, van de Verordening marktmisbruik bepaalt dat, om de stabiliteit van het financiële systeem te handhaven, een uitgevende instelling die een financiële instelling is, op eigen verantwoordelijkheid de openbaarmaking van voorwetenschap, met inbegrip van informatie die gerelateerd is aan een tijdelijk liquiditeitsprobleem kan uitstellen. Daarvoor moet wel aan elk van de volgende voorwaarden worden voldaan:

- a. openbaarmaking van de voorwetenschap leidt mogelijkerwijs tot ondermijning van de financiële stabiliteit van de uitgevende instelling en van het financieel systeem;
- b. het uitstel van de openbaarmaking is in het algemeen belang;
- c. de vertrouwelijkheid van de betreffende informatie kan worden gewaarborgd, en

⁶⁵ Verordening (EU) Nr. 596/2014 van het Europees parlement en de Raad van 16 april 2014 betreffende marktmisbruik (Verordening marktmisbruik) en houdende intrekking van Richtlijn 2003/6/EG van het Europees parlement en de Raad en Richtlijnen 2013/124, 2003/125/EG en 2004/72/EG van de Commissie, PbEU 2014, L 173/1.

- d. de bevoegde autoriteit, bedoeld in de Verordening marktmisbruik, heeft op basis van de naleving van de voorwaarden onder a, b en c met het uitstel ingestemd.

Tevens wordt verwezen naar artikel 39, derde lid, van de richtlijn. Hierin is bepaald dat DNB zich niet hoeft te houden aan de voorwaarden, indien inachtneming van de voorwaarden de verwezenlijking van de afwikkelingsdoelstellingen zou ondermijnen. Een voorbeeld moge dit verduidelijken. Maximaliseren van de overgangsprijs is in het belang van de schuldeisers, maar dat belang kan botsen met het belang van de stabiliteit van het financiële stelsel of de doelmatigheid van het afwikkelingsinstrument. Zo is niet gezegd dat de hoogste bidder de meest geschikte overnemer is, gelet op bijvoorbeeld de omvang van die bidder of de incompatibiliteit van ict-systemen van de bidder en de entiteit in afwikkeling. In een dergelijk geval hoeft DNB niet te beogen de overgangsprijs te maximaliseren.

Het is niet nodig artikel 39, tweede lid, laatste alinea, van de richtlijn te implementeren. Deze bepaling verklaart met zoveel woorden dat bij de toepassing van het instrument van verkoop van de onderneming voldaan is aan de gronden in artikel 17, vierde en vijfde, lid van de verordening marktmisbruik van toepassing zijn. Daarom mag openbaarmaking ingevolge 17, eerste lid, worden uitgesteld.

Artikel 3A:30

Artikel 37, zesde lid, van de richtlijn bepaalt dat, indien slechts een deel van de activa of passiva wordt overgedragen, het resterende deel van de entiteit «volgens een normale liquidatieprocedure wordt geliquideerd». Naar Nederlands recht is het evenwel aan de rechtbank om te beslissen of een faillissement wordt uitgesproken of een noodregeling wordt toegepast. In artikel 3A:30 is dan ook bepaald dat de afwikkelingsautoriteit aan de rechtbank verzoekt het faillissement uit te spreken. Het is aan de rechtbank te beoordelen of voldaan is aan het criterium om het faillissement uit te spreken. Niet mag worden uitgesloten dat de rechtbank oordeelt dat niet aan dat criterium is voldaan, maar zeer waarschijnlijk is dit niet, om de volgende redenen. In de eerste plaats geldt voor het uitspreken van het faillissement een criterium dat lichter is dan het criterium waaraan moet zijn voldaan voor het toepassen van een afwikkelingsinstrument. Voor de toepassing van een afwikkelingsinstrument moet ervan sprake zijn dat, kort gezegd, (1) de instelling faalt of waarschijnlijk zal falen; (2) niet te verwachten is dat een andere maatregel het falen zal voorkomen; en (3) de afwikkelingsmaatregel noodzakelijk is in het algemeen belang. De tweede en derde voorwaarde gelden niet voor het uitspreken van het faillissement.

In de tweede plaats is denkbaar dat belanghebbenden bij de rechtbank in beroep zijn gekomen tegen het oordeel van de afwikkelingsautoriteit en dat voldaan is aan de zojuist genoemde criteria. Indien de rechtbank in een dergelijke procedure oordeelt dat wél aan die criteria is voldaan, mag worden verwacht dat zij ook in het kader van een faillissementsverzoek tot datzelfde oordeel komt. Mocht de rechtbank evenwel in die procedure tot het oordeel zijn gekomen dat niet aan de voorwaarden is voldaan, dan kan zij toch het faillissement uitspreken indien de afwijzing van het verzoek tot faillietverklaring, mede gelet op de omstandigheid dat een deel van de activa en passiva reeds zijn overgedragen, onevenredig ernstige gevolgen zou hebben. Dit is bepaald in het derde lid.

Dat de rechtbank het verzoek tot faillietverklaring op dezelfde gronden dient te beoordelen als die, genoemd in artikel 212ha Fw, ligt voor de hand. Voor de duidelijkheid is dat uitdrukkelijk bepaald in het derde lid. Hierin wordt artikel 37, zesde lid, tweede volzin, van de richtlijn geïmplementeerd. Indien slechts een gedeelte van de activa of passiva overgaat, vraagt DNB bij de rechtbank Amsterdam het faillissement van de entiteit aan. Zij houdt daarbij rekening met redenen waarom het voortbestaan van het overgebleven deel van de entiteit noodzakelijk is om de afwikkelingsdoelen te verwezenlijken of aan de in artikel 15, eerste lid, van de verordening gemeenschappelijk afwikkelingsmechanisme bedoelde beginselen te voldoen. Onder die redenen valt in ieder geval dat het noodzakelijk is dat het gedeelte van de entiteit in afwikkeling dat niet is overgedragen, bijstand verleent om de verkrijger in staat te stellen om de door de middel van die overgang verworven activiteiten of diensten te verrichten.

Artikel 3A:31

Met dit artikel wordt artikel 38, vierde lid, van de richtlijn geïmplementeerd. In artikel 38, vierde lid, van de richtlijn staat aan wie de «betaalde» vergoeding toe komt. Dit is gewijzigd in «te betalen». Op het tijdstip dat moet worden vastgesteld aan wie de vergoeding toekomt, is er immers nog niet betaald.

Artikel 38, vierde lid, van de richtlijn bepaalt voluit aan wie de vergoeding toekomt. Evenwel kan worden volstaan met te bepalen dat de vergoeding toekomt aan de oorspronkelijke eigenaren.

Artikel 3A:32

Met artikel 3A:32 wordt artikel 38, zesde lid, van de richtlijn (met betrekking tot het instrument van verkoop van de onderneming) geïmplementeerd, alsmede, door de overeenkomstige toepassing in artikel 3A:39, artikel 40, zesde lid, onderdeel a, en zevende lid, van de richtlijn (met betrekking tot het instrument van de overbruggingsinstelling) en door de overeenkomstige toepassing in artikel 3A:43, artikel 42, negende en tiende lid van de richtlijn (met betrekking tot het instrument van afsplitsing van activa). Deze artikelen worden gezamenlijk toegelicht. Genoemde richtlijnartikelen bepalen dat de overgedragen activa en passiva kunnen worden «terugovergedragen» door de afwikkelingsautoriteit. Dit komt erop neer dat de activa die eerder aan de probleeminstelling toebehoorden en de passiva die de probleeminstelling eerder diende te voldoen terug naar de probleeminstelling overgaan, en dat de aandelen of andere eigendomsinstrumenten die eerder aan de aandeelhouders toebehoorden terug aan de voormalige aandeelhouders onderscheidenlijk voormalige houders van de eigendomsinstrumenten overgaan. De regeling in de richtlijn van de retourovergang in het kader van het instrument van de overgang van de onderneming is niet geheel identiek aan de regeling van de retourovergang in het kader van de instrumenten van de overbruggingsinstelling en de afsplitsing van activa. Wanneer het betreft het instrument van overgang van de onderneming, is voor een retourovergang de instemming van de overnemer vereist. De instemming van de overbruggingsinstelling en de entiteit van activabeheer is daarentegen niet vereist.

Er zijn nog enkele verschillen met betrekking tot de retourovergang tussen enerzijds de overgang van de onderneming en anderzijds de overbruggingsinstelling en de afsplitsing van activa. In de eerste plaats is met betrekking tot de overbruggingsinstelling en de afsplitsing van activa in de richtlijn bepaald dat de retourovergang slechts betrekking kan hebben op hetzij activa en passiva die uitdrukkelijk zijn vermeld in het instrument

waarmee de overgang is verricht, hetzij op activa en passiva waarvan het, kort gezegd, niet de bedoeling is dat zij zijn overgedragen. Deze beperking is in de richtlijn niet opgenomen met betrekking tot de overgang van de onderneming. In de tweede plaats kan een retourovergang bij de overbruggingsinstelling en de afsplitsing van activa slechts plaatsvinden binnen een bepaalde termijn en moet de retourovergang voldoen aan alle andere voorwaarden die worden genoemd in het overgangsinstrument. Ook deze beperking wordt niet genoemd in de regeling betreffende de overgang van de onderneming. De richtlijn kan aldus worden opgevat dat een retourovergang alleen mogelijk is binnen een termijn die in het overgangsinstrument wordt genoemd, en dat deze termijn geldt zowel voor met name genoemde eigendomsinstrumenten en activa en passiva, als voor eigendomsinstrumenten en activa en passiva die niet uitdrukkelijk zijn genoemd, maar waarvan later komt vast te staan dat deze onbedoeld zijn overgedragen. In dit verband wordt opgemerkt dat de term «specifieke activa of passiva» in de richtlijn moet worden gelezen als: activa en passiva waarop de retourovergang betrekking heeft.

Er is voor gekozen de twee laatstbedoelde beperkingen ook op te nemen in het kader van het instrument van de overgang van de onderneming. Dit is vooral van belang voor de in het overgangsinstrument op te nemen termijn. Het is onwenselijk dat activa en passiva nog tot in eeuwigheid zouden kunnen worden terugovergedragen.

Artikel 3A:33

Dat een verklaring van geen bezwaar is vereist indien een gekwalificeerde deelneming wordt verworven of vergroot volgt reeds uit § 3.3.11.1; daarop wordt geen uitzondering gemaakt voor het geval de gekwalificeerde deelneming wordt verworven of vergroot in het kader van een overgang. Wel gelden enkele aanvullende regels. Deze worden gegeven in artikel 3A:26, dat in dit artikel van overeenkomstige toepassing wordt verklaard.

Artikel 3A:34

Met dit artikel wordt artikel 38, elfde lid, van de richtlijn geïmplementeerd. Dat artikel bepaalt dat de overnemer voor wat betreft het recht om in andere lidstaten diensten te verrichten of zich daar te vestigen wordt beschouwd als de voortzetting van de probleeminstelling. De nationale wetgever kan dit slechts bepalen voor de eigen nationale rechtsorde. Het artikel ziet zowel op het voortzetten als het openen van een bijkantoor, alsmede op zowel het voorzetten als aanvangen van het verlenen van beleggingsdiensten of verrichten van beleggingsactiviteiten. Het recht voor een ondernemer met zetel in Nederland om in een andere lidstaat zijn bedrijf uit te oefenen vanuit een in die lidstaat gelegen bijkantoor of door middel van dienstverrichting naar die lidstaat moet door die lidstaat in diens wetgeving worden geregeld.

Artikel 3A:35

Dit artikel betreft de implementatie van artikel 38, twaalfde lid, van de richtlijn. Op grond van dit artikel kan de verkrijger op dezelfde voet als de probleeminstelling voortgaan als lid en deelnemer met betrekking tot betalingssystemen, clearingsystemen, afwikkelingssystemen, gereglementeerde markten, het beleggercompensatiestelsel en het depositogarantiestelsel, mits hij voldoet aan de voorwaarden voor lidmaatschap en deelname. Op deze regel bestaan twee uitzonderingen. De eerste heeft betrekking op voorwaarden in verband met de waardering van de kredietwaardigheid: indien de verkrijger niet beschikt over een rating van

een kredietbeoordelingsbureau, in de wettekst «ratingbureau» in navolging van genoemd, of indien de waardering van de kredietwaardigheid niet voldoende is om toegang te krijgen, mag toegang toch niet worden geweigerd. De tweede uitzondering betreft de situatie waarin de verkrijger niet voldoet aan de voorwaarden voor toegang. De afwikkelingsautoriteit kan dan bepalen dat die rechten toch kunnen worden uitgeoefend. De afwikkelingsautoriteit bepaalt de periode gedurende waarin deze rechten kunnen worden uitgeoefend. Op zich is die periode ten hoogste 24 maanden, maar de afwikkelingsautoriteit kan deze periode verlengen.

In dit verband zij erop gewezen dat artikel 38, twaalfde lid, aanhef, aan het slot zo is geformuleerd dat voldaan moet zijn aan de criteria voor lidmaatschap van en deelname aan dergelijke «systemen», een vertaling van «systems». Bedoeld zal zijn te verwijzen naar alle eerder in de aanhef genoemde entiteiten (betalingssystemen, clearingsystemen, afwikkelingsystemen, beurzen, beleggerscompensatiestelsels en depositogarantiestelsels). In onderdeel a is het woord «systems» vertaald met «stelsels». Ook hier zal bedoeld zijn te verwijzen naar alle in de aanhef genoemde entiteiten. In dit artikel is dit zo verwoord, dat aan het slot van de aanhef en in onderdeel a simpelweg wordt gesproken van «de voorwaarden voor lidmaatschap en deelname», en in onderdeel «toegang» *tout court*, zodat wordt verwezen naar alle in de aanhef genoemde entiteiten.

Artikel 3A:36

Met dit artikel wordt artikel 64, eerste lid, onderdeel e, van de richtlijn geïmplementeerd. Op grond van dat artikel kan de afwikkelautoriteit de entiteit in afwikkeling en de overnemer verplichten elkaar informatie en bijstand te verstrekken. Er is voor gekozen te bepalen dat de entiteit in afwikkeling en de overnemer daartoe van rechtswege verplicht zijn, dus niet alleen pas nadat DNB hen daartoe verplicht.

Artikel 3A:37

Artikel 40, eerste lid, aanhef en onderdelen a en b, van de richtlijn worden in dit artikel geïmplementeerd. Artikel 40 van de richtlijn omschrijft het instrument van de overbruggingsinstelling. Zie ook de toelichting op artikel 3A:38. Een «overbruggingsinstelling» is in artikel 2, onderdeel 59, van de richtlijn gedefinieerd als «een rechtspersoon die voldoet aan de vereisten van artikel 40, lid 2». Artikel 40, tweede lid, van de richtlijn, bevat enkele materiële normen die zich er niet voor lenen om te worden opgenomen in een definitie. Een en ander zal bij of krachtens de algemene maatregel van bestuur nader worden uitgewerkt, waarvoor artikel 3A:38 de grondslag biedt.

Artikel 3A:38

Artikel 41 van de richtlijn betreft het functioneren van de overbruggingsinstelling. Het eerste lid, eerste alinea, aanhef en onderdelen a tot en met g, van dat artikel bevat enkele vereisten waaraan een overbruggingsinstelling moet voldoen. De vereisten, genoemd in de onderdelen a tot en met d hebben betrekking op de goedkeuring van de akte van oprichting door de afwikkelingsautoriteit, de benoeming van het bestuur of de goedkeuring daarvan door de afwikkelingsautoriteit, de goedkeuring van de beloning van het bestuur en de vaststelling van de verantwoordelijkheden van het bestuur en de goedkeuring van de strategie en het risicoprofiel van de probleeminstelling. Deze onderwerpen zullen worden geregeld bij of krachtens de algemene maatregel van bestuur, waarvoor dit artikel de grondslag biedt.

Artikel 41, eerste lid, onderdeel e, van de richtlijn bepaalt, kort gezegd, dat de overbruggingsinstelling een bankvergunning of beleggingsondernemingvergunning behoeft. Dat onderdeel behoeft geen aparte implementatie, want dit valt reeds onder artikel 2:11 van de Wft onderscheidenlijk artikel 2:96 van de Wft. Artikel 2:11 van de Wf bepaalt dat het «een ieder» is verboden zonder vergunning het bankbedrijf uit te oefenen; daar valt ook de probleeminstelling onder. Artikel 2:96 van de Wft bepaalt dat het verboden is zonder vergunning beleggingsdiensten te verlenen of beleggingsactiviteiten te verrichten; de woorden «een ieder» ontbreken in artikel 2:96 van de Wft, zodat een overbruggingsinstelling ook onder het verbod in dat artikel valt.

Artikel 41, eerste lid, onderdeel f, van de richtlijn bepaalt dat de overbruggingsinstelling voldoet aan de voorschriften van de verordening kapitaalvereisten, de richtlijn kapitaalvereisten en de richtlijn 2014/65/EU.⁶⁶ Die verplichting bestaat ook zonder dat wordt bepaald dat de overbruggingsinstelling daaraan moet voldoen. Datzelfde geldt voor artikel 41, eerste lid, onderdeel g, van de richtlijn met betrekking tot de staatssteunregels van de Europese Unie. Ook bepaalt dat onderdeel dat de afwikkelingsautoriteit «operationele beperkingen» aan de overbruggingsinstelling kan opleggen overeenkomstig die staatssteunregels. Dat volgt reeds uit de algemene aanwijzingsbevoegdheid, geregeld in artikel 1:75 van de Wft.

Artikel 41, eerste lid, onderdeel g, van de richtlijn bepaalt dat het functioneren van de overbruggingsinstelling in elk geval in overeenstemming is met staatssteunregels van de Europese Unie, en dat de afwikkelingsautoriteit aan de overbruggingsinstelling dienovereenkomstige operationele beperkingen kan opleggen. De verplichting dat het functioneren van de overbruggingsinstelling in overeenstemming is met de staatssteunregels bestaat ook zonder dat dit in de wet wordt bepaald. Met betrekking tot het opleggen van operationele beperkingen bestaat het voornemen om bij algemene maatregel van bestuur, waarvoor artikel 3A:38 de grondslag biedt, te bepalen dat DNB een aanwijzing kan geven aan de overbruggingsinstelling aangaande onder andere haar bestuur en werkwijze. Anders dan de aanwijzing, bedoeld in artikel 1:75 van de wet, is voor het geven van die aanwijzing op grond van de voorgenomen algemene maatregel van bestuur niet vereist dat de overbruggingsinstelling een overtreding begaat. De aanwijzing op grond van de voorgenomen algemene maatregel van bestuur kan daarom ook bestaan uit het opleggen van operationele beperkingen in verband met de staatssteunregels.

Artikel 3A:39

Zie de toelichting op de artikelen 3A:26, 3A:29 tot en met 3A:32. Met betrekking tot artikel 3A:32, inzake de retourovergang, wordt opgemerkt dat DNB de eigendomsinstrumenten en de activa en passiva ook zonder de instemming van de overbruggingsinstelling terug kan overdragen aan de oorspronkelijke eigenaren.

Artikel 3A:40

Artikel 41, eerste lid, tweede alinea, van de richtlijn bepaalt dat de overbruggingsinstelling gedurende korte tijd niet aan de voorschriften inzake kapitaalvereisten of de staatssteunregels van de Europese Unie hoeft te voldoen. Dit is geïmplementeerd in dit artikel. Bepaald is dat DNB

⁶⁶ Richtlijn 2014/65/EU van het Europees parlement en de Europese Raad van 15 mei 2014 betreffende markten voor financiële instrumenten en tot wijziging van Richtlijn 2002/92/EG en Richtlijn 2011/61/EU (herschikking)

of de AFM op verzoek van DNB, kan besluiten tot ontheffing van het verbod, bedoeld in artikel 2:11 of artikel 2:96, voor een zo kort mogelijke periode niet geldt voor een overbruggingsinstelling.

Artikel 3A:41

Artikel 42 van de richtlijn regelt het instrument van afsplitsing van vermogen. Dit artikel wordt geïmplementeerd in dit artikel. In artikel 42 van de richtlijn wordt gesproken over het «vehikel voor activabeheer». Het woord «activa» is een vertaling van het Engelse woord «assets». Het instrument betreft evenwel niet alleen de afsplitsing van activa, maar ook van passiva. Hetzelfde geldt voor het vehikel voor activabeheer: dat beheert niet alleen activa, maar ook passiva. Het is daarom juist te spreken van «activa- en passivabeheer» dan van «activabeheer». Bij de implementatie is daarom gekozen voor «activa- en passivabeheer». Die term sluit ook nauwer aan bij de in Nederland gangbare terminologie. In de implementatie is er tevens voor gekozen om de term «vehikel» te vervangen door «entiteit». Niet alleen is «vehikel» wel een zeer letterlijke vertaling die minder gangbaar is, maar bovendien is «vehikel» al eerder vertaald met «entiteit»; zie artikel 2:54a van de Wft en volgende.

In het onderhavige artikel wordt aan de afwikkelingsautoriteit de bevoegdheid gegeven het instrument van afsplitsing van activa en passiva toe te passen. Hiermee wordt artikel 42, eerste lid, van de richtlijn geïmplementeerd. Activa en passiva kunnen worden afgesplitst zowel van een probleeminstelling als van een overbruggingsinstelling, wanneer dat instrument al is toegepast. Dat wordt uitdrukkelijk herhaald in artikel 42, zevende lid, van de richtlijn. Volstaan kan worden met één keer te bepalen dat ook activa en passiva van een overbruggingsinstelling kunnen overgaan. Dat is gebeurd in artikel 3A:38 Wft.

Met het tweede lid wordt artikel 37, vijfde lid, van de richtlijn geïmplementeerd.

Met het derde lid, wordt artikel 42, derde lid, van de richtlijn geïmplementeerd. In die richtlijn bepaling staat slechts dat de entiteit voor activabeheer de «activa» beheert, niet tevens «rechten en verplichtingen». Toch is dat wel de bedoeling. Voorts staat in artikel 42, derde lid, van de richtlijn dat de entiteit voor activabeheer de waarde van de activa maximaliseert. Dat geldt uiteraard niet voor de waarde van de passiva. Onder omstandigheden zal de waarde van de passiva moeten worden «geminimaliseerd», maar dat moet per geval worden beoordeeld.

Artikel 3A:42

Dit artikel biedt een grondslag om nadere regels te stellen bij of krachtens algemene maatregel van bestuur. Vergelijk artikel 3A:38, met betrekking tot de overbruggingsinstelling.

Artikel 3A:43

Zie de toelichting op de artikelen 3A:31 en 3A:32.

Artikel 3A:44

Voor de toelichting bij dit artikel wordt verwezen naar artikel 3A:21.

Artikel 3A:46

In dit artikel wordt een aantal artikelen uit afdeling 3A.2.3., waar wordt ingegaan op het afschrijven en omzetten van kapitaalinstrumenten, van overeenkomstige toepassing verklaard voor wat betreft de toepassing van het instrument van bail-in. De artikelen 3A:23 tot en met 3A:26 zijn zowel van toepassing in de situatie dat kapitaalinstrumenten worden afgeschreven of als het instrument van bail-in wordt toegepast.

Artikel 3A:47

In dit artikel wordt uitvoering gegeven aan artikel 52 van de richtlijn, waarin wordt ingegaan op de eisen aan het bedrijfssaneringsplan.

Het eerste lid geeft aan dat op het moment dat het instrument van bail-in voor de herkapitalisatie van een entiteit wordt toegepast, die entiteit binnen een maand een bedrijfssaneringsplan aan DNB voorlegt.

Het tweede lid verwijst voor de eisen die aan het bedrijfssaneringsplan worden gesteld naar het bepaalde in artikel 52, vierde tot en met zesde lid, van de richtlijn. In het vierde lid van artikel 52 staat dat in een bedrijfssaneringsplan de maatregelen worden vastgelegd die erop gericht zijn de levensvatbaarheid op lange termijn van de entiteit of delen van haar bedrijfsactiviteiten binnen een redelijk tijdsbestek te herstellen.

Het vijfde lid van artikel 52 van de richtlijn geeft aan welke elementen het bedrijfssaneringsplan ten minste dient te bevatten. Het gaat dan om:

- een gedetailleerde diagnose van de factoren en problemen waardoor de entiteit als bedoeld faalt of waarschijnlijk zal falen, en de omstandigheden die ten grondslag lagen aan de moeilijkheden waarmee de instelling of entiteit te kampen had;
- een beschrijving van de te nemen maatregelen die gericht zijn op het herstellen van de levensvatbaarheid op lange termijn van de entiteit;
- een tijdschema voor de tenuitvoerlegging van deze maatregelen.

In het zesde lid van artikel 52 van de richtlijn staan maatregelen opgesomd die zijn gericht op het herstel van de levensvatbaarheid op lange termijn van de entiteit. Dit betreffen onder meer:

- de reorganisatie van de werkzaamheden van de entiteit
- wijzigingen in de operationele systemen en de infrastructuur in de instelling;
- het staken van verliesgevende activiteiten;
- de herstructurering van bestaande activiteiten die winstgevend kunnen worden gemaakt;
- de overgang van activa of van bedrijfsonderdelen.

In het derde lid wordt geregeld dat indien het instrument van bail-in wordt toegepast op twee of meer entiteiten die onderdeel uitmaken van dezelfde groep, dat dan het bedrijfssaneringsplan wordt voorgelegd door de Nederlandse financiële EU-moederholding en dat het betrekking heeft op alle entiteiten in de groep.

Het vierde lid verklaart de eerste drie leden van overeenkomstige toepassing op de situatie dat een afwikkelingsautoriteit van een andere lidstaat het instrument van bail-in toepast ten aanzien van een of meerdere entiteiten met zetel in een andere lidstaat die deel uitmaken van een groep waarvan een Nederlandse financiële EU-moederholding aan het hoofd staat.

In het vijfde lid wordt bepaald dat DNB in buitengewone omstandigheden en indien dit nodig is voor het bereiken van de afwikkelingsdoelstellingen de termijn om het bedrijfssaneringsplan voor te leggen van een maand kan verlengen tot ten hoogste twee maanden na de toepassing van het instrument van bail-in.

Artikel 3A:48

In dit artikel wordt uitvoering gegeven aan artikel 52, zevende tot en met elfde lid van de richtlijn waarin wordt ingegaan op de beoordeling van het bedrijfssaneringsplan.

Het eerste lid, onderdeel a, bepaalt dat DNB het bedrijfssaneringsplan van een beleggingsonderneming goedkeurt indien zij ervan overtuigd is, dat met de uitvoering van het plan de levensvatbaarheid op lange termijn van de beleggingsonderneming zal herstellen.

In het eerste lid, onderdeel b, wordt bepaald dat op het moment dat de Afwikkelingsraad de beoordeling van het bedrijfssaneringsplan heeft gemaakt en zij ervan overtuigd is, dat met de uitvoering van het plan de levensvatbaarheid op lange termijn zal herstellen, zij DNB de instructie geeft om het plan goed te keuren. Voordat de Afwikkelingsraad haar beoordeling maakt, doet DNB eerst haar eigen beoordeling aan de Afwikkelingsraad toekomen

In het tweede lid wordt de termijn opgenomen waarbinnen DNB haar beoordeling van het bedrijfssaneringsplan moet maken. Als DNB zelfstandig een beoordeling maakt voor de entiteiten die niet onder de verordening vallen, is de termijn één maand. Indien DNB een beoordeling maakt en die vervolgens aan de Afwikkelingsraad doet toekomen, krijgt DNB twee weken voor het maken van de beoordeling.

In het derde en vierde lid wordt bepaald wat er gebeurt als DNB of de Afwikkelingsraad besluit om het bedrijfssaneringsplan niet goed te keuren. Indien DNB of de Afwikkelingsraad er niet van overtuigd is dat met de uitvoering van het plan de levensvatbaarheid op lange termijn zal herstellen, stelt DNB, al dan niet op instructie van de Afwikkelingsraad, de entiteit in kennis van haar bezorgdheden en eist zij dat het plan zodanig wordt gewijzigd dat deze bezorgdheden worden aangepakt. De entiteit in afwikkeling legt vervolgens binnen twee weken een gewijzigd bedrijfssaneringsplan ter goedkeuring voor. In reactie daarop laat DNB binnen een week weten of zij het gewijzigde plan goedkeurt, of dat er verdere wijzigingen zijn vereist.

In het vijfde lid wordt bepaald dat de entiteit het goedgekeurde bedrijfssaneringsplan uitvoert en DNB ten minste elke zes maanden in kennis stelt over de uitvoering van het plan.

Het zesde lid geeft aan dat de entiteit het bedrijfssaneringsplan herziet indien dat naar het oordeel van DNB nodig is en elke herziening ter goedkeuring aan DNB voorlegt.

Artikel 3A:49

Artikel 34, eerste lid, onderdeel c, van de richtlijn, bepaalt dat het bestuur en het hogere management in beginsel worden vervangen. De artikelen 35, 63, eerste lid, onderdeel b, en 72 hebben betrekking op de wijze waarop de bevoegdheden van het bestuur worden uitgeoefend. Daarnaast regelen deze artikelen hoe de bevoegdheden van de aandeelhouders worden uitgeoefend. Deze drie bepalingen worden in dit artikel geïmplementeerd.

Aan de ene kant is er artikel 35 van de richtlijn, dat bepaalt dat de afwikkelingsautoriteit een bijzondere bestuurder kan aanstellen. De bijzondere bestuurder heeft alle bevoegdheden van de algemene vergadering en het bestuur. Vanuit juridisch oogpunt is het de bijzondere bestuurder die zelf, in eigen naam, deze bevoegdheden uitoefent maar hij kan dit slechts doen onder toezicht van de afwikkelingsautoriteit. De bijzondere bestuurder wordt in beginsel voor één jaar aangesteld. Hij heeft op grond van artikel 35 van de richtlijn de plicht om alle noodzakelijke maatregelen te nemen om de afwikkelingsdoelstellingen in de hand te werken («promote»).

Aan de andere kant zijn er de artikelen 63, eerste lid, onderdeel b, en 72, die bepalen dat de afwikkelingsautoriteit de zeggenschap over een instelling in afwikkeling kan overnemen onderscheidenlijk uitoefenen. Een redelijke interpretatie brengt met zich mee dat in de praktijk geen inhoudelijk verschil bestaat tussen «overnemen» en «uitoefenen»; zie in dit verband de Duitse taalversie, waarin in de artikelen 63 en 72 hetzelfde woord wordt gebruikt («übernehmen»). In deze artikelen is het de afwikkelingsautoriteit zelf, in eigen naam, die de bevoegdheden heeft. Dat geldt ook wanneer de afwikkelingsautoriteit de zeggenschap «onrechtstreeks» uitoefent door middel van een door de afwikkelingsautoriteit aangewezen persoon. Ingeval een dergelijke persoon is aangewezen, oefent hij de zeggenschap uit namens de afwikkelingsautoriteit. Artikel 63 van de richtlijn is ruimer geformuleerd dan artikel 72 van de richtlijn.

Gelet op de verschillen en overeenkomsten is ervoor gekozen artikel 35 afzonderlijk te implementeren en de artikelen 63, eerste lid, onderdeel b, en 72 gezamenlijk te implementeren.

DNB zal moeten kiezen of zij een bijzondere bestuurder aanstelt dan wel zelf de zeggenschap uitoefent. In beginsel is ook een combinatie van beide mogelijk. Dit volgt uit de bepaling dat DNB grenzen kan stellen aan het optreden van de bijzondere bestuurder. Voorstelbaar is dat DNB besluit dat de bijzondere bestuurder bepaalde bevoegdheden slechts in beperkte mate mag uitoefenen, en zelf de uitoefening van die bevoegdheden aanvult.

Met betrekking tot het overnemen door DNB van de bevoegdheden van het bestuur en de aandeelhouders wordt het volgende opgemerkt. Artikel 63 van de richtlijn bepaalt dat de afwikkelingsautoriteit de bevoegdheid heeft om de zeggenschap over een instelling in afwikkeling over te nemen en alle aan de aandeelhouders en het bestuur van de instelling in afwikkeling verleende bevoegdheden over te nemen, zonder dat daaraan nadere beperkingen worden gesteld. Artikel 72 van de richtlijn bepaalt met welk doel de afwikkelingsautoriteit de zeggenschap kan uitoefenen, namelijk om de activiteiten en diensten van de instelling in afwikkeling te verrichten en de «activa en eigendom» van de instelling in afwikkeling te kunnen beheren en vervreemden. Het is niet nodig dit doel uitdrukkelijk in de wettekst op te nemen; de doelen worden niet genoemd in artikel 63 van de richtlijn, en zij volgens reeds uit de regel dat DNB de zeggenschap over de instelling in afwikkeling kan overnemen. Voorts bepaalt artikel 72 dat de zeggenschap wordt uitgeoefend rechtstreeks door de afwikkelingsautoriteit of «onrechtstreeks» door een of meer door de afwikkelingsautoriteit aangewezen personen. Het is niet nodig dat uitdrukkelijk te bepalen. Ook wanneer de zeggenschap indirect wordt uitgeoefend door middel van een aangewezen persoon, wordt de zeggenschap uitgeoefend door DNB. Vervolgens bepaalt artikel 72 dat de met de aandelen verbonden stemrechten niet kunnen worden uitgeoefend in de afwikkelingsperiode. Bedoeld is dat *de aandeelhouders* hun stemrechten niet kunnen uitoefenen. Dat behoeft geen afzonderlijke implementatie. Bepaald is immers al dat DNB alle aan de aandeelhouders en andere eigenaren van de

instelling in afwikkeling verleende bevoegdheden uitoefenen. Dat impliceert reeds dat DNB daartoe exclusief bevoegd is. In artikel 72 van de richtlijn is tevens bepaald dat de afwikkelingsautoriteit op grond van nationale administratieve bevoegdheden en procedures via een bestuursmaatregel een afwikkelingsmaatregel kunnen nemen zonder zeggenschap uit te oefenen. Ook dat hoeft niet te worden geïmplementeerd. Dat is reeds geldend recht. Overigens zijn er slechts twee gevallen waarin het opportuun kan zijn geen zeggenschap uit te oefenen. De eerste situatie doet zich voor wanneer op grond van artikel 15 van de verordening bij wijze van uitzondering het bestuur niet wordt vervangen. De tweede situatie doet zich voor wanneer DNB een bijzondere bestuurder aanstelt. In alle andere gevallen is er geen bestuur of bestuurder, zodat, wil de instelling in afwikkeling niet stuurloos zijn, DNB wel de zeggenschap over de instelling zal nemen.

DNB kan ervoor kiezen de zeggenschap slechts gedeeltelijk over te nemen. Daarmee wordt bedoeld dat DNB slechts op een bepaald terrein de bevoegdheid om bestuursbeslissingen te nemen overneemt, maar op andere terreinen de beslissingsbevoegdheid aan het bestuur laat. Bij wijze van voorbeeld kan worden gewezen op artikel 63, eerste lid, onderdeel I, van de richtlijn. Dat artikel bepaalt dat de afwikkelingsautoriteit de bevoegdheid heeft om het leidinggevend orgaan en het hogere management van een instelling in afwikkeling te ontslaan of te vervangen. Deze bevoegdheid hoeft niet apart te worden geïmplementeerd. DNB kan deze bevoegdheid uitoefenen door de zeggenschap op dit punt over te nemen, zonder dat zij de zeggenschap op andere gebieden overneemt.

Voorts kan worden gewezen op het volgende. Om mogelijke twijfel weg te nemen is in de overdrachtsregeling verduidelijkt dat DNB een probleeminstelling kan verplichten gegevens of inlichtingen te verschaffen aan onder andere een persoon die, kort gezegd, overweegt de entiteit in afwikkeling over te nemen (artikel 3:159d, tweede lid). Doel daarvan is de kandidaat-overnemer in staat te stellen te beoordelen of hij de entiteit in afwikkeling inderdaad wil overnemen. In de systematiek van Deel 3A is een dergelijke bepaling niet nodig. DNB kan in de hoedanigheid van degene die zeggenschap in de entiteit in afwikkeling heeft overgenomen besluiten dat de entiteit in afwikkeling gegevens aan een kandidaat-overnemer verschaft.

Artikel 35 van de richtlijn geeft regels met betrekking tot het bijzondere bestuur. In het derde lid zijn hiertoe de relevante onderdelen van de regelingen van de curator en de bijzonder bewindvoerder van overeenkomstige toepassing verklaard.

Artikel 3A:50

Deze bepaling strekt ter implementatie van artikel 43, vierde lid, van de richtlijn. Er wordt voor DNB voorzien in de, zeer verstrekkende, bevoegdheid om de rechtsvorm van de entiteit te wijzigen indien dit noodzakelijk is voor de afschrijving of omzetting van kapitaalinstrumenten of om het instrument van bail-in te kunnen toepassen. Hiermee wordt voorkomen dat toepassing van deze bevoegdheden onmogelijk is omdat de entiteit, als gevolg van de gekozen rechtsvorm, bijvoorbeeld geen kernkapitaalinstrumenten of eigendomsinstrumenten heeft uitgegeven. In een dergelijke situatie kan de rechtsvorm van de entiteit zodanig worden gewijzigd dat bail-in alsnog mogelijk wordt.

Onderkend moet worden dat het wijzigen van de rechtsvorm van een entiteit in afwikkeling een zeer ingrijpende maatregel is, die ook niet eenvoudig ten uitvoer kan worden gelegd. Alleen in zeer bijzondere omstandigheden zal DNB van deze bevoegdheid gebruik (kunnen) maken.

In beginsel zal DNB de rechtsvorm van de entiteit in afwikkeling moeten respecteren en haar bevoegdheden met inachtneming van die rechtsvorm uitoefenen. Indien echter de rechtsvorm aan de uitoefening van die bevoegdheden in de weg staat en minder ingrijpende maatregelen niet kunnen volstaan, zal DNB de rechtsvorm kunnen wijzigen.

De beperkingen van artikel 2:18 BW, dat een regeling geeft voor de omzetting van een rechtspersoon in een andere rechtsvorm, gelden niet. Dat volgt uit artikel 3A:6, derde lid, waarmee artikel 63, tweede lid, tweede alinea van de richtlijn wordt geïmplementeerd. Dat bepaalt dat een besluit tot overdracht niet is onderworpen aan een wettelijke beperking. Hetzelfde geldt voor een besluit tot omzetting.

In het tweede lid is artikel 3A:23 van overeenkomstige toepassing verklaard, teneinde de gevolgen van een besluit tot wijziging van de rechtsvorm te kunnen regelen.

Artikel 3A:51

Met dit artikel wordt artikel 64, eerste lid, van de richtlijn geïmplementeerd. Daarin worden enkele aanvullende bevoegdheden aan de afwikkelingsautoriteit gegeven. Voordat op de afzonderlijke onderdelen wordt ingegaan, wordt gewezen op artikel 64, tweede lid, van de richtlijn. Dat artikel bepaalt dat de afwikkelingsautoriteit de aanvullende bevoegdheden uitoefent indien dat door de afwikkelingsautoriteit passend wordt geacht om ervoor te helpen zorgen dat een afwikkelingsmaatregel doeltreffend is of om een of meer afwikkelingsdoelstellingen te verwezenlijken. Deze norm geldt ook indien dat niet uitdrukkelijk in de wet zou worden bepaald en behoeft om die reden geen implementatie.

Met het eerste lid wordt artikel 64, eerste lid, onderdeel f, van de richtlijn geïmplementeerd. DNB kan de rechten en verplichtingen in een overeenkomst waarbij de entiteit in afwikkeling partij is schrappen («doen vervallen») of wijzigen, en de ontvanger in de plaats stellen van de entiteit in afwikkeling als partij bij een overeenkomst. In artikel 64, eerste lid, onderdeel f, van de richtlijn is bepaald dat de afwikkelingsautoriteit «de voorwaarden» van een contract kan annuleren of wijzigen. Bedoeld zijn alle elementen die de inhoud van een overeenkomst bepalen. Voor de goede orde wordt erop gewezen dat beëindigings- en wijzigingsbevoegdheid is begrensd door artikel 3A:60, op grond waarvan een wijziging of beëindiging van een overeenkomst niet zo ver kan gaan dat daardoor bevoegdheden die voortvloeien uit financiële zekerheidsvereenkomsten, gedekte obligaties, gestructureerde financieringsregelingen, salderingsvereenkomsten, verrekeningsvereenkomsten en zekerheidsregelingen worden aangetast.

Voorts is bepaald dat onder «overeenkomst» mede wordt begrepen activa als bedoeld in artikel 63, eerste lid, onderdeel j, van de richtlijn. Dat onderdeel heeft betrekking op «schuldinstrumenten en andere in aanmerking komende passiva»; het is niet nodig «schuldinstrumenten» apart te noemen want zij vallen reeds onder «activa». De bevoegdheid om passiva te beëindigen of te wijzigen kan niet worden uitgeoefend ten aanzien van door zekerheid gedekte passiva als bedoeld in artikel 44, tweede lid, van de richtlijn.

De wederpartij bij overeenkomst heeft de beëindiging of wijziging te accepteren.

In dit verband wordt gewezen op artikel 63, eerste lid, onderdeel l, van de richtlijn, waarin is bepaald dat de afwikkelingsautoriteit de bevoegdheid heeft om het leidinggevend orgaan en het hogere management van een

entiteit in afwikkeling te ontslaan of te vervangen. In het tweede lid is, in navolging van artikel 64, eerste lid, onderdeel f, van de richtlijn, niet beperkt tot een type overeenkomst, zodat DNB op grond van dit artikel de bevoegdheid heeft ook overeenkomsten met het bestuur of het hogere management te beëindigen. Het maakt daarbij geen verschil of de betrokken persoon werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst dan wel een ander type overeenkomst. Voor het vervangen van het leidinggevend orgaan of het hogere management kan artikel 3A:49 worden toegepast; zie ook de toelichting op dat artikel.

Op grond van het derde lid kan de overdracht zodanig plaatsvinden dat het overgedragene vrij is van enige aansprakelijkheid of bezwaring. Deze bepaling moet in samenhang worden gezien met artikel 3A:61. Dat artikel geeft uitvoering aan artikel 78 van de richtlijn en bepaalt dat «zekerheidsregelingen» worden gedekt, zodat bijvoorbeeld activa waarmee de verplichting is gedekt niet worden overgedragen, tenzij ook de verplichting ten behoeve waarvan een zekerheidsrecht is gevestigd, wordt overgedragen.

Onderdeel a van de richtlijn bepaling heeft betrekking op «financiële instrumenten, rechten, activa of passiva». Eerder is al opgemerkt dat het niet nodig is naast «activa of passiva» andere vermogensbestanddelen te noemen en dat daarom niet steeds afzonderlijk ook «rechten» behoeft te worden genoemd in de Wft. Datzelfde geldt voor «verplichtingen», die overigens niet in artikel 64, eerste lid, onderdeel a, van de richtlijn worden genoemd. In dat artikel worden wel «financiële instrumenten» genoemd. Deze behoeven evenmin te worden genoemd in het eerste lid. Zij vallen hetzij onder «eigendomsinstrumenten» hetzij onder «activa of passiva».

Artikel 3A:52

Op grond van artikel 69 van de richtlijn heeft de afwikkelingsautoriteit de bevoegdheid om bepaalde verplichtingen van de probleeminstelling op te schorten. De opschorting gaat in op (1) het tijdstip waarop het besluit tot toepassing van een afwikkelingsinstrument bekend wordt gemaakt op de website van de afwikkelingsautoriteit, of (2) het tijdstip waarop dat besluit bekend wordt gemaakt op de website van de probleeminstelling, of, (3) indien de door de probleeminstelling uitgegeven aandelen of andere eigendomsinstrumenten of schuldinstrumenten niet ter verhandeling op een gereglementeerde markt worden toegelaten, het tijdstip waarop bekendmaking plaatsvindt in media waarvan redelijkerwijze mag worden aangenomen dat zij voor een doeltreffende verspreiding van de informatie in de hele Gemeenschap kunnen zorgen. De richtlijn zegt niet op welk tijdstip de schorsing ingaat wanneer deze tijdstippen van elkaar verschillen. Een redelijke interpretatie brengt zich mee dat de schorsing van betalings- of leveringsverplichtingen die voortvloeien uit overeenkomsten met betrekking tot aandelen of andere eigendomsinstrumenten die niet ter verhandeling op een gereglementeerde markt worden toegelaten, ingaat op het hierboven genoemde tijdstip (3), en dat de schorsing van andere verplichtingen ingaat op tijdstip (1) of (2), en wel op het tijdstip dat zich als eerste van deze twee voordoet. De opschorting duurt tot 00.00 uur Nederlandse tijd aan het einde van de werkdag volgend op die kennisgeving. Op dat tijdstip eindigt de schorsing ook in lidstaten in een andere tijdzone.

De opschorting geldt niet voor verplichtingen uit deposito-overeenkomsten, voor zover deze verplichtingen worden gegarandeerd door het depositogarantiestelsel. Dit laatste betekent dat de verplichting van de probleembank om het deposito uit te keren slechts kan worden geschorst voor het bedrag waarmee de deposito's van een depositohouder het bedrag van € 100.000 overschrijdt. Artikel 69, vierde lid, van de richtlijn bepaalt dat de opschorting niet van toepassing is op

«deposito's». Aangezien een deposito een creditsaldo is, en een creditsaldo op zichzelf niet kan worden opgeschort, is bepaald dat de opschorting geen betrekking heeft op betalingsverplichtingen of leveringsverplichtingen ingevolge een overeenkomst op grond waarvan een depositohouder een deposito houdt bij een bank.

Met betrekking tot het vierde lid, onderdeel b, wordt het volgende opgemerkt. Hiermee wordt artikel 69, vierde lid, onderdeel b, van de richtlijn geïmplementeerd. Daarin is bepaald dat een opschorting niet van toepassing is op «betalings- en leveringsverplichtingen ten aanzien van» aangewezen systemen of exploitanten. In de Engelse taalversie van de richtlijn staat «obligations owed to systems». Hiermee is bedoeld een verplichting die heeft geleid tot een overboekingsopdracht die reeds is ingevoerd in een systeem. Had DNB het bedrag van een reeds ingevoerde overboekingsopdracht kunnen opschorten, dan zou dat neerkomen op een tijdelijke ongedaanmaking van de overboekingsopdracht. Een ongedaanmaking is precies wat de Finaliteitsrichtlijn beoogt te voorkomen. Voor de goede orde wordt opgemerkt dat DNB wel een verplichting kan opschorten die nog niet heeft geleid tot een overboekingsopdracht die is ingevoerd in een systeem. In dat geval wordt de invoering van de betalingsopdracht in het systeem opgeschort, hetgeen iets anders is dan de ongedaanmaking van een betalingsopdracht.

Tot slot geldt de opschorting evenmin voor verplichtingen die, kort gezegd, worden gegarandeerd door het beleggerscompensatiestelsel. Dit is geregeld in het vierde lid, onderdeel c.

Artikel 3A:53

Met dit artikel wordt artikel 70 van de richtlijn geïmplementeerd. Op grond van dat artikel heeft de afwikkelingsautoriteit de bevoegdheid om de mogelijkheden van schuldeisers met een zekerheid tijdelijk te beperken in hun mogelijkheden om hun zekerheidsrechten in verband met activa van de probleeminstelling af te dwingen. Voor de goede orde wordt opgemerkt dat op grond van onderhavig artikel de afwikkelingsautoriteit bevoegdheden kan beperken, en dat zij op grond van artikel 3A:52 en 3A:54 bevoegdheden kan opschorten. Bij de implementatie is aangesloten bij de formulering van de afkoelingsperiode in faillissement, geregeld in artikel 63a Fw. De termijn van de beperking is evenwel veel korter dan de afkoelingsperiode: de beperking vangt aan en eindigt op dezelfde tijdstippen als opschorting van bepaalde betalings- en leveringsverplichtingen; zie daarvoor artikel 3A:52.

De beperking kan niet worden opgelegd met betrekking tot zekerheidsrechten die, kort gezegd, zijn gevestigd ten behoeve van systemen of systeemexploitanten die zijn aangewezen op grond van artikel 212d, eerste lid, van de Fw, centrale tegenpartijen en centrale banken.

Artikel 3A:54

Dit artikel geeft aan DNB de bevoegdheid om beëindigingsbevoegdheden van een wederpartij van de probleeminstelling bij een financieel contract op te schorten. Voor de goede orde wordt gewezen op de samenhang met artikel 1:76b. In dat artikel gaat het om onder andere de bevoegdheid om een overeenkomst te beëindigen op de grond dat de afwikkelingsautoriteit een afwikkelingsmaatregel heeft genomen. Artikel 1:76b bepaalt dat op een dergelijke beëindigingsgrond geen beroep kan worden gedaan. In artikel 1:76b gaat het om alle beëindigingsbevoegdheden. Hierbij kan worden gedacht aan de overeengekomen bevoegdheid de overeenkomst te beëindigen op de grond dat de kredietwaardigheid van de probleemin-

stelling is afgewaardeerd zonder dat dit direct verband houdt met de afwikkelingsmaatregel. De beëindigingsbevoegdheden die worden bestreken door artikel 1:76b vallen ook onder onderhavig artikel, maar deze behoeven niet te worden opgeschort omdat zij op grond van artikel 1:76b toch al niet kunnen worden uitgeoefend. De uitoefening van de beëindigingsbevoegdheden die niet onder artikel 1:76b vallen wordt niet op grond van dat artikel onmogelijk gemaakt, maar kan wel op grond van onderhavig artikel door de afwikkelingsautoriteit worden opgeschort. Voorwaarde daarvoor is wel dat wordt voortgegaan met de nakoming van de betalingsverplichtingen en leveringsverplichtingen en de verschaffing van zekerheden. De tijdstippen van aanvang en einde van de opschorting zijn dezelfde als die in artikel 3A:52.

De voorwaarde waaronder DNB dat kan doen is in artikel 68, eerste lid, van de richtlijn (geïmplementeerd in artikel 1:76b), net iets anders geformuleerd dan in artikel 71, eerste lid, van de richtlijn (geïmplementeerd in onderhavig artikel). In artikel 68, eerste lid, van de richtlijn wordt verwezen naar «de materiële verplichtingen (...), daaronder begrepen betalings- en leveringsverplichtingen», terwijl in artikel 71, eerste lid, van de richtlijn slechts wordt verwezen naar de «betalings- en leveringsverplichtingen», zonder dat wordt gesproken van de «materiële verplichtingen». Bij de implementatie is ervoor gekozen deze voorwaarden in artikel 1:76b en onderhavig artikel identiek te formuleren.

Artikel 3A:55

Met dit artikel wordt artikel 68, vijfde lid, van de richtlijn geïmplementeerd. Er wordt bepaald dat het niet nakomen van een verplichting als gevolg van een opschorting of beperking geen toerekenbare tekortkoming in de nakoming van een verbintenis oplevert.

Artikel 3A:56

Hiermee wordt artikel 64, eerste lid, onderdeel c, van de richtlijn geïmplementeerd. Dat artikel bepaalt dat de afwikkelingsautoriteit de bevoegde autoriteit kan opdragen de toelating tot de handel op een gereglementeerde markt of de officiële notering van financiële instrumenten te onderbreken of op te schorten.

Artikel 64, eerste lid onderdeel c, van de richtlijn heeft betrekking op «financiële instrumenten overeenkomstig Richtlijn 2001/34/EG». Deze richtlijn heeft betrekking op effecten die tot de officiële notering aan een in een lidstaat gelegen of werkzame effectenbeurs zijn toegelaten of waarvoor toelating tot die notering is aangevraagd. In de Wft zijn dit effecten als bedoeld in onderdeel a in de definitie van «financieel instrument» in artikel 1:1 van de Wft.

In dit verband wordt gewezen op de Engelse taalversie van de richtlijn. Daarin staat «discontinue» en «suspend». In de Nederlandse taalversie staat «intrekken» en «opschorten». Bij de implementatie is ervoor gekozen aan te sluiten bij de terminologie van de artikelen 4:4b en 5:32h. In die artikelen wordt onderscheid gemaakt tussen het tijdelijk onderbreken of opschorten van de handel in een financieel instrument en het permanent uitsluiten van de handel in een financieel instrument. De bevoegdheid om een aanwijzing tot onderbreking, opschorting of uitsluiting te geven kan zowel betrekking hebben op instrumenten waarvan de toelating is aangevraagd, maar die nog geen officiële notering hebben, als op instrumenten die wel een officiële notering hebben.

De richtlijn bepaalt niet wie de bevoegdheid moet hebben om, in geval van onderbreking of opschorting, de toelating tot de handel en de officiële notering te doen hervatten: de afwikkelingsautoriteit (DNB) of de bevoegde autoriteit (de AFM). Dit is aan de lidstaten overgelaten. Het ligt in de rede dat de autoriteit die om de onderbreking of opschorting verzoekt, ook degene is die verzoekt om hervatting.

Artikel 3A:56 bepaalt dat de AFM haar bevoegdheden op grond van artikel 4:4b of 5:32h toepast op verzoek van DNB. Dit laat echter onverlet dat de AFM tijdens de afwikkeling ook zelfstandig de bevoegdheden uit deze artikelen kan uitoefenen, indien daar aanleiding voor is.

Artikel 3A:57

Artikel 68 van de richtlijn regelt de gevolgen, niet alleen van een crisispreventiemaatregel, maar ook van een crisisbeheersingsmaatregel voor financiële zekerheidsvereenkomsten, betalingssystemen en zogeheten acceleratiebevoegdheden. In de toelichting op artikel 1:76b is reeds ingegaan op de gevolgen voor elk van deze drie onderwerpen. Thans wordt het begrip «crisisbeheersingsmaatregel» toegelicht. Deze term komt wel in de richtlijn voorm, maar is niet overgenomen in de Wft.

Artikel 2, onderdeel 102, van de richtlijn omschrijft een crisisbeheersingsmaatregel in de eerste plaats als een afwikkelingsmaatregel. Een afwikkelingsmaatregel is op grond van artikel 2, onderdeel 40, van de richtlijn een besluit om een entiteit af te wikkelen, de toepassing van een afwikkelingsinstrument of de uitoefening van een of meer afwikkelingsbevoegdheden. Een crisisbeheersingsmaatregel is naast een afwikkelingsmaatregel de aanstelling van een bijzonder bestuurder, een persoon aanstelt met als doel het opstellen en uitvoeren van het op grond van een bedrijfssaneringsplan en een persoon die al dan niet rechtstreeks zeggenschap over de entiteit in afwikkeling uitoefent. Er is niet voor gekozen alle afwikkelingsinstrumenten en afwikkelingsbevoegdheden op te sommen. Volstaan kan worden met een verwijzing naar de uitoefening van bevoegdheden en taken die worden genoemd in het Deel bijzonder prudentiële maatregelen financiële ondernemingen of een gebeurtenis die daarmee rechtstreeks verband houdt. Zie voor de zinsnede «of een gebeurtenis die daarmee rechtstreeks verband houdt» de toelichting op artikel 1:76b.

Artikel 3A:58

Met dit artikel wordt artikel 37, achtste lid, van de richtlijn geïmplementeerd. Dat artikel bepaalt, kort gezegd, dat de zogeheten actio Pauliana niet kan worden ingesteld om de vernietiging of nietigheid te bewerkstelligen van de overgang van activa, rechten of passiva van een probleeminstelling aan een andere entiteit ingevolge de toepassing van een afwikkelingsinstrument of de uitoefening van een afwikkelingsbevoegdheid. In onderhavig artikel is dit verwoord door te bepalen dat rechtshandelingen ingevolge de toepassing van een afwikkelingsinstrument of de uitoefening van een afwikkelingsmaatregel. Een afwikkelingsmaatregel omvat immers zowel het toepassen van een afwikkelingsinstrument als het uitoefenen van een afwikkelingsbevoegdheid.

Uiteraard beoogt artikel 37, achtste lid, van de richtlijn ook te bepalen dat, wanneer geen faillissement volgt, de rechtshandelingen evenmin kunnen worden vernietigd met een beroep op het commune burgerlijke recht ingevolge artikel 3:45, derde lid, BW. Dit artikel is eveneens genoemd in dit artikel.

Artikel 3A:59

Met dit artikel wordt artikel 80 van de richtlijn geïmplementeerd. In de richtlijn is dit artikel opgenomen in de paragraaf «waarborgen». Zoals hieronder zal worden toegelicht, vallen onder die waarborgen ook voorschriften die bepalen waartoe een bepaald besluit kan strekken, terwijl artikel 80 van de richtlijn betrekking heeft op een gevolg dat vanzelf intreedt. Om die reden is artikel 80 geïmplementeerd in onderhavig artikel. Met dit artikel wordt een systeem dat door de Minister is aangewezen op grond van artikel 212d Fw beschermd tegen een overgang van een gedeelte van de activa en passiva. In tegenstelling tot de artikelen 77 tot en met 79 van de richtlijn verbiedt artikel 80 van de richtlijn niet een overgang van een gedeelte van de activa of passiva, maar schrijft slechts voor dat de toepassing van een afwikkelingsinstrument geen afbreuk mag doen aan het functioneren van een door de Minister aangewezen systeem. De tekst van artikel 80 van de richtlijn beperkt zich tot de overgang van de probleeminstelling aan een andere entiteit, terwijl artikel 76, eerste lid, onderdeel a, van de richtlijn daarnaast ook spreekt van een overgang van een gedeelte van de activa en passiva van een overbruggingsinstelling of entiteit voor activa- en passivabeheer aan een andere persoon. Er is geen reden waarom een systeem niet ook bij het laatste type overgang zou moeten worden beschermd.

Conform artikel 80 van de richtlijn is in dit artikel bepaald dat niet alleen aan het functioneren van een systeem geen afbreuk mag worden gedaan, maar evenmin aan de regels van dat systeem. Dit kan worden gezien als een uitzondering op 3A:6, derde lid: de toepassing van een afwikkelingsinstrument kan niet afwijken van de regels van een aangewezen systeem. Dit geldt ook voor het tweede lid: de toepassing van een afwikkelingsinstrument kan niet leiden tot onder andere de herroeping van een overboekingsopdracht.

Artikelen 3A:60 en 3A:61

Deze artikelen dienen in onderlinge samenhang te worden gelezen. Artikel 3A:60 bepaalt dat bepaalde rechten niet worden aangetast door een overgang van een gedeelte van de activa of passiva, noch door een wijziging van de rechten en verplichtingen uit hoofde van een overeenkomst, noch doordat de ontvanger in de plaats wordt gesteld van de entiteit in afwikkeling als partij bij een overeenkomst. Hiermee wordt artikel 76 van de richtlijn geïmplementeerd. In artikel 76, tweede lid, laatste alinea, wordt gezegd dat de artikelen 77 en volgende van de richtlijn worden gepreciseerd.

Met artikel 3A:61 worden de artikelen 77 tot en met 79 van de richtlijn geïmplementeerd. Een en ander komt erop neer dat in artikel 3A:60 de hoofdregel wordt gegeven en dat artikel 3A:61 deze nader uitwerkt door te bepalen dat een besluit van DNB niet strekt tot overgang van een gedeelte van de activa of passiva die onder bepaalde typen overeenkomst vallen. Zouden zich in de praktijk gevallen voordoen die niet onder artikel 3A:61 vallen, dan geldt dus nog steeds de hoofdregel van artikel 3A:60, namelijk dat bedoelde rechten niet mogen worden aangetast. Deze onderlinge samenhang heeft voorts als consequentie dat, indien niet in overeenstemming met artikel 3A:61 is gehandeld, moet worden teruggevallen op de hoofdregel van artikel 3A:60, dus dat strijd met artikel 3A:61 niet ertoe mag leiden dat bedoelde rechten worden aangetast. Aldus wordt aangesloten bij de systematiek van de richtlijn op dit punt.

Artikel 3A:60 biedt bescherming aan de bevoegdheden die voortvloeien uit, financiële zekerheidsvereenkomsten, gedekte obligaties («covered bonds»), gestructureerde financieringsregelingen, salderingsovereenkomsten, verrekeningsovereenkomsten en zekerheidsregelingen. Bescherming wordt geboden in de eerste plaats tegen besluiten tot overgang waarbij sommige, maar niet alle activa overgaan. Artikel 3A:60 is vergelijkbaar met artikel 3:159o, tweede en derde lid, van de Wft waarvan de invoering is voorgesteld bij het voorstel voor de Wijzigingswet financiële markten 2015.⁶⁷ Zie ook de memorie van toelichting met betrekking tot dat artikel.⁶⁸ Ter zijde wordt opgemerkt dat artikel 3:159o van de Wft op dit moment niet hoeft te worden aangepast; dat artikel blijft van toepassing op verzekeraars.

Door de praktijk wordt het gevaar gevoeld dat, wanneer een gedeelte van de activa of passiva wordt overgedragen, de overgang voor de wederpartij van de probleeminstelling ongunstig kan uitpakken. In het bijzonder wordt gevreesd dat daardoor verrekeningsbevoegdheden, en bevoegdheden uit zekerheidsregelingen, financiële zekerheidsvereenkomsten, saldering, covered bonds en gestructureerde financieringsregelingen worden doorkruist. Als voorbeeld kan worden genoemd de situatie waarin tussen de probleeminstelling en een wederpartij over en weer verplichtingen bestaan, zodat deze partij zowel schuldeiser als schuldenaar van de probleeminstelling is. Wanneer wel de vorderingen op de probleeminstelling zouden overgaan, maar niet de schulden aan de probleeminstelling, zou de situatie kunnen ontstaan dat de wederpartij wel aan de probleeminstelling dient te betalen, maar een vordering op de overnemer heeft gekregen. Of dan nog een beroep kan worden gedaan op verrekening is volgens sommigen onduidelijk. Dat zou ertoe kunnen leiden dat wederpartijen extra solvabiliteit moeten aanhouden. Wanneer zij dat doorberekenen aan Europese probleeminstellingen, zouden de fundingkosten van die Europese instellingen kunnen stijgen.

Artikel 3A:60 is ruimer dan artikel 3:159o van de Wft in de zin dat het ook bescherming biedt bij de vernietiging of wijziging van voorwaarden van een overeenkomst waarbij de probleeminstelling partij is, en het in het besluit om de ontvanger in de plaats te stellen van de entiteit in afwikkeling

Artikel 76, tweede lid, van de richtlijn schrijft voor de lidstaten zorgen voor een «adequate bescherming». Gekozen is ervoor in artikel 3A:60 aan te sluiten bij de formulering in artikel 3:159o van de Wft: bevoegdheden kunnen niet worden aangetast. In de artikelen 77 tot en met 80 wordt gepreciseerd wat deze adequate bescherming is, zoals in artikel 76, tweede lid, laatste alinea, van de richtlijn wordt aangekondigd. In navolging hiervan wordt in artikel 3A:61 een nadere invulling gegeven aan de adequate bescherming.

In artikel 76, derde lid, van de richtlijn is bepaald dat de bedoelde bescherming wordt gegeven ongeacht het aantal partijen bij de regelingen en ongeacht of de regelingen (a) bij overeenkomst, trust of andere middelen tot stand zijn gebracht, dan wel van rechtswege zijn ontstaan, en (b) ontstaan uit hoofde van, dan wel geheel of gedeeltelijk worden beheerst door het recht van een andere lidstaat. Het is niet nodig dat te bepalen. Ook zonder deze toevoeging in de wet geldt de bescherming.

⁶⁷ Kamerstukken II 2013/14, 33 918, nr. 2.

⁶⁸ Kamerstukken II 2013/14, 33 918, nr. 3, blz. 20–22.

Voor de goede orde wordt gewezen op de verhouding tussen artikel 3A:51, tweede lid, en artikel 3A:60. Artikel 3A:51, tweede lid, geeft DNB de bevoegdheid een overeenkomst te beëindigen of te wijzigen, en de ontvanger in de plaats te stellen van de entiteit in afwikkeling als partij bij een overeenkomst. Artikel 3A:60 begrenst deze bevoegdheid in die zin dat door een dergelijke beëindiging, wijziging of indeplaatsstelling niet kunnen worden aangetast bevoegdheden die voortvloeien uit financiële-zekerheidsovereenkomsten, gedekte obligaties, gestructureerde zekerheidsregelingen, salderingsovereenkomsten, verrekeningsovereenkomsten en zekerheidsregelingen. Bevoegdheden die uit andere overeenkomsten kunnen dus wel worden aangetast door een beëindiging, wijziging of indeplaatsstelling.

3A:61

Met dit artikel worden de artikelen 77 tot en met 79 van de richtlijn geïmplementeerd. Deze artikelen werken artikel 76 van de richtlijn nader uit met betrekking tot financiëlezekerheidsovereenkomsten, salderingsovereenkomsten en verrekeningsovereenkomsten, zekerheidsregelingen, gestructureerde financieringsregelingen en gedekte obligaties. Er is voor gekozen deze artikelen om te zetten door één artikel in Deel 3A op te nemen: artikel 3A:61.

Met het eerste lid, onderdeel a, wordt artikel 77 van de richtlijn geïmplementeerd. In dat artikel worden twee regels gegeven. In de eerste plaats wordt bepaald dat financiëlezekerheidsovereenkomsten tot overdracht, verrekeningsovereenkomsten en salderingsovereenkomsten moeten worden beschermd; dat staat ook al met zoveel woorden in artikel 76 van de richtlijn. Wat artikel 77 van de richtlijn daaraan toevoegt, is dat die bescherming eruit moet bestaan dat wordt voorkomen dat sommige, maar niet alle van de rechten en verplichtingen uit die overeenkomsten worden overgedragen. Dat is een verschil met artikel 3:159o, tweede en derde lid, dat is opgenomen in de Wft bij de Wijzigingswet financiële markten 2015. Daarin is bepaald dat de rechten uit bedoelde overeenkomsten door een overdracht niet worden aangetast. Artikel 3:159o, tweede en derde lid, laat dus de mogelijkheid van een gedeeltelijke overdracht open, maar laat niet toe dat een gedeeltelijke overdracht leidt tot aantasting van de rechten. Artikel 3A:61 laat de mogelijkheid van een gedeeltelijke overdracht van activa en passiva niet langer toe, althans voor zover zij, kort gezegd, vallen onder de genoemde overeenkomsten. Overwogen is of niet kan worden volstaan met te bepalen dat een financiëlezekerheidsovereenkomst tot overdracht, verrekeningsovereenkomst en salderingsovereenkomst slechts in hun geheel kunnen worden overgedragen. Deze formulering heeft de charme van de eenvoud, maar in een dergelijke tekst is onduidelijk of ook wordt voorkomen dat een gedeelte van de activa die worden bestreken door een raamovereenkomst wordt overgedragen. De regel dat het onmogelijk is slechts een gedeelte van de activa over te dragen komt overeen met de beleidsregel van 12 december van DNB, die is gepubliceerd in de Staatscourant van 20 december 2013, nr. 35928.

In de tweede plaats bepaalt artikel 77 van de richtlijn dat moet worden voorkomen dat rechten en verplichtingen die worden beschermd door een financiëlezekerheidsovereenkomst tot overdracht, salderingsovereenkomst en verrekeningsovereenkomst door de uitoefening van aanvullende bevoegdheden worden gewijzigd of beëindigd. Hierbij wordt bedoeld op de aanvullende bevoegdheid die de afwikkelingsautoriteit heeft op grond van artikel 3A:51, om bepalingen van een overeenkomst te doen vervallen of te wijzigen, en om de ontvanger in de plaats stellen van de entiteit in afwikkeling als partij bij een overeenkomst. Het is niet nodig deze bescherming te noemen in artikel 3A:61 omdat zij reeds is genoemd in

artikel 3A:60. Zoals gezegd beoogt artikel 77 van de richtlijn een uitwerking van artikel 76 van de richtlijn te geven. Niet goed valt evenwel in te zien hoe het tweede gedeelte van artikel 77, eerste lid, van de richtlijn een precisering vormt artikel 76 van de richtlijn. De bescherming tegen de beëindiging of wijziging is immers al geregeld in artikel 76, eerste lid, onderdeel b, van de richtlijn en behoeft dan ook geen aparte implementatie naast artikel 3A:60, aanhef en onderdeel b.

Met het tweede lid wordt 78 van de richtlijn geïmplementeerd. Artikel 78 van de richtlijn werkt artikel 76 van de richtlijn nader uit met betrekking tot zekerheidsregelingen. Kern van dit artikel is dat bij een overdracht datgene wat dient als zekerheid en de vordering waarvoor die zekerheid is gesteld «bij elkaar behoren te blijven». Het is dus niet toegestaan het ene wel over te dragen en het andere niet. In die zin vertoont dit lid verwantschap met het eerste lid. Overwogen is of artikel 78 van de richtlijn wel implementatie behoeft. In dit kader wordt het volgende opgemerkt. Artikel 78 van de richtlijn bepaalt, kort gezegd, dat de verplichting en het «voordeel van de zekerheid» slechts gezamenlijk kunnen worden overgedragen alsook dat, indien de activa waarop het zekerheidsrecht rust wordt overgedragen, ook de verplichting en «het voordeel van de zekerheid» moeten worden overgedragen. In de Engelse taalversie van de richtlijn wordt de term «benefit of the security» gebruikt. Hiermee wordt bedoeld op – in de terminologie van artikel 3:227, eerste lid, BW – de bevoegdheid om bij voorrang boven andere schuldeisers zich te verhalen op het goed waarop de zekerheid rust. Het begrip «benefit of the security» is evenwel ruimer dan het in artikel 3:227, eerste lid, BW bedoelde recht, want het niet is niet beperkt tot pand- of hypotheekrecht, en evenmin beperkt tot zekerheid ter voldoening van een geldsom. Naar Nederlands recht is dit geen recht dat afzonderlijk kan worden overgedragen. Naar Nederlands recht brengt het beginsel van zaaksgevolg bovendien met zich mee dat het zakelijke zekerheidsrecht kan worden uitgeoefend tegen een ieder in wiens macht of eigendom het goed zich bevindt, ook wanneer die andere persoon diegene is aan wie het goed is overgedragen en niet de oorspronkelijke schuldenaar is. Mogelijke twijfel zou kunnen bestaan in het omgekeerde geval, dus wanneer wel een vordering op de entiteit wordt overgedragen aan een derde, maar niet het goed waarop het zekerheidsrecht is gevestigd. In dit verband is in de memorie van toelichting met betrekking tot artikel 159o, tweede lid, destijds opgemerkt dat in de praktijk het voorkomt dat zekerheid wordt verschaft door middel van een separate overeenkomst.⁶⁹ Gedacht kan worden aan de situatie waarin door bank A of een third party security provider ten behoeve van een andere bank B door middel van een separate pandakte of een separate financiëlezekerheidsovereenkomst tot verpanding zekerheid is verschaft op aan bank A of aan de third party security provider toebehorende goederen en dat, ingeval van een afwikkeling van bank A, alle uit de raamovereenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen in hun geheel wordt overgedragen aan een derde. Het gevolg van een dergelijke overdracht is dat de schuld van bank A (de verzekerde vordering bezien vanuit het perspectief van bank B) overgaat op de derde. Wanneer evenwel de verbonden goederen aan bank A of aan de third party security provider blijven toebehoren, is volgens de praktijk onduidelijk of bank B dan haar pandrecht kan uitoefenen: zij heeft immers niet langer een vordering op bank A (maar op de derde), terwijl de verbonden goederen nog steeds aan de derde of in het geval van een third party security provider, aan deze toebehoren. De praktijk koestert twijfel dienaangaande, ook al zijn er goede gronden om aan te nemen dat bank B in het bovengenoemde voorbeeld zijn pandrecht kan uitoefenen ten gevolge van de in artikel 3:80 BW neergelegde regel dat de overdracht tot gevolg heeft dat

⁶⁹ Kamerstukken II 2013/14, 33 918, nr. 3, blz. 20–22

de goederen onder algemene titel overgaan en dat artikel 6:142 BW bepaalt dat bij overgang van een vordering op de nieuwe schuldeiser deze de daarbij behorende nevenrechten verkrijgt. Voor het Nederlandse recht is het niet nodig in artikel 3A:61 hiervoor een aparte regel op te nemen; de bescherming volgt immers reeds uit artikel 3A:60.

Toch is ervoor gekozen artikel 78 van de richtlijn te implementeren in artikel 3A:61, omdat het niet voor onmogelijk moet worden gehouden dat een overdracht door DNB mede betrekking heeft op goederen en zekerheidsrechten die worden beheerst door een ander dan Nederlands recht, op grond waarvan het «voordeel van de zekerheid» zonder aparte bepaling niet zou worden mee-overgedragen. Voor dat geval is het gewenst het tweede lid op te nemen. Uit het voorgaande blijkt dat met de regel dat het «voordeel van de zekerheid» moet worden mee-overgedragen wordt bedoeld dat, indien bijvoorbeeld een vordering op de entiteit in afwikkeling wordt overgedragen aan een derde, de schuldenaar het «voordeel van de zekerheid» ook kan uitoefenen jegens de overnemer. Strikt genomen wordt dus niet zozeer bedoeld dat het «voordeel van de zekerheid» wordt overgedragen – het blijft immers bij de schuldeiser – als wel dat dat voordeel ook tegen de overnemer kan worden ingeroepen.

Het tweede lid is overgenomen uit artikel 3:159o, tweede lid.

Met het derde lid wordt artikel 79 van de richtlijn geïmplementeerd. Hierin wordt bepaald dat activa en passiva die een gestructureerde financieringsregelingen, »met inbegrip van gedekte obligaties«, of een onderdeel daarvan vormen slechts gezamenlijk worden overgedragen. In artikel 76, tweede lid, van de richtlijn worden gedekte obligaties (onderdeel d) en gestructureerde financieringsregelingen (onderdeel f) als twee aparte instrumenten genoemd, terwijl in artikel 79, eerste lid, aanhef, gedekte obligaties worden genoemd als een species van het genus gestructureerde financieringsregelingen. Teneinde verwarring op dit punt te vermijden, zijn in artikel 3A:61, derde lid, enerzijds gedekte obligaties en anderzijds gestructureerde financieringsregelingen als twee aparte instrumenten genoemd. Voorts wordt erop gewezen dat artikel 79, eerste lid, aanhef, van de richtlijn, zegt dat onder een gestructureerde financieringsregeling ook valt een regeling als bedoeld in artikel 76, tweede lid, onderdeel f, van de richtlijn. Dat onderdeel verwijst evenwel ook naar gestructureerde financieringsregelingen. Bedoeld zal zijn buiten twijfel te stellen dat ook, kort gezegd, securitisaties en instrumenten voor hedgingsdoeleinden onder het in artikel 79, eerste lid, van de richtlijn bedoelde begrip «gestructureerde financieringsregelingen» vallen. In dit verband wordt erop gewezen dat in artikel 3A:1 een definitie van «gestructureerde financieringsregeling» is opgenomen, waarbij wordt aangesloten bij artikel 76, tweede lid, onderdeel f, van de richtlijn.

De tekst van artikel 79, eerste lid, onderdeel a, van de richtlijn is beperkt tot regelingen «waarvan een van de partijen de instelling in afwikkeling is». Het is niet nodig deze zinsnede te implementeren: deze beperking is reeds opgenomen in artikel 3A:59. Een dergelijke zinsnede komt evenmin voor in de artikelen 76 tot en met 78 van de richtlijn.

Overwogen is of het eerste, tweede en derde lid en in het bijzonder het eerste en derde lid, niet kunnen worden samengevoegd. Daarvan is afgezien. Onbedoeld zou dan de suggestie kunnen worden gewekt dat enerzijds activa en passiva die onder bijvoorbeeld een financiële zekerheidsovereenkomst vallen en andere activa en passiva die bijvoorbeeld een gestructureerde financieringsregeling vormen, slechts gezamenlijk kunnen worden overgedragen.

Met het vijfde lid worden de artikelen 77, tweede lid, 78, tweede lid en 79, tweede lid, van de richtlijn geïmplementeerd. De formulering van artikel 3A:60, derde lid, is bondiger dan de bedoelde bepalingen in de richtlijn, maar de bedoeling is vanzelfsprekend dezelfde, namelijk dat een besluit van de afwikkelingsautoriteit, indien dat nodig is om de beschikbaarheid van gegarandeerde deposito's zeker te stellen (a) kan strekken tot overgang van gegarandeerde deposito's die vallen onder een financiële zekerheidsovereenkomst, salderingsovereenkomst, verrekeningsovereenkomst, zekerheidsregeling, gestructureerde financieringsregeling of gedekte obligaties zonder te strekken tot overgang van andere activa en passiva die onder dezelfde overeenkomst, zekerheidsregeling onderscheidenlijk gestructureerde financieringsregeling of gedekte obligaties vallen, en (b) «andersom», dus dat het besluit kan strekken tot overgang van activa en passiva die onder die overeenkomsten, regelingen of gedekte obligaties vallen kan overdragen zonder te strekken tot overgang van gegarandeerde deposito's die onder dezelfde overeenkomsten, regelingen of gedekte obligaties vallen.

Hierboven is al ingegaan op de vraag wat het gevolg is ingeval gekoppelde activa en passiva, in weerwil van de eerste drie leden, toch niet gezamenlijk zijn overgegaan. In dat geval moet worden teruggevallen op de hoofdregel in artikel 3A:60. Een en ander komt erop neer dat, alhoewel de overgang in deze vorm niet had mogen geschieden, deze toch niet nietig of vernietigbaar is – hetgeen uitdrukkelijk is bepaald – maar dat bedoelde bevoegdheden niet worden aangetast. Het gevolg daarvan is dat de verrekeningsbevoegdheden kunnen worden uitgeoefend. Iets dergelijks geldt ook met betrekking tot een beëindiging of wijziging van rechten en verplichtingen. De beëindiging en wijziging zijn niet nietig, maar hebben niet tot gevolg dat bedoelde rechten en verplichtingen worden aangetast. Dat is bepaald in het zesde lid. Voor zover de beëindiging en wijziging ook op andere rechten en verplichtingen dan die, bedoeld in het eerste lid, betrekking hebben, hebben de beëindiging en wijziging wel gevolg. Of de koper van een actief die wordt geconfronteerd met een geslaagd beroep op bijvoorbeeld verrekening wordt gecompenseerd, hangt af van de omstandigheden van het geval en moet worden beoordeeld aan de hand van het commune burgerlijke recht. Daarbij wordt opgemerkt dat de rechtshandeling in ieder geval niet kunnen worden vernietigd op grond van de actio pauliana: zie artikel 3A:58.

Artikel 3A:62

Met dit artikel wordt artikel 37, zevende lid, van de richtlijn geïmplementeerd. Dat artikel bepaalt hoe DNB de uitgaven, gemaakt ten behoeve van afwikkeling, vergoed kan krijgen. Het artikel bepaalt niet of één van de drie genoemde methoden waarop de kosten in rekening worden gebracht, moet worden toegepast voordat een andere methode wordt toegepast. Het moet daarom ervoor worden gehouden dat het de afwikkelingsautoriteit een discretionaire bevoegdheid heeft om te bepalen op welke wijze zij de kosten in rekening brengen. Voor zover het banken en beleggingsondernemingen betreft, komt het eerste lid in de plaats voor artikel 3:159ad, negende lid, van de Wft. Daarin is bepaald dat de kosten in verband met het overdrachtsplan voor rekening komen van de probleeminstelling, tenzij het overdrachtsplan anders bepaalt. Artikel 37, zevende lid, van de richtlijn bepaalt met betrekking tot de methoden b en c dat de afwikkelingsautoriteit preferente crediteur zijn, zonder dat deze preferentie wordt gepreciseerd. Het is aan de lidstaten overgelaten te bepalen welke preferentie aan de desbetreffende vorderingen wordt toegekend. Er is voor gekozen aan te sluiten bij de bevoorrechtiging van vorderingen die is geregeld in artikel 288 van Boek 3 BW. Dit is geregeld in het tweede lid.

Artikel 3A:63

Het kan in het kader van de afwikkeling van een entiteit noodzakelijk zijn persoonsgegevens te verwerken. Zo kan het noodzakelijk zijn in het kader van de omzetting van kapitaalinstrumenten de rechthebbenden op nieuw uit te geven eigendomsinstrumenten te identificeren. Ook kan het bijvoorbeeld dienstig zijn voor de uitkering van de compensatie als gevolg van een inbreuk op het NCWO-beginsel als crediteuren die een beroep kunnen doen op een dergelijke compensatie, een claim door middel van het gebruik van DIGID aan DNB kenbaar kunnen maken. Bij de enigszins vergelijkbare uitkeringen uit hoofde van depositogarantiestelsel is dit van waarde gebleken. Over de verwerking van persoonsgegevens zullen bij algemene maatregel van bestuur nadere voorschriften worden opgenomen, mede ten aanzien van de vereiste waarborgen en de doelbinding.

Artikelen 3A:64 tot en met 3A:67

Deze artikelen in afdeling 3A.3.6 zien op de wijze waarop de rechtsbescherming is ingericht. Zie voor een verdere toelichting inzake de rechtsbescherming in het algemeen deel van deze toelichting.

Artikel 3A:68

Voor een toelichting op dit artikel de instelling en het beheer van het afwikkelingsfonds wordt verwezen naar het algemeen deel van deze toelichting.

Artikel 3A:69

Dit artikel strekt tot implementatie van de artikelen 101, 103, vijfde lid en 107, eerste en zesde lid van de richtlijn. Hierin wordt bepaald voor welke doeleinden DNB de financiële middelen die door het afwikkelingsfonds beschikbaar worden gesteld mag inzetten. De bepaling is uitdrukkelijk beoogd uitputtend te zijn, het afwikkelingsfonds mag niet voor andere doeleinden dan hier genoemd, worden ingezet.

Het eerste lid, onderdeel a, verwijst naar artikel 101 van de richtlijn. In die bepaling worden de volgende doelen genoemd:

- om activa of verplichtingen van de instelling in afwikkeling, haar dochterondernemingen, een overbruggingsinstelling of een vehikel voor activabeheer te garanderen;
- voor het verstrekken van leningen aan de instelling in afwikkeling, haar dochterondernemingen, een overbruggingsinstelling of een vehikel voor activabeheer;
- voor de aankoop van activa van de instelling in afwikkeling;
- om bij te dragen aan een overbruggingsinstelling en een vehikel voor activabeheer;
- voor het compenseren van aandeelhouders en schuldeisers;
- om een bijdrage te leveren aan de instelling in afwikkeling in plaats van het afschrijven of omzetten van passiva van bepaalde schuldeisers wanneer bail-in wordt toegepast en de afwikkelingsautoriteit besluit bepaalde schuldeisers uit te sluiten van het toepassingsgebied van het instrument van bail-in; en,
- om overeenkomstig artikel 106 van de richtlijn op vrijwillige basis te lenen aan andere financieringsregelingen;

Het eerste lid, onderdeel b, bepaalt dat de middelen uit het afwikkelingsfonds tevens kunnen worden ingezet in het kader van de financiering van een groepsafwikkeling. Artikel 3A:75 bevat in dat verband een nadere regeling.

Artikel 3A:70

Artikel 101, tweede lid, van de richtlijn en 76, tweede lid, van de verordening bepaalt onder welke voorwaarden, ondanks het verbod op herkapitalisatie uit het fonds, niettemin een bijdrage kan worden geleverd aan de entiteit in afwikkeling. Hiervan kan alleen sprake zijn indien is voldaan aan de voorwaarden in artikel 44, vierde tot en met achtste lid, van de richtlijn respectievelijk artikel 27 van de verordening. Zo moet de afwikkelingsautoriteit hebben bepaald dat bij toepassing van het instrument van bail-in bepaalde passiva niet aan bail-in zullen worden onderworpen. Uit het fonds kan dan, in zekere zin ter vervanging van deze bail-in, een bijdrage worden geleverd teneinde verliezen van de entiteit te dekken of deze te herkapitaliseren. Voordat het fonds kan worden aangesproken om te compenseren voor het uitsluiten door de afwikkelingsautoriteit van bepaalde passiva van bail-in dienen houders van kapitaalinstrumenten en schuldeisers verliezen te hebben genomen met een waarde van ten minste 8 procent van de passiva van de onderneming, dan wel 20 procent van de naar risico gewogen activa van de onderneming. De bijdrage van het fonds kan op dat moment niet meer bedragen dan 5 procent van de totale activa, met inbegrip van eigen vermogen, van de entiteit. Pas wanneer vervolgens alle niet-preferente passiva, met uitzondering van in aanmerking komende deposito's, volledig zijn afgeschreven kan opnieuw een beroep worden gedaan op middelen uit het fonds.

Artikelen 3A:71 en 3A:72

Het nationale afwikkelingsfonds wordt in eerste instantie gevuld met vooraf te heffen bijdragen van banken en beleggingsondernemingen. Zie de toelichting bij het overgangsrecht dat is opgenomen in artikel VII.

Bij algemene maatregel van bestuur zal worden bepaald op welke wijze de bijdrage van een individuele onderneming zal worden vastgesteld. De richtlijn bepaalt dat de individuele bijdrage van een onderneming wordt gebaseerd op de verhouding tussen het bedrag van haar passiva onder aftrek van het eigen vermogen en minus gegarandeerde deposito's en het totaalbedrag van de passiva onder aftrek van het eigen vermogen en minus gegarandeerde deposito's van alle banken en beleggingsondernemingen. Vervolgens wordt het tarief aangepast aan het risicoprofiel van de onderneming. De wijze waarop de berekening precies dient plaats te vinden, alsook het feit dat voor kleine ondernemingen kan worden voorzien in betaling van een *lump sum*, is geregeld in de gedelegeerde verordening waarnaar in het algemeen deel reeds is verwezen.

In de algemene maatregel van bestuur zal tevens worden bepaald dat voor een deel van de ex ante bijdrage (ten hoogste een derde) gebruik kan worden gemaakt van niet-herroepbare betalingstoezeggingen. Hierbij gelden wel als voorwaarden dat deze betalingstoezeggingen volledig zijn gedekt door zekerheden of activa met een laag risico die niet met rechten van derden zijn bezwaard, dat daarover vrij kan worden beschikt en dat daarvan uitsluitend gebruik kan worden gemaakt ten behoeve van het afwikkelingsfonds.

In het geval een beroep moet worden gedaan op het afwikkelingsfonds en de financiële middelen van het fonds ontoereikend zijn zullen ex post bijdragen kunnen worden geheven om alsnog over de benodigde middelen te kunnen beschikken. De benodigde ex post bijdragen kunnen in beginsel onmiddellijk worden geheven zodra een beroep op het fonds wordt gedaan en uit de waardering blijkt dat er onvoldoende middelen beschikbaar zijn. In de situatie dat de achteraf te betalen bijdragen niet onmiddellijk beschikbaar zijn, kan met gebruikmaking van de mogelijkheden van artikel 3A:74 eerst via andere weg, bijvoorbeeld door middel van een lening van een financieringsregeling in een andere lidstaat, in de benodigde middelen worden voorzien waarna alsnog de ex post bijdragen worden geheven.

De hoogte van de ex post bijdragen zal op dezelfde wijze worden berekend als de ex ante bijdragen met dien verstande dat uiteraard geen gebruik kan worden gemaakt van de onherroepelijke betalingstoezeggingen. Bij algemene maatregel van bestuur zal ter implementatie van artikel 104, zesde lid, van de richtlijn nog worden bepaald dat een ex post bijdrage nooit meer kan bedragen dan 3 maal de jaarlijkse ex ante bijdrage. In die algemene maatregel van bestuur wordt voorts bepaald dat DNB de betaling ex post bijdrage geheel of gedeeltelijk opschorten als door de heffing de liquiditeit of de solvabiliteit van de onderneming zou worden bedreigd. De opgeschorte bijdragen worden betaald op het moment dat de betaling niet langer de liquiditeit of solvabiliteit van de onderneming bedreigt.

Artikel 3A:73

Deze bepaling strekt tot implementatie van artikel 103, zesde lid, van de richtlijn. Kort gezegd wordt hierin bepaald dat baten die zijn behaald bij de afwikkeling van een entiteit toekomen aan het afwikkelingsfonds. In geval van overgang (aan een overnemer, een overbruggingsinstelling of entiteit voor activabeheer) zullen in eerste instantie de oorspronkelijke eigenaren worden voldaan. Vervolgens zullen redelijke kosten op grond van artikel 3A:62 door DNB als afwikkelingsautoriteit in rekening kunnen worden gebracht bij de entiteit in afwikkeling, of de baten die volgen uit toepassing van de instrumenten. Resteren dan nog middelen dan komen die toe aan het afwikkelingsfonds.

Artikel 3A:74

In deze bepaling wordt een regeling getroffen voor het geval het afwikkelingsfonds voor een benodigde bijdrage over onvoldoende (vooraf bijeen gebrachte) middelen beschikt en de ex post bijdragen niet tijdig beschikbaar zijn. Op grond van het eerste lid, onderdeel a, kan het afwikkelingsfonds, kort gezegd, geld lenen van derden. Op grond onderdeel b kan het afwikkelingsfonds een lening aangaan bij financieringsregelingen van andere lidstaten. Het fonds dient daartoe een verzoek in op grond waarvan de financieringsregelingen elk afzonderlijk kunnen bepalen een dergelijke overeenkomst aan te gaan. Er bestaat dus op grond van de richtlijn geen verplichting om een dergelijke lening aan te gaan.

Artikel 106, vierde lid, van de richtlijn schrijft voor dat de voorwaarden waaronder de lening wordt aangegaan (waaronder de rentevoet, aflossingsperiode en dergelijke) in onderling overleg tussen de deelnemende regelingen overeen worden gekomen, en in beginsel voor alle deelnemende regelingen gelijk zijn. Met andere woorden het afwikkelingsfonds met drie financieringsregelingen een overeenkomst sluit zijn de voorwaarden van die overeenkomsten in beginsel identiek, slechts met

instemming van alle deelnemende partijen kan van dit uitgangspunt worden afgeweken.

Spiegelbeeldig bepaalt het tweede lid dat het afwikkelingsfonds, indien daartoe een verzoek wordt gedaan, financiële middelen kan uitlenen aan een financieringsregeling uit een andere lidstaat. Ten aanzien van de voorwaarden waaronder een dergelijke lening wordt aangegaan geldt hetgeen hierboven reeds is opgemerkt. Een besluit om middelen uit het afwikkelingsfonds uit te lenen wordt ingevolge het derde lid genomen in overeenstemming met de Minister van Financiën.

Artikel 3A:75

Deze bepaling ziet op de situatie dat een grensoverschrijdende groep moet worden afgewikkeld en aan die afwikkeling door de financieringsregelingen in de verschillende lidstaten, waaronder het Nederlandse afwikkelingsfonds, dient te worden bijgedragen.

In het geval een groep dient te worden afgewikkeld dient op grond van artikel 107 van de richtlijn door de groepsafwikkelingsautoriteit een financieringsplan te worden opgesteld. Het groepsfinancieringsplan omvat een waardering ten aanzien van de betrokken groepsentiteiten, de verliezen die elke getroffen groepsentiteit moet onderkennen op het moment dat de afwikkelingsinstrumenten worden benut; voor elke getroffen groepsentiteit, de verliezen die elke categorie van aandeelhouders en schuldeisers zou lijden; elke bijdrage die depositogarantiestelsels moeten leveren; en de totale bijdrage door regelingen voor afwikkelingsfinanciering en het doel en de vorm van de bijdrage.

In het groepsfinancieringsplan wordt onder meer de bijdrage van de verschillende individuele financieringsregelingen, waaronder het afwikkelingsfonds, opgenomen. De verdeelsleutel wordt ingevolge artikel 107, vijfde lid, van de richtlijn gebaseerd op:

- a. de omvang van de risicogewogen activa van de groep aangehouden door de instellingen, die gevestigd zijn in de lidstaat;
- b. de omvang van de activa van de groep aangehouden door de instellingen die gevestigd zijn in de lidstaat;
- c. de omvang van de verliezen die geleid hebben tot de noodzaak van een groepsafwikkeling die haar oorsprong vindt in groepsentiteiten onder toezicht van de toezichthouder in de lidstaat; en
- d. de omvang van de middelen van de financieringsregeling van de groep die in het kader van het financieringsplan naar verwachting rechtstreeks gebruikt zullen worden voor groepsentiteiten die gevestigd zijn in de lidstaat.

Indien de middelen van de groepsfinancieringsregeling ontoereikend zijn kunnen ook voor de groepsafwikkeling leningen worden betrokken bij derden. Dit wordt geregeld in het vierde lid. Ten aanzien van deze leningen geldt voorts dat de deelnemende financieringsregelingen voor deze leningen ten behoeve van de groepsfinancieringsregeling garant staan. Dit wordt geregeld in het vijfde lid.

Artikel 3A:76

DNB is ingevolge de artikelen 67, 70 en 71 van de verordening verantwoordelijk voor de inning van de (ex ante en ex post) bijdragen van banken en beleggingsondernemingen die onder de werking van de verordening vallen, aan het gemeenschappelijk afwikkelingsfonds. De hoogte van die bijdragen wordt door de Afwikkelingsraad vastgesteld.

DNB zal de aldus geïnde bedragen afdragen aan het gemeenschappelijk afwikkelingsfonds.

RR

Voor een toelichting op dit onderdeel wordt verwezen naar de toelichting op artikel 1:76b.

SS

De voorgestelde wijziging biedt DNB de mogelijkheid om bij overtreding van de genoemde artikelen handhavend op te treden door middel van het opleggen van een last onder dwangsom of een boete. Hiermee wordt voldaan aan artikel 110 en 111 van de richtlijn.

Artikel 110 bepaalt dat doeltreffende, evenredige en afschrikwekkende sancties en maatregelen moeten staan op overtreding van de in de richtlijn gegeven voorschriften. Van een aantal specifieke voorschriften wordt in artikel 111 vervolgens bepaald wat deze sancties minimaal moeten inhouden. Voorschriften die in artikel 111 worden genoemd zijn bijvoorbeeld het opstellen van een herstelplan, het melden van het voornemen om financiële steun te gaan verlenen, het verstrekken van de informatie die nodig is voor het opstellen van een afwikkelingsplan en het melden van een falen of waarschijnlijk falen. Op overtreding van deze voorschriften dient onder meer een boete te staan van € 5 miljoen voor natuurlijke personen en 10% van de netto jaaromzet in het voorgaande jaar voor rechtspersonen. Om aan deze eisen te voldoen zullen de artikelen waarin deze voorschriften zijn opgenomen, beboetbaar worden gesteld door plaatsing in de bijlage bij artikel 1:80 van de Wft. Vervolgens zullen zij in het Besluit boetes financiële sector beboetbaar worden gesteld met een boete van categorie 3, zodat op grond van artikel 1:81, derde lid, van de Wft de maximumboete geldt die in de richtlijn wordt voorgeschreven.

In aanvulling op de voorschriften waarvoor een boete(maximum) door de richtlijn is voorgeschreven, wordt de lijst in de bijlage bij artikel 1:80 van de Wft aangevuld met een aantal bepalingen die zien op het verlenen van medewerking aan DNB, het aanhouden van een minimum aan eigen vermogen en het opstellen en overleggen van een bedrijfssaneringsplan. Hiermee wordt voor de nieuwe bepalingen aangesloten bij het bestaande boeteregime in de Wft en wordt voldaan aan het vereiste van de richtlijn dat de toezichthouder passende sancties kan opleggen.

Het is wenselijk om bij overtredingen die met een boete zijn bedreigd ook een last onder dwangsom op te kunnen leggen, zodat overtredingen verder voorkomen kunnen worden. Deze mogelijkheid wordt in het leven geroepen door de beboetbare artikelen op te nemen in de lijst die hoort bij artikel 1:79 van de Wft.

ARTIKEL II. Wijziging van de Bankwet 1998

A

In artikel 1 van de Bankwet 1998 wordt aan de opsomming van begrippen de verordening toegevoegd.

B

In artikel 4, eerste lid, van de Bankwet 1998 staan de taken van DNB omschreven. Daaraan wordt door middel van onderdeel e het uitoefenen van afwikkelingstaken met betrekking tot banken en beleggingsondernemingen toegevoegd. Volledigheidshalve wordt opgemerkt dat het hierbij gaat om zowel het afwikkelen van banken en beleggingsondernemingen als het voorbereiden van die afwikkeling. Voor de formulering is aangesloten bij de andere onderdelen van het eerste lid. Om deze afwikkelingstaak te kunnen uitoefenen beschikt DNB over de verschillende afwikkelingsinstrumenten en -bevoegdheden. Deze instrumenten en bevoegdheden vloeien voort uit de verordening en uit de richtlijn zoals deze is geïmplementeerd in de Wft.

C

Zoals in paragraaf 4, onderdeel b, van het algemeen deel van deze toelichting reeds is uiteengezet acht de regering het van groot belang dat bij de afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen het beroep op publieke middelen tot een minimum wordt beperkt. Om het belang hiervan te onderstrepen wordt in het voorgestelde artikel 4a uitdrukkelijk tot uitdrukking gebracht dat DNB bij uitvoering van haar taak als uitgangspunt moet nemen dat een beroep op publieke middelen in beginsel wordt vermeden en dat, indien een beroep op publieke middelen met het oog op de afwikkelingsdoelstellingen bedoeld in artikel 14⁷⁰ van de verordening onvermijdelijk is, dat beroep tot een minimum moet worden beperkt.

D

Door middel van de Wijzigingswet financiële markten 2014 is artikel 4 van de Bankwet gewijzigd. Bij die gelegenheid is de verwijzing naar dat artikel in artikel 12a van de Bankwet ten onrechte niet aangepast. Door middel van de onderhavige wijziging wordt dit alsnog gedaan.

E

Artikel 12b regelt dat de nieuwe afwikkelingstaak wordt belegd bij een van de directeurs van DNB. Het is van belang dat de afwikkelingstaak voldoende onafhankelijk wordt gepositioneerd ten opzichte van andere taken van DNB.⁷¹ Met het oog daarop wordt in het eerste lid bepaald dat een aantal taken niet mag worden gecombineerd met de afwikkelingstaak, vanwege mogelijke conflicterende belangen. De directeur afwikkeling kan aldus binnen het bestuur niet tevens eerstverantwoordelijk zijn voor het

⁷⁰ Afwikkelingsdoelstellingen (artikel 14 van de verordening):

- i) de continuïteit van kritieke functies garanderen;
- ii) significante nadelige gevolgen voor de financiële stabiliteit vermijden, met name door besmetting, onder meer van de marktinfrastructuur, te voorkomen en door de marktdiscipline te handhaven;
- iii) overheidsmiddelen beschermen door het beroep op buitengewone openbare financiële steun zoveel mogelijk te beperken;
- iv) beschermen van deposanten en van beleggers; en
- v) de gelden en activa van cliënten beschermen.

⁷¹ De richtlijn vereist in artikel 3, derde lid, dat passende structurele regelingen worden getroffen om operationele onafhankelijkheid te garanderen en belangenconflicten te voorkomen tussen de toezichtfuncties of van de andere functies van de betrokken autoriteit en de functies van afwikkelingsautoriteiten op grond van deze richtlijn, onverminderd de verplichtingen inzake informatie-uitwisseling en samenwerking. De lidstaten dragen er met name zorg voor dat er binnen de bevoegde autoriteiten, nationale centrale banken, bevoegde ministeries of andere autoriteiten een operationele onafhankelijkheid bestaat tussen de afwikkelingsfunctie en de toezicht- of andere functies van de betrokken autoriteit.

toezicht op banken, de financiële stabiliteitstaak of de monetaire taak van DNB. Het feit dat de afwikkelingstaak wordt belegd bij een van de directeurs van DNB doet overigens niet af aan de collectieve verantwoordelijkheid van de directie voor besluiten in het kader van die taak. Met de bewoording «belast met de uitoefening» wordt tot uitdrukking gebracht dat, onverminderd de collectieve verantwoordelijkheid van de directie, de directeur afwikkeling de uitoefening van die taak tot zijn bijzondere verantwoordelijkheid moet rekenen. Vervolgens is de onafhankelijke positionering van de afwikkelingstaak verder gewaarborgd door de invoering van een bijzondere stemverhouding voor de besluitvorming in de directie.

Op grond van het tweede lid geldt dat de stem van de directeur afwikkeling bij de meerderheid van de besluiten in het kader van de afwikkelingstaak een gewicht heeft dat gelijk is aan de stemmen van de overige leden van de directie tezamen. In het geval dat de stemmen staken, heeft de directeur afwikkeling vervolgens bij die besluiten doorzettingmacht, doordat hij de beslissende stem kan uitbrengen.

Een aantal besluiten wordt door middel van het derde lid van de bijzondere stemverhouding uitgezonderd. Het betreft zeven besluiten in de «planningsfase». Voor deze besluiten, die betrekking hebben op een in beginsel gezonde, in een normaal regime functionerende, onderneming, geldt dat de volwaardige inbreng van de andere disciplines binnen DNB, en dan met name de toezichthoudende functie, van belang wordt geacht. Tegelijkertijd wordt een tweetal besluiten uit de planningsfase wel aan de doorzettingmacht van de directeur afwikkeling onderworpen. Het gaat dan om de besluiten ingevolge artikel 3A:13 van de Wft (het wegnemen van procedurele belemmeringen voor bail-in) en besluiten ingevolge de artikelen 3A:14 tot en met 3A:16 van de Wft en artikel 12 van de verordening (de vaststelling van de minimum hoeveelheid bail-inbaar kapitaal die een onderneming moet aanhouden). Deze besluiten raken rechtstreeks aan de mogelijkheid om het instrument van bail-in te kunnen toepassen. Bij dergelijke besluiten dient het belang van de afwikkelingstaak te prevaleren.

De bijzondere stemverhouding op grond van dit artikel laat onverlet dat alle besluiten formeel worden genomen door de directie van DNB als college. Voor de volledigheid wordt opgemerkt dat als uitgangspunt zal blijven gelden dat besluitvorming in de directie van DNB in goed overleg en bij acclamatie plaatsvindt. De doorzettingmacht voor de directeur afwikkeling komt slechts aan de orde in die uitzonderlijke gevallen waarin geen overeenstemming kan worden bereikt en het belang van de afwikkelingstaak dient te prevaleren. Deze regeling waarborgt dat aan de kennis en expertise van andere disciplines binnen DNB recht wordt gedaan, zonder afbreuk te doen aan de onafhankelijke positionering van de afwikkelingsfunctie zoals door de richtlijn wordt vereist.

ARTIKEL III. Wijziging van de Wet bekostiging financieel toezicht

A en B

Door middel van de wijziging van de artikelen 1 en 1a wordt aangesloten bij de voorgestelde gewijzigde redactie van de definitie van toezichthouder in artikel 1:1 van de Wft en wordt verduidelijkt dat ook de taken van DNB in het kader van de afwikkeling hieronder vallen.

C en D

Artikel 2 van de Wbft regelt de inrichting van de begroting van de toezichthouder. De inrichting dient zodanig te zijn dat duidelijk is hoe de begrote toezichtkosten worden toegerekend aan de te onderscheiden toezichtcategorieën. Deze toezichtcategorieën zijn opgenomen in de bijlagen II en III van de wet.

De instellingen waarop de verordening en Deel 3A van de Wft van toepassing zijn, worden opgenomen in een nieuwe bijlage IV. Zowel artikel 2 als artikel 7, waarin bepalingen zijn opgenomen die van belang zijn voor de door DNB op te stellen ZBO-verantwoording, dienen te verwijzen naar de nieuwe bijlage IV. Bij de doorberekening van toezichtkosten aan de in bijlage IV opgenomen instellingen is een onderscheid aan te brengen naar enerzijds kosten die verband houden met het voorbereiden van de afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen en anderzijds, in een voorkomend geval althans, met de kosten van een afwikkeling (zie hierna). De kosten die gepaard gaan met een eventuele afwikkeling zijn op voorhand niet te begroten.

In artikel 7 is tevens vastgelegd hoe de niet aan de Staat af te dragen opbrengsten uit dwangsommen of bestuurlijke boetes worden toegerekend aan de toezichtcategorieën van DNB. Deze categorieën zijn opgenomen in de bijlagen II, III en IV van de Wbft. Omdat het bij de bijlagen om te onderscheiden taken van DNB gaat, stelt DNB jaarlijks per bijlage vast voor welk totaalbedrag de daarin opgenomen categorieën hebben bijgedragen aan de hier bedoelde opbrengsten. Naar rato van die drie totaalbedragen wordt het voor alle toezichtcategorieën bestemde bedrag aan boeteopbrengsten van maximaal € 2,5 mln. aan de categorieën van de genoemde drie bijlagen toegerekend.

E en F

Op grond van artikel 11 van de Wbft kan de toezichthouder kosten in rekening brengen bij onder toezicht staande instellingen. Het gaat daarbij om kosten van eenmalige toezichthandelingen alsmede om kosten van het doorlopend toezicht. De kosten van eenmalige toezichthandelingen zijn vastgelegd in bijlage I van de Wbft.

De berekeningswijze van het bedrag dat een onder toezicht staande instelling in rekening wordt gebracht voor het doorlopend toezicht blijkt uit artikel 11 en 13. De artikelen 11 en 13 van de Wbft dienen eveneens te verwijzen naar bijlage IV. Tevens moet uit artikel 13 blijken welke kosten kunnen worden toegerekend aan de in bijlage IV opgenomen toezichtcategorie. Daartoe dienen de nieuwe leden 5 en 6. Het vijfde lid betreft de jaarlijks in rekening te brengen kosten waarbij de berekeningswijze overeenkomt met die voor de toerekening van kosten aan de instellingen die zijn opgenomen in de bijlage II en III.

In het zesde lid is vastgelegd dat de kosten die verband houden met het afwikkelen van een bank of beleggingsonderneming worden doorberekend op de wijze zoals voorgeschreven in artikel 22, zesde lid van de verordening. Op basis daarvan heeft DNB de mogelijkheid om kosten die verband houden met de afwikkeling, als preferente crediteur in rekening te brengen bij de betreffende instelling in afwikkeling zelf, bij een overbruggingsinstelling of vehikel voor activabeheer, of bij een eventuele verkrijger van de instelling.

Omwille van de overzichtelijkheid is er voor gekozen om de redactie van het derde en vierde lid van artikel 13 in lijn te brengen met die van het vijfde lid.

Verder werd in artikel 13, negende lid, waar het gaat om het toerekenen van bedragen aan een bepaalde toezichtcategorie, ten onrechte slechts verwezen naar het tweede tot en met vijfde lid van het artikel en niet naar het zevende. Dit is hersteld.

G

De hoogte van een op te leggen heffing voor het doorlopend toezicht is mede afhankelijk van de tijdsduur dat de betreffende persoon in het jaar waarop de heffing betrekking heeft, deel uitmaakt van een toezichtcategorie. Artikel 14 van de Wbft gaat hier nader op in. Ook dit artikel dient te verwijzen naar bijlage IV.

H

Indien er ten aanzien van een bank of beleggingsonderneming een afwikkelingsmaatregel wordt genomen, kan dit ertoe leiden dat de toezichthouder de jaarlijks in rekening te brengen kosten als bedoeld in artikel 13, tweede tot en met vijfde lid, redelijkerwijs niet langer in rekening kan of wil brengen bij de betreffende instelling (bijvoorbeeld omdat de activa en passiva van de instelling zijn overgedragen aan een andere persoon). Artikel 15, derde lid, voorziet in de mogelijkheid om deze kosten in rekening te kunnen brengen bij de persoon die (een deel van) het vermogen heeft overgenomen in plaats van bij de instelling in afwikkeling.

I

Op grond van artikel 16 van de Wbft hebben de toezichthouders de mogelijkheid om de kosten die gepaard gaan met het benoemen van een curator op grond van artikel 1:76 van de Wft in rekening te brengen aan de financiële onderneming waar die curator wordt benoemd. Deze mogelijkheid wordt ook in het leven geroepen voor kosten die verband houden met de benoeming van curatoren op grond van artikel 1:76a van de Wft.

J

Dit onderdeel van het wetsvoorstel regelt de vaststelling van bijlage IV. De in deze bijlage opgenomen toezichtcategorie blijft beperkt tot de instellingen waarop de verordening en Deel 3A van de Wft van toepassing zijn. Deze instellingen krijgen jaarlijks, naast de heffing voor het reguliere toezicht, een heffing opgelegd vanwege het voorbereiden van de afwikkeling. De hoogte van een heffing wordt bepaald aan de hand van de omvang van alle activa van de instelling die de heffing krijgt opgelegd. Met de keuze voor «Total Assets» als heffingsmaatstaf wordt aangesloten bij de kostensystematiek die op Europees niveau wordt gehanteerd.»⁷²

⁷² Zie de gedelegeerde handeling van de Europese Commissie: <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/3/2014/NL/3-2014-7164-NL-F1-1.Pdf>

ARTIKEL IV. Wijziging van de Faillissementswet

Onderdelen B en C

212ha Fw

Thans geldt voor banken een bijzondere regeling ten aanzien van de aanvraag van een faillissement van een bank. Dit faillissement kan ingevolge artikel 212ha enkel worden aangevraagd door de Nederlandsche Bank, de bewindvoerder in de noodregeling of de bank zelf. De Nederlandsche Bank kan het faillissement aanvragen indien zij van oordeel is dat is voldaan aan het criterium dat er tekenen zijn van een gevaarlijke ontwikkeling met betrekking tot het eigen vermogen, de solvabiliteit of de liquiditeit en redelijkerwijs is te voorzien dat die ontwikkeling niet voldoende of niet tijdig ten goede zal keren. Dit behoeft in het licht van het regime van de richtlijn herstel en afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen en de verordening gemeenschappelijk afwikkelingsmechanisme aanpassing.

Op grond van de richtlijn en verordening worden banken en bepaalde beleggingsondernemingen op met gebruikmaking van de instrumenten van Deel 3A van de Wet op het financieel toezicht afgewikkeld indien is voldaan aan, kort gezegd, de criteria van artikel 18, eerste lid, van de verordening. Dat wil zeggen dat de entiteit (a) moet falen of waarschijnlijk zal falen, (b) maatregelen van de private sector of de toezichthouder zijn niet voldoende om de situatie te herstellen en (c) er moet een publiek belang zijn om faillissement te voorkomen. Indien is voldaan aan de criteria onder (a) en (b) maar niet aan het criterium onder (c) zal de entiteit op grond van een normale faillissementsprocedure worden geliquideerd. Dat wordt tot uitdrukking gebracht in de wijziging van artikel 212ha van de Fw.

Daarin wordt nu bepaald dat de Nederlandsche Bank kan verzoeken ten aanzien van een bank of een beleggingsonderneming waarop het regime van de richtlijn van toepassing is, faillissement uit te spreken indien is voldaan aan de voorwaarden bedoeld in artikel 18, eerste lid, onderdelen a en b, van de verordening gemeenschappelijk afwikkelingsmechanisme. Daarin ligt besloten dat niet wordt overgegaan tot afwikkeling van de bank ingevolge Deel 3A van de Wet op het financieel toezicht.

Hierbij dient nog te worden opgemerkt dat een faillissementsaanvraag tevens kan geschieden indien ten aanzien van een entiteit reeds afwikkelingsinstrumenten zijn toegepast en het «restant» van de entiteit (waarbij niet langer een publiek belang in het geding is) via faillissement kan worden geliquideerd.

Nu in beginsel slechts een keuze bestaat tussen de route van afwikkeling ingevolge Deel 3A en faillissement is het ook niet langer noodzakelijk de bewindvoerder in de noodregeling een bevoegdheid te geven faillissement aan te vragen.

212hf Fw

Deze aanpassing volgt uit de wijziging van artikel 212ha. De overdrachtsmaatregelen die in Deel 3 van de Wet op het financieel toezicht zijn opgenomen zijn op een bank niet langer van toepassing, zij worden immers vervangen door het afwikkelingsinstrumentarium in Deel 3A. Dit heeft tot gevolg dat er nog slechts voor één procedure een mogelijkheid tot verweer dient te worden geboden, te weten de aanvraag van faillissement ingevolge artikel 212ha.

D

Deze bepaling strekt tot implementatie van artikel 108 van de richtlijn. Met deze aanpassing wordt de rangregeling in faillissement van een bank aangepast. Er wordt nu bepaald dat het gedeelte van (voor dekking door het depositogarantiestelsel) in aanmerking komende deposito's dat de gegarandeerde waarde te boven gaat, en die worden aangehouden door, kort gezegd, natuurlijke personen en MKB-ondernemingen, en deposito's die in aanmerking komende deposito's zouden zijn als zij niet bij een buiten de EU gelegen bijkantoor van een Europese bank zouden zijn aangehouden een preferente status hebben. De gegarandeerde waarde is nu 100.000 op grond van artikel 29.03 van het Besluit bijzondere prudentiële maatregelen, beleggerscompensatie en depositogarantie Wft. Beide typen vorderingen zijn bevoorrecht op de boedel. Zij zijn bevoorrecht na de vorderingen, bedoeld in artikel 3:288 BW en voor de concurrente vorderingen. Wanneer DNB in de rechten treedt van de depositohouders doordat zij een vergoeding aan de depositohouders heeft voldaan, heeft de vordering van DNB op de boedel dezelfde rang.

E

Met deze wijziging worden artikelen die van toepassing zijn op het faillissement van een bank van overeenkomstige toepassing verklaard op beleggingsondernemingen, bedoeld in artikel 3A:2, onderdeel b, Wft. Dat zijn beleggingsondernemingen waarop artikel 28, tweede lid, van de richtlijn kapitaalvereisten van toepassing is. Deze beleggingsondernemingen vallen onder de richtlijn en de verordening. Op dit moment is op hen nog het reguliere faillissementsrecht van toepassing. Nu afwikkelingsmaatregelen ook op beleggingsondernemingen kunnen worden toegepast, ligt het evenwel in de rede om delen van het bijzondere faillissementsregime ook op beleggingsondernemingen van toepassing te laten zijn. Het zou immers ongewenst zijn dat een afwikkelingsmaatregel zou kunnen worden doorkruist door een faillissementsverzoek van een schuldeiser.

Met betrekking tot de artikelen 212s Fw en volgende wordt het volgende opgemerkt. Deze artikelen bevatten hoofdzakelijk internationaalprivaatrechtelijke conflictenregels, dus regels die bepalen wat het toepasselijke recht is. Voor wat betreft banken is met deze artikelen reeds sinds een aantal jaren de richtlijn sanering en liquidatie banken geïmplementeerd. Op grond van artikel 1, tweede lid, van de Insolventieverordening is die verordening niet van toepassing op beleggingsondernemingen.⁷³ Er is ook geen Europese richtlijn die deze materie regelt, zodat het aan de lidstaten is om regels dienaangaande te stellen. Door artikel 212s Fw en volgende van overeenkomstige toepassing te verklaren op beleggingsondernemingen, wordt het regime van de richtlijn sanering en liquidatie banken ook op beleggingsondernemingen van toepassing.

ARTIKEL V. Wijziging van het Burgerlijk Wetboek

A en B

Het boeken 3 en 7 van het Burgerlijk Wetboek worden aangepast om de nieuwe afwikkelingsinstrumenten waarmee activa, passiva of eigendomsinstrumenten kunnen overgaan (het instrument van overgang van de onderneming, het instrument van de overbruggingsinstelling of het instrument van afsplitsing van activa) te incorporeren. Voor een

⁷³ Verordening (EG) nr. 1346/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures, *PbEG* L 160 van 30 juni 2000, blz. 1 e.v.

toelichting op die instrumenten wordt verwezen naar het algemeen deel van de memorie van toelichting en de toelichting op de desbetreffende onderdelen in het artikelsgewijze deel van de memorie van toelichting. Deze instrumenten worden in het BW op dezelfde wijze behandeld als de reeds bestaande overdrachtsinstrumenten uit Deel 3 van de Wet op het financieel toezicht.

ARTIKEL VI. Wijziging van de Algemene wet bestuursrecht

A en B

De voorgestelde wijzigingen in de Awb zien op het uitsluiten van bezwaar van een besluit tot afschrijving of omzetting van relevante kapitaalinstrumenten en een besluit tot afwikkeling. Bij beide besluiten kan rechtstreeks beroep worden ingesteld bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven. Tevens wordt bepaald dat wanneer DNB op grond van de verordening handhavend optreedt en besluiten neemt, belanghebbenden in bezwaar kunnen bij DNB. Beroep kan worden ingesteld bij de Rechtbank Rotterdam en hoger beroep is mogelijk bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven. Zie voor een verdere toelichting inzake de rechtsbescherming paragraaf 3, onderdeel g, van het algemeen deel van de toelichting.

ARTIKEL VII. Overgangsrecht

Zoals in het algemeen deel van de toelichting reeds is opgemerkt, is besloten de wijzigingen van de Wft in het wetsvoorstel in beginsel te baseren op de uiteindelijke situatie – de situatie waarin de verordening volledig van kracht is. In het wetsvoorstel zijn, veelal door middel van overeenkomstige toepassing van de bepalingen uit de verordening, regels gesteld voor entiteiten die niet onder de verordening vallen. Deze bepalingen worden in het eerste lid tijdelijk, totdat de verordening volledig van toepassing wordt, ook van overeenkomstige toepassing verklaard op entiteiten die wel onder de verordening vallen. Op deze wijze worden de bepalingen uit de verordening in de materiële bepalingen van het wetsvoorstel eerst «binnengehaald» voor entiteiten die niet onder de werking van de verordening vallen, en door middel van dit overgangsrecht tijdelijk ook voor entiteiten die wel onder de reikwijdte van de verordening vallen.

In het tweede lid wordt geregeld dat het nationale afwikkelingsfonds tot de inwerkingstelling van het gemeenschappelijk afwikkelingsfonds tevens dient voor de financiering van de afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen die onder de werking van de verordening vallen. Het nationaal afwikkelingsfonds zal vanaf dat moment uitsluitend dienen voor de financiering van de afwikkeling van beleggingsondernemingen die niet vallen onder de werking van de verordening en van in Nederland gevestigde bijkantoren van banken en beleggingsondernemingen met zetel in een derde land.

Voorts wordt voorzien in een expliciete grondslag voor een heffing van banken en beleggingsondernemingen die onder de werking van de verordening vallen. De voorgestelde artikelen 3A:71 Wft, dat voorziet in een grondslag om een ex ante bijdrage te heffen van beleggingsondernemingen die niet onder de werking van de verordening vallen en EU-bijkantoren, en 3A:72, dat voorziet in een grondslag om een ex post bijdrage te heffen van deze entiteiten, worden daarbij van overeenkomstige toepassing verklaard. DNB zal de hoogte van de bijdragen

vaststellen en de bijdragen innen. De opbrengsten van deze (nationale) heffing zullen worden overgedragen aan het gemeenschappelijk afwikkelingsfonds.

De Minister van Financiën,
J.R.V.A. Dijsselbloem

TRANSPONERINGSTABEL

Afkortingen

Awb: Algemene wet bestuursrecht
 Bbbfs: Besluit bestuurlijke boetes financiële sector
 Bbpm: Besluit bijzondere prudentiële maatregelen, beleggerscompensatie en depositogarantie Wft
 Bpr: Besluit prudentiële regels Wft
 BuEUv: Besluit uitvoering EU-verordeningen financiële markten
 BW: Burgerlijk Wetboek
 EBA: Europese Bankautoriteit
 EC: Europese Commissie
 Rgsft: Regeling taakuitoefening en grensoverschrijdende samenwerking financiële toezichthouders Wft
 Wft: Wet op het financieel toezicht

Toelichting

Implementatie voor uitsluitend de gevallen die buiten de reikwijdte van de verordening gemeenschappelijk afwikkelingsmechanisme (SRM-verordening) vallen, wordt aangegeven met: *

Richtlijn	Verordening	Implementatie	Toelichting
Algemeen			
1	2	3A:1 Wft	
2 (1)	3	1:1, 3A:2 Wft	
2 (2)		Behoeft geen implementatie	Gedelegeerde handeling EC
Nationale afwikkelingsautoriteit			
3 (1,2)	5(1)	3a BuEUv, deel 3A Wft	Implementatie m.b.t. BRRD in deel 3A Wft door toekenning bevoegdheden aan DNB. Implementatie m.b.t. SRM door aanwijzing in BuEUv
3 (3)		12b Bankwet 1998	
3 (4)		Rgsft	
3 (5)		1:1 Wft	
3 (6)		1:90 (5) Wft	Lidstaatoptie m.b.t. ministeriële goedkeuring niet toegepast i.v.m. SRM
3 (7)		Rgsft	
3 (8)		Behoeft geen implementatie	
3 (9)		Behoeft geen implementatie	Taak EBA
3 (10)		Behoeft geen implementatie	N.v.t.
3 (11)		Behoeft geen implementatie	Notificatieverplichting
3 (12)		1:25d(3) Wft	Lidstaatoptie; toepassing volgt reeds uit huidige Wft.
Ontheffingen voor herstel- en afwikkelingsplanning			
4 (1-3)	8 (12), 11 (1-6)	3A:9(5) Wft*, Bpr*	
4 (4)		Behoeft geen implementatie	Bevoegdheid EBA tot vaststellen richtsnoeren
4 (5-6)		Behoeft geen implementatie	Techn. reguleringsnormen EC op voorstel EBA
4 (7)	11 (10)	Rgfst	Notificatieverplichting
4 (8,9)	11 (7)	3:111, 3A:9 (5) Wft*	
4 (10)	11 (8)	Behoeft geen implementatie	
4 (11)		Behoeft geen implementatie	Techn. uitvoeringsnormen EC op voorstel EBA
Herstelplanning			
5 (1)		3:17 (2) Wft, Bpr	
5 (2-6)		Bpr	
5 (7)		Behoeft geen implementatie	Richtsnoeren EBA
5 (8)		Bpr	
5 (9)		Behoeft geen implementatie	

Richtlijn	Verordening	Implementatie	Toelichting
5 (10)		Behoeft geen implementatie	Techn. reguleringsnormen EC op voorstel EBA
6 (1-3)		Bpr	
6 (4)		Rgsft	
6 (5,6)		1:75 Wft	
6 (7)		3:4, 3:46 en 8:1 Awb	
6 (8)		Behoeft geen implementatie	Techn. reguleringsnormen EC op voorstel EBA
7 (1)		3:17 (2) jo 3:276 Wft, Bpr	
7 (2)		Bpr	
7 (3)		Rgsft	
7 (4-6)		Bpr	
8 (1)		Bpr	
8 (2-6)		Bpr	
8 (7)		Behoeft geen implementatie	Taak EBA
9 (1)		Bpr	
9 (2)		Behoeft geen implementatie	Richtsnoeren EBA
Afwikkelingsplanning			
10 (1)	8 (1,2,5)	3A:9(1) Wft*	
10 (2)	8 (6)	3A:11 Wft*	
10 (3)	8 (6)	3A:9(4) Wft*	
10 (4)	8 (7)	3A:9(4) Wft*	
10 (5)	8 (8)	1:74(2) Wft jo 5:20 Awb, 3A:9(4) Wft*	
10 (6)	8 (12)	3A:9(4) Wft*	
10 (7)	8 (9)	3A:9(4) Wft*	
10 (8)		Bpr*	
10 (9)		Behoeft geen implementatie	Techn. reguleringsnormen EC op voorstel EBA
11 (1)	8(8)	1:74 Wft jo 5:16 en 5:20 Awb	
11 (2)		Rgsft	
11 (3)		Behoeft geen implementatie	Techn. uitvoeringsnormen EC op voorstel EBA
12 (1,2)	8 (1,2,5,10)	3A:9 (2,3) Wft*	
12 (3)	8 (11)	3A:9 (4) Wft*	
12 (4)	10 (1)	3A:10 Wft*	
12 (5)	8 (11, slot)	3A:9 (4) Wft*	
12 (6)		Behoeft geen implementatie	Techn. uitvoeringsnormen EC op voorstel EBA
13 (1)		1:74 Wft	
13 (1,2)		1:51 Wft, 1:65 Wft, 1:69 Wft	
13 (3)	8 (12)	3A:9 (4) Wft*	
13 (4-8)		3A:9 (2,3) Wft*	
13 (9)		Behoeft geen implementatie	Taak EBA
13 (10)		3A:9 (2) Wft*	
14 (1,2)	8 (13)	Rgsft	
Afwikkelbaarheid			
15 (1)	10 (1,3,5)	3A:10 Wft*	
15 (2)	10 (6)	3A:10 Wft*	
15 (3)	10 (1)	3A:10 Wft*	
15 (4)		Behoeft geen implementatie	Techn. uitvoeringsnormen EC op voorstel EBA
16 (1-3)	10 (1-6)	3A:10 Wft*	
17 (1-4)	10 (9, 10)	3A:11 (1) Wft*	
17 (5)	10 (11)	1:75, 3A:11 (3) Wft*	
17 (6)	10 (13)	3:4, 3:46 en 8:1 Awb	
17 (7)	10 (10)	Rgsft*	
17 (8)		Behoeft geen implementatie	Richtsnoeren EBA
18 (1-6,8)		3A:11 (1,2) Wft*	
18 (7)		3A:11 (2) Wft*	
18 (9)		Behoeft geen implementatie	Taak EBA
Financiële steun binnen een groep			
19 (1)		3:300(1) Wft	
19 (2)		3:300(1) Wft	
19 (3)		3:301(2) Wft	
19 (4)		Behoeft geen implementatie	
19 (5)		3:301 Wft	
19 (6)		Behoeft geen implementatie	
19 (7)		3:301 Wft	
19 (8)		3:301 Wft	

Richtlijn	Verordening	Implementatie	Toelichting
19 (9)		3:301 Wft	
20 (1)		3:301 Wft	
20 (2-7)		3:301 Wft	
21 (1)		3:302 Wft	
21 (2)		3:302 Wft	
21 (3)		3:303 (1) Wft	
22		Rgsft	
23 (1)		3:301 Wft, 3:305 Wft	
23 (2)		Behoeft geen implementatie.	Techn. uitvoeringsnormen EC op voorstel EBA
23 (3)		Behoeft geen implementatie	Richtsnoeren EBA
24		3:304 Wft	
25		3:305 Wft, Rgsft	
26 (1)		3:303(2) Wft	
26 (2)		Behoeft geen implementatie	Techn. uitvoeringsnormen EC op voorstel EBA
Vroegtijdige interventie (herstel)			
27 (1a)		1:75 (1,2,3) Wft	
27 (1b)		1:75 (1,2,3) Wft	
27 (1c)		1:75a Wft	
27 (1d)		1:75 (1,2,3) Wft	
27 (1e)		1:75 (1,2,3) Wft	
27 (1f)		1:75 (1,2,3) Wft	
27 (1g)		1:75a Wft	
27 (1h)		1:74 Wft	
27 (2)	13 (1)	Rgsft	
27 (3)		1:75 (1) Wft, 1:75a Wft	
27 (4)		Behoeft geen implementatie	Richtsnoeren EBA
27 (5)		Behoeft geen implementatie	Techn. uitvoeringsnormen EC op voorstel EBA
28		1:75 (1,2,3) Wft	
29 (1)		1:76, 1:76a Wft	
29 (2)		1:76, 1:76a Wft	
29 (3)		1:76, 1:76a Wft	
29 (4)		1:76, 1:76a Wft	
29 (5)		1:76, 1:76a Wft	
29 (6)		1:76, 1:76a Wft	
29 (7)		1:76, 1:76a Wft	
29 (8)		1:76, 1:76a Wft	
29 (9)		1:25d (3) Wft	
29 (10)		Behoeft geen implementatie	
30 (1-5)		Rgfst	
30 (6)		Behoeft geen implementatie	Taak EBA
30 (7) eerste alinea		3:4 en 3:46 Awb, Rgfst	
30 (7) tweede alinea		Rgfst	
30 (8)		Behoeft geen implementatie	
Afwikkeling algemeen			
31 (1)	14 (1)	3A:18 (2) Wft*	
31 (2)	14 (2)	3A:18 (2) Wft*	
31 (3)	14 (3)	3A:18 (2) Wft*	
32 (1)	18 (1)	3A:18 (1) Wft*	
32 (2)		Behoeft geen implementatie	DNB is buiten het SRM zowel bevoegde autoriteit als afwikkelingsautoriteit
32 (3)	18 (3)	3A:18 (1) Wft*	
32 (4)	18 (4)	3A:18 (1) Wft*	
32 (5)	18 (5)	3A:18 (1) Wft*	
32 (6)		Behoeft geen implementatie	Richtsnoeren EBA
33 (1)	16 (1)	3A:18 (1) Wft*	
33 (2)	16 (2)	3A:18 (1) Wft*	
33 (3)		Rgfst	
33 (4)	16 (3)	Rgfst*	
34 (1)	15 (1)	Rgfst*	
34 (1g)	15 (1g)	3A:20 (1) Wft*	
34 (2)	15 (2)	Rgfst*	
34 (3)	18 (9), 19 (1)	Behoeft geen implementatie	
34 (4)	15 (3)	7:666 BW	

Richtlijn	Verordening	Implementatie	Toelichting
34 (5)	15 (4)	Rgfst*	
34 (6)	15 (4) eerste zin tweede zin	Rgfst*	
35 (1) eerste zin		3A:49 (1) Wft	
35 (1) overig		3A:49 (3) Wft	
35 (2) eerste zin		3A:49 (2) Wft	
35 (2) tweede zin		3A:49 (3)	
35 (3)		3A:49 (3) Wft	
35 (4)		3A:49 (3) Wft	
35 (5)		3A:49 (3) Wft	
35 (6)		3A:49 (3) Wft	
35 (7)		Rgfst	
35 (8)		Behoeft geen implementatie	
Waardering			
36 (1) eerste zin	20 (1)	3A:17 (4), 3A:18(4) Wft*	
36 (1) tweede zin	20 (2)	3A:17 (4), 3A:18(4) Wft*	
36 (2)	20 (3)	3A:17 (4), 3A:18 (4) Wft*	
36 (3)	20 (4)	3A:17 (4), 3A:18 (4) Wft*	
36 (4)	20 (5)	3A:17 (4), 3A:18 (4) Wft*	
36 (5)	20 (6)	3A:17 (4), 3A:18 (4) Wft*	
36 (6)	20 (7)	3A:17 (4), 3A:18 (4) Wft*	
36 (7)	20 (8)	3A:17 (4), 3A:18 (4) Wft*	
36 (8)	20 (9)	3A:17 (4), 3A:18 (4) Wft*	
36 (9)	20 (10)	3A:17 (4), 3A:18 (4) Wft*	
36 (10)	20 (11)	3A:17 (4), 3A:18 (4) Wft*	
36 (11)	20 (12)	3A:17 (4), 3A:18 (4) Wft*	
36 (12)	20 (13)	3A:17 (4), 3A:18 (4) Wft*	
36 (13)	20 (15)	3A:17 (4), 3A:18 (4) Wft*	
36 (14–16)		Behoeft geen implementatie	Techn. uitvoeringsnormen EC op voorstel EBA
Afwikkelingsinstrumenten algemeen			
37 (1)		3A:28, 3A:37, 3A:41, 3A:44 (1,2) Wft	
37 (2)	22 (1)	3A:17 (1) Wft*	
37 (3)	22 (2)	3A:1 Wft	
37 (4)	22 (4)	Behoeft geen implementatie	
37 (5)	22 (4)	3A:41 (2) Wft	
37 (6)	22 (5)	3A:30 Wft, 3A:39 Wft	
37 (7)	22 (6)	3A:62 Wft	
37 (8)		3A:58 Wft	
37 (9)		Behoeft geen implementatie	
37 (10)		Behoeft geen implementatie	
Instrument van verkoop van de onderneming			
38 (1) eerste zin	24 (1)	3A:28 Wft	
38 (1) tweede zin	24 (2a)	3A:6 Wft	
38 (2)	24 (2b)	3A:29 (2) Wft	
38 (3)	24 (2b)	3A:29 (2) Wft	
38 (4)		3A:31 Wft	
38 (5)	24 (c)	Behoeft geen implementatie	
38 (6)	24 (c)	3A:32 Wft	
38 (7) eerste zin	24 (2a)	Behoeft geen implementatie	
38 (7) tweede zin	24 (2a)	Behoeft geen implementatie	
38 (8)	24 (2a)	Behoeft geen implementatie	
38 (9a)	24 (2a)	3A:26 (2b) jo 3A:33 Wft	
38 (9b)	24 (2a)	3A:26 (2b) jo 3A:33 Wft	
38 (9c)	24 (2a)	3A:26 (2b) jo 3A:33 Wft	
38 (9d)	24 (2a)	Behoeft geen implementatie	
38 (9e)	24 (2a)	3A:26 (3) jo 3A:33 Wft	
38 (9f)	24 (2a)	3A:26 (4) jo 3A:33 Wft	
38 (10)	24 (2a)	Behoeft geen implementatie	
38 (11)	24 (2a)	3:80 BW	

Richtlijn	Verordening	Implementatie	Toelichting
38 (12)		3:80 BW	
eerste zin			
38 (12a)		3A:35 (2) Wft	
38 (12b)		3A:35 (3) Wft	
38 (13)		Behoeft geen implementatie	
39 (1) eerste zin	24 (2d)	3A:28, 3A:29 (1) Wft	
39 (2)	24 (2d)	Behoeft geen implementatie	
tweede zin			
39 (2a-f)	24 (2d)	3A:29 (1) Wft	
39 (2)		Behoeft geen implementatie	
laatste zin			
39 (3)	24 (3)	3A:29 (1) Wft	
39 (4)		Behoeft geen implementatie	Richtsnoeren EBA
Instrument van de overbruggingsinstelling			
40 (1) eerste zin	25 (1)	3A:37 (1) Wft	
40 (1)		3A:6 Wft	
tweede zin			
40 (2) eerste zin		Bbpm	
40 (2)		Bbpm	
tweede zin			
40 (3)	25 (3)	3A:37 (2)	
40 (4)		3A:31 Wft jo 3A:39 Wft	
40 (5)		Behoeft geen implementatie	
40 (6)(a)		3A:32 Wft jo 3A:39 Wft	
40 (6)(b)		Behoeft geen implementatie	
40 (7)		3A:32 Wft jo 3A:39 Wft	
40 (8)		Behoeft geen implementatie	
40 (9) eerste zin		3A:40 Wft	
40 (9)		3A:40 Wft	
tweede zin			
40 (10)		3A:35 (1) Wft	
eerste zin			
40 (10)		3A:35 (2) Wft	
tweede zin (a)			
40 (10)		3A:35 (3) Wft	
tweede zin (b)			
40 (11)		Behoeft geen implementatie	
40 (12)		1:25d (3) Wft	
eerste zin			
40 (12)		1:25d (3) Wft	Lidstaattoptie. Toegepast conform huidige regeling in Wft
tweede zin			
41 (1a)		Bbpm	
41 (1b)		Bbpm	
41 (1c)		Bbpm	
41 (1d)		Bbpm	
41 (1e)		2:11, 2:96 jo 3A:40 Wft	
41 (1f)		2:11 jo 2:12 en 2:96 jo 2:99, jo 3A:40 Wft	
41 (1g)		Behoeft geen implementatie	
41 (1) slot		3A:40 Wft	
41 (2)		Bbpm	
41 (3)		Bbpm	
41 (4)		3A:29 Wft jo 3A:39 Wft	
41 (5)		Bbpm	
41 (6)		Bbpm	
41 (7)		Bbpm	
41 (8) eerste zin		Bbpm	
41 (8)		Bbpm	
tweede zin			
41 (9)		Bbpm	
Instrument van afsplitsing activa of passiva			
42 (1) eerste zin	25 (1)	3A:41 Wft	

Richtlijn	Verordening	Implementatie	Toelichting
42 (1) tweede zin		3A:6 Wft	
42 (2)		Bbpm	
42 (3)		3A:41 (3) Wft	
42 (4)		Bbpm	
42 (5)		3A:41 (2)	
42 (6)		3A:29 jo 3A:43	
42 (7)		3A:31 Wft jo 3A:43 Wft	
42 (8)		Behoeft geen implementatie	
42 (9) eerste zin		3A:32 Wft jo 3A:43 Wft	
42 (9) tweede zin		3A:32 Wft jo 3A:43 Wft	
42 (10)		3A:32 Wft jo 3A:43 Wft	
42 (11)		Behoeft geen implementatie	
42 (12)		Behoeft geen implementatie	
42 (13) eerste zin		1:25d (3) Wft	
42 (13) tweede zin		1:25d (3) Wft	Lidstaattoptie. Toegepast conform huidige regeling in Wft
42 (14)		Behoeft geen implementatie	Richtsnoeren EBA
Instrument van bail-in			
43 (1)		Zie opsomming bij artikel 63 (1) van de richtlijn	
43 (2)	27 (1)	3A:44 (1,2)	
43 (3)	27 (2)	Behoeft geen implementatie	
43 (4)		3A:2 Wft, 3A:50 (1) Wft	
44 (1)		3A:44 (1)	
44 (2)	27 (3,4)	3A:44 (4) Wft*	
44 (3)	27 (5)	3A:44 (4) Wft*	
44 (4)	27 (6)	3A:70 Wft*	
44 (5)	27 (7)	3A:70 Wft*	
44 (6)	27 (8)	3A:70 Wft*	
44 (7)	27 (9,10)	3A:70 Wft*	
44 (8)	27 (11)	Behoeft geen implementatie	
44 (9)	27 (12)	3A:44(4) Wft*	
44 (10)	27 (5 (slot))	3A:44(4) Wft*	
44 (11)		Behoeft geen implementatie	Gedelegeerde handeling EC
44 (12)		Rgsft	
45 (1)	12 (1,4)	3A:14 (1) Wft*	
45 (2)		Behoeft geen implementatie	Techn. reguleringsnormen EC op voorstel EBA
45 (3)	12 (5)	Behoeft geen implementatie	
45 (4)	12 (16)	3A:14 (2) Wft*	
45 (5)	12 (17)	3A:14 (2) Wft*	
45 (6)	12 (6,7)	3A:14 (2) Wft*	
45 (7)	12 (8)	3A:14 (1), 3A:16(1) Wft*	
45 (8)	12 (8)	3A:15 (1) Wft*	
45 (9)		3A:15 (2) Wft*	
45 (10)	12 (9)	3A:14 (3) Wft*	
45 (11)	12 (10)	3A:14 (3) Wft*	
45 (12)	12 (10)	3A:14 (3) Wft*	
45 (13)	12 (11)	3A:14 (2) Wft*	
45 (14)	12 (12)	3A:14 (2) Wft*	
45 (15)	12 (13)	Rgsft	
45 (16)	12 (15)	Rgsft	
45 (17)		Behoeft geen implementatie	Techn. uitvoeringsnormen EC op voorstel EBA
45 (18)		Behoeft geen implementatie	
45 (19, 20)		Behoeft geen implementatie	Taak EBA
46 (1)	27 (13)	3A:44 (4) Wft*	
46 (2)	27 (13)	3A:44 (4) Wft*	
46 (3)	20 (12)	3A:24 (a), 3A:44 (4) Wft*	
46 (4)	20 (14)	3A:44 (4) Wft*	
47 (1)	17	3A:21 (1) Wft	
47 (2)	17	3A:21 (4) Wft	
47 (3)	17	Rgsft	
47 (4)	17	3A:26 (1,3,4) Wft	
47 (5)	17	3A:26 (2) Wft	
47 (6)		Behoeft geen implementatie	Richtsnoeren EBA

Richtlijn	Verordening	Implementatie	Toelichting
48 (1–5)	17, 21 (10), 27 (15)	3A:21 (6) en 3A:44 (5) Wft*	Art. 17 Vo. verwijst naar art. 48 Ri. De artt. 21 (10) en 27 (15) Vo. verwijzen naar art. 17 Vo.
48 (6)		Behoeft geen implementatie	Richtsnoeren EBA
49 (1–4)		3A:21 (3), 3A:44 (3) Wft	
49 (5)		Behoeft geen implementatie	Techn. reguleringsnormen EC op voorstel EBA
50 (1–3)		3A:21 (3), 3A:44 (3) Wft	
50 (4)		Behoeft geen implementatie	Richtsnoeren EBA
51 (1)		Rgsft	
51 (2)		Rgsft	
52 (1)		3A:47 Wft	
52 (2)		3A:47 (3) Wft	
52 (3)		3A:47 (5) Wft	
52 (4)		3A:47 (2) Wft	
52 (5)		3A:47 (2) Wft	
52 (6)		3A:47 (2) Wft	
52 (7)	27 (16)	3A:48 (1,2) Wft	
52 (8)		3A:48 (3) Wft	
52 (9)		3A:48 (3) Wft	
52 (10)		3A:48 (5) Wft	
52 (11)		3A:48 (6) Wft	
52 (12)		Behoeft geen implementatie	Techn. reguleringsnormen EC op voorstel EBA
52 (13)		Behoeft geen implementatie	Richtsnoeren EBA
52 (14)		Behoeft geen implementatie	Techn. reguleringsnormen EC op voorstel EBA
53 (1)		Behoeft geen implementatie	
53 (2)		3A:23 Wft, 3A:50 (2) Wft	
53 (3)		3A:25 (1) Wft	
53 (4)		3A:25 (2) Wft	
54 (1)		3A:12 Wft	
54 (2)		Rgsft	
54 (3)		3A:6 Wft	
54 (4)		Behoeft geen implementatie	
55 (1)		3A:13 Wft	
55 (2)		Behoeft geen implementatie	
55 (3)		Behoeft geen implementatie	Techn. reguleringsnormen EC op voorstel EBA
Overheidsinstrumenten voor financiële stabilisatie			
56		Behoeft geen implementatie	Lidstaattoptie – niet voorzien in SRM
57		Behoeft geen implementatie	Lidstaattoptie – niet voorzien in SRM
58		Behoeft geen implementatie	Lidstaattoptie – niet voorzien in SRM
Afschrijving en omzetting van kapitaalinstrumenten (AFOMKI)			
59 (1)	21 (7)	3A:21 (1) Wft	
59 (2)		3A:21 (1) Wft	
59 (3)	21 (1)	3A:17 (2) Wft*	
59 (4)	18 (4), 21 (3)	3A:17 (2) Wft*	
59 (5)	18 (3), 21 (4)	3A:17 (2) Wft*	
59 (6)	18 (4), 21 (5)	3A:17 (3) Wft*	
59 (7)	21 (6)	3A:21 (5) Wft*	
59 (8)		Rgsft	
59 (9)		Rgsft	
59 (10)	21 (8)	3A:17 (4) Wft*	
60 (1)	21 (10)	3A:21 (5) Wft*	
60 (2)		3A:24 Wft	
60 (3)		3A:22 (2), 3A:45 (2) Wft	
60 (4)		3A:6 (2) Wft	
60 (5)		3A:17 (1) Wft*	
61 (1–4)		Behoeft geen implementatie	
62 (1–9)		Rgsft	
Bijzondere afwikkelingsbevoegdheden			
63 (1) eerste zin		3A:28, 3A:37, 3A:41 Wft	
63 (1a)		1:1 jo 1:74 Wft	

Richtlijn	Verordening	Implementatie	Toelichting
63 (1b)		3:49 (1) Wft	
63 (1c)		3A:28, 3A:37 Wft	
63 (1d)		3A:28, 3A:37, 3A:41 Wft	
63 (1e)		3A:44 (1) Wft	
63 (1f)		3A:44 (1) Wft	
63 (1g)		3A:21 (1), 3A:44 (1) Wft	
63 (1h)		3A:21 (2) Wft	
63 (1i)		3A:22 Wft	
63 (1j)		3A:51 (1,2) Wft	
63 (1k)		3A:51 (1,2) Wft	
63 (1l)		3A:49 Wft	
63 (1m)		Behoeft geen implementatie	
63 (2) eerste zin		3A:6 (1) Wft	
63 (2)		3A:6 (1) Wft	
tweede zin			
63 (2) derde zin		Behoeft geen implementatie	
63 (3)		Behoeft geen implementatie	
63 (4)		Behoeft geen implementatie	
64 (1a)		3A:51 (3) Wft	
64 (1b)		3A:22 (1), 3A:45 (1) Wft	
64 (1c)		3A:56 Wft	
64 (1d)		3:80 BW	
64 (1e)		3A:36, 1:75 Wft	
64 (1f)		3A:51 (1) Wft	
64 (2)		Behoeft geen implementatie	
64 (3)		3:80 BW	
64 (4)		Behoeft geen implementatie	
65 (1)		3A:36 Wft	
65 (2)		3A:5 (2) Wft	
65 (3)		Behoeft geen implementatie	
65 (4)		Behoeft geen implementatie	
65 (5)		Behoeft geen implementatie	Richtsnoeren EBA
66 (1)		3A:4 (1)Wft	
66 (2)		Behoeft geen implementatie	
66 (3)		3A:4 (2) Wft	
66 (4)		3A:4 (1) Wft	
66 (5)		3A:4 (2) Wft	
66 (6)		Hoofdstuk 6 Awb	
67 (1a, b)		Behoeft geen implementatie	
67 (1c)		3A:62 (3)	
67 (2)		Rgsft	
68 (1) eerste zin		1:76b (1), 3A:57 Wft	
68 (1)		1:76b (2,3), 3A:57 Wft	
tweede zin			
68 (2)		3A:57 Wft	
68 (3)		1:76b (4) Wft	
68 (4)		Behoeft geen implementatie	
68 (5)		3A:55 Wft	
68 (6)		1:76b (5) Wft	
69 (1)		3A:52 (1) Wft	
69 (2)		3A:52 (3) Wft	
69 (3)		3A:52 (2) Wft	
69 (4)		3A:52 (4) Wft	
69 (5)		Rgsft	
70 (1)		3A:53 (1) Wft	
70 (2)		3A:53 (2) Wft	
70 (3)		Rgsft	
70(4)		Rgsft	
71(1)		3A:54 (1) Wft	
71 (2)		3A:54 (2) Wft	
aanhef en (a-c)			
71 (2)		3A:54 (3) Wft	
tweede zin			
71 (3)		3A:54 (4) Wft	
71 (4)		Behoeft geen implementatie	
71 (5)		3A:54 (5) Wft	
71 (6)		Rgsft	

Richtlijn	Verordening	Implementatie	Toelichting
71 (7)		Bpr	
71 (8)		Behoeft geen implementatie	Techn. reguleringsnormen EC op voorstel EBA
72 (1) eerste zin		3A:49 (1) Wft	
72 (1) tweede zin		Behoeft geen implementatie	
72 (1) derde zin		Behoeft geen implementatie	
72 (2)		Behoeft geen implementatie	
72 (3)		Behoeft geen implementatie	
72 (4)		Behoeft geen implementatie	
Waarborgen aandeelhouders, schuldeisers en contractpartijen			
73 (a)	15(g), 29 (1)	3A:20 (2) Wft	
73 (b)	15(g), 29 (1)	3A:20 (1) Wft	
74 (1)	20 (16)	3A:20 (3) Wft*	
74 (2)	20 (17)	3A:20 (3) Wft*	
74 (3)	20 (18)	3A:20 (3) Wft*	
74 (4)		Behoeft geen implementatie	Techn. reguleringsnormen EC op voorstel EBA
75	76 (1e)	3A:20 (4) Wft*	
76 (1)		3A:60 Wft	
76 (2)		3A:60 Wft	
76 (3)		Behoeft geen implementatie	
76 (4)		Behoeft geen implementatie	Gedelegeerde handeling EC
77 (1) eerste zin		3A:61 (1) Wft	
77 (1) tweede zin		Behoeft geen implementatie	
77 (2)		3A:61 (5) Wft	
78 (1)		3A:61 (2) Wft	
78 (2)		3A:61 (5) Wft	
79 (1)		3A:61 (3) Wft	
79 (2)		3A:61 (5) Wft	
80 (1)		3A:59 (1) Wft	
80 (2)		3A:59 (2) Wft	
Procedurale verplichtingen en rechtsbescherming			
81 (1)		Bpr	
81 (2)		Behoeft geen implementatie	DNB is buiten SRM zowel bevoegde autoriteit als afwikkelingsautoriteit
81 (3)		1:51, 1:69 jo 1:90 Wft, Rgsft	
81 (4)		Rgsft	
82 (1)		3A:18 Wft	
82 (2)		3:46 Awb, Rgsft	
82 (3)		Behoeft geen implementatie	Techn. reguleringsnormen EC op voorstel EBA
83 (1)		Rgsft	
83 (2)		1:51, 1:69, 1:90 Wft, Rgsft	
83 (3)		Rgsft	
83 (4)		3:41 Awb, Rgsft	
83 (5)		Rgsft	
84 (1)		1:89 Wft	
84 (2)		Behoeft geen implementatie	
84 (3)		1:89 (2,4) Wft	
84 (4)		1:90 Wft	
84 (5a)		1:89 (1,3) Wft	
84 (5b)		1:93d Wft, 1:93e Wft	
84 (5c)		1:90 Wft, Rgsft	
84 (6)		Behoeft geen implementatie	
84 (7)		Behoeft geen implementatie	Richtsnoeren EBA
85 (1)		Behoeft geen implementatie	
85 (2)		8:1 Awb	
85 (3)		8:1 Awb, 3A:64 Wft, 3A:67 Wft	
85 (4)		6:16, 8:72 (3) Awb, 3A:65 Wft	
86 (1-3)		212ha Fw	
Grensoverschrijdende groepsafwikkeling			
87		Rgsft*	
88 (1-3)		Rgsft*	

Richtlijn	Verordening	Implementatie	Toelichting
88 (4)		Behoeft geen implementatie	Taak EBA
88 (5-6)		Rgsft*	
88 (7)		Behoeft geen implementatie	Techn. reguleringsnormen EC op voorstel EBA
89		Rgsft*	
90		1:51 Wft, 1:65 Wft, 1:69 Wft	
91 (1,2)		Rgsft*	
91 (3-5)		3A:18 (4a) Wft*	
91 (6)		3A:18 (4b) Wft*	
91 (7)		Rgfst*	
91 (8)		3A:18 (4b) Wft*	
91 (9-13)		Rgfst*	
92 (1-3)		Rgfst*	
92 (4)		3A:18 (4b) Wft*	
92 (5-7)		Rgfst*	
Samenwerking met derde landen			
93 (1)		3A:5 (1a) Wft	
93 (2)		Behoeft geen implementatie	
93 (3)		Behoeft geen implementatie	
93 (4)		3A:5 (1b) Wft	
94 (1)		3A:5 (1c) Wft	
94 (2)		3A:5 (1c) Wft	
94 (3)		3A:5 (1d) Wft	
94 (4)		3A:5 (2) Wft	
94 (5)		3A:5 (2) Wft	
94 (6)		3A:5 (3) Wft	
95		3A:5 (1c) Wft	
96		3A:19 Wft*	
97 (1-4)		Behoeft geen implementatie	
97 (5)		1:65 Wft	
97 (6)		Behoeft geen implementatie	
98 (1)	32(2)	1:90 Wft	
98 (2)		1:90 Wft	
98 (3)		Behoeft geen implementatie	
Financiering van ontwikkelingsmaatregelen			
99		Behoeft geen implementatie	
100 (1)		3A:68 Wft*	
100 (2)		Behoeft geen implementatie	
100 (3,4)		3A:70, 3A:71, 3A:74 Wft*	
100 (5)		3A:69 Wft*	
100 (6)		Behoeft geen implementatie	Niet toegepaste lidstaatoptie
101 (1)		3A:69 (1) Wft*	
101 (2)		3A:69 (4), 3A:70 Wft*	
102 (1)		Bbpm*	
102 (2)		Bbpm*	
102 (3)		Bbpm*	
102 (4)		Behoeft geen implementatie	Verslag EBA
102 (5)		Behoeft geen implementatie	Wetgevingsvoorstel EC
103 (1)		3A:71 (1) Wft*	
103 (2)		Bbpm	
103 (3)		Bbpm	
103 (4)		Titel 4:4 Awb	
103 (5)		3A:69 (2) Wft*	
103 (6)		3A:73 Wft*	
103 (7)		Behoeft geen implementatie	Gedelegeerde handeling EC
103 (8)		Behoeft geen implementatie	Gedelegeerde handeling EC
104 (1)		3A:72 (1) Wft*	
104 (1)		Bbpm*	
104 (2)		3A:72 (1) Wft*	
104 (3)		Bbpm*	
104 (4)		Behoeft geen implementatie	Gedelegeerde handeling EC
105		3A:74 (1) Wft*	
106 (1)		3A:74 (1) Wft*	
106 (2)		3A:74 (2) Wft*	
106 (3)		3A:74 (4) Wft*	
106 (4)		3A:74 (2) Wft*	
106 (5)		3A:74 (2) Wft*	
106 (6)		Bbpm*	
107 (1)		3A:75 (1) Wft*	
107 (2)		3A:75 (2) Wft*	
107 (3)		3A:75 (2) Wft*	

Richtlijn	Verordening	Implementatie	Toelichting
107 (4)		3A:75 (2) Wft*	
107 (5)		3A:75 (2) Wft*	
107 (6)		3A:75 (2) Wft*	
107 (7)		3A:75 (4) Wft*	
107 (8)		3A:75 (5) Wft*	
107 (9)		3A:75 (3) Wft*	
108		212ra Fw	
109 (1)		3:265e Wft	
109 (2)	79 (2)	3:265e Wft	
109 (3)		Behoeft geen implementatie	
109 (4)	79 (4)	Behoeft geen implementatie	
109 (5)	79 (5), derde alinea	3:265e (1) Wft	
Handhaving			
110 (1)		Hoofdstuk 1.4 en bijlagen bij 1:79 en 1:80 Wft, Bbbfs	
110 (2)		5:1 (2,3) Awb	
110 (3)		1:46 (2), 1:74 Wft, titel 5.2 Awb	
110 (4)		Behoeft geen implementatie	
111 (1)		Bijlagen bij 1:79 en 1:80 Wft, Bbbfs	
111 (2a)		1:94 Wft	
111 (2b)		1:75 Wft	
111 (2c)		1:87 Wft	
111 (2d)		1:81 (3) Wft	
111 (2e)		1:81 (3) Wft	
111 (2f)		1:81 (6) Wft	
112 (1)		1:97 Wft	
112 (2)		1:97 (4) Wft	
112 (3)		Rgsft	
112 (4)		Behoeft geen implementatie	Verslag EBA
113 (1)		Rgsft	
113 (2)		Behoeft geen implementatie	Taak EBA
114		Awb, Bbbfs	
Overige bepalingen en slotbepalingen			
115 – 132		Behoeven geen implementatie	
Bijlagen			
Bijlage A		Behoeft geen implementatie	
Bijlage B		Behoeft geen implementatie	
Bijlage C		Behoeft geen implementatie	

BIJLAGE II

Kapitaalinstrumenten		Eigenschappen	Voorbeelden van kapitaal- en schuldinstrumenten
Tier 1-kernkapitaalinstrumenten		<ul style="list-style-type: none"> – contractuele aflosverplichtingen (eeuwigdurende looptijd). – vermogen permanent ter beschikking. – geen verplichting voor de instelling om dividendbetalingen te doen of andere vergoedingen aan de vermogensverstrekkers te betalen. – Dienen ondergeschikt te zijn aan alle andere claims in geval van insolventie of liquidatie. 	<p>Aandelen Ingehouden winsten</p>
«Relevante kapitaalinstrumenten»	Aanvullende Tier-1 instrumenten	<ul style="list-style-type: none"> – hybride kapitaalinstrumenten die eigenschappen van eigen en vreemd vermogen combineren. – de looptijd is eeuwigdurend/de hoofdsom van dit kapitaalinstrument wordt niet terugbetaald aan de investeerder (tenzij onder voorwaarden en na akkoord van de toezichthouder). – volledige discretie voor de instelling om te bepalen of in een bepaald jaar wel of geen rente op deze instrumenten wordt uitbetaald. Het niet uitbetalen van rente op deze instrumenten in een bepaalde periode betekent geen verplichting deze rente in de daaropvolgende periode alsnog uit te betalen (niet-cumulatieve basis). – deze instrumenten worden omgezet in tier 1-kernkapitaal of (ten dele) tijdelijk of permanent afgeschreven al waarna het kwalificeert als tier 1-kernkapitaal, wanneer het tier 1-kernkapitaal een vooraf bepaald minimumniveau onderschrijft. In geval van insolventie of liquidatie, ondergeschikt aan tier-2 instrumenten maar hoger in rang dan tier 1-kernkapitaal. 	<p>Converteerbare obligaties</p>
	Tier-2 instrumenten	<ul style="list-style-type: none"> – zwaar achtergestelde, schuldinstrumenten of kapitaalinstrumenten met een looptijd bij aanvang van minimaal 5 jaar. – naarmate het moment dichterbij komt dat de hoofdsom op het tier-2 instrument dient te worden terugbetaald aan de investeerders, mag het tier-2 instrument in steeds mindere mate meetellen voor het voldoen aan de kapitaaleisen. – geen volledige discretie voor de instelling om te bepalen of in een bepaald jaar wel of geen rente op deze instrumenten wordt uitbetaald. – ondergeschikt aan niet-achtergestelde crediteuren, maar hoger in rang dan tier-1 kernkapitaal en aanvullend tier-1 instrumenten. 	<p>Achtergestelde langlopende leningen Kapitaalinstrumenten</p>