

# Ministerie van Financiën

> Retouradres Postbus 20201 2500 EE Den Haag

Aan de Koning

## Directie Financiële Markten

Korte Voorhout 7  
2511 CW Den Haag  
Postbus 20201  
2500 EE Den Haag  
www.rijksoverheid.nl

**Ons kenmerk**  
FM/2015/753 M

Datum 27 mei 2015

Betreft Nader rapport Implementatiewet Europees kader voor herstel en afwikkeling

Nader rapport inzake het voorstel tot 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)

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 24 maart 2015, nr. 2015000492, machtigde Uwe Majesteit de Afdeling advisering van de Raad van State haar advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 29 april 2015, nr. W06.15.0082/III, bied ik U hierbij aan.

Het voorstel geeft de Afdeling aanleiding tot het maken van opmerkingen die naar haar oordeel enige aanpassing van het voorstel wenselijk maken. Hieronder zal de volgorde van de opmerkingen zoals de Afdeling in haar advies hanteert worden aangehouden.

## 2. Hoofdonderwerpen

Directie Financiële Markten

### *a. Wijze van implementatie*

Ons kenmerk  
FM/2015/753 M U

i. De Afdeling merkt naar aanleiding van het voorliggende implementatiewetsvoorstel op dat de Wft op essentiële onderdelen niet meer de kern van de financiële toezichtregelgeving bevat en ten aanzien van veel onderwerpen niet meer zelfstandig leesbaar is. De Afdeling adviseert de opzet van de Wft tegen het licht te houden en nader te bezien op welke wijze de Nederlandse financiële toezichtwetgeving het beste kan worden toegesneden op de Europese regels en de ontwikkeling daarvan.

De afgelopen en huidige periode kenmerkt zich door veel nieuwe wetgeving op het terrein van de financiële markten, waarvan het grootste deel van Europese oorsprong is. Ik onderken dat de grote hoeveelheid nieuwe Europese regels in richtlijnen en in verordeningen, die rechtstreekse werking hebben, ervoor zorgt dat de toegankelijkheid van de financiële toezichtregelgeving in toenemende mate onder druk staat. Met het oog daarop zal worden verkend op welke wijze, mede in het licht van de door de Afdeling geschetste problematiek, kan worden bewerkstelligd dat de Wet op het financieel toezicht ook in de toekomst een adequaat wetgevingskader vormt waarin nationale en Europese regels zonder problemen kunnen worden ingepast. Met het in gang zetten van een dergelijk verbetertraject dient evenwel te worden gewacht tot een daarvoor geschikt moment, waarop in elk geval de thans lopende grote implementatietrajecten zijn afgerond. De Wft is momenteel nog te veel aan ingrijpende veranderingen onderhevig om met succes een verbetertraject in gang te kunnen zetten. Verder ligt het voor de hand dat een dergelijk traject, gelet op de omvang van de Wft, in tranches zal plaatsvinden.

ii. In de implementatietabel zijn onderwerpaanduidingen aangebracht, zodat de inzichtelijkheid met betrekking tot de verhouding tussen de verordening en de richtlijn in de verschillende fasen van het herstel- en afwikkelingsproces wordt vergroot. Verder wordt met het oog op een handzaam gebruik en de toegankelijkheid van de Wft, het gebruik van artikelopschriften geïntroduceerd in het nieuwe Deel 3A. In het opschrift wordt het onderwerp van het artikel geduid en indien relevant, hoe het artikel zich verhoudt tot de verordening.

iii. Naar aanleiding van het advies van de Afdeling zijn de verwijzingen naar de verordening en de richtlijn in het wetsvoorstel nogmaals nagelopen op een afdoende duiding van de inhoudelijke context. Waar nodig zijn nadere aanvullingen van de wettekst verricht.

### *b. Handhaving Interventiewet*

De Afdeling onderschrijft in zijn advies de keuze in het wetsvoorstel om de bevoegdheden in Deel 6 van de Wft bij wijze van noodvoorziening te behouden ten aanzien van entiteiten die voortaan vallen onder de nieuwe afwikkelingsregels. De Afdeling vraagt in dit verband in welke situaties Deel 6 van de Wft toepassing vindt en hoe deze toepassing zich in dat geval verhoudt tot Deel 3A van de Wft. Voor het nieuwe Deel 3A van de Wft geldt dat de toepassing ervan op banken

plaatsvindt ter uitvoering van het gemeenschappelijk afwikkelingsmechanisme (SRM). Zoals in de toelichting bij het wetsvoorstel is aangegeven, zijn de situaties waarin de bevoegdheden in Deel 6 alsnog toepassing zouden vinden naar hun aard moeilijk reeds van tevoren met concrete voorbeelden te duiden. Deel 6 van de Wft wordt juist behouden met het oog op onvoorziene situaties. In elk geval zou het moeten gaan om een (nood)situatie waarin het gemeenschappelijk afwikkelingsmechanisme onverhoopt niet functioneert of de mogelijkheden ervan tekort zouden schieten.

### *c. Minimumvereiste voor eigen vermogen*

Op basis van de richtlijn kapitaalvereisten (CRD IV) zijn op een bank verschillende prudentiële eisen van toepassing met betrekking tot de hoeveelheid en kwaliteit van het aan te houden kapitaal. Er gelden minimumkapitaaleisen waar een bank te allen tijde aan moet voldoen, en aanvullende 'kapitaalbuffers' waar een bank op mag interen. Daarnaast geldt voor banken op basis van de richtlijn herstel en afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen (BRRD) en de verordening gemeenschappelijk afwikkelingsmechanisme (SRM-verordening) een minimumvereiste voor eigen vermogen en in aanmerking komende passiva (MREL). De afwikkelingsautoriteit stelt voor elke bank een verplicht aan te houden bedrag aan eigen vermogen en in aanmerking komende passiva vast, uitgedrukt als een percentage van de totale passiva, inclusief het eigen vermogen. Het doel van deze eis is te waarborgen dat een bank voldoende geschikte vermogensinstrumenten heeft om in afwikkeling de verliezen op te vangen en te kunnen herkapitaliseren tot een adequaat niveau. De richtlijn en de verordening bepalen dat voor de MREL de volgende instrumenten meetellen: i) het kapitaal dat een bank al dan niet op basis van de prudentiële kapitaaleisen aanhoudt, en ii) de in de richtlijn gedefinieerde overige instrumenten, zoals achtergestelde schuld en senior obligaties. De MREL omvat daarmee meer typen instrumenten dan alleen eigen vermogen.

De Afdeling heeft de vraag opgeworpen of de afwikkelingsautoriteit via het bepalen van de MREL een bank *de facto* een hogere prudentiële kapitaalseis kan opleggen. Dit is niet het geval. De eis van MREL dient zoals hierboven beschreven een ander doel. Hier komt bij dat banken kunnen besluiten om naast eigen vermogen ook met andere typen instrumenten, zoals achtergestelde schuld en senior obligaties, te voldoen aan de MREL. Zodoende kan een bank zelf besluiten aan de MREL te voldoen door meer eigen vermogen aan te houden dan op basis van CRD IV verplicht is.

## 3. Overige opmerkingen

### *a. Volledige en correcte omzetting van de richtlijnbevestigingen*

i. De Afdeling wijst er terecht op dat de bepalingen inzake het verlenen van financiële steun ook betrekking kunnen hebben op overeenkomsten tussen dochterondernemingen binnen dezelfde groep. Het voorgestelde artikel 3:300 van de Wft sloot hierbij niet aan. Naar aanleiding van het advies is de regeling

verbreed zodat de relevante bepalingen ook van toepassing zijn op overeenkomsten tussen verschillende dochterondernemingen.

**Directie Financiële Markten**

ii. De rechtsgrondslag van de ministeriële regeling waarnaar de Afdeling verwijst is met ingang van 22 juli 2013 (Stcrt. 1013, 19608) door een wijziging van artikel 5 van de regeling reeds uitgebreid met onder andere artikel 1:24, vierde lid, Wft. Die bepaling biedt grondslag voor een nadere regeling van de taakuitoefening van DNB bij de uitvoering van bindende EU-rechtshandelingen. Daarmee is het mogelijk de bepaling in de richtlijn omtrent het informeren en raadplegen van de werknemersvertegenwoordigers in die regeling te implementeren.

**Ons kenmerk**  
FM/2015/753 M U

iii. Het advies van de Afdeling is opgevolgd en het wetsvoorstel is dienovereenkomstig aangepast.

iv. Het voorgestelde artikel 3A:13 Wft voorziet in een verplichting voor een entiteit om in overeenkomsten waarop het recht van een derde land van toepassing is, een clause op te nemen waarin de wederpartij instemt met mogelijke toepassing van afwikkelingsbevoegdheden. Het vierde lid voorziet in de mogelijkheid van ontheffing indien, kort gezegd, vast staat dat de afwikkelingsbevoegdheden door een afwikkelingsautoriteit kunnen worden toegepast. De Afdeling wijst er op dat artikel 3A:13, vierde lid, Wft ten onrechte is beperkt tot de toepassing van dergelijke bevoegdheden door een afwikkelingsautoriteit van een andere lidstaat en niet door DNB. Dit is een omissie. Het artikel is overeenkomstig het advies van de Afdeling aangepast. DNB kan uiteraard ook ontheffing verlenen als vast staat dat de afwikkelingsbevoegdheden door haar kunnen worden toegepast. Hetzelfde geldt voor de Afwikkelingsraad.

v. De Afdeling wijst erop dat artikel 1:75 Wft geen grondslag biedt om een aanwijzing te geven die ertoe strekt het functioneren van de overbruggingsinstelling in overeenstemming te doen zijn met de staatssteunregels van de EU. Naar aanleiding van het advies van de Afdeling is het wetsvoorstel aangevuld met de bevoegdheid voor DNB om een aanwijzing te geven aan de overbruggingsinstelling met betrekking tot de taakuitoefening.

vi. Naar aanleiding van het advies van de Afdeling zijn de artikelen alsnog geïmplementeerd in respectievelijk de artikelen 3:300, tweede lid, 1:76a, tweede lid, en 3A:18 Wft. Tevens is de toelichting op die artikelen aangevuld.

#### *b. Erkenning en tenuitvoerlegging besluiten buitenlandse afwikkelingsautoriteiten*

Het advies van de Afdeling is overgenomen en de tekst van de voorgestelde artikelen 3A:4 en 3A:5 Wft zijn dienovereenkomstig aangepast. Ook is het advies van de Afdeling overgenomen om de tekst van het voorgestelde artikel 3A:4, tweede lid, Wft aan te passen, zodat het doel van de bepaling – de gang naar de rechter uitsluiten voor wat betreft buitenlandse maatregelen – beter tot zijn recht komt. De tekst is aldus aangepast dat niet in rechte kan worden opgekomen tegen een door de afwikkelingsautoriteit van een andere lidstaat genomen besluit, maar wel tegen de tenuitvoerlegging ervan.

c. *Verhouding van enkele bepalingen tot de Algemene wet bestuursrecht*

Directie Financiële Markten

i. De Afdeling signaleert terecht dat het besluit van DNB - inhoudende een verzoek aan de AFM om met betrekking tot de door de instelling in afwikkeling uitgegeven financiële instrumenten de toelating tot de handel op een gereguleerde markt of de officiële notering te onderbreken, op te schorten of in te trekken - een besluit is in de zin van de Awb en er daarom daartegen bezwaar en beroep open staat voor de AFM. Het oordeel van de Afdeling dat dit de uitvoering van de afwikkeling kan belemmeren wordt onderschreven. Het wetsvoorstel voorziet naar aanleiding van het advies van de Afdeling in uitsluiting van voornoemd besluit van DNB van bezwaar en beroep.

Ons kenmerk  
FM/2015/753 M U

ii. De Afdeling neemt, zo blijkt uit haar advies, tot uitgangspunt dat de curator, de bijzondere bewindvoerder of de bijzondere bestuurder beslissingen neemt die onder normale omstandigheden door organen van de instelling worden genomen en daarmee een civielrechtelijk karakter hebben.

De curator, bijzondere bewindvoerder en bijzondere bestuurder vinden echter hun rol in de uitoefening van het prudentieel toezicht of de uitvoering van een afwikkeling ingevolge de Wet op het financieel toezicht. 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. De wet bepaalt dat het besluit tot benoeming van een curator of bijzondere bewindvoerder een beschrijving bevat van de belangen waardoor de curator zich dient te laten leiden, onderscheidenlijk welke rol en taken aan de bijzondere bewindvoerder worden toegekend.

Gegeven de achtergrond van de benoeming van een curator of bijzondere bewindvoerder, te weten 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 temeer 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. Bij toetsing zal immers primair aan de orde zijn of de curator, bijzondere bewindvoerder of bijzondere bestuurder zijn taakopdracht in het kader van het prudentieel toezicht of de afwikkeling op juiste wijze vervult, met inachtneming van de beginselen van behoorlijk bestuur.

De toelichting is dienovereenkomstig aangevuld.

iii. Het advies van de Afdeling is overgenomen en de wettekst en toelichting zijn dienovereenkomstig aangepast.

iv. Het advies van de Afdeling is overgenomen en het wetsvoorstel is dienovereenkomstig aangepast.

v. De Afdeling maakt een opmerking over het voorgestelde artikel 3:305, derde lid, Wft waarin een aantal bepalingen met betrekking tot de van rechtswege verleende beschikking uit de Algemene wet bestuursrecht van overeenkomstige toepassing zijn verklaard. Artikel 3:305, derde lid, bepaalt, kort gezegd, dat een EU-moederinstelling met zetel in Nederland kan overgaan tot het verlenen van financiële steun binnen haar groep, indien niet binnen vijf werkdagen na kennisgeving van het voornemen tot steunverlening DNB de financiële steun verbiedt dan wel onder voorwaarden goedkeurt. De Afdeling merkt op dat, nu geen sprake is van een aanvraag waarop altijd een besluit dient te volgen maar van een melding, de overeenkomstige toepassing van die bepalingen onduidelijkheid schept. Naar aanleiding van de opmerking van de Afdeling is de overeenkomstige toepassing van de bepalingen uit de Awb geschrapt. In plaats daarvan is opgenomen dat DNB uiterlijk binnen vijf werkdagen kan reageren op de melding van de onderneming met een verbod of een goedkeuring onder voorwaarden.

#### 4. Redactionele bijlage

De redactionele kanttekeningen van de Afdeling zijn zoveel mogelijk verwerkt.

#### 5. Aanvullende wijzigingen

Van de gelegenheid is gebruik gemaakt wetstechnische en redactionele verbeteringen door te voeren in het wetsvoorstel en de memorie van toelichting. Daarnaast zijn nog een aantal meer inhoudelijke wijzigingen doorgevoerd, die hieronder zijn toegelicht.

Ten eerste is de implementatie van de artikelen 49 en 50 van de richtlijn alsnog in het wetsvoorstel opgenomen. Artikel 49 van de richtlijn gaat over de behandeling van derivaten wanneer de afwikkelingsautoriteit gebruik maakt van haar afschrijvings- en omzettingsbevoegdheden (bevoegdheid tot afschrijving of omzetting van kapitaalinstrumenten of van het instrument van bail-in). Artikel 50 van de richtlijn gaat over de beginselen die de afwikkelingsautoriteit in acht moeten nemen wanneer zij gebruik maakt van haar omzettingsbevoegdheden. Eerder was implementatie van deze artikelen voorzien bij algemene maatregel van bestuur. Beide artikelen staan echter vrij uitgebreid en specifiek uitgeschreven in de richtlijn en bovendien is nadere uitwerking voorzien door EBA middels technische reguleringsnormen (artikel 49) en richtsnoeren (artikel 50). Daarom ligt het bij nader inzien meer voor de hand deze richtlijnartikelen te implementeren met een verwijzing op het niveau van de wet. Hiertoe is zowel in

voorgestelde artikel 3A:21 Wft als in het voorgestelde 3A:44 Wft een derde lid toegevoegd.

**Directie Financiële Markten**

Verder zijn de voorwaarden waaronder DNB het instrument van afsplitsing van activa en passiva toepast, aangevuld. Het gaat daarbij om de voorwaarden die zijn opgenomen in artikel 42, vijfde lid, van de richtlijn. Ook daarbij was het voornemen om deze voorwaarden op te nemen in een algemene maatregel van bestuur. Aangezien deze voorwaarden een beperking inhouden van de toepassing van deze bevoegdheid van DNB, lijkt het passender deze toe te voegen aan het wetsvoorstel. Hierop is het voorgestelde artikel 3A:41, tweede lid, Wft aangevuld.

**Ons kenmerk**  
FM/2015/753 M U

Ook voorgestelde artikel 3A:49, derde lid, Wft is aangepast. Dit lid bevatte een grondslag voor het stellen van nadere regels met betrekking tot onder meer de benoeming en taak van de bijzondere bestuurder. Het stellen van deze regels wordt nu ondervangen door de van overeenkomstige toepassingverklaring van een aantal leden van de artikelen 1:76 en 1:76a Wft, waarin gelijksoortige regels zijn opgenomen ten aanzien van de curator en de bijzondere bewindvoerder.

Het voorgestelde artikel 3A:56 Wft is, naast een wijziging naar aanleiding van de redactionele opmerking van de Afdeling, verder aangepast. Het artikel betreft de bevoegdheid voor DNB een verzoek te doen aan de AFM om de handel in financiële instrumenten uitgegeven door (of met medewerking van) de entiteit in afwikkeling op te schorten of te onderbreken, dan wel deze instrumenten van de handel uit te sluiten. Naar aanleiding van de opmerking van de Afdeling is de grondslag van de bevoegdheid van de AFM in artikel 5:23h Wft opgenomen. Verder is dit artikel aangevuld met de grondslag in artikel 4:4b Wft. Dit artikel bevat eenzelfde bevoegdheid voor de AFM ten aanzien van beleggingsondernemingen die in Nederland een multilaterale handelsfaciliteit exploiteren of beleggingsondernemingen met systematische interne afhandeling.

Verder is de noodzaak tot opname in het wetsvoorstel van de bepalingen die in het voorgestelde artikel 3A:55 Wft waren opgenomen, komen te vervallen. In het eerste lid was opgenomen dat DNB geen afwikkelingsmaatregel neemt ten aanzien van activa die zich bevinden in een derde land, dan wel passiva of eigendomsinstrumenten die worden beheerst door het recht van een derde land, indien DNB het uiterst twijfelachtig acht dat deze zal worden uitgevoerd. Deze bepaling zal worden opgenomen in de Regeling taakuitoefening en grensoverschrijdende samenwerking financiële toezichthouders Wft. Het tweede lid van artikel 3A:55 Wft voorzag in de nietigheid van de afwikkelingsmaatregelen waarvan de uitvoering twijfelachtig werd geacht. Het regelen van de nietigheid is echter niet nodig, nu DNB het besluit tot het nemen van een dergelijke afwikkelingsmaatregel kan intrekken.

In het voorgestelde artikel 3A:57 Wft was nog niet geregeld dat artikel 1:76b Wft ook van toepassing is op een bevoegdheid die door DNB of de Afwikkelingsraad wordt uitgeoefend op grond van de verordening, op een besluit van een afwikkelingsautoriteit van een andere lidstaat of een derde land dat erkend is ingevolge de artikelen 3A:4 onderscheidenlijk 3A:5 Wft, of een gebeurtenis die daarmee rechtstreeks verband houdt. Deze omissies zijn hersteld.

Tot slot is het overgangsrecht met betrekking tot het afwikkelingsfonds technisch

gewijzigd. In plaats van een wijziging van de regeling in Deel 3A van de Wft op het moment dat het gemeenschappelijk afwikkelingsfonds van start gaat, is nu voorzien in overgangsrecht voor de periode tot dat moment.

**Directie Financiële Markten**

**Ons kenmerk**  
FM/2015/753 M U

Ik moge U, mede namens de Minister van Veiligheid en Justitie, verzoeken het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De Minister van Financiën,

J.R.V.A. Dijsselbloem