

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, L173), 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, L225) (Implementatiewet Europees kader voor herstel en afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen)

MEMORIE VAN TOELICHTING

INHOUDSOPGAVE	PAG.
ALGEMEEN	2
§ 1. Inleiding	2
§ 2. Verhouding richtlijn en verordening	5
§ 3. De richtlijn en de verordening	7
<i>a. de voorbereidingsfase</i>	13
<i>b. de vroegtijdige interventiefase</i>	14
<i>c. afschrijven of omzetten van kapitaalinstrumenten (AFOMKI)</i>	14
<i>d. de afwikkelingsfase</i>	16
<i>e. financiering van afwikkeling; afwikkelingsfonds en afwikkelingsheffing</i>	24
<i>f. Waarborgen voor private partijen</i>	27
<i>g. Rechtsbescherming</i>	28
<i>h. verhouding tot Handvest van de Grondrechten en EVRM</i>	33
<i>i. handhaving</i>	35
<i>j. samenwerking afwikkelingsautoriteit, de nationale bevoegde autoriteit en de nationale afwikkelingsautoriteit</i>	37
§ 4. het onderhavige wetsvoorstel	38
<i>a. wijze van implementatie</i>	38
<i>b. nationale afwikkelingsautoriteit</i>	41
<i>c. nieuw afwikkelingsregime</i>	44
<i>d. bekostiging</i>	49
<i>e. administratieve lasten en inhoudelijke nalevingskosten</i>	49
<i>f. consultatie</i>	
ARTIKELSGEWIJS	55

I. ALGEMEEN

Dit wetsvoorstel strekt tot implementatie van de richtlijn herstel en afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen (Bank Recovery and Resolution Directive).¹ Voorts wordt met het wetsvoorstel uitvoering gegeven aan de verordening inzake een gemeenschappelijk afwikkelingsmechanisme (Single Resolution Mechanism).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 en de Faillissementswet wordt deze toelichting gegeven mede namens de Minister van Veiligheid en Justitie.

§ 1. Inleiding

Tijdens de Europese top van 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.

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, in bijvoorbeeld Ierland en Spanje. Verder leggen de financieringskosten van overheden een bodem onder de financieringskosten in de economie en daarmee van banken. Banken 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 zij ook risico's. Een Europese bankenunie is van groot belang om de negatieve wisselwerking tussen slecht presterende banken en 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 overheden is een ander belangrijk uitgangspunt van de Europese bankenunie om de kosten van bankfaillissementen te minimaliseren en een

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).

beroep op publieke middelen zoveel als mogelijk uit te sluiten. Hiervoor is een pakket geloofwaardige instrumenten nodig om tijdig en snel genoeg in een zwakke of falende instelling te kunnen ingrijpen om de continuïteit van de kritieke financiële en economische functies van de instelling te waarborgen en tegelijkertijd het effect van het falen van de instelling op de economie en het financiële systeem tot een minimum te beperken. Die regeling 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. Europees banktoezicht
2. Geharmoniseerde toezichtkaders (*single rulebook*)
3. Europees afwikkelingsmechanisme en Europees afwikkelingsfonds

1. Europees banktoezicht

De eerste pijler van de Europese bankenunie bestaat uit het Gemeenschappelijk Toezichtsmechanisme (Single Supervisory Mechanism, SSM). Het SSM wordt geïntroduceerd door de verordening banktoezicht,³ waarbij aan de Europese Centrale Bank specifieke taken worden opgedragen betreffende het beleid inzake het prudentieel toezicht op kredietinstellingen. Aan deze verordening wordt in een apart wetsvoorstel uitvoering gegeven.⁴

Met de start van het SSM zal één toezichthouder, de Europese Centrale Bank (ECB), het (directe) prudentiële toezicht op de grootste banken in de Europese bankenunie overnemen van de nationale toezichthouders. In Nederland zal de ECB de verantwoordelijkheid voor het (directe) prudentiële toezicht op de grootbanken overnemen van de Nederlandsche Bank (hierna: "DNB") en 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

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).

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).

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.

te stellen. Voorts bevordert het SSM een gelijk speelveld voor de banken, zorgt voor consistente toezichteisen en voorkomt toezichtarbitrage. Daarmee sluit het toezicht ook beter aan bij de bestaande situatie waarin veel Europese banken grensoverschrijdend opereren. 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 Europese Unie en in de lidstaten.

2. Geharmoniseerde 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 kapitaaleisen 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 kapitaaleisenrichtlijn⁶ (CRD IV) en de kapitaaleisenverordening⁷ (CRR) worden de prudentiële regels voor banken en beleggingsondernemingen aangescherpt en uitgebreid en bovendien worden maatregelen geïntroduceerd ter versterking van het toezicht. Hierbij moet onder meer worden gedacht aan extra bevoegdheden voor toezichthouders, rapportageverplichtingen en regels omtrent informatiedeling. 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 in de implementatiewet richtlijn en verordening kapitaalvereisten.⁸

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

De BRRD bewerkstelligt middels minimumharmonisatie effectieve en geloofwaardige instrumenten om financiële problemen van banken snel en effectief op te lossen en om, indien nodig, de afwikkeling van banken ordelijk te laten verlopen.

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).

⁸ Stb. 2014, 253.

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

3. Europees afwikkelingsmechanisme en Europees afwikkelingsfonds

De derde pijler onder de Europese bankenunie betreft het gemeenschappelijk afwikkelingsmechanisme (Single Resolution Mechanism). De verordening regelt de (procedure voor) 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 Europees afwikkelingsfonds (*Single Resolution Fund*, SRF, hierna: het Europees afwikkelingsfonds) opgericht.

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

§2. Verhouding richtlijn en verordening

BRRD

Op 6 juni 2012 heeft de Europese Commissie een voorstel voor een richtlijn voor herstel en afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen (hierna: de richtlijn) gepubliceerd. Het Raadsakkoord over dit voorstel is op 26 juni 2013 bereikt. Eind december 2013 is een politiek akkoord bereikt tussen de Raad en het Europees Parlement over de richtlijn. Vervolgens heeft de Raad tijdens de Coreper van 20 december 2013 en het EP op 15 april 2014 tijdens de plenaire stemming ingestemd met de richtlijn. Op 12 juni 2014 is de richtlijn gepubliceerd in het Publicatieblad van de Europese Unie.

De richtlijn biedt de nationale autoriteiten van elke lidstaat hoofdzakelijk dezelfde afwikkelingsinstrumenten en -bevoegdheden. Dit zorgt ervoor dat de autoriteiten over de instrumenten beschikken om tijdig en snel genoeg 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.

SRM-verordening

Op 20 maart jl. hebben de Raad, het Europees Parlement (EP) en de Europese Commissie (EC) een triloogakkoord bereikt over een voorstel van de EC voor de oprichting van een Europees afwikkelingsmechanisme (hierna: de verordening). Vervolgens heeft de Raad tijdens de Coreper van 27 maart jl. en het EP op 15 april jl. tijdens de plenaire stemming ingestemd met de verordening. Op 30 juli jl. is de verordening gepubliceerd in het Publicatieblad van de Europese Unie.

De verordening vormt de implementatie van een gedeelte van de richtlijn voor de lidstaten die deelnemen aan de Europese bankenunie. 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 de voorbereiding en afwikkeling van de grootste banken en de grensoverschrijdende banken in de lidstaten die deelnemen aan de bankenunie naar Europees niveau, met één centrale afwikkelingsautoriteit, de Afwikkelingsraad. De verordening zal gefaseerd in werking treden. Vanaf 1

januari 2015 zal de Afwikkelingsraad operationeel zijn en is zij verantwoordelijk voor het opstellen van afwikkelingsplannen. Vanaf 1 januari 2016 zal zij ook verantwoordelijk zijn voor de afwikkeling van banken en op hetzelfde moment zal ook het Europese afwikkelingsfonds van start gaan.

Verhouding richtlijn - verordening

De richtlijn betekent een significante stap naar harmonisatie van de regels betreffende de afwikkeling van banken in de gehele Unie en voorziet in samenwerking tussen de 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 kan het 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.

Precies hiervoor is ook de verordening in plaats gekomen. De verordening past als volgende stap in het harmonisatieproces op het terrein van afwikkeling van banken en is bovendien vervlochten met het proces van harmonisering van prudentieel toezicht, dat tot stand is gekomen door de oprichting van de Europese Banken Autoriteit (EBA), de CRR en CRD IV en de instelling van het SSM, dat toezicht dient te houden op de naleving van de regels van de Unie inzake prudentieel toezicht. 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.

Voor de voltooiing van de interne markt voor financiële diensten is het van essentieel belang om voor doeltreffende afwikkelingsbesluiten voor falende banken in de Unie en voor het gebruik van op Unieniveau aangetrokken financiering te zorgen. 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 verbetering van de werking van de interne markt.

De verordening zal ervoor zorgen dat een neutrale aanpak wordt gehanteerd bij het behandelen van falende banken en zal derhalve de stabiliteit van de banken in de deelnemende lidstaten vergroten. Voor lidstaten die deelnemen aan de Europese bankenunie wordt daarom een gecentraliseerde afwikkelingsbevoegdheid toegekend aan de bij deze 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 banken of groepen van entiteiten 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 CRD IV en de CRR vallen.¹⁰ De richtlijn biedt ook de mogelijkheid om het afwikkelingsinstrumentarium toe te passen op een holding waaronder minimaal een bank of beleggingsonderneming is geplaatst.

In onderstaande tabel wordt de verschillende reikwijdte nogmaals weergegeven.

Tabel: reikwijdte richtlijn en verordening

richtlijn	verordening
banken	banken
stand-alone beleggingsondernemingen met een startkapitaal van € 730.000	groepen met een bank
groepen met minimaal een bank of beleggingsonderneming	

Tot slot is in dit kader relevant om op te merken dat de richtlijn geldt voor landen die lid zijn van de Europese Unie (28) (en overigens de Europese Economische Ruimte) en dat de verordening regels stelt voor landen die de euro als munt kennen en onderdeel uitmaken van de Europese bankenunie (18). Het is mogelijk voor andere EU-landen om tot de Europese bankenunie toe te treden.

§3. De richtlijn en de verordening

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 eigenvermogensvereisten van toepassing is.

De richtlijn en de verordening zijn te onderscheiden in drie fases:

- 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 interventiefase bestaan bevoegdheden voor de 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.

a. 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 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 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.

Financiële steun binnen een groep

De richtlijn voorziet in de artikelen 19 en verder 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 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 regeling heeft betrekking op overeenkomsten tussen ofwel een moederinstelling met zetel in Nederland en één of meerdere dochterondernemingen met zetel buiten Nederland ofwel één of meerdere dochterondernemingen met zetel in Nederland en een moederinstelling met zetel buiten Nederland. Er moet voor de toepassing van dit regime aldus sprake zijn van een overeenkomst met een grensoverschrijdend karakter. De richtlijn voorziet in een aantal voorwaarden waaraan zowel de initiële overeenkomst als een eventuele toepassing van die overeenkomst door het verlenen van financiële steun moet voldoen. Artikel 23 van de richtlijn bepaalt in dat verband dat in beide gevallen onder meer 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 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 zou de liquiditeit of de solvabiliteit van de groepsentiteit die de steun verleent, niet in gevaar brengen;
- de verlening van de financiële steun zou 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 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 toezicht op individuele basis op de groepsentiteit die de steun verleent;
- de verlening van de financiële steun zou de afwikkelbaarheid van de groepsentiteit die de steun verleent, niet ondermijnen.

Het sluiten van een overeenkomst vergt de goedkeuring van de consoliderende toezichthouder van de groep. Die beoordeelt onder meer of aan de bovengenoemde voorwaarden is voldaan. De richtlijn stelt in artikel 20 dat de consoliderende toezichthouder tezamen met de andere bevoegde autoriteiten 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 heeft het besluit van DNB, met inachtneming van het vijfde, zesde en zevende lid van artikel 20 van de richtlijn, uiteindelijk rechtskracht. Een besluit 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 kan de overeenkomst niet ten uitvoer worden gelegd.

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 daartegen bezwaar maakt 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 dient binnen vijf werkdagen te beoordelen of aan de hiervoor genoemde criteria is voldaan. Wordt niet binnen vijf werkdagen een besluit genomen dat wordt de instemming geacht te zijn verleend. Ter implementatie van deze *lex silencio* worden enkele bepalingen uit de Algemene wet bestuursrecht over de van rechtswege verleende beschikking van overeenkomstige toepassing verklaard.

Ten slotte dienen entiteiten die partij zijn bij 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

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).

zal in uitvoeringsnormen voorschrijven op welke wijze de openbaarmaking dient te geschieden.

Afwikkelingsplanning

De verordening gaat in op de afwikkelingsplanning. Het gaat daarbij om regels aangaande het opstellen van afwikkelingsplannen, de beoordeling van afwikkelbaarheid van de instelling, het wegnemen van belemmeringen voor afwikkelbaarheid en het vaststellen van het minimumvereiste voor eigen vermogen en in aanmerking komende passiva.

De afwikkelingsautoriteiten stellen voor elke instelling of groep een afwikkelingsplan op. Het afwikkelingsplan beschrijft de mogelijkheden voor de toepassing van in de verordening bedoelde afwikkelingsinstrumenten en -bevoegdheden op de instelling. Het afwikkelingsplan is een essentieel onderdeel van een doeltreffende afwikkeling. Zo zal in het afwikkelingsplan een gedetailleerde beschrijving van de verschillende afwikkelingsstrategieën die binnen de verschillende mogelijke scenario's kunnen worden toegepast en de betreffende tijdsbestekken moeten worden opgenomen. Daarbij zal het afwikkelingsplan ook dienen in te gaan op de wijze waarop de kritieke functies en kernbedrijfsonderdelen juridisch en economisch voldoende van de overige functies kunnen worden gescheiden om bij falen van de instelling de continuïteit te waarborgen.

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 BBRD. Daarnaast kan de Afwikkelingsraad ook van de nationale afwikkelingsautoriteiten verlangen dat zij ontwerp-afwikkelingsplannen opstellen en deze aan de Afwikkelingsraad voorleggen.

In het kader van het opstellen van de afwikkelingsplannen beoordeelt de afwikkelingsautoriteit tevens 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 BBRD 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.

In de context van de herstel- en afwikkelingsplannen dienen de toezichthouder en de afwikkelingsautoriteit onder meer 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, maar de autoriteiten kunnen ten aanzien van de instelling andere of aanzienlijk minder strenge vereisten inzake afwikkelingsplanning en informatie toepassen en in plaats van de jaarlijkse

bijwerking een lagere frequentie opleggen. In het geval van een kleine, weinig verweven en weinig complexe instelling kan een herstelplan worden beperkt tot bepaalde basisinformatie over de structuur en de voorwaarden voor herstelmaatregelen en de mogelijkheden tot herstel en behoeft deze instelling minder omvangrijke informatie te verstrekken ten behoeve van het afwikkelingsplan.

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 de verordening stelt de afwikkelingsautoriteit - parallel aan het opstellen en bijhouden van de afwikkelingsplannen - een minimum voor eigen vermogen en in aanmerking komende passiva, de MREL, vast dat 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 toepassen van het instrument van bail-in.

Bij het vaststellen van de hoogte van de MREL houdt de afwikkelingsautoriteit rekening met het feit dat de MREL niet hoger mag zijn dan het bedrag aan eigen vermogen en in aanmerking komende passiva dat toereikend is om te garanderen dat, bij toepassing van het instrument van bail-in, de verliezen van een instelling kunnen worden opgevangen en de tier 1-kernkapitaalratio van die entiteiten weer op een peil kan worden gebracht. Het is daarbij noodzakelijk dat het instrument van bail-in dermate wordt toegepast dat de entiteit in staat wordt gesteld aan de vergunningsvoorwaarden te blijven voldoen, alsook om voldoende marktvertrouwen te handhaven in de instelling. Hierbij houdt de afwikkelingsautoriteit ook rekening met het feit dat bepaalde categorieën in aanmerking komende passiva van bail-in kunnen worden uitgesloten.

Binnen de hierboven beschreven grenzen ten aanzien van de hoogte van de MREL voert de afwikkelingsautoriteit de vaststelling 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 depositogarantiestelsel 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 ervan 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, noch door deze gedekt met een zekerheid of gegarandeerd;
- de aankoop van het instrument is niet 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 insolventiehierarchie overeenkomstig artikel 108 van de richtlijn.

In 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.

Op grond van de verordening is er geen geharmoniseerde minimumhoogte van de MREL. Het is aan de relevante afwikkelingsautoriteit om de exacte hoogte, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, vast te stellen.

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. Op basis van de bevindingen in het verslag dient de Commissie, indien passend, uiterlijk 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.

b. de vroegtijdige interventiefase

Het tweede deel van de richtlijn bevat maatregelen voor het bestuur van een instelling om het tij te keren, op het moment dat de situatie van een op zichzelf zonder problemen lopende onderneming verslechtert. Ook wordt in dit deel ingegaan op de rol van de tijdelijk bewindvoerder.

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 interventie maatregelen. Vanaf het moment dat hij in kennis is gesteld kan de Afwikkelingsraad vervolgens de mogelijke afwikkeling van de betrokken instelling of groep voorbereiden.

Vroegtijdige interventie maatregelen

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 af te wikkelen. 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 interventie maatregelen zijn in de richtlijn opgenomen, waarin wordt bepaald dat de toezichthouder onder meer de volgende maatregelen ter beschikking heeft:¹²

- 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 vergadering van aandeelhouders van de instelling bijeen te roepen, of, indien het leidinggevend orgaan niet aan die eis voldoet, zelf rechtstreeks een aandeelhoudersvergadering bijeen te roepen, en in beide gevallen de agenda vast te stellen en verlangen dat bepaalde besluiten ter aanneming door de aandeelhouders worden voorgelegd;
- 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.

¹² Artikel 27 BRRD.

Tijdelijk bewindvoerder

Als geen van de maatregelen in de vroegtijdige interventiefase hebben gewerkt terwijl toch nog geen reden is om tot afwikkeling over te gaan, geeft de richtlijn in dit stadium de mogelijkheid aan de toezichthouder om een tijdelijk bewindvoerder aan te stellen bij de instelling. Dit is qua idee deels vergelijkbaar met het concept 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 dient erin te bestaan alle hem verleende bevoegdheden uit te oefenen ter bevordering van oplossingen om de financiële positie van de instelling te herstellen. 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 deze goedkeuringsrechten hebben ten aanzien van besluiten van het bestuur van de instelling, plaatsnemen in het bestuur of in de plaats komen van het bestuur.

c. 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 nog 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 mee 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-kernkapitaalinstrumenten¹³ worden eerst verlaagd in verhouding tot de verliezen en tot de volledige omvang ervan;
- b) de hoofdsom van de aanvullende tier 1-instrumenten¹⁴ wordt afgeschreven of omgezet in tier 1-kernkapitaalinstrumenten, dan wel beide;
- c) de hoofdsom van de tier 2-instrumenten¹⁵ 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.

d. 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 doen 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

¹³ 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

¹⁴ kapitaalinstrumenten die voldoen aan de voorwaarden van artikel 52(1) van Verordening (EU) nr. 575/2013

¹⁵ kapitaalinstrumenten of achtergestelde schuldinstrumenten die voldoen aan de voorwaarden van artikel 63 van Verordening (EU) nr. 575/2013

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.

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

Bij de toepassing van de afwikkelingsinstrumenten en de uitoefening van de afwikkelingsbevoegdheden houdt de afwikkelingsautoriteit rekening met de volgende afwikkelingsdoelstellingen.

Ten eerste is een doel dat met behulp van afwikkeling wordt bereikt, het zorgen voor de continuïteit van kritieke functies. Dat 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 van het eerste doel 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 van de instelling in afwikkeling dragen de eerste verliezen;
- crediteuren van de instelling in afwikkeling dragen verliezen na de aandeelhouder;
- 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;
- gedekte deposito's zijn volledig beschermd;
- afwikkelingsmaatregelen worden genomen met inachtneming van de in deze verordening vastgestelde waarborgen.

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 bail-in, via een van de andere drie afwikkelingsinstrumenten (verkoop van aandelen, activa, passiva en/of deposito's aan een derde, aan een overbruggingsinstelling of aan een bad bank), of met een combinatie van instrumenten.

De verordening definieert vier afwikkelingsinstrumenten, te weten:

1. het instrument van verkoop van de onderneming
2. het instrument van de overbruggingsinstelling
3. het instrument van afsplitsing van activa
4. het instrument van bail-in

1. het instrument van verkoop van de onderneming

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

2. het instrument van de overbruggingsinstelling

Ook bij het instrument van de overbruggingsinstelling kunnen aandelen of vermogensbestanddelen worden overgedragen. Dit instrument verschilt van het instrument van de verkoop van de onderneming doordat de aandelen of vermogensbestanddelen niet aan een andere private partij worden overgedragen maar aan een overbruggingsinstelling. Een overbruggingsinstelling is, kort gezegd, een instelling die geheel of gedeeltelijk in eigendom is van de overheid, en die is opgericht om tijdelijk de eigendom van activa en passiva, deposito's of aandelen te houden teneinde de kritieke functies van de entiteit in afwikkeling in stand te houden.

3. het instrument van afsplitsing van activa

Bij de toepassing van het instrument van afsplitsing van activa draagt de afwikkelingsautoriteit vermogensbestanddelen over een entiteit voor vermogensbeheer, in de richtlijn "vehikel voor activabeheer". Anders dan de term suggereert, kunnen bij dit instrument ook passiva worden overgedragen. Door de entiteit in afwikkeling uitgegeven aandelen kunnen met dit instrument niet worden overgedragen. 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.

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

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 die door de belastingbetalers worden gedragen, zoveel mogelijk beperken. De afwikkelingsautoriteit dient er voor 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 en schuldeisers van de falende instelling passende verliezen lijden en een passend deel van die uit het afwikkelingsproces voortvloeiende kosten dragen, net zoals zij bij faillissement van de instelling verliezen zouden lijden. 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 en schuldeisers van instellingen een sterkere stimulans geven om in normale omstandigheden toezicht te houden op de gezondheid van die instellingen.

Toepassingsbereik

Niet in aanmerking komende passiva

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 uitgezonderd van bail-in. Dit betreffen:

- a) gedekte deposito's;
- b) door zekerheid gedekte passiva, met inbegrip van gedekte obligaties en passiva in de vorm van financiële instrumenten voor hedgingdoeleinden die integraal deel uitmaken van de pool van onderliggende activa en volgens nationaal recht op gelijke wijze als gedekte obligaties gedekt zijn; 30.7.2014 L 225/52 Publicatieblad van de Europese Unie NL
- c) elke verplichting die ontstaat doordat een instelling of entiteit als bedoeld in artikel 2 van deze verordening activa of geld van cliënten aanhoudt, met inbegrip van activa die of geld dat aangehouden worden respectievelijk 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;
- 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.
 - 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, die zijn omschreven in de SRSM:

- 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 Europese afwikkelingsfonds een bijdrage aan de instelling in afwikkeling leveren, mits een aantal strikte voorwaarden zijn vervuld:

- de aandeelhouders en de houders van relevante kapitaalinstrumenten en andere in aanmerking komende passiva via afschrijving, omzetting of anderszins hebben een bijdrage geleverd aan het opvangen van verliezen en aan herkapitalisatie die ten minste gelijk is aan 8 % van de totale passiva, met inbegrip van het eigen vermogen van de instelling in afwikkeling; en
- de bijdrage van het Europese afwikkelingsfonds is niet groter is 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 solvabiliteitseisen, 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, namelijk in combinatie met i) het instrument van de overbruggingsinstelling, ii) het instrument van afsplitsing van activa en iii) het instrument van verkoop 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 overdracht van de vorderingen of schuldinstrumenten aan 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 verkoop van de onderneming wordt eerst het instrument van bail-in toegepast op de onderneming om deze vervolgens te verkopen aan een andere partij.

Volgorde bij toepassing instrument van bail-in

Met bail-in kan worden afgeschreven op de waarde van de aandelen van de instelling en vervolgens op de verschillende categorieën schulden van de onderneming, 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 zuiver 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 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 worden verlaagd;
3. de hoofdsom van de aanvullende tier 2-instrumenten worden 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, worden verlaagd.
5. de hoofdsom van, of het uitstaande verschuldigde bedrag met betrekking tot, de rest van de in aanmerking komende passiva worden 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 (kernkapitaalinstrumenten). Op het moment dat er bij de instelling in afwikkeling verliezen worden geconstateerd wordt allereerst het bedrag van de aandelen volledig afgeschreven om de eerste verliezen te

absorberen. De aandelen zelf worden op dat moment nog niet ingetrokken. Vervolgens is de laag onder de onder de aandeelhouders aan de beurt om de instelling in afwikkeling van nieuw kapitaal te voorzien, de obligatiehouders. Om deze herkapitalisatie te verwezenlijken is een omzetting van de obligatie in aandelen noodzakelijk. Deze omzetting kan geheel of gedeeltelijk zijn. Ten behoeve van deze omzetting geeft DNB de obligatiehouders 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 de obligaties. Op het moment dat de obligatiehouders vervolgens hun recht op de nieuwe aandelen uitoefenen, worden zij de nieuwe aandeelhouders en worden de oude aandelen ingetrokken.

Figuur 1: voorbeeld van werking bail-in

Stap 1:

Aandeelhouders volledig afgeschreven, aandelen worden nog niet ingetrokken.

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 de aandelen.

Stap 4:

Houders van rechten op nieuwe aandelen (obligatiehouders) oefenen dit recht uit en worden aandeelhouder en tegelijkertijd worden de oude aandelen ingetrokken.

Beschermingsconstructies

Een aantal instellingen die onder de werking van Deel 3A vallen, maakt thans gebruik van zogenoemde beschermingsconstructies. Dit zijn juridische constructies die tot doel hebben om de vennootschap te beschermen tegen een ongewenste of 'vijandige' overname of breder tegen onwelgevallige beslissingen van de algemene vergadering van aandeelhouders.

Beschermingsconstructies 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.

Onderkend is dat de uitoefening van AFOMKI of het instrument van bail-in tot gevolg kan hebben dat de beschermingsconstructie wordt 'afgebroken'. 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 constructie 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 beschermingsconstructies worden gerespecteerd, dan wel opnieuw worden opgezet 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 beschermingsconstructie 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 beschermingsconstructie vormde voor 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 beschermingsconstructie het bereiken van deze doelstellingen belemmert of anderzijds daaraan in de weg staat, kan zij ervoor kiezen de beschermingsconstructie niet te respecteren. Benadrukt wordt dat niet is gekozen voor een verplichting voor de afwikkelingautoriteit daaromtrent.

e. 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 afwickelen 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 die richtlijn een door de bancaire sector gefinancierd nationaal afwikkelingsfonds op te richten. Voor die lidstaten die

deelnemen aan de bankenunie geldt dat deze nationale afwikkelingsfondsen (voor zover van toepassing op entiteiten die onder de werking van de verordening vallen) op 1 januari 2016 worden vervangen door het Europese afwikkelingsfonds. Vanaf dat moment gaan de jaarlijkse bijdragen van banken in deze lidstaten naar het Europese afwikkelingsfonds.

De verordening bepaalt dat in aanvulling op de verordening in een intergouvernamenteel verdrag afspraken worden gemaakt over de werking van het Europese afwikkelingsfonds. In het verdrag zijn de overdracht en de mutualisatie binnen het Europese afwikkelingsfonds vastgelegd. Dit verdrag is op 21 mei 2014 ondertekend en zal naar verwachting op 1 januari 2016 in werking treden. In het verdrag 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 Europese afwikkelingsfonds. Op grond van de richtlijn en de verordening worden deze bijdragen door iedere lidstaat op nationaal niveau geïnd van alle instellingen waaraan op het grondgebied van de betreffende lidstaat een vergunning is verleend. Gedurende de periode van 8 jaar waarin het Europese afwikkelingsfonds moet worden opgebouwd (de overgangperiode), worden de nationaal geïnde bijdragen overgedragen aan zogenoemde nationale compartimenten in het Europese afwikkelingsfonds. Voor het Europese afwikkelingsfonds geldt een streefbedrag van 1% van de gedekte deposito's van alle deelnemende banken, te bereiken uiterlijk op 1 januari 2024 (artikel 69).¹⁶

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 gedekte deposito's maar dit van de banken in de specifieke lidstaat, te bereiken uiterlijk 31 januari 2024.

Voor beide fondsen geldt dat slechts voor een beperkt aantal, uitdrukkelijk genoemde, doelen een beroep kan worden gedaan op de middelen van het fonds. Deze doelen 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 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 doelen 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 bruginstelling of een entiteit voor activabeheer. Artikel 101, tweede lid, van de richtlijn en 76, tweede lid, van de verordening bepalen 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

¹⁶ Zie nader memorie van toelichting goedkeuringswet Intergouvernamenteel akkoord.

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 en moet het benodigde bedrag niet kunnen worden bijeengebracht door passiva van dezelfde rang aan een grotere mate van bail-in te onderwerpen. 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 dienen aandeelhouders en schuldeisers verliezen te hebben genomen met een waarde van ten minste 8 procent van de 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 middelen uit het fonds.

Een andere belangrijke bestemming van de middelen van de fondsen is de compensatie van houders van vorderingen die zijn afgeschreven en 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 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 het fonds.

De middelen van het afwikkelingsfonds en het Europese afwikkelingsfonds worden bijeen gebracht door een ex ante heffing bij banken, beleggingsondernemingen en EU-bijkantoren. De bijdrage van een individuele instelling wordt vastgesteld door de afwikkelingsautoriteit en, voor zover het bijdragen aan het Europese afwikkelingsfonds betreft, door de Afwikkelingsraad. Uitgangspunt is dat de bijdrage wordt gebaseerd op de totale passiva (minus eigen vermogen en door het depositogarantiestelsel (DGS) gegarandeerde deposito's) van een instelling, waarop vervolgens een correctie voor het risicoprofiel van de desbetreffende instelling wordt toegepast. In een gedelegeerde handeling¹⁷ van de Europese Commissie is een aantal voorgeschreven risico-indicatoren opgenomen op basis waarvan het risicoprofiel van elke bank dient te worden vastgesteld. 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

¹⁷ Zie http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-1181_nl.htm

als banken met een contributiebasis die kleiner is dan EUR 300 miljoen en een balanstotaal 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. 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. Dat fonds zal worden beheerd door DNB. Omtrent het beheer 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 IGA zullen de middelen die zijn bijeen gebracht door de entiteiten die onder de verordening vallen, worden overgedragen aan het Europese afwikkelingsfonds. Het nationale afwikkelingsfonds zal dan slechts fungeren voor de afwikkeling van beleggingsondernemingen die niet vallen onder de werking van de verordening en EU-bijkantoren. DNB zal na 1 januari 2016 aldus de bijdragen vaststellen van de entiteiten die deelnemen aan het nationale 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 Europese afwikkelingsfonds. De hoogte van die bijdragen wordt door de Afwikkelingsraad vastgesteld.

f. waarborgen voor private partijen

Een van de afwikkelingsinstrumenten waarin de richtlijn voorziet, is het instrument van verkoop van de onderneming. Bij de toepassing van dit instrument is een van de twee varianten dat activa en passiva van de entiteit in afwikkeling worden overgedragen. De term "verkoop van de onderneming" zou kunnen suggereren dat de onderneming steeds in haar geheel wordt overgedragen door middel van een overdracht van alle activa en passiva, maar de richtlijn laat uitdrukkelijk toe dat sommige maar niet alle activa en passiva worden overgedragen (zie bijvoorbeeld artikel 38, eerste lid, onderdeel b, van de richtlijn). Een overdracht waarbij slechts een gedeelte van de activa en passiva (in de richtlijn aangeduid als "sommige, maar niet alle activa en passiva") wordt overgedragen, zou zonder nadere regels bepaalde rechten van wederpartijen van de entiteit in afwikkeling op een onwenselijke manier kunnen aantasten. Vooropgesteld wordt dat artikel 73, eerste lid, van de richtlijn bepaalt dat de schuldeisers wier vorderingen niet zijn overgedragen ter

voldoening van hun vorderingen ten minste evenveel moeten ontvangen als zij zouden hebben ontvangen mocht de entiteit in afwikkeling zijn geliquideerd in een normale insolventieprocedure op het tijdstip dat de afwikkelingsautoriteit besluit tot de afwikkelingsmaatregel. Dit “*no creditor worse off*”-beginsel is ook opgenomen in artikel 15, eerste lid, onderdeel g, van de verordening. Het heeft daar een ruimer toepassingsbereik: in de verordening ziet het beginsel op elke schuldeiser (niet alleen de achterblijvende schuldeisers) en op alle varianten van afwikkeling (niet alleen op een overdracht van sommige maar niet alle activa en passiva). Toch is in de richtlijn nadere bescherming gegeven voor het geval sommige maar niet alle activa en passiva worden overgedragen, namelijk voor de situatie waarin bepaalde activa en passiva aan elkaar gekoppeld zijn, bijvoorbeeld 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” worden overgedragen aan 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 aan wie die vordering is overgedragen. In een dergelijk geval zou twijfel kunnen ontstaan met betrekking tot het antwoord op de vraag 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 CRD IV. 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 CRD IV 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 worden overgedragen aan 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 beogen de benodigde bescherming te bieden bij overdracht van sommige maar niet alle activa en passiva: artikel 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, nettingovereenkomsten, verrekeningsovereenkomsten en zekerheidsregelingen worden niet aangetast door (a) de overdracht 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 overnemer 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. De Nederlandse wetgever heeft reeds voor de totstandkoming van de richtlijn aandacht voor deze kwestie gehad. Dat heeft ertoe geleid dat bij Wijzigingswet financiële markten 2015 aan artikel 3:159o een lid is toegevoegd. In dat lid is bepaald dat, kort gezegd, de overdracht 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 sommige maar niet alle activa en passiva worden overgedragen. Het verschil met artikel 3:158o is dat onder dat artikel een overdracht van sommige maar niet alle 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 sommige maar niet alle activa worden overgedragen. Deze oplossing is dan ook in Deel 3A opgenomen. De vraag rijst welke sanctie moet worden gesteld wanneer DNB in weerwil van deze bepaling toch sommige maar niet alle activa overdraagt. Dit kan in het bijzonder het geval zijn wanneer eerst na de overdracht blijkt dat sommige activa of passiva zijn gekoppeld aan andere activa of passiva. Overwogen is te bepalen dat, indien activa of passiva worden overgedragen, alle daaraan gekoppelde activa en passiva tevens worden overgedragen. Een nadeel daarvan is dat na de overdracht 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 dat 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 worden overgedragen. Het is niet nodig dat uitdrukkelijk te bepalen. Wel is voor de duidelijkheid bepaald dat een overdracht waarbij gekoppelde activa en passiva niet gezamenlijk zijn overgedragen, niet nietig of vernietigbaar is

Voor een vergelijkbare oplossing is gekozen in het Verenigd Koninkrijk: in de Banking Act 2009 (Restriction of Partial Property Transfers) Order 2009 is in artikel 3, eerste lid, bepaald dat een overdracht geen betrekking mag hebben op sommige maar niet alle activa en passiva die vallen onder een set off-arrangement, netting arrangement of een financiëlezekerheidsovereenkomst. Artikel 4 van bedoelde Order bepaalt dat een *partial property transfer* niet in strijd mag zijn met EU-recht. Een dergelijke bepaling is overbodig. In artikel 11 van die Order is bepaald dat, indien sommige maar niet alle activa en passiva zijn overgedragen in strijd met artikel 3 of 4, een dergelijke overdracht de verrekeningsbevoegdheden niet aantast.

De regel dat aan elkaar gekoppelde activa en passiva slechts gezamenlijk worden overgedragen geldt ook voor (1) verplichtingen en de activa waarmee die verplichtingen onder een zekerheidsregeling ("security arrangement") worden gedekt (artikel 78 van de richtlijn), (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 overdracht van sommige maar niet alle activa 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 Faillissementswet, geen afbreuk worden gedaan door een dergelijke overdracht, noch door de bevoegdheid van de afwikkelingsautoriteit om contractsvoorwaarden te wijzigen (artikel 80 van de richtlijn).

g. rechtsbescherming

Europees

Waar de Afwikkelingsraad handhavend optreedt, dienen de procedures en voorwaarden zoals vervat in het EU-recht in acht te worden genomen. Besluiten van de Afwikkelingsraad zijn niet vatbaar voor nationaal bezwaar en beroep maar onderhevig aan de Europese regelgeving ten aanzien van rechtsbescherming. Op grond van artikel 47 van het EU-Handvest van de Grondrechten hebben betrokken partijen recht op een eerlijk proces en op een doeltreffende voorziening in rechte tegen de maatregelen die op hen van invloed zijn. Dit betekent, in lijn met artikel 263 van het Verdrag, dat natuurlijke en rechtspersonen tegen besluiten van de Afwikkelingsraad beroep kunnen instellen indien het besluit tot die persoon gericht is of indien het besluit van rechtstreeks en individueel belang is voor die persoon. Bij bepaalde besluiten van de Afwikkelingsraad kan beroep worden ingesteld bij een nog door de Afwikkelingsraad in te richten beroepspanel.¹⁸ Hierbij gaat het bijvoorbeeld over de beoordeling van de afwikkelbaarheid van een instelling, een besluit tot oplegging van een geldboete of de bepaling van de bijdrage die instellingen verschuldigd zijn voor de administratieve kosten van de Afwikkelingsraad. Naast beroep bij het beroepspanel, is ook een rechtstreeks beroep bij het Hof van Justitie mogelijk.¹⁹ Ook kan onder bepaalde voorwaarden rechtstreeks beroep bij het Hof van Justitie worden ingesteld indien de Afwikkelingsraad het nalaat om een besluit te nemen, terwijl deze daar wel toe verplicht is op grond van de verordening of de richtlijn.

Het verdient vermelding dat een eerlijke, prudente en realistische waardering van de activa en passiva ten behoeve van de afwikkeling op zichzelf niet open staat voor beroep. 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 enkel samen met het afwikkelingsbesluit beroep worden aangetekend.

Op grond van de richtlijn laat het recht op beroep latere Europeesrechtelijke bestuurlijke handelingen of transacties die genomen zijn op grond van een door de Afwikkelingsraad vernietigd besluit, onverlet. Dit om de stabiliteit van de financiële markten te waarborgen en om 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.

Nationaal

Waar DNB handhavend optreedt of besluiten neemt, geldt het nationale recht: in dit verband zijn de Wft, de Awb en de algemene beginselen van behoorlijk

¹⁸ Artikel 85 verordening gemeenschappelijk afwikkelingsmechanisme.

¹⁹ Artikel 86 verordening gemeenschappelijk afwikkelingsmechanisme.

bestuur relevant. Besloten is het huidige aparte regime van de rechtsbescherming ten aanzien van overdrachtsmaatregelen te wijzigen en ten aanzien van afwikkelingsmaatregelen daarbij niet aan te sluiten. Waar bij de overdrachtsmaatregelen meer gewicht toegekend werd aan de verwantschap van de overdrachtsregeling met de noodregeling en het faillissement, is besloten om bij afwikkelingsmaatregel juist de nadruk te leggen op het bestuursrechtelijke karakter van de beslissing en handhaving.

Bij handhavend optreden en besluiten genomen door DNB op grond van de Wft en de verordening geldt het rechtsbeschermingsregime zoals vastgelegd in (de bijlagen van) de Awb. Belanghebbenden kunnen in bezwaar bij DNB. Beroep kan worden ingesteld bij de Rechtbank Rotterdam en hoger beroep is mogelijk bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven. Ook als de Afwikkelingsraad in het kader van de uitvoering van de verordening of de richtlijn een instructie geeft aan DNB zijn de uiteindelijke rechtshandelingen en 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 moeten nemen. Dit 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 haar instructie.

In bepaalde gevallen wordt van het rechtsbeschermingsregime zoals vastgelegd in de Awb afgeweken. Zowel een besluit tot afschrijving of omzetting van relevante kapitaalinstrumenten als een besluit tot afwikkeling is uitgesloten van bezwaar. Bij beide besluiten kan rechtstreeks beroep worden ingesteld bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven en geldt een versnelde behandeling van tien dagen. Voor deze afwijking is gekozen omdat dergelijke besluiten betrekking hebben op spoedeisende situaties. Toepassing van het de algemene Awb procedures en termijnen zou de continuïteit van kritische handelingen kunnen ondermijnen en daarmee bovendien de financiële stabiliteit ernstig kunnen schaden. Gelet op het ingrijpende karakter van de maatregelen, is het ook van het grootste belang dat over die maatregelen met spoed het oordeel van een rechter kan worden verkregen. Om die reden is in het wetsvoorstel bepaald dat het College uiterlijk 14 dagen na indiening van het beroepschrift uitspraak doet. Deze snelle procedure komt de rechtszekerheid ten goede. Daarnaast staat ook de mogelijkheid open om een voorlopige voorziening te vragen. Met deze afwijkende structuur wordt nauw aangesloten bij het regime van de Wet bijzondere maatregelen financiële ondernemingen zoals vastgelegde in artikel 6:7 van de Wft.

Hierbij verdient vermelding dat, indien een besluit wordt vernietigd, de Nederlandse rechter met toepassing van artikel 8:72, derde lid, Awb kan bepalen dat de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit geheel of gedeeltelijk in stand blijven. Reden kan bijvoorbeeld zijn dat het wenselijk is dat bepaalde op het vernietigde besluit gebaseerde rechtshandelingen hun geldigheid behouden om zo de belangen te beschermen van te goeder trouw handelende derden die uit hoofde van het gebruik van afwikkelingsinstrumenten of de uitoefening van afwikkelingsbevoegdheden door een afwikkelingsautoriteit aandelen, andere eigendomsinstrumenten, activa, rechten of passiva van de instelling in afwikkeling hebben gekocht. Ook is denkbaar dat op grond van het besluit feitelijke handelingen zijn verricht, die

naar hun aard niet goed ongedaan kunnen worden gemaakt. In dergelijke gevallen kan de rechter besluiten de gevolgen van het vernietigde besluit geheel of gedeeltelijk in stand te laten.

Tegen besluiten, genomen door curatoren of bijzondere bestuurders kan, voor zover zij handelen op instructie van DNB, rechtstreeks administratief beroep worden ingesteld bij DNB. Voor het richten van deze beroepen tot DNB is gekozen omdat de curatoren en bijzondere bewindvoerders in beginsel handelen op instructie van DNB en om deze personen niet te hinderen in de uitvoering van hun taken. Beroep en hoger beroep kan volgens de algemene Awb procedure bij respectievelijk de Rechtbank Rotterdam en het College van Beroep voor het bedrijfsleven worden ingesteld. Het besluit tot het weigeren van het nemen van een besluit tot afwikkeling of het besluit tot het niet toepassen van een afwikkelingsinstrument, is uitgesloten van bezwaar, beroep en hoger beroep.

Verder geldt ook op nationaal niveau dat een eerlijke, prudente en realistische waardering van de activa en passiva ten behoeve van de afwikkeling enkel samen met het afwikkelingsbesluit vatbaar is voor beroep.

Lidstaat-optie met betrekking tot ex ante rechterlijke toets

Artikel 85, eerste lid, van de richtlijn geeft lidstaten de optie om een besluit tot het nemen van crisispreventie- of crisisbeheersingsmaatregel te onderwerpen aan voorafgaande rechterlijke goedkeuring, op voorwaarde dat de procedure snel wordt afgerond.

Ofschoon de richtlijn de mogelijkheid biedt een rechterlijke toets ex ante toe te passen, is er aanleiding deze te doen vervallen. Wanneer ernaar moet worden gestreefd dat de beslissing binnen 24 uur wordt genomen, rijst de vraag hoe reëel de rechtsbescherming nog is. Binnen die termijn zou niet alleen de rechtbank zich moeten beraden en een beslissing moeten geven, maar zouden bovendien binnen die termijn de probleeminstelling en de in aanmerking komende belanghebbenden moeten worden opgeroepen, zouden zij zouden hun verweer moeten voorbereiden en zouden zij moeten worden gehoord. Betwijfeld kan worden of dat van hen kan worden gevergd. Daarenboven zou het voor de hand liggen dat de kring van partijen die vooraf in de gelegenheid worden gesteld te worden gehoord, wordt uitgebreid met grote schuldeisers op wier vorderingen de afwikkelingsautoriteit voornemens is het instrument van bail-in toe te passen. Indien de rechterlijke ex ante toets wordt behouden, zou dus van nog meer personen worden gevergd om binnen korte tijd veel actie te ondernemen, en de uitbreiding van de kring van te horen personen zou een nog groter beslag leggen op de tijd die de rechtbank kan uittrekken voor het horen van personen.

Onder de huidige wet is de mogelijkheid voor de desbetreffende entiteit om op te komen tegen het oordeel dat is voldaan aan het criterium om in te grijpen de enige mogelijkheid van verweer. Indien de termijn waarbinnen de rechtbank een beslissing geeft wordt verkort en de mogelijkheid van een ex ante verweer de enige gelegenheid zou blijven waarbij de probleeminstelling kan opkomen tegen het oordeel dat aan het criterium is voldaan, klemmt de vraag of sprake is van een reële rechtsbescherming nog meer. Dit pleit ervoor de probleeminstelling ook de mogelijkheid van verweer achteraf te geven. Indien evenwel aan de probleeminstelling de mogelijkheid zou worden geboden zich

ook achteraf te verweren, neemt de toegevoegde waarde van een ex ante rechterlijke toets af.

Al met al kleven er in de constellatie onder de richtlijn bezwaren aan het bieden van een mogelijkheid om zich vooraf te verweren. Indien in stand zou worden gelaten dat de afwikkelingsautoriteit voorafgaande rechterlijke toestemming behoeft terwijl belanghebbenden niet vooraf worden gehoord, kan de rechtbank haar oordeel omtrent het al dan niet verlenen van de toestemming uitsluitend baseren op de motivering van de afwikkelingsautoriteit, en niet tevens op de argumenten van de belanghebbenden. Dat zou de toegevoegde waarde van een ex ante toestemming nog verder doen afnemen.

h. 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 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 Handvest²⁰ beschermde recht op een ongestoord genot van zijn eigendom.

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 worden overgedragen 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 openbaar belang en dient elke aantasting van de rechten van aandeelhouders en schuldeisers die voortvloeit uit afwikkelingsmaatregelen verenigbaar te zijn met het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (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

²⁰ In het vervolg zal enkel worden verwezen naar het EVRM. De bescherming die wordt geboden door het Handvest is grosso modo gelijk.

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.”

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. 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).

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 het dit wetsvoorstel wordt bepaald welke voorwaarden zijn verbonden aan een interventie door de

afwikkelingsautoriteit en welke maatregelen de 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 heeft in algemene zin, in het publiek belang, 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 verschaft en niet, zoals eerder veelal geschiedde, bij de Staat.

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 kapitaalगत 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. Gelet op het "no creditor worse off"-beginsel wordt ook aan deze voorwaarde voldaan.²¹

²¹ De richtlijn en verordening vereisen daarbij dat na afwikkeling een onafhankelijke waardering wordt verricht teneinde te bezien op aan die voorwaarde is voldaan. Is dit niet het geval dat bestaat een recht op financiële compensatie uit het afwikkelingsfonds of het SRF.

i. handhaving

Met het oog op een effectieve taakuitoefening, kent de verordening enkele toezichts- en onderzoeksbevoegdheden toe aan de Afwikkelingsraad. Het gaat hierbij het om (rechtstreekse) verzoeken om informatie gericht aan de onder toezicht staande banken en beleggingsondernemingen en het uitvoeren van onderzoeken en inspecties ter plaatse.²² De verordening kent aan de Afwikkelingsraad ook de handhavende bevoegdheid toe tot het opleggen van geldboeten en lasten onder dwangsom. Bij overtreding van enkele verplichtingen uit de verordening kan de Afwikkelingsraad een boete opleggen van minimaal 0,05% en maximaal 0,5% van de totale jaaromzet. Verzwarende of mitigerende factoren kunnen het basisbedrag respectievelijk doen verhogen of verlagen. De boete kan maximaal 1% van de jaaromzet bedragen, tenzij het (in)directe financieel voordeel van de door de inbreuk behaalde winsten of vermeden verliezen de 1% overstijgt.²³ 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.²⁴ Besluiten tot geldboete en tot invordering van een verbeurde dwangsom door de Afwikkelingsraad op grond van deze verordening dienen binnen Nederland rechtstreeks ten uitvoer te worden gelegd zonder dat er een inhoudelijke toetsing van het besluit plaats vindt. Op grond van de Wet gedwongen tenuitvoerlegging van uitspraken en beschikkingen ingevolge Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschappen voor kolen en staal kan in Nederland via de Minister van Justitie en 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 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 Europees afwikkelingsfonds.²⁵ De Afwikkelingsraad is verplicht tot het openbaar maken van besluiten tot het opleggen van geldboeten en lasten onder dwangsom. Deze publicatie vindt anoniem plaats indien volledige openbaarmaking disproportionele schade voor de betrokken partijen tot gevolg zou hebben of indien dit een lopend strafrechtelijk onderzoek zou ondermijnen.²⁶

Vanwege het sterke onderscheid tussen de sanctionerende bevoegdheden van toezichthouders in de verschillende Europese Unie nationale rechtsstelsels en de verschillende maatstaven die gehanteerd werden door de betreffende toezichthouders bij het opleggen van sancties, zijn er met de richtlijn kapitaalvereisten reeds bepaalde handhavingsbevoegdheden geïntroduceerd. Ten behoeve van deze harmonisatie, sluiten de handhavingsbevoegdheden uit de richtlijn nauw aan op de handhavingsbevoegdheden zoals geïntroduceerd bij de richtlijn kapitaalvereisten. Uitgangspunt is dat dit stelsel van sanctionerende

²² Artikel 34, 35 en 35 van de verordening gemeenschappelijk afwikkelingsmechanisme.

²³ Artikel 38 van de verordening gemeenschappelijk afwikkelingsmechanisme.

²⁴ Artikel 39 van de verordening gemeenschappelijk afwikkelingsmechanisme.

²⁵ Artikel 41, vierde lid, van de verordening gemeenschappelijk afwikkelingsmechanisme.

²⁶ Artikel 41 van de verordening gemeenschappelijk afwikkelingsmechanisme.

bevoegdheden zorgt voor doeltreffende sanctionering en voor afdoende afschrikkende werking ter voorkoming van zware schendingen. De afwikkelingsautoriteit kan een bestuurlijke boete opleggen voor een afzonderlijke zware overtreding door een bank of beleggingsonderneming van maximaal 5 miljoen euro of 10% van de totale jaaromzet.²⁷ Ook kan de afwikkelingsautoriteit natuurlijke personen die verantwoordelijk zijn voor een zware overtreding schorsen in de uitoefening van hun functies.²⁸ De richtlijn bevat verder bepalingen met betrekking tot het bekend maken van sancties en het melden van overtredingen.²⁹ 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 richtlijn kapitaalvereisten.

Het verdient vermelding dat, voor een effectieve uitvoering van zijn taken uit hoofde van de verordening, de Afwikkelingsraad ofwel via de nationale afwikkelingsautoriteiten ofwel direct van rechtspersonen of natuurlijke personen kan verlangen dat zij informatie verstrekken. Tot deze informatieverstrekking kunnen worden verplicht de instellingen die binnen de reikwijdte van de verordening vallen, personeelsleden van deze instellingen of derden aan wie die instellingen functies of activiteiten hebben uitbesteed. In geval van niet-naleving van deze informatieverstrekking verplichting kan de Afwikkelingsraad rechtspersonen een geldboete of een dwangsom opleggen. Natuurlijke personen kunnen bij niet naleving een dwangsom worden opgelegd.

j. samenwerking afwikkelingsautoriteit, de nationale bevoegde autoriteit en de nationale afwikkelingsautoriteit

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 samenwerking 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 effectieve vereisten inzake beroepsgeheim onderworpen.

²⁷ Artikel 111, eerste lid, onderdeel d, van de richtlijn voor herstel en afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen.

²⁸ Artikel 111, eerste lid, onderdeel c, van de richtlijn voor herstel en afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen.

²⁹ Artikel 112 van de richtlijn voor herstel en afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen.

§4. het onderhavige wetsvoorstel

a. 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 deze richtlijn en deze 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 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 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 beschouwd worden 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 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 eigenvermogensvereisten 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 afschrijving of omzetting van kapitaalinstrumenten of afwikkeling, en de erkenning en uitvoering van besluiten van afwikkelingsautoriteiten in derde landen. Voor deze onderwerpen geldt dat de richtlijn volledig wordt geïmplementeerd.

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 ondermeer voorziet in de instelling van de Afwikkelingsraad. Ook beschikken de Raad en de Commissie al over de bevoegdheden om uitvoeringshandelingen respectievelijk gedelegeerde handelingen vast te stellen.

Per 1 januari 2015 zullen de onderdelen van de verordening van toepassing worden 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 in beginsel 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 wetvoorstel.

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). De implementatie van de richtlijn ter zake in de wet, dient dan niet langer van toepassing te zijn.

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, is gekozen voor een nationale regeling die op dat moment dat het gemeenschappelijk fonds operationeel is, wordt aangepast aan de nieuwe situatie. Zie voor een nadere uiteenzetting de artikelsgewijze toelichting bij de bepalingen van 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 depositogarantiestelsel. Ook voorziet deel 3 van de Wft sinds de implementatie van de richtlijn kapitaalvereisten³⁰ 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 Prudentiële maatregelen". 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

³⁰ Implementatiewet richtlijn en verordening kapitaalvereisten.

DNB. Zie de toelichting bij de wijzigingen in de Bankwet. De onderdelen van de richtlijn die zien op herstel en vroegtijdige interventie worden geïmplementeerd in delen 1 en 3 van de Wft.

b. nationale afwikkelingsautoriteit

DNB aangewezen als 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. Mogelijke 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 - bij wijze van uitzondering - de prudentieel toezichthouder in een lidstaat tevens aan te wijzen als de nationale afwikkelingsautoriteit.

In Nederland is voor deze laatste mogelijkheid gekozen, namelijk om de prudentieel toezichthouder - DNB - aan te wijzen als NRA.³¹ Deze taak voor DNB zal in de Bankwet 1998 worden opgenomen. Aan het besluit om DNB aan te wijzen als NRA liggen de volgende motieven ten grondslag:

- er kan gebruik gemaakt worden van de bestaande deskundigheid van DNB;
- tussen de toezichttaak en de afwikkelingstaak is een nauwe en effectieve coördinatie en informatie-uitwisseling mogelijk;
- deze variant is het meest kostenefficiënt omdat zoveel mogelijk gebruik kan worden gemaakt van bestaande infrastructuur/personeel/ondersteuning van DNB.

De richtlijn schrijft voor dat op het moment dat ervoor wordt gekozen om de prudentieel toezichthouder tevens de afwikkelingstaken te geven er passende structurele regelingen worden getroffen om operationele onafhankelijkheid te garanderen en belangenconflicten te voorkomen tussen de toezichtfunctie van DNB en de afwikkelingsfunctie van DNB. Met name dient er zorg gedragen te worden voor dat er binnen DNB operationele onafhankelijkheid bestaat tussen de afwikkelingsfunctie en de toezicht- of andere functies van de betrokken autoriteit.

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

In de Bankwet 1998 wordt bepaald dat de nieuwe afwikkelingstaak wordt toebedeeld aan één van de leden van de directie van DNB. Vervolgens wordt bepaald dat een aantal andere taken van DNB niet mag worden gecombineerd met de afwikkelingstaak, vanwege mogelijke 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

³¹ Kamerstukken II 2013/14, 32 013, nr. 77, p.4.

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.³²

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.³³ 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 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 verantwoordelijk is voor:

- significante banken;
- voor minder significante banken waarvan de ECB heeft besloten het toezicht naar zich toe te trekken; en
- grensoverschrijdende groepen die onder ECB-toezicht vallen (waar een bank onderdeel van uitmaakt).

DNB is verantwoordelijk voor:

- minder significante banken; en

³² Afwikkelingsdoelstellingen (artikel 14 verordening gemeenschappelijk afwikkelingsmechanisme):

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.

³³ Zie voorts Kamerstukken II 2013/14, 32 013, nr. 77, p. 5 en 6.

- grensoverschrijdende groepen die niet onder toezicht van de ECB staan (waar geen bank onderdeel van uitmaakt).

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 ten aanzien van een bank echter het gebruik van de middelen uit het Europese afwikkelingsfonds vereist, zal de verantwoordelijkheid over de afwikkeling van die bank overgaan van DNB naar de Afwikkelingsraad. Daarnaast kan de Afwikkelingsraad instructies geven aan DNB en onder bepaalde voorwaarden een bank die onder de verantwoordelijkheid van DNB staat naar zich toetrekken en de bevoegdheden direct zelf uitoefenen.

Tot slot zal DNB ook een voorbereidende en uitvoerende rol ten aanzien van de Afwikkelingsraad innemen. Zo kan de Afwikkelingsraad aan DNB vragen om een ontwerpafwikkelingsplan voor de Afwikkelingsraad 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 ³⁴	minder significante banken
Grensoverschrijdende groepen die onder ECB-toezicht vallen (waar een bank onderdeel van uitmaakt)	
minder significante banken waarvan de ECB heeft besloten het toezicht naar zich toe te trekken.	

³⁴ 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.

c. nieuw 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 verkoop van aandelen of andere eigendomsinstrumenten en de verkoop 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 worden overgedragen, wordt opgemerkt dat dit instrument ook omvat de situatie waarin niet de onderneming zelf wordt verkocht, 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 aan een overbruggingsinstelling worden overgedragen. Een overbruggingsinstelling is, kort gezegd, een instelling die geheel of gedeeltelijk in eigendom is van de overheid, en die is opgericht om tijdelijk de 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 vermogensbeheer. In het huidige Deel 3 wordt de entiteit voor vermogensbeheer niet uitdrukkelijk als type verkrijger genoemd, maar ook daar is een overdracht aan een entiteit voor vermogensbeheer 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 nu nog in stand te laten, maar het ligt in mijn voornemen de regeling in de toekomst zodanig aan te passen dat het afwikkelingsregime van de richtlijn ook van toepassing wordt op verzekeraars voor zover de aard van verzekeraars zich niet daartegen verzet. Dat komt erop neer dat het huidige regime inzake het overdrachtsplan en de overdrachtsregeling op termijn zullen worden vervangen door de in de richtlijn geregelde instrumenten van verkoop van de onderneming, de overbruggingsinstelling en de afsplitsing van activa. Aangezien de nu in Deel 3 geregelde activa/passiva-overdracht en aandelenoverdracht materieel overeenkomen met de genoemde afwikkelingsmaatregelen in de richtlijn zal een dergelijke vervanging geen materiële gevolgen voor verzekeraars hebben. Er is voor gekozen het regime voor verzekeraars eerst na de implementatie van de richtlijn aan te passen, niet alleen omdat het geen aanbeveling verdient dat bij de implementatie iets wordt geregeld waartoe de te implementeren richtlijn niet verplicht, maar ook omdat de implementatietermijn relatief kort is en het opnemen van een regeling betreffende verzekeraars tot vertraging zou kunnen leiden. Bij de aanpassing van het regime voor verzekeraars zal worden gezien of het instrument van de bail-in eveneens op verzekeraars moet kunnen worden toegepast.

De noodregeling en het faillissement

De huidige wet kent 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. Voor wat betreft verzekeraars wordt het bestaansrecht van de noodregeling voor verzekeraars bezien wanneer het uitvoering wordt gegeven aan het voornemen om het afwikkelingsinstrumentarium van de richtlijn uit te breiden tot verzekeraars. 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. Ik beperk mij tot het instrument van verkoop 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, maar niet exact hetzelfde, namelijk dat de Afwikkelingsraad aan de nationale afwikkelingsautoriteit de instructie geeft om de bevoegdheid om kapitaalinstrumenten af te schrijven en om te zetten uitoefent onmiddellijk voordat zij het afwikkelingsinstrument toepast dan wel op hetzelfde tijdstip. De vraag kan worden gesteld of artikel 37, tweede lid, van de richtlijn door middel van het thans voorliggende wetsvoorstel moet worden omgezet in Nederlands recht dan wel implementatie reeds is geschied door middel van de rechtstreeks werkende verordening. In de kern komt de vraag erop neer of DNB de verplichting heeft op grond van de instructie van de Afwikkelingsraad dan wel op grond van de geïmplementeerde richtlijn. Vanuit praktisch oogpunt is de vraag in het bijzonder van belang ingeval de Afwikkelingsraad bedoelde instructie in weerwil van de verordening niet geeft. Het antwoord is dat artikel 37, tweede lid, van de richtlijn voldoende geïmplementeerd moet worden geacht te zijn door middel van artikel 22,

eerste lid van de verordening. Dit betekent dat in het hypothetische geval waarin de Afwikkelingsraad bedoelde instructie niet geeft, artikel 22, eerste lid van de verordening zo moet worden uitgelegd dat DNB de verplichting toch heeft.

Artikel 37, zesde lid, van de richtlijn bepaalt dat, kort gezegd, wanneer slechts een deel van de activa of passiva worden overgedragen, 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 19, 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.³⁵ 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. De verordening gaat niet in op 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).
- *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 2016³⁶ wordt geregeld dat DNB de mogelijkheid krijgt

³⁵ R.J. Hoekstra en J.M.G. Frijns, Het rapport van de Evaluatiecommissie Nationalisatie SNS Reaal, Balans, Amsterdam, 2014, blz. 331

³⁶ Kamerstukken II 2013/14, PM.

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.

d. 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 hoofdstuk 3A van de Wft van toepassing zijn. De Wbft dient hierop aangepast te worden. 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.

e. 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 begrippen³⁷

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) 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

³⁷ 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.

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

Minimumeigens 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 funds and eligible liabilities* (MREL), waarover in paragraaf 3, onderdeel a, van deze memorie van toelichting meer staat uiteengezet.

De MREL moet voldoende zijn om ten minste 8% verliezen op te vangen, maar de precieze hoogte 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. Maar banken kunnen ook maatregelen nemen om hun totale financieringskosten naar beneden te brengen: zij kunnen zich meer financieren met (gedekte) deposito's welke over het algemeen goedkoper zijn dan ongedekte schuld, maar kunnen ook 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, verschilt 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 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 gemengde 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 gemengde financiële EU-moederholdings;

Hieruit volgt dat het hier gaat om drie groepen die te maken hebben dezelfde verplichtingen, maar op basis van andere wetgeving.

Beleggingsondernemingen en niet onder toezichtstaande holdings hebben de maken alleen 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 lastenparagraaf 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.

Wat betreft de afwikkelingsplannen, vloeien deze verplichtingen voort uit de richtlijn voor beleggingsondernemingen en niet-onder-toezicht staande holdings, 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.

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						
x1000 EUR		BRRD			SRM	
Type kosten	#		AL	INK	AL	INK
<i>Grootbanken</i>	3	incidenteel	169	5.927	5.029	-
		structureel	-	1.372	1.829	-
<i>Middelgrote banken</i>	16	incidenteel	451	15.805	13.411	-
		structureel	-	3.658	4.877	-
<i>Kleine banken</i>	52	incidenteel	304	10.407	8.837	-
		structureel	-	11.400	15.200	-
<i>Beleggings-ondernemingen</i>	3	incidenteel	5	10	-	-
		structureel	54	41	-	-
<i>Financiële holdings</i>	1	incidenteel	1	41	-	-
		structureel	9	7	-	-
Totaal		incidenteel	930	32.190	27.277	-
		structureel	63	16.476	21.905	-

ARTIKELSGEWIJS

ARTIKEL I. WIJZIGING VAN DE WET OP HET FINANCIËEL 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 in 'enge zin'. 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 depositogarantiestelsel. Dit ruimere takenpakket wordt thans ook tot uitdrukking gebracht in de definitie van 'toezichthouder' in artikel 1:1 van de Wft.

B

De voorgestelde wijziging strekt ertoe de taak van DNB uit te breiden met 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 de 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 van de Wft ingevoegd 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 beperking ziet op handelingen uitgeoefend door leden van het bestuur en de werknemers van een overbruggingsinstelling, een entiteit voor vermogensbeheer alsmede op handelingen die een curator, een bijzondere bestuurder en een persoon die namens DNB zeggenschap uitoefent verricht ten aanzien van de entiteit in afwikkeling.

D tot en met G

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

H

Zoals uitgelegd in paragraaf 3, onderdeel j, van het algemeen deel van deze toelichting, zijn onder de verordening de nationale bevoegde autoriteit 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 het 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 de toekenning van bepaalde Awb-bevoegdheden aan deze bijstandverleners. Dit wordt geregeld in het voorgestelde artikel 1:71 van de Wft (zie artikel I, onderdeel O, van de artikelsgewijze toelichting van de Uitvoeringswet verordening banktoezicht).

In dit onderdeel wordt artikel 1:71 van de Wft gewijzigd zodat de nationale afwikkelingsautoriteit 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 van de Awb, zodat zij bijvoorbeeld ten behoeve van de verzegeling plaatsen kunnen betreden, zo nodig met behulp van de sterke arm.

I

Het vorderen van inlichtingen ten behoeve van de uitoefening van prudentieel toezicht door DNB als bestuursorgaan is in artikel 1:74 van de 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 al van toepassing is op grond van de Awb, kan het van overeenkomstige toepassing verklaren van artikel 5:13 Awb achterwege worden gelaten.

J en K

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, 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.

Artikel 27 van de richtlijn 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 MiFID en MiFIR, of bij een snel verslechterende financiële toestand van de onderneming. Artikel 1:75 van de 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 interventiemaatregelen die in artikel 27, eerste lid, van de richtlijn worden opgesomd. Bij twee interventiemaatregelen, 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 nieuwe artikel 1:75a van de Wft. Op grond van artikel 27, vierde lid, stelt EBA richtsnoeren vast voor de toepassing van de voorwaarden voor toepassing van de interventiemaatregelen.

L en M

1:76a

Met de invoeging van artikel 1:76a wordt voor DNB de mogelijkheid gecreëerd tot het aanstellen van een curator die (leden van) het bestuur kan vervangen. DNB kan hiertoe beslissen indien samenwerking tussen de curator en het bestuur niet volstaat om de situatie te verhelpen.

Zowel bij de wijziging van artikel 1:76 als 1:76a is in lijn met de richtlijn bepaald dat het benoemingsbesluit omvat welke rol, taken en bevoegdheden aan de curator worden toegekend en aan welke regels aangaande het raadplegen van de curator of het verkrijgen van diens goedkeuring de dagelijks beleidsbepalers zich dienen te houden, alvorens bepaalde besluiten of maatregelen te nemen. Daarnaast kan DNB in beide gevallen de curator verzoeken, al dan niet met tussenpozen, aan het einde van zijn mandaat verslagen op te stellen over de financiële positie van de instelling en over de handelingen die hij gedurende zijn mandaat heeft verricht.

1:76c

Met artikel 1:76c wordt artikel 68 van de richtlijn geïmplementeerd. Omdat deze bepaling betrekking heeft op crisispreventiemaatregelen, is zij opgenomen in Deel 3. Op grond van artikel 3A:58 is zij van overeenkomstige toepassing op crisisbeheersingsmaatregelen. Beide artikelen worden hier toegelicht. Zie in dit verband ook de wetgevingsbrief van DNB, waarin zij voor de uitbreiding met crisispreventiemaatregelen pleit.³⁸ Er zij overigens aan herinnerd dat onder een "crisisbeheersingsmaatregel" wordt verstaan zowel een afwikkelingsmaatregel als de benoeming van een bijzonder bestuurder of een persoon die een bedrijfssaneringsplan opstelt en uitvoert. 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

³⁸ Kamerstukken II 2012/13, 32 545, nr. 14.

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 dat door een maatregel van een toezichthouder of afwikkelingsautoriteit een vordering terstond opeisbaar wordt en de wederpartij de bevoegdheid krijgt deze vordering terstond met alle middelen rechtens te innen. 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.

Gewezen wordt op een verschil met artikel 3:267f. In dat artikel is het verboden 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.

Voor de goede orde wordt erop gewezen dat in artikel 68 van de richtlijn twee keer is bepaald dat onder de verplichtingen uit overeenkomst ook betalings- en leveringsverplichtingen vallen. Dat spreekt vanzelf, en behoeft dus niet uitdrukkelijk in de wettekst te worden opgenomen.

In het tweede lid wordt de categorie gebeurtenissen naar aanleiding waarvan bepaalde bevoegdheden niet mogen worden uitgeoefend uitgebreid voor sommige situaties waarin sprake is van een groep. Het komt voor dat in een overeenkomst die is aangegaan door een dochter, waarin verplichtingen zijn opgenomen die door de moeder of een andere groepsentiteit zijn gegarandeerd, is bepaald dat een crisispreventiemaatregel of een crisisbeheersingsmaatregel wordt beschouwd als handhaving (bedoeld wordt: een handhavingsactie van de toezichthouder) of een insolventieprocedure. Hetzelfde geldt ingeval een dergelijke interpretatie voorkomt in een overeenkomst, aangegaan door een groepsentiteit, waarin zogeheten cross-default provisions zijn opgenomen. Het gevolg is dat de garantiebedingen en de cross-default provisions niet naar aanleiding van een crisispreventiemaatregel of crisisbeheersingsmaatregel tot toepassing komen.

In dit verband wordt erop gewezen dat zowel in het eerste lid als het derde lid is bepaald dat niet alleen een crisispreventiemaatregel of een crisisbeheersingsmaatregel verhindert dat bepaalde bevoegdheden worden uitgeoefend, maar ook een gebeurtenis die rechtstreeks verband houdt met de toepassing van een dergelijke maatregel. Zie in dit verband ook de memorie van antwoord aan de Eerste Kamer bij de Interventiewet.³⁹ Daar is opgemerkt dat, indien DNB een overdrachtsplan voorbereidt en er tegelijkertijd een afwaardering van de kredietwaardigheid plaatsvindt, de wederpartij bepaalde rechten uitoefent 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 de afwikkelingsautoriteit van een crisisbeheersingsmaatregel. Dat is een gebeurtenis die rechtstreeks verband houdt met de crisisbeheersingsmaatregel.

³⁹ Kamerstukken I 2011/12, 33 059, C, blz. 7.

In artikel 1:76c, 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.⁴⁰ 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:58, 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 bepaald in artikel 3A:58, tweede lid.

N

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 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.

O

DNB dient bij overtreding van bepaalde verplichtingen, zoals het nalaten herstelplannen en groepsherstelplannen op te stellen of het nalaten om voor de opstelling van afwikkelingsplannen de vereiste informatie te verstrekken, over te kunnen gaan tot het uitvaardigen van een openbare waarschuwing. Ingevolge de richtlijn dient een dergelijke openbare waarschuwing naast vermelding van de aard van de overtreding ook te worden gedaan onder vermelding van de verantwoordelijke persoon, instelling, financiële instelling, EU-moederonderneming of andere rechtspersoon.

P

In dit onderdeel wordt geregeld dat DNB de administratieve sancties die opgelegd worden wegens overtreding van deel 3A van de Wft openbaar kunnen worden gemaakt.

Q

Deze wijziging hangt samen met artikel 3A:41. 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.

⁴⁰ 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

R

Deze wijziging van artikel 3:17 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. Zoals in het algemeen deel van deze memorie van toelichting al is opgemerkt voorziet de richtlijn ook in regels voor herstelplanning en vroegtijdige interventie. Thans wordt voorgesteld de voorschriften inzake het herstelplan op te nemen in het Besluit prudentiële regels Wft op basis van artikel 3:17. Dit komt overeen met artikel 5, eerste lid, van de richtlijn waarin in de laatste volzin wordt bepaald dat herstelplannen worden beschouwd als een governancestelsel in de zin van de richtlijn kapitaaleisen. De voorschriften inzake het governancestelsel 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, 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.

S tot en met CC

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

DD

Artikel 3:265e

Artikel 3:265e strekt tot implementatie van artikel 109 van de richtlijn. Deze bepaling ziet op de bijdrage van het depositogarantiestelsel 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, DNB uit hoofde van het depositogarantiestelsel een bedrag beschikbaar stelt. In het tweede lid wordt bepaald hoeveel het depositogarantiestelsel ten hoogste aan de afwikkeling bijdraagt. Indien het instrument van bail-in wordt toegepast wordt ten hoogste het bedrag bijgedragen dat bij houders van gegarandeerde deposito's (dus spaartegoeden met een waarde van ten

hoogste 100.000 euro) zou worden afboekt als deze deposito's 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 Faillissementswet 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 depositogarantiestelsel 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 verkoop van de onderneming) draagt het depositogarantiestelsel 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. Het derde lid bepaalt dat een aantal artikelen van afdeling 3.5.6, dat de bepalingen bevat ten aanzien van het depositogarantiestelsel, van overeenkomstige toepassing is. Zij zijn als zodanig niet 'automatisch' van toepassing omdat er in die bepalingen vanuit wordt gegaan dat uit het depositogarantiestelsel uitkeringen worden gedaan aan spaarders wier vorderingen niet worden voldaan. Dat is in een situatie van afwikkeling niet van toepassing nu voorwaarde is dat een afwikkelingsinstrument wordt toegepast waarbij spaarders toegang houden tot hun deposito's.

In artikel 79 van de verordening worden nog een aantal nadere regels gesteld omtrent de bijdrage van het depositogarantiestelsel aan afwikkeling. Het vierde lid bepaalt dat indien in aanmerking komende deposito's tot een waarde gelijk aan of hoger dan het door het depositogarantiestelsel 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 depositogarantiestelsel. Dit heeft tot gevolg dat een depositohouder niet tegelijkertijd wordt beschermd door de overdracht van zijn deposito's en door de dekking van het depositogarantiestelsel.

Ook hierbij dient nog te worden aangetekend dat ingevolge het nieuwe artikel 212ra Faillissementswet 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 depositogarantiestelsel.

Het vijfde lid, eerste alinea lid legt een verband met de voorgenomen ex ante financiering van het depositogarantiestelsel 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 depositogarantiestelsel 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 depositogarantiestelsel in geen geval meer bedraagt dan de helft van het genoemde streefbedrag. Er wordt

aldus geen rekening gehouden met de op een bepaald moment bijeen daadwerkelijk bijeen gebrachte middelen maar met het doelkapitaal van het depositogarantiestelsel. In het vijfde lid, derde alinea, wordt uitdrukking gegeven aan het "no creditor worse off"-beginsel. Ook voor het depositogarantiestelsel 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.

EE en FF

Zie de toelichting bij de artikelen S tot en met CC.

GG

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.

HH

Artikel 3A:1

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

Zo worden de definities van financiëlezekerheidsovereenkomst, gestructureerde financieringsregeling ("structured finance arrangement"), nettingovereenkomst ("netting arrangement"), verrekeningsovereenkomst ("set off arrangement") en zekerheidsregeling ("security arrangement") gebruikt.

Deze definities, met uitzondering van de definitie van financiëlezekerheidsovereenkomst, zijn overgenomen uit artikel 76 van de richtlijn. Met betrekking tot de definitie van "financiëlezekerheidsovereenkomst" 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 Burgerlijk Wetboek. 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.

Onder "netting overeenkomst" wordt in ieder geval verstaan de raamovereenkomsten van de International Swaps and Derivatives Association, de zogeheten ISDA Master Agreements.

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

Dit artikel strekt tot implementatie van artikel 66, eerste en vierde lid, en artikel 65, tweede lid, van de richtlijn. Artikel 66, eerste lid van de richtlijn luidt: "De lidstaten dragen er zorg voor dat, indien een overdracht van aandelen, andere eigendomsinstrumenten of activa, rechten of verplichtingen, activa omvat die zich in een andere lidstaat dan de staat van de afwikkelingsautoriteit bevinden, dan wel rechten of verplichtingen naar het recht van een andere lidstaat dan de staat van de afwikkelingsautoriteit, de overdracht in of volgens het recht van die andere lidstaat uitwerking heeft." Met betrekking hiertoe worden enkele opmerkingen gemaakt. Artikel 66, eerste lid, van de richtlijn heeft betrekking op zowel het toepasselijke recht ("volgens het recht van die andere lidstaat") als de erkenning ("in (...) het recht van die andere lidstaat").

Met betrekking tot het toepasselijke recht wordt het volgende opgemerkt. Conform de algemene beginselen van het internationaal privaatrecht is gekozen voor een bilaterale verwijzingsregel, dat wil zeggen een regel die een bepaald rechtstelsel aanwijst, ongeacht de herkomst van dat rechtstelsel. Een

strikte lezing van dit artikel kan met zich meebrengen dat, indien de overdracht meer dan een actief behelst, en slechts één actief zich in een andere lidstaat dan de lidstaat van de afwikkelingsautoriteit bevindt, ook de overdracht van activa die zich wel in de lidstaat van de afwikkelingsautoriteit bevinden, wordt beheerst door het recht van de lidstaat waar dat ene actief zich bevindt. Dat kan uiteraard niet de bedoeling zijn. Voorts zegt deze bepaling, strikt genomen, niet door welk recht een overdracht van een actief wordt beheerst indien dat actief zich wel bevindt in de lidstaat van de afwikkelingsautoriteit. Uiteraard is bedoeld dat een dergelijke overdracht wordt beheerst door het recht van de lidstaat van de afwikkelingsautoriteit. Dit betekent evenwel dat een overdracht altijd wordt beheerst door het recht van de lidstaat waar het actief zich bevindt, ongeacht of dit de lidstaat van de afwikkelingsautoriteit is dan wel een andere lidstaat. Daarom is artikel 3A:4, eerste lid, zo geformuleerd dat de overdracht steeds wordt beheerst door de *lex rei sitae*. In dit verband wordt gewezen op de artikelen 10:136 tot en met 10:139 BW. De artikel 10:136, eerste lid, en 10:139, eerste lid, BW bepalen dat het goederenrechtelijke regime met betrekking tot een vordering aan toonder onderscheidenlijk een aandeel aan toonder wordt beheerst door het recht van de staat op welks grondgebied het toonderstuk zich bevindt. Artikel 10:138 bepaalt dat het goederenrechtelijke regime met betrekking tot een aandeel op naam wordt beheerst door het recht dat van toepassing is op de vennootschap die het aandeel uitgeeft dan wel heeft uitgegeven. Er is voor gekozen artikel 66, eerste lid van de richtlijn in een nieuw artikel te implementeren, ook voor zover bepaalde aspecten al zouden zijn geregeld in de artikelen 10:136 tot en met 10:139 BW. De redenen daarvoor zijn de volgende. Artikel 66, eerste lid, van de richtlijn maakt geen onderscheid tussen vorderingen aan toonder, aandelen aan toonder en aandelen op naam en geeft in ieder geval voor wat betreft het goederenrechtelijke regime met betrekking tot aandelen op naam een andere regel dan artikel 10:138, eerste lid, BW. Bovendien omvat de term "overdracht" in artikel 66, eerste lid, BW meer aspecten dan alleen het goederenrechtelijke regime. Daarbij spelen immers ook verbintenisrechtelijke aspecten en ook aspecten die geheel buiten het burgerlijke wetboek vallen, maar onder het bestuursrecht.

Artikel 3A:5

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 overdracht. 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 overdracht 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:5.

Met betrekking tot het tweede lid wordt het volgende opgemerkt. Artikel 66, derde lid, van de richtlijn bepaalt met zo veel woorden dat aandeelhouders, schuldeisers en derden die worden getroffen door de overdracht van in een andere lidstaat aanwezige aandelen, activa en passiva niet gerechtigd zijn de overdracht 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 mede 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.⁴¹ 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 buitenlandse maatregel niet alleen niet kan worden verhinderd, betwist of vernietigd, maar bijvoorbeeld evenmin kan worden opgeschort, of anderszins kan worden aangetast.

Artikel 3A:6

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 drie 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 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

⁴¹ 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.

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. Dit is de derde situatie die kan leiden tot erkenning, tenuitvoerlegging en uitvoering van een afwikkelingsbesluit van de afwikkelingsautoriteit van een derde land.

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.

Artikel 3A:7

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 verkoop 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 verkoop van de onderneming ernstig worden bemoeilijkt indien voor de verkoop op grond van artikel 2:107a van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek instemming van de algemene vergadering van aandeelhouders 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 van aandeelhouders is vereist. Een laatste voorbeeld betreft toepassing van de bevoegdheid ingevolge artikel 3A:60 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:7, 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 verkoop 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 die voortvloeien uit Europees of internationaal recht. Zo zal toepassing van het instrument van verkoop 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 of de Autoriteit Consument en Markt moeten worden voorgelegd. Aan dit voorschrift kan op grond van artikel 3A:7 niet voorbij worden gegaan.

In het tweede lid van artikel 3A:7 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 Burgerlijk Wetboek 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 overdracht 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 bepaling die 'terzijde kunnen worden geschoven' betreft de regelingen in het Burgerlijk Wetboek 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.

Voor artikel 3A:7 geldt dat vergaand wordt ingegrepen in de rechten van derden. Dit is passend gelet op het grote belang dat met een effectieve afwikkeling is gemoeid. 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:7 dienen te alle tijden proportioneel te worden toegepast.

Artikel 3A:8

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 de richtlijn. In de Wft is dat hoofdstuk geïmplementeerd in de artikelen 3A:61 en 3A:62. Met de drie "traditionele afwikkelinstrumenten" (verkoop onderneming, overbruggingsinstelling, afsplitsing activa) kunnen activa of passiva worden overgedragen. 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:8 gelden de waarborgen die zijn geïmplementeerd in het Nederlandse recht, niet die welke zijn geïmplementeerd in het Duitse recht.

Artikel 3A:9

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:9 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:10

Het voorgestelde artikel strekt tot implementatie van artikel 84 van de richtlijn en regelt de geheimhouding van vertrouwelijke informatie.

In het eerste lid wordt, kort gezegd, bepaald dat iedereen die in het kader van afwikkeling vertrouwelijke informatie onder zich houdt verplicht is die informatie geheim te houden. Hierbij is van belang te vermelden dat

vertrouwelijke informatie in dit kader niet alleen informatie is met betrekking tot het besluit om een entiteit al dan niet af te wikkelen maar ook informatie die in de fase daarvoor en daarna beschikbaar is. Zo moet rekening worden gehouden met het feit dat informatie over de inhoud en de details van herstel- en afwikkelingsplannen en de resultaten van de beoordeling van deze plannen verregaande gevolgen kan hebben, in het bijzonder voor de betrokken entiteiten. Alle informatie die met betrekking tot een besluit 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, moet worden verondersteld gevolgen te hebben voor de openbare en particuliere belangen die bij de maatregel betrokken zijn. Alleen al de informatie dat de afwikkelingsautoriteit een bepaalde instelling aan het onderzoeken is, kan echter al negatieve gevolgen voor die instelling hebben. Gezien bovenstaande dient derhalve een ieder die betrokken is bij de voorbereiding van, besluitvorming over en uitvoering van afwikkeling de informatie geheim te houden.

Het tweede lid regelt dat – in afwijking van het eerste lid - een persoon in verband met de afwikkelingstaak wel mededelingen mag doen, alleen dan wel in een zodanig samengevatte of geaggregeerde vorm dat deze niet kunnen worden herleid tot afzonderlijke personen of entiteiten, of met de uitdrukkelijke en voorafgaande toestemming van de afwikkelingsautoriteit die de informatie had verschaft.

Artikel 3A:11

De verordening voorziet reeds in een regeling voor de vaststelling van afwikkelingsplannen voor banken en bankengroepen. 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:12

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:13

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:14

Artikel 3A:14, eerste lid, ziet op een bijzonder onderdeel van de beoordeling van de afwikkelbaarheid van een entiteit. De bepaling stelt, kort gezegd, dat de afwikkelingsautoriteit beoordeelt of er geen belemmeringen bestaan om bij bail-in voldoende aandelen uit te geven aan houders van vorderingen die door de afwikkelingsautoriteit zijn omgezet in rechten op nieuw uit te geven aandelen.

Deze belemmeringen kunnen bestaan uit de nominale waarde van de aandelen zoals in de statuten vermeld of de omvang van het maatschappelijk kapitaal dat in de statuten staat vermeld (ingevolge 2:67 imperatief voor een NV en ingevolge 2:178 BW facultatief voor een BV). Het maatschappelijk kapitaal is het maximale bedrag aan aandelen dat een vennootschap mag uitgeven, dat

wordt onder meer begrensd door de verplichting in artikel 2:67, derde lid, om ten minste een vijfde deel te hebben geplaatst.

In de eerste plaats dient te worden opgemerkt dat eventuele belemmeringen voor de toepassing van afwikkelingsinstrumenten die volgen uit de wet, statuten of overeenkomst niet toepassing zijn ingevolge artikel 3A:7. Daarin is onder meer bepaald dat een besluit inhoudende de afschrijving en omzetting van kapitaalinstrumenten of de toepassing van het instrument van bail-in niet is onderworpen aan enige andere beperking uit hoofde van de wet, statuten of overeenkomst. Dat wil zeggen dat in de situatie dat een omzetting de omvang van het maatschappelijk kapitaal zou overschrijden het Burgerlijke Wetboek niet aan uitvoering van die omzetting in de weg staat.

Dat neemt niet weg dat het in de rede ligt om in de planningsfase reeds na te gaan om er, niettegenstaande de mogelijkheid om in afwikkeling een dergelijke belemmering terzijde te schuiven, reeds maatregelen kunnen worden genomen om een dergelijke belemmering weg te nemen, bijvoorbeeld door het verhogen van het maatschappelijk kapitaal in de statuten. Artikel 3A:14, eerste lid, voorziet daarin.

In het tweede lid wordt aangegeven dat een entiteit te allen tijde in staat is kernkapitaalinstrumenten of eigendomsinstrumenten uit te geven om daadwerkelijk uitvoering te geven aan de geëigende afwikkelingsinstrumenten.

Artikel 3A:15

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;
- 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.

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 en de doeltreffendheid van de contractuele bepaling.

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:16

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:17

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:18

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:19

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.

Artikel 3A:20

Hier 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. In het derde 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 afwijkmogelijkheid 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:21

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:22

Artikel 3A:22 geeft toepassing aan het "no creditor worse off"-beginsel (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 overdracht, 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.

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 aandeelhouders 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 aandeelhouders en schuldeiser bij de afwikkeling en,
- c. of er sprake is van een verschil tussen a en b.

Bij die 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.

Deze 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. Niet valt uit te sluiten dat uit de ex post waardering blijkt dat sommige 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 crediteuren een recht op compensatie van het verschil uit het 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.

In de periode totdat de verordening volledig van toepassing wordt bestaat ook bij de afwikkeling van banken een recht op compensatie uit het afwikkelingsfonds indien het NCWO beginsel zou zijn overtreden. Dit recht vervalt op het moment dat de verordening volledig van toepassing wordt en regres bestaat op het Europese afwikkelingsfonds. Het vijfde lid zal om die reden bij het volledig van toepassing worden van de verordening vervallen.

Artikelen 3A:23 en 3A:45

Met de voorgestelde wijzigingen worden artikel 43 en 59 van de richtlijn geïmplementeerd waarin 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.). Artikel 3A:23 gaat over het afschrijven of omzetten van kapitaalinstrumenten en artikel 3A:45 over de toepassing van het instrument van bail-in.

In het eerste lid van artikel 3A:23 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 deel uit. Eigendomsinstrumenten vormen een ruimere categorie instrumenten. Hierbij is niet noodzakelijker dat kapitaal wordt ingebracht in de onderneming, wel moet op enigerlei wijze sprake zijn van eigendom van 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 eerste lid, 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:45 gaat, kort gezegd, verder daar waar artikel 3A:23 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:23 reeds plaatsgevonden. Bail-in zonder daaraan voorafgaand AFOMKI toe te passen is niet toegestaan.

In het tweede lid van artikel 3A:23 wordt bepaald dat DNB bij de toepassing van AFOMKI maatregelen treft ten aanzien van de aandeelhouders en houders van andere 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 aandelen of andere eigendomsinstrumenten in. Door omzetting van de relevante

kapitaalinstrumenten, en wellicht ingevolge bail-in door omzetting van in aanmerking komende passiva, worden nieuwe aandelen uitgegeven.

De tweede situatie ziet op een waardering waaruit blijkt dat de nettowaarde positief is. Dan verwatert DNB bestaande aandelen of andere 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 situaties⁴² 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 aandeelhouders door afschrijving en verwatering, de entiteit wordt vervolgens geherkapitaliseerd door omzetting van kapitaalinstrumenten in kernkapitaal.

Het derde lid van artikel 3A:23 strekt ertoe het mogelijk te maken dat de maatregelen genoemd in het tweede lid ook genomen kunnen worden ten aanzien van aandeelhouders en houders van andere eigendomsinstrumenten aan wie aandelen of andere eigendomsinstrumenten 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 aandelen en andere eigendomsinstrumenten 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 onderschrijven van een buffereis door de bank automatisch converteren in aandelen of met aandelen vergelijkbare instrumenten.

In het vierde lid van artikel 3A:23 en het tweede lid van artikel 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 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. 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 Burgerlijk Wetboek is bijvoorbeeld niet van toepassing. Daarnaast is in het vierde lid ook geregeld dat niet alleen de

⁴² Behoudens in die gevallen dat DNB, ingevolge artikel 27 van de verordening, bepaalt dat bepaalde passiva van bail-in worden uitgesloten.

entiteit zelf de kernkapitaalinstrumenten of eigendomsinstrumenten uit geeft 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 het eerste lid van beide artikelen, verhandelbaar zijn als vermogensrechten. Deze rechten zijn dus niet vormgegeven als rechten op naam. 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 vijfde lid van zowel artikel 3A:13 als 3A:42 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.

In het zesde lid van artikel 3A:23 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.

In het derde lid van artikel 3A:45 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:45 wordt geregeld dat op het moment dat DNB het instrument van bail-in toepast ten aanzien van beleggingsondernemingen die niet vallen onder de werking van de verordening en zij daarbij gebruik maakt van haar discretionaire bevoegdheid om bepaalde passiva uit te sluiten, dat zij daarvoor de Commissie daarvan in kennis stelt.

Het zevende lid van 3A:23 en het zesde lid van 3A:45 maken 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. Zo zal onder meer worden bepaald op welke wijze bail-in van passiva die uit derivaten voortvloeien zal geschieden.

Artikel 3A:24

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 aandelen, andere eigendomsinstrumenten of schuldinstrumenten en het wijzigen van de statuten in geval van vermindering van het bedrag van de aandelen.

Artikel 3A:25

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 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:26

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 Burgerlijk Wetboek. Een moedervenootschap stelt zich in een dergelijke 403-verklaring schriftelijk hoofdelijk aansprakelijk voor schulden van haar dochter. In de richtlijn en dientengevolge in het wetsvoorstel wordt bepaald dat bij afschrijving (tot nihil en niet tot nihil) de vordering voor zover afgeschreven geacht wordt te zijn voldaan.

Na afschrijving van de vordering resteert voor het deel dat is afgeschreven geen verplichting voor de entiteit in afwikkeling. Er wordt immers uitgegaan van de fictie dat betaling op die verplichting reeds heeft plaatsgevonden. Er kan ook geen beroep 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.

Artikel 3A:27

Dit artikel implementeert artikel 47, vierde de 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:28

Artikel 38 van de richtlijn dat betrekking heeft op het instrument van verkoop 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, en tweede en derde lid van artikel 38 van de richtlijn geïmplementeerd. In dit artikel wordt het eerste van de vier afwikkelingsinstrumenten geïntroduceerd: het instrument van verkoop van de onderneming. In het eerste lid 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 overdracht aan anderen dan een overbruggingsinstelling. Voor de overdracht aan 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 overdracht aan een overbruggingsinstelling, wordt gesproken over "een of meer instellingen in afwikkeling" (meervoud). Het verschil heeft geen betekenis. Ook aan een derde die geen overbruggingsinstelling is kan meer dan een probleeminstelling worden overgedragen, voor zover andere regels – bijvoorbeeld op het terrein van mededinging – zich daartegen niet verzetten.

Op grond van het eerste lid, aanhef en onderdeel a, 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 worden overgedragen. Bepaald is, overeenkomstig de richtlijn dat "alle of bepaalde" activa of passiva kunnen worden overgedragen. De woorden "alle of bepaalde" hebben betrekking op zowel "activa" als "passiva". Er wordt uitdrukkelijk op gewezen dat de afwikkelingsautoriteit ook ervoor kan kiezen niet alle, maar slechts bepaalde activa over te dragen. In dit verband wordt gewezen op de artikel 3A:30, waarin conform de richtlijn een zekere bescherming wordt gegeven aan bepaalde overeenkomsten ingeval sommige, maar niet alle activa of passiva worden overgedragen. Overigens laat de tekst van de huidige wet ook al toe dat sommige, maar niet alle activa worden overgedragen.

Artikel 38, tweede lid, van de richtlijn bepaalt dat de overdracht wordt verricht onder commerciële voorwaarden, rekening houdend met de omstandigheden. Dat geldt ook zonder dat zulks uitdrukkelijk in de wet wordt bepaald en behoeft daarom geen implementatie. Voorts bepaalt artikel 38, tweede lid, van de richtlijn, dat de overdracht 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. Met het derde lid wordt artikel 38, derde lid, geïmplementeerd. Met deze bepaling wordt buiten twijfel gesteld wat het doel is van de waardering, bedoeld in artikel 3A:22: deze wordt gebruikt om commerciële voorwaarden te bedingen tijdens de voorbereiding van de overdracht. De afwikkelingsautoriteit heeft evenwel tot op zekere hoogte een beleidsvrijheid als gevolg van de woorden "in redelijkheid". Stappen die niet redelijk zijn, behoeven niet te worden genomen, zelfs indien zij wel in overeenstemming met de waardering zouden zijn

Artikel 3A:29

Met dit artikel wordt artikel 39, tweede 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 dat bepaalt dat het voorschrift dat de verkoop zo transparant mogelijk moet zijn, niet verhindert dat de afwikkelingsautoriteit specifieke potentiële verkrijgers benadert. In dit verband kan worden geparafraseerd hetgeen is opgemerkt in de memorie van toelichting bij de wet bijzondere maatregelen financiële ondernemingen: het wetsvoorstel gaat er niet vanuit dat de afwikkelingsautoriteit een veiling organiseert, maar werpt daarvoor ook geen belemmering op. Voor het organiseren van een veiling zal immers vaak te weinig tijd zijn. Daarenboven geldt dat, wanneer de afwikkelingsautoriteit een veiling zou organiseren, de voorbereiding van de overdracht bij een breder publiek bekend zullen worden. Hierdoor neemt de kans op onrust en, ingeval van een bank, een eventuele *bank run* toe, hetgeen juist moet worden voorkomen.

Gewezen wordt op artikel 39, tweede lid, laatste alinea, van de richtlijn. Die bepaling 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".⁴³ Normaliter zou voorwetenschap openbaar moeten worden gemaakt op grond van artikel 17, eerste lid, van de Verordening marktmisbruik. Het vooraf publiceren van een voorgenomen verkoop 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 mogelijk 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
- 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.

Het is niet nodig artikel 39, zesde 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:22a 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

⁴³ 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.

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 Faillissementswet, ligt voor de hand. Voor de duidelijkheid is dat uitdrukkelijk bepaald in het derde lid. Met het tweede lid wordt Artikel 37, zesde lid, tweede volzin, van de richtlijn geïmplementeerd. Indien slechts een gedeelte van de activa of passiva worden overgedragen, 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 overdracht 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 toevalt. Evenwel kan worden volstaan met te bepalen dat de vergoeding toevalt 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 de artikel 3A:39, artikel 40, zesde lid, onderdeel a, en zevende lid, van de richtlijn (met betrekking tot het instrument van de overbruggingsinstelling) en 3A:44, 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 aan de probleeminstelling worden overgedragen, en dat de aandelen of andere eigendomsinstrumenten die eerder aan de aandeelhouders toebehoorden terug aan de voormalige aandeelhouders onderscheidenlijk voormalige houders van de eigendomsinstrumenten worden overgedragen. De regeling in de richtlijn van de retouroverdracht in het kader van het instrument van de verkoop van de onderneming is niet geheel identiek aan de regeling van de retouroverdracht in het kader van de instrumenten van de overbruggingsinstelling en de afsplitsing van activa. Wanneer het betreft het instrument van verkoop van de onderneming, is voor een retouroverdracht de instemming van de overnemer vereist. De instemming van de overbruggingsinstelling en de entiteit van activabeheer is daarentegen niet vereist. Dit verschil is in de richtlijn opgenomen.

Er zijn nog enkele verschillen met betrekking tot de retouroverdracht tussen enerzijds de verkoop 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 retouroverdracht slechts betrekking kan hebben op hetzij activa en passiva die uitdrukkelijk zijn vermeld in het instrument waarmee de overdracht is verricht, hetzij op activa en passiva waarvan het, kort gezegd, niet de bedoeling is dat zij zijn overgedragen. Deze beperking is niet opgenomen met betrekking tot de verkoop van de onderneming. In de tweede plaats kan een retouroverdracht bij de overbruggingsinstelling en de afsplitsing van activa slechts plaatsvinden binnen "any period" (in de Nederlandse taalversie: "bepaalde termijn" en moet de retouroverdracht voldoen aan alle andere voorwaarden die worden genoemd in het overdrachtsinstrument. Ook deze beperking wordt niet genoemd in de regeling betreffende de verkoop van de onderneming. Nu in de richtlijn staat "any period and (...) other conditions stated in that instrument", moet het ervoor worden gehouden dat laatstbedoelde beperking aldus moet worden opgevat dat een retouroverdracht alleen mogelijk is binnen een termijn die in het overdrachtsinstrument wordt genoemd, en dat deze termijn geldt voor zowel 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 Nederlandse taalversie van de richtlijn moet worden gelezen als: activa en passiva waarop de retouroverdracht betrekking heeft ("concernés").

Er is voor gekozen de twee laatstbedoelde beperkingen ook op te nemen in het kader van het instrument van de verkoop van de onderneming. Dit is vooral van belang voor de in het overdrachtinstrument 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 overdracht. Wel gelden enkele aanvullende regels. Deze worden gegeven in artikel 3A:27, dat in artikel 3A:33 van overeenkomstige toepassing wordt verklaard.

Artikel 3A:34

Met artikel 3A:34 wordt artikel 38, elfde lid, van de richtlijn geïmplementeerd. Dat artikel bepaalt met zo veel woorden dat de overnemer voor wat betreft het recht om in andere lidstaten diensten te verrichten of zich daar te vestigen eo ipso wordt beschouwd als de voortzetting van de probleeminstelling. De nationale wetgever kan dit slechts bepalen voor het "inkomende verkeer", aangezien hij slechts regels kan stellen voor zijn eigen grondgebied. Daarom is in artikel 3A:34 beperkt tot die situatie. 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

Artikel 3A:35 is 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, beurzen, en 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 credit rating agency, 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, afwikkelingssystemen, 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 artikel 3A:35 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 in elk geval verplicht zijn, dus niet alleen pas nadat DNB hen daartoe verplicht.

Artikel 3A:37

Met dit artikel wordt artikel 40, eerste lid, aanhef en onderdelen a en b geïmplementeerd. Het artikel omschrijft het instrument van de overbruggingsinstelling. Zie ook de toelichting op artikel 3A:28.

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 in de algemene maatregel van bestuur, waarvoor artikel 3A:38 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 onderscheidenlijk artikel 2:96. Artikel 2:11 bepaalt dat het "een ieder" is verboden zonder vergunning het bankbedrijf uit te oefenen; daar valt ook de probleeminstelling onder. Artikel 2:96 bepaalt dat het verboden is zonder vergunning beleggingsdiensten te verlenen of beleggingsactiviteiten te verrichten; de woorden "een ieder" ontbreken in artikel 2:96, 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.⁴⁴ 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

⁴⁴ 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)

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.

Artikel 3A:39

Zie de toelichting op de artikelen 3A:28 tot en met 3A:32. Met betrekking tot het laatste artikel, inzake de retouroverdracht, 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

Zie de toelichting op artikel 3A:34.

Artikel 3A:41

Artikel 41, eerste lid, tweede alinea, van de richtlijn bepaalt dat de afwikkelingsautoriteit vergunning verleent indien, kort gezegd, de overbruggingsinstelling niet aan de voorschriften inzake kapitaalvereisten of de staatssteunregels van de Europese Unie voldoet, en dat zij gedurende korte tijd een vergunning ontvangt. Dit is geïmplementeerd in artikel 3A:41. Strikt genomen is dit een bepaling met betrekking tot markttoegang, en zou daarom in Deel Markttoegang financiële ondernemingen moeten worden opgenomen. Er is evenwel voor gekozen deze bepaling op te nemen bij de artikelen betreffende de overbruggingsinstelling, teneinde de regeling met betrekking tot de overbruggingsinstelling niet te versnipperen.

Een en ander komt erop neer dat een overbruggingsinstelling die nog niet direct na de overdracht aan alle vereisten voldoet, toch gedurende een korte periode een vergunning krijgt indien dit noodzakelijk is om de doeleinden van het instrument van de overbruggingsinstelling te verwezenlijken. Het past in het Wft-stramien om te bepalen dat DNB en de AFM daarvoor ontheffing verlenen. Het betreft een zogeheten lichte ontheffing. Er wordt geen ontheffing verleend van de verplichting om een vergunning te hebben; de overbruggingsinstelling moet wel een vergunning hebben, maar verkrijgt deze ook zonder dat aan alle vereisten is voldaan, althans gedurende een korte periode.

Voor de situatie waarin de overbruggingsinstelling het bedrijf van bank uitoefent, wordt het volgende opgemerkt. Bepaald is dat DNB de ontheffing ambtshalve verleent. Dit moet als volgt worden verstaan. In artikel 41, eerste lid, laatste alinea, van de richtlijn is bepaald dat de afwikkelingsautoriteit een aanvraag voor een ontheffing voorlegt aan de bevoegde autoriteit. In de Nederlandse situatie komt dit erop neer dat de organisatorische eenheid binnen DNB die verantwoordelijk is voor de afwikkeling, een aanvraag voor een ontheffing indient bij de organisatorische eenheid binnen DNB die verantwoordelijk is voor de handhaving van de regels betreffende de markttoetreding. De bepaling dat DNB de ontheffing "ambtshalve" verleent, betekent dus dat DNB de ontheffing kan verlenen zonder een aanvraag van een derde, maar het betekent niet dat de eenheid binnen DNB die

verantwoordelijk is voor het markttoezicht geheel op eigen initiatief de ontheffing kan verlenen.

Artikel 3A:42

Artikel 42 van de richtlijn regelt het instrument van afsplitsing van vermogen. Dit artikel wordt geïmplementeerd artikelen 3A:42. In dit artikel 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 juister te spreken van "vermogensbeheer" dan van "activabeheer". Bij de implementatie is daarom gekozen voor "vermogensbeheer". Die term sluit ook nauwer aan bij de in Nederland gangbare terminologie. Voorts spreekt de Nederlandse taalversie van artikel 42 van de richtlijn van een "vehikel" voor activabeheer. In de implementatie is gekozen 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 en volgende.

In artikel 3A:42 wordt aan de afwikkelingsautoriteit de bevoegdheid gegeven het instrument van afsplitsing van vermogen gegeven. 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 worden overgedragen. Dat is gebeurd in artikel 3A:38, eerste lid, Wft.

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

Met artikel 3A:40, derde lid, wordt artikel 42, derde lid, van de richtlijn geïmplementeerd. In die richtlijnbevestiging 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:43

Artikel 3A:43 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:44

Zie de toelichting op de artikelen 3A:30 en 3A:32.

Artikel 3A:45

Voor de toelichting bij dit artikel wordt verwezen naar artikel 3A:23.

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:24 tot en met 3A:27 zijn zowel van toepassing in de situatie dat je kapitaalinstrumenten afschrijft of omzet als dat je het instrument van bail-in toepast.

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 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 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 verkoop 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 voor 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 3A:49 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 aandeelhouders 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 tussen de artikelen 35, 63 en 72, is ervoor gekozen artikel 35 afzonderlijk te implementeren en de artikelen 63 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 persoon. Het is niet nodig dat uitdrukkelijk te bepalen. Ook wanneer de zeggenschap indirect wordt uitgeoefend door middel van een aangewezen persoon, wordt de zeggenschap 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. een afwikkelingsmaatregel kan nemen zonder zeggenschap over de probleeminstelling uit te oefenen. Ook dat behoeft 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.

Artikel 35 van de richtlijn geeft regels met betrekking tot het bijzondere bestuur. In artikel 3A:49, derde lid, wordt de grondslag gegeven om die regels te stellen bij of krachtens algemene maatregel van bestuur.

Artikel 3A:50

Deze bepaling strekt ter implementatie van artikel 43, derde 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 aandelen of andere 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 zal DNB de rechtsvorm kunnen wijzigen.

In het tweede lid is bepaald dat DNB de gevolgen van een besluit tot wijziging van de rechtsvorm zal kunnen regelen. Zo zal DNB het Handelsregister aanpassen en de statuten kunnen wijzigen.

Artikel 3A:51

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 probleebank 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. Hetzelfde artikel in de richtlijn bepaalt dat de schorsing geen betrekking heeft op verplichtingen "ten aanzien van" systemen of exploitanten. De woorden "ten aanzien van" zijn geïmplementeerd met: aan.

Voorts geldt de opschorting niet voor verplichtingen aan systemen of systeemexploitanten die zijn aangewezen op grond van artikel 212d, eerste lid,

Faillissementswet, en centrale tegenpartijen en centrale banken. Tot slot geldt de opschorting evenmin voor verplichtingen die, kort gezegd, worden gegarandeerd door het beleggerscompensatiestelsel.

Artikel 3A:52

Met artikel 3A:52 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 artikel 3A:52 de afwikkelingsautoriteit bevoegdheden kan "beperken", en dat zij op grond van artikel 3A:51 en 3A:53 bevoegdheden kan "opschorten". Bij de implementatie is aangesloten bij de formulering van de afkoelingsperiode in faillissement, geregeld in artikel 63a Faillissementswet. 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:51.

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 Faillissementswet, centrale tegenpartijen en centrale banken.

Artikel 3A:53

Dit artikel geeft aan de afwikkelingsautoriteit 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 probleeminstelling is afgewaardeerd zonder dat dit direct verband houdt met de afwikkelingsmaatregel. De beëindigingsbevoegdheden die worden bestreken door artikel 1:76b vallen ook onder artikel 3A:53, 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 artikel 3A:53 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:51.

Artikel 3A:54

Met dit artikel wordt artikel 68, vijfde lid, van de richtlijn geïmplementeerd. Beoogd is te bepalen 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:55

Met artikel 3A:55 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.

Op grond van het eerste 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:62. 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 artikel 3A:54, eerste lid. Zij vallen hetzij onder "eigendomsinstrumenten" hetzij onder "activa of passiva".

Met het tweede 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. Het woord "voorwaarden" in de Nederlandse taalversie komt overeen met "terms" in de Engelse taalversie. Bedoeld zijn de bepalingen in de overeenkomst. Bedoeld zijn alle elementen die de inhoud van een overeenkomst bepalen.

In de Engelse taalversie van de richtlijn is bepaald dat de afwikkelingsautoriteit de bevoegdheid heeft "to substitute a recipient as a party". In de Nederlandse taalversie van de richtlijn staat dat de afwikkelingsautoriteit de ontvanger als partij kan vervangen. Bedoeld is evenwel dat de afwikkelingsautoriteit de entiteit in afwikkeling als partij bij een overeenkomst kan vervangen door een ontvanger.

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 gereguleerde markt of de officiële notering van financiële instrumenten te onderbreken of op te schorten. Artikel 3:159z, vierde lid, bepaalt nu reeds iets soortgelijks. Het verschil tussen beide artikelen is dat op grond van artikel 3A:56 DNB de AFM *kan* verzoeken de toelating tot de handel in te trekken of de officiële notering op te schorten, terwijl de AFM op grond van artikel 3:159z deze verplichting *eo ipso* heeft zodra zij de in kennisstelling van de toewijzing van het verzoek om goedkeuring van een overdrachtsplan heeft ontvangen, welke in kennisstelling DNB moet verzenden. Anders gezegd: op grond van 3A:56 is het mogelijk dat de AFM de toelating tot de handel en de officiële notering niet onderbreekt of opschort, namelijk in het geval DNB de AFM daarom niet verzoekt. Er wordt op gewezen dat de handel in de financiële instrumenten wordt hervat op een door DNB te bepalen tijdstip. Op grond van artikel 3:159z, vierde lid, is het nog de AFM die dat tijdstip bepaalt. Het ligt in de lijn van de richtlijn dat DNB dat tijdstip bepaalt; op grond van de richtlijn is het de afwikkelingsautoriteit die de bevoegde autoriteit opdraagt bedoelde maatregelen te nemen.

In dit verband wordt erop gewezen dat de Nederlandse taalversie van de richtlijn bepaalt dat de afwikkelingsautoriteit kan verplichten tot intrekking van de toelating tot de handel en tot opschorting van de officiële notering. De Engelse taalversie verschilt inhoudelijk op twee punten van de Nederlandse taalversie. In de eerste plaats staat er in de Engelse taalversie "discontinue or suspend". Doorgaans wordt onder "discontinue" verstaan "kort onderbreken", terwijl onder "suspend" wordt verstaan "onderbreken voor een langere tijd". Doorgaans wordt echter geen van beide woorden vertaald met "intrekken" zoals in de Nederlandse taalversie van de richtlijn wel is gebeurd. Er is voor gekozen het woord "intrekken" te vermijden en te spreken van "onderbreken of opschorten", hetgeen overeenkomt met artikel 3:159z, vierde lid. In de tweede plaats hebben in de Engelse taalversie de woorden "discontinue or suspend" betrekking op zowel de toelating tot de handel als de officiële notering. In de Nederlandse taalversie daarentegen heeft het woord "intrekken" (daargelaten dat in de Engelse taalversie een inhoudelijk ander woord wordt gebruikt) betrekking op de toelating tot de handel, en het woord "opschorten" op de officiële notering. Er is voor gekozen inhoudelijk nauwer aan te sluiten bij de Engelse taalversie dan bij de Nederlandse taalversie omdat de Engelse taalversie de bedoeling beter weergeeft. Dat betekent dat "discontinue or suspend" bij de implementatie is vertaald met "onderbreken of opschorten", en dat deze twee acties betrekking hebben op zowel de toelating tot de handel als de officiële notering.

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.

Artikel 3A:57

Wanneer het uiterst twijfelachtig is dat de overdracht, omzetting of maatregel kan worden verwezenlijkt, gaat de afwikkelingsautoriteit niet over tot de daadwerkelijke uitvoering daarvan. Zoals hierboven reeds opgemerkt, heeft de afwikkelingsmaatregel wel de pretentie te werken in derde landen, maar of die pretentie ook kan worden waargemaakt hangt af van het desbetreffende derde land. Had de afwikkelingsautoriteit al opdracht tot de overdracht, afschrijving, omzetting of maatregel heeft gegeven, dan is deze opdracht ten aanzien van de desbetreffende passiva, aandelen, andere eigendomsrechten, rechten of passiva nietig.

Artikel 3A:58

Zie de toelichting op artikel 1:76b.

Artikel 3A:59

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 overdracht 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 artikel 3A:59 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 45, derde lid, BW. Dit artikel is eveneens genoemd in artikel 3A:59.

Artikel 3A:60

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 tot een bepaalde handelwijze verplichten, terwijl artikel 80 van de richtlijn betrekking heeft op een gevolg dat vanzelf intreedt. Om die reden is dit artikel geïmplementeerd in artikel 3A:61, in de paragraaf "gevolgen". Met dit artikel wordt een systeem dat door de minister is aangewezen op grond van artikel 212d Faillissementswet beschermd tegen een overdracht van sommige maar niet alle activa en passiva. In tegenstelling tot de artikelen 77 tot en met 79 van de richtlijn verbiedt artikel 80 van de richtlijn niet een overdracht 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 overdracht van de probleeminstelling aan een andere entiteit, terwijl artikel 76, eerste lid, onderdeel a, van de richtlijn daarnaast ook spreekt van een overdracht van sommige maar niet alle activa en passiva van een overbruggingsinstelling of entiteit voor vermogensbeheer

aan een andere persoon. Er is geen reden waarom een systeem niet ook bij het laatste type overdracht zou moeten worden beschermd.

Conform artikel 80 van de richtlijn is in artikel 3A:60 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 afwijking op 3A:7, derde lid: de toepassing van een afwikkelingsinstrument kan niet afwijken van de regels van een aangewezen systeem. Ook het tweede lid kan worden gezien als een afwijking op 3A:7, derde lid: de toepassing van een afwikkelingsinstrument kan niet leiden tot onder andere de herroeping van een overboekingsopdracht.

Artikelen 3A:61 en 3A:62

De artikelen 3A:61 en 3A:62 dienen in onderlinge samenhang te worden gelezen. Artikel 3A:61 bepaalt dat bepaalde rechten niet worden aangetast door een overdracht van sommige maar niet alle activa en 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. Ofschoon artikel 3A:61 een gevolg regelt en niet zozeer een verplichting tot een bepaald handelen, is dit artikel toch niet opgenomen in de paragraaf "gevolgen" maar in de paragraaf "waarborgen", omdat het als opmaat voor artikel 3A:68 kan worden gezien. Met artikel 3A:62 worden de artikelen 77 tot en met 79 van de richtlijn geïmplementeerd. Een en ander komt erop neer dat artikel 3A:61 de hoofdregel wordt gegeven en dat artikel 3A:62 deze nader uitwerkt door aan DNB voor te schrijven hoe te handelen bij bepaalde typen overeenkomst in het kader van een overdracht. Zouden zich in de praktijk gevallen voordoen die niet onder artikel 3A:62 vallen, geldt dus nog steeds de hoofdregel van artikel 3A:61, namelijk dat bedoelde rechten niet mogen worden aangetast. Deze onderlinge samenhang heeft voorts als consequentie dat, indien niet in overeenstemming met artikel 3A:62 is gehandeld, moet worden teruggevallen op de hoofdregel van artikel 3A:61, dus dat strijd met artikel 3A:62 niet ertoe mag leiden dat bedoelde rechten worden aangetast. Aldus wordt aangesloten bij de systematiek van de richtlijn op dit punt. Overwogen is bij de implementatie voor een andere opzet te kiezen, waarbij artikel 3A:61 voorop zou worden geplaatst, en in een artikel daarna slechts zou worden bepaald dat strijd met de eerste bepaling niet tot aantasting van bedoelde rechten leidt. Van deze opzet is afgezien teneinde zo nauw mogelijk aan te sluiten bij de systematiek richtlijn, waarbij artikel 3A:62 een uitwerking van artikel 3A:61 biedt.

3A:61

Artikel 3A:61 biedt bescherming aan de bevoegdheden die voortvloeien uit, financiële zekerheidsvereenkomsten, gedekte obligaties ("covered bonds"), gestructureerde financieringsregelingen, nettingovereenkomsten, verrekeningsovereenkomsten en zekerheidsregelingen. Bescherming wordt geboden in de eerste plaats tegen overdrachten waarbij sommige, maar niet alle activa worden overgedragen. Artikel 3A:61 is vergelijkbaar met artikel 3:159o, tweede en derde lid, waarvan de invoering is voorgesteld bij het

voorstel voor de Wijzigingswet financiële markten 2015.⁴⁵ Zie ook de memorie van toelichting met betrekking tot dat artikel.⁴⁶ Ter zijde wordt opgemerkt dat artikel 3:159o op dit moment niet hoeft te worden aangepast; Door de praktijk wordt het gevaar gevoeld dat, wanneer sommige maar niet alle activa of passiva worden overgedragen, de overdracht voor de wederpartij van de probleeminstelling ongunstig kan uitpakken. In het bijzonder wordt gevreesd dat daardoor verrekeningsbevoegdheden, en bevoegdheden uit zekerheidsregelingen, financiëlezekerheidsovereenkomsten, netting, 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 worden overgedragen, 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:61 is ruimer dan artikel 3:159o 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:61 aan te sluiten bij de formulering in artikel 3:159o: 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:62 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.

3A:62

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:62.

⁴⁵ Kamerstukken II 2013/14, 33 918, nr. 2.

⁴⁶ Kamerstukken II 2013/14, 33 918, nr. 2, blz. 20-22.

Met het eerste lid, onderdeel a, wordt artikel 77 van de richtlijn geïmplementeerd. In dat artikel worden drie regels gegeven. In de eerste plaats wordt bepaald dat financiële zekerheidsovereenkomsten 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 het voorstel voor 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:62 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 financiële zekerheidsovereenkomst 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 sommige, maar niet alle activa die worden bestreken door een raamovereenkomst worden overgedragen. De regel dat het onmogelijk is sommige maar niet alle activa over te dragen komt overeen met de beleidsregel die door DNB is gepubliceerd in de Staatscourant van 12 december 2013, bij de formulering waarvan in artikel 3A:62 is aangesloten. In de tweede plaats bepaalt artikel 77 van de richtlijn dat moet worden voorkomen dat rechten en verplichtingen die worden beschermd door een financiële zekerheidsovereenkomst 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 PM, 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:62 omdat zij reeds is genoemd in artikel 3A:61. 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. Ook zonder

Voor de goede orde wordt opgemerkt dat in de subonderdelen ii en iii met de zinsnede "een overeenkomst als bedoeld onder i" niet alleen wordt bedoeld op de onder i genoemde financiële zekerheidsovereenkomst, salderingsovereenkomst of verrekeningsovereenkomst, maar ook op een overeenkomst waarmee dergelijke overeenkomsten zijn verbonden.

Met het eerste lid, onderdeel b, 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 onderdeel verwantschap met de onderdelen b en c. Overwogen is of artikel 78 van de

richtlijn wel implementatie behoeft. Naar Nederlands recht brengt beginsel van accessorieit immers met zich mee dat het moeilijk voorstelbaar is dat een zekerheidsrecht kan bestaan zonder het goed waarop het is gevestigd, alsook dat een goed wordt overgedragen zonder dat het daarop gevestigde zekerheidsrecht tevens wordt overgedragen. Naar aanleiding hiervan wordt overwogen dat in de literatuur wel is opgemerkt dat het Burgerlijk Wetboek het beginsel van accessorieit wel kent, maar dat dit beginsel niet zo dominerend is dat een pandrecht dat het karakter van accessorieit zou missen, onbestaan zou zijn.⁴⁷ Om deze reden, alsook om rekening te houden met mogelijke ontwikkelingen in de praktijk die de wetgever niet kan voorzien, en bovendien om alle twijfel omtrent de bescherming die het Nederlandse recht biedt uit te sluiten, waaronder in het bijzonder ook mogelijke twijfel bij buitenlandse partijen, is ervoor gekozen een bepaling als die in het eerste lid, onderdeel b, op te nemen. Daarenboven dient te worden bedacht dat 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. Ook voor dat geval is het gewenst het eerste lid, onderdeel b op te nemen.

Met het eerste lid, onderdeel c, wordt artikel 79 van de richtlijn geïmplementeerd. Hierin wordt bepaald dat activa en passiva die een gestructureerde financieringsregelingen 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:67, eerste lid, onderdeel c, enerzijds gedekte obligaties en anderzijds gestructureerde financieringsregelingen als twee aparte instrumenten genoemd.

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:60. Een dergelijke zinsnede komt evenmin voor in de artikelen 76 tot en met 78 van de richtlijn.

De zinsnede "of een onderdeel daarvan vormen" heeft niet alleen betrekking op gedekte obligaties, maar ook op gestructureerde financieringsregelingen. Overwogen is of de onderdelen a, b en c, en in het bijzonder a en c, niet konden worden samengevoegd. Daarvan is afgezien. Onbedoeld zou dan de suggestie kunnen worden gewekt dat enerzijds activa en passiva die onder bijvoorbeeld een financiële zekerheidsvereenkomst vallen en andere activa en passiva die bijvoorbeeld een gestructureerde financieringsregeling vormen, slechts gezamenlijk kunnen worden overgedragen.

Hierboven is al ingegaan op de vraag wat het gevolg is wanneer DNB, in weerwil van het eerste lid, gekoppelde activa en passiva toch niet gezamenlijk overdraagt. In dat geval moet worden teruggevallen op de hoofdregel in artikel 3A:61. Een en ander komt erop neer dat, alhoewel de overdracht in deze vorm niet had mogen geschieden, deze toch niet nietig of vernietigbaar is – hetgeen

⁴⁷ Asser 3-VI*, Zekerheidsrechten, 2010, nr. 308.

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 derde 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.

Met het derde lid worden de artikelen 77, tweede lid, 78, tweede lid en 79, tweede lid, van de richtlijn geïmplementeerd. De formulering van artikel 3A:61, derde lid, is bondiger dan de bedoelde bepalingen in de richtlijn, maar de bedoeling is vanzelfsprekend dezelfde, namelijk dat de afwikkelingsautoriteit, indien dat nodig is om de beschikbaarheid van gedekte deposito's zeker te stellen (a) gedekte deposito's die vallen onder een financiële zekerheidsovereenkomst, salderingsovereenkomst, verrekeningsovereenkomst, zekerheidsregeling, gestructureerde financieringsregeling of gedekte obligaties kan overdragen zonder andere activa en passiva over te dragen die onder dezelfde overeenkomst, zekerheidsregeling onderscheidenlijk gestructureerde financieringsregeling of gedekte obligaties vallen, en (b) "andersom", dus activa en passiva die onder die overeenkomsten, regelingen of gedekte obligaties vallen kan overdragen zonder gedekte deposito's die onder dezelfde overeenkomsten, regelingen of gedekte obligaties vallen over te dragen.

Artikel 3A:63

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. 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.

Artikelen 3A:64 en 3A:65

AFDELING 3A.3.6 ziet op de wijze waarop de rechtsbescherming is ingericht. Zie voor een verdere toelichting inzake de rechtsbescherming paragraaf 3, onderdeel g, van het algemeen deel van de toelichting.

Artikel 3A:66

AFDELING 3A.3.7 ziet op de regeling inzake de afwikkelingsheffing en het gebruik van het afwikkelingsfonds door DNB. Zie voor een verdere toelichting inzake de financiering van afwikkeling, het afwikkelingsfonds en de afwikkelingsheffing paragraaf 3, onderdeel e, van het algemeen deel van de toelichting.

Artikel 3A:67

Artikel 3A:67 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 uit het afwikkelingsfonds 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:87 bevat in dat verband een nadere regeling.

Artikel 3A:68

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 dienen aandeelhouders en

schuldeisers verliezen te hebben genomen met een waarde van ten minste 8 procent van de 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 middelen uit het fonds.

Artikelen 3A:69 en 3A:70

Het afwikkelingsfonds wordt in eerste instantie gevuld met vooraf te heffen bijdragen van banken en beleggingsondernemingen. DNB zal in 2015 de heffing opleggen en innen.

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 gedekte deposito's en het totaalbedrag van de passiva onder aftrek van het eigen vermogen en minus gedekte deposito's van alle banken en beleggingsondernemingen. Vervolgens wordt het tarief aangepast aan het risicoprofiel van de onderneming.

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 door DNB 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:72 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:71

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 Europese afwikkelingsfonds. In geval van overdracht (aan een overnemer, een overbruggingsinstelling of entiteit voor activabeheer) zullen in eerste instantie de oorspronkelijke eigenaren worden voldaan. Vervolgens zullen redelijke kosten ingevolge artikel 3A:63 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 Europese afwikkelingsfonds.

Artikel 3A:72

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 DNB ten behoeve van het afwikkelingsfonds, kort gezegd, geld lenen van derden. Op grond onderdeel b kan DNB ten behoeve van het afwikkelingsfonds een lening aangaan bij financieringsregelingen van andere lidstaten. DNB 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. Hierbij dient nog te worden opgemerkt dat DNB weliswaar optreedt namens het afwikkelingsfonds maar niet zelfstandig kan worden aangesproken voor aflossing van de op grond van dit artikel aangegane leningen.

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 als DNB 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 DNB, indien daartoe een verzoek wordt gedaan, financiële middelen uit het afwikkelingsfonds 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:73

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 kan de groepsafwikkelingsautoriteit (voor 'Nederlandse groepen' DNB) ook voor de groepsafwikkeling leningen betrekken 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. Ook hier geldt dat de garantstelling uit hoofde van het afwikkelingsfonds door DNB is beperkt tot middelen uit het fonds. DNB kan dus niet zelfstandig worden aangesproken voor aflossing van leningen of nakoming van de garantstelling indien het fonds niet over de noodzakelijke middelen beschikt.

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 14⁴⁸ 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.⁴⁹ 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 toezicht op banken, de financiële stabiliteitstaak of de monetaire taak van DNB. Het feit dat de

⁴⁸ Afwikkelingsdoelstellingen (artikel 14 SRMR):

- 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.

⁴⁹ De richtlijn herstel en afwikkeling banken en beleggingsondernemingen 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.

afwikkelingstaak wordt belegd bij een van de directeuren 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 doorzettingsmacht, 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 doorzettingsmacht van de directeur afwikkeling onderworpen. Het gaat dan om de besluiten ingevolge artikel 3A:14 van de Wft (het wegnemen van procedurele belemmeringen voor bail-in) en besluiten ingevolge de artikelen 3:A15 tot en met 3A:17 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 doorzettingsmacht 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 FINANCIËEL 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.

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 hoofdstuk 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 voornamelijk 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. 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 afwickelen 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.

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

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 hoofdstuk 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.⁵⁰

ARTIKEL IV. WIJZIGING VAN DE FAILLISEMENTSWET

Onderdelen B en C

212ha

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.

⁵⁰Zie de gedelegeerde handeling van de Europese Commissie:
<http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/3/2014/NL/3-2014-7164-NL-F1-1.Pdf>

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 Faillissementswet. 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

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 thans bepaald dat het gedeelte van (voor dekking door het depositogarantiestelsel) in aanmerking komende deposito's dat de gegarandeerde waarde van 100.000 euro te boven gaat, en dat wordt aangehouden door, kort gezegd, natuurlijke personen en MKB-ondernemingen, én 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. Zij worden in faillissement gerangschikt onmiddellijk boven concurrente schuldeisers. Gegarandeerde deposito's (in aanmerking komende deposito's met een waarde tot 100.000) en de vordering van de Nederlandsche Bank wanneer zij bij uitvoering van het

depositogarantiestelsel de rechten van depositohouders overneemt, zijn in faillissement gerangschikt onmiddellijk boven de hiervoor genoemde vorderingen. Zij worden aldus nog voor deze vorderingen voldaan.

ARTIKEL V. WIJZIGING VAN HET BURGERLIJK WETBOEK

A en B

Het Burgerlijk Wetboek boeken 3 en 7 worden aangepast om de nieuwe afwikkelingsinstrumenten waarmee activa, passiva of eigendomsinstrumenten kunnen worden overgedragen (het instrument van verkoop van de onderneming, het instrument van de overbruggingsinstelling of het instrument van afsplitsing van activa) te incorporeren. Voor een 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 Burgerlijk Wetboek op dezelfde wijze behandeld als de reeds bestaande overdrachtsinstrumenten uit Deel 3 van de Wet op het financieel toezicht.

ARTIKEL VI. WIJZIGING VAN DE AWB

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 door de onderhavige overgangsrechtelijke bepaling 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.

ARTIKEL VIII. WIJZIGING VAN DE WET OP HET FINANCIËEL TOEZICHT

A tot en met D

De nationale afwikkelingsfondsen zullen voor zover het banken en beleggingsonderneming die onder de werking van het SRM vallen, op 1 januari 2016 worden vervangen door het Europese afwikkelingsfonds. Het nationale afwikkelingsfonds zal dan slechts fungeren voor de afwikkeling van beleggingsondernemingen die niet vallen onder de werking van de SRM en voor Nederlandse bijkantoren van banken met zetel in een derde land. De nieuwe Afdeling 3A.2.6 dient dienovereenkomstig te worden aangepast.

Artikel 3A:69 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. DNB zal de hoogte van die bijdragen vaststellen en de bijdragen innen.

Daarnaast is DNB, 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 Europese afwikkelingsfonds. De hoogte van die bijdragen wordt door de Afwikkelingsraad vastgesteld. DNB zal de aldus geïnde bedragen afdragen aan het Europese afwikkelingsfonds.

ARTIKEL IX EN X. INWERKINGTREDING EN CITEERTITEL

Deze artikelen bevatten de inwerkingtreedingsbepaling en de citeertitel.

De Minister van Financiën,

Bijlage I

Kapitaalinstrumenten		Eigenschappen	Voorbeelden van kapitaal- en schuldinstrumenten
Tier 1- kernkapitaalinstrumenten		<p>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>	<p>Aandelen Ingehouden winsten</p>
"Relevante kapitaal- Instrumenten"	Aanvullende Tier-1 instrumenten	<p>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 onderschrijdt. In geval van insolventie of liquidatie, ondergeschikt aan tier-2 instrumenten maar hoger in rang dan tier 1-kernkapitaal.</p>	<p>Converteerbare obligaties</p>
	Tier-2 Instrumenten	<p>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>	<p>Achtergestelde langlopende leningen Kapitaalinstrumenten</p>