



Ministerie van Financiën
Postbus 20201
2500 EE 'S-GRAVENHAGE

Datum 19 december 2014
Referentie BR2305

Betref: Consultatie Implementatiewet Europees kader voor herstel en afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen

Geachte mevrouw Salden, *Beste Gita,*

Hierbij sturen wij u de reactie van de Nederlandse Vereniging van Banken op de consultatie "Implementatiewet Europees kader voor herstel en afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen". Hiermee implementeert het ministerie van Financiën de voorgestelde wijzigingen die volgen uit de richtlijn Bank Recovery & Resolution Directive (BRRD) en de Single Resolution Mechanism-verordening.

De BRRD en het SRM vormen samen met het SSM belangrijke fundamenten van de Bankenunie. Deze fundamenten moeten er gezamenlijk voor zorgen dat terugvallen op publieke steun niet meer aan de orde zal zijn in de toekomst. Wij steunen de Bankenunie (inclusief BRRD en SRM) dan ook volledig. De NVB acht goede implementatie daarom essentieel voor een goed werkend toekomstig crisis management raamwerk. In deze reactie geven wij ons commentaar op hoofdpunten weer. Meer technisch, artikelsgewijs commentaar treft u in de bijlage aan. Mogelijk dat in een later stadium nog aanvullend commentaar zal worden gegeven.

Complexiteit van het wetsvoorstel

Wij erkennen dat het geen eenvoudige opgave is om beide Europese voorstellen in een overzichtelijk wetgevend kader te gieten. Dit neemt niet weg dat wij zorgen hebben over de complexiteit van het wetsvoorstel. Sommige artikelen hebben directe werking (de SSM-Verordening) en andere moeten eerst worden omgezet in nationale wetgeving (de BRRD). Echter, deze moeten wel in samenhang bezien worden. Om het wetsvoorstel daarnaast volledig en goed op waarde te kunnen schatten is het ook noodzakelijk om de Single Supervisory Mechanism verordening en CRDIV en CRR er naast te leggen. Vragen komen op als:

- Hoe verhouden de verschillende delen van de Wft zich tot elkaar?
- Hoe is de relatie naar de verschillende Verordeningen?
- Waar zijn de relevante vindplaatsen voor welk (deel)onderwerp en welke instelling (bank, beleggingsonderneming, etc.)?

Tevens zal ook een aantal lopende en verwachte consultaties van de Europese Banken Autoriteit (EBA) impact hebben op de interpretatie van het wetsvoorstel. Daarnaast worden enkele thema's nog nader uitgewerkt in AMvB's. Dit maakt dat een gedegen beoordeling van het wetsvoorstel afhankelijk is van de uitkomst van die lopende en nog komende trajecten. Het verdient daarom de

aanbeveling om bij de verdere afronding van dit wetsvoorstel te blijven kijken naar de inhoud van de toekomstige technische standaarden en deze goed af te stemmen op de juridische systematiek, praktische hanteerbaarheid en consequenties voor marktpartijen, zodat deze niet tot knelpunten zullen leiden in de toekomst. De uitvoerbaarheid en hanteerbaarheid van dit voorstel valt of staat daarom op dit moment bij een duidelijke, volledig onderbouwde in de MvT van gemaakte keuzes.

Duidelijkere onderbouwing in de Memorie van Toelichting

De MvT is nog niet stabiel. Zij bevat nog op meerdere plaatsen niet doorlopende zinnen, verkeerde verwijzingen, e.d. Hiernaast heeft het ministerie bij het implementeren van de BRRD en de SRM verordening bepaalde keuzes moeten maken. Veelal draait dit om het wel of niet opnemen van artikelen uit de SRM verordening. Omdat de verordening rechtstreekse werking heeft, is overname niet strikt noodzakelijk. Echter, op sommige plekken heeft het ministerie bepaalde artikelen wel overgenomen en op andere weer niet. In de bijlage (ad. B) is een aantal voorbeelden opgenomen waar méér onderbouwing van regels, zoals deze na inwerkingtreding van de SRM verordening en de onderhavige Implementatiewet zullen gelden, gewenst is.

De huidige MvT leidt daarom tot onduidelijkheid bij degenen die straks moeten werken met het wetsvoorstel in de praktijk. Onduidelijkheid leidt juist bij dit wetsvoorstel tot onzekerheid. En onzekerheid is niet gewenst wanneer nieuwe thema's als afschrijving en bail-in worden geïntroduceerd. Het zou de praktijk dan ook zeer helpen indien de MvT een duidelijke handleiding annex guidance geeft hoe de regeling voor de diverse betrokkenen werkt en wat waar kan / moet worden gevonden.

In dit kader kan ook de Transponeringstabel een rol spelen. De wenselijk geachte helderheid en het benodigde inzicht kan mede worden verkregen door de tabel aan te vullen met de relevante bepalingen uit de SRM verordening. Deze kan dan verder worden gemodelleerd naar de diverse aan de totale regeling onderworpen instellingen zoals banken, beleggingsondernemingen en verzekeraars.

Aanpassingen deel 1 Wft

In het wetsvoorstel worden naast het nieuwe deel 3A ook wijzigingen doorgevoerd in het algemene deel 1. Implementatie in de Wft lijkt op het eerste oog logisch, maar ligt inhoudelijk gezien niet voor de hand en brengt, mede vanwege de cross-sectorale opzet van de Wft, grote implementatieproblemen met zich mee. Juist bij dit deel zou daarom terughoudend moeten worden omgegaan met doorvoeren van wijzigingen. Wijzigingen in dit deel hebben hierdoor namelijk impact op groepen onder toezicht gestelden die géén onderwerp zijn van de BRRD en SRM Verordening.

Vanuit principieel oogpunt kan men zich daarom ook afvragen of de Wft wel het juiste kader biedt voor implementatie. Indien toch voor implementatie in de Wft wordt gekozen – en niet in een separate wet als de Bankwet – stellen wij voor in de Wft onomstotelijk helder te maken wanneer DNB als toezichthouder dan wel als afwikkelingautoriteit optreedt. Voorts zouden de bevoegdheden en taken van DNB in de hoedanigheid van afwikkelingsautoriteit in het aparte deel 3A opgenomen moeten worden. Deze taken en bevoegdheden komen immers niet een-op-een overeen met de taken en bevoegdheden van DNB als toezichthouder. Dit voorkomt dat de nieuwe bevoegdheden ook door DNB in andere rollen of door andere toezichthouders geclaimd worden. In de bijlage (ad. C) worden voorbeelden gegeven van mogelijke conflicten.

Verdeling bevoegdheden DNB

DNB krijgt met de invoering van de BRRD en het SRM nieuwe taken. Naast het feit dat DNB de monetaire en prudentiële autoriteit is, wordt DNB nu ook verantwoordelijk voor de afwikkeling van bepaalde financiële ondernemingen. Vanaf halverwege volgend jaar komt hier ook de uitvoering van het herziene depositogarantiestelsel bij.



Het ministerie erkent dat dit tot mogelijke conflicten kan leiden en heeft daartoe besloten één directielid eindverantwoordelijk te maken voor het resolutietoezicht. Dit directielid heeft een doorslaggevende stem in de directie om vertraging in besluitvorming te voorkomen. Naar de mening van de NVB dient echter ook inzichtelijk te worden gemaakt hoe DNB in haar organisatie (alle lagen onder het niveau van de directie) belangenverstremgeling denkt tegen te gaan. Dit zou verder moeten worden uitgewerkt en worden beschreven in de MvT. Dit geldt eveneens voor de verhouding tussen DNB, ECB en SRB. Alle stakeholders moeten exact weten wie wanneer waarvoor verantwoordelijk is.

Zo beoogt het voorstel te bewerkstelligen dat binnen DNB de directeur Afwikkeling bepaalde besluiten kan doorzetten. Niet duidelijk wordt of deze regeling een afspiegeling vormt van de Europese situatie: is de bevoegdheidsverdeling tussen ECB en Afwikkelingsraad gelijk aan wat nu voor DNB wordt voorgesteld? Zo nee, zou de MvT kunnen toelichten waarom in Nederland het belang van de afwikkelingstaak moet prevaleren boven het regulier toezicht.

Rechtsbescherming

Een van de redenen waarom het essentieel is dat duidelijkheid bestaat over de rollen en verantwoordelijkheden van DNB, ECB en SRB is dat dit impact heeft op de rechtsbescherming die onder toezicht gestelden kunnen genieten. Het kan immers niet zo zijn dat niet duidelijk is in welke situaties en bij wie tegen besluiten van de verschillende autoriteiten kan worden opgekomen. De praktijk heeft er veel baat bij dat de rechtsbescherming onverkort duidelijk in zowel de wet als de MvT uiteengezet is.

Op dit moment is het bijvoorbeeld niet duidelijk hoe de rechtsbescherming geregeld is wanneer de SRB een instructie geeft aan DNB om een actie te ondernemen die resulteert in een formeel besluit van DNB. Bij een instructie van de SRB is het essentieel dat ook inzicht in deze instructie wordt gegeven door DNB in haar besluit. Ook dit element zou verder verhelderd moeten worden in de wet en in de MvT. Voor enkele specifieke aspecten rondom rechtsbescherming wordt verwezen naar de bijlage (ad. A).

Mocht u naar aanleiding van deze reactie vragen of opmerkingen hebben, dan kunt u contact opnemen met Hubert Schokker, schokker@nvb.nl

Met vriendelijke groet,

Eelco Dubbeling
Directeur



Bijlage technisch en naar onderwerp of artikelsgewijs commentaar

A. Commentaar naar onderwerp

Verhouding Richtlijn – Verordening: MvT par. 2 (pag. 5):

- De MvT gaat nauwelijks in op de situatie van NL banken die dochters of branches buiten de eurozone en/of in derde-landen hebben. Hoe wordt de BRRD en SRM-Verordening dan toegepast?
- Ook de invloed van resolutie-regimes in derde-landen die worden toegepast op dochters van een NL bank op de resolutie op de Groep conform de BRRD / Wft en de SRM-Verordening komt niet aan de orde.
- De rol en samenstelling van de afwikkelingscolleges (zie art. 88 lid 4 BRRD – behoeft geen implementatie volgens Transponeringstabel) in de Nederlandse context is onduidelijk. Deze punten zouden nader in de MvT kunnen worden uitgewerkt.

Intragroup financial support agreement: MvT pag. 8 en Art. 3:300:

- Het betreft hier overeenkomsten cross-country over lidstaten van de EU. Dus *niet* binnen één lidstaat en ook *niet* van een lidstaat naar een derde land.
- Te wijzigen: art. 3:300, lid a: "... met zetel buiten Nederland..." in "... met zetel in een andere lidstaat....".

MREL: MvT pag. 12:

- Mogelijke gevolgen voor inpassing van TLAC zouden kunnen worden opgenomen in de MvT. De MvT zou nader kunnen ingaan op de zinsnede dat de MREL "... niet hoger mag zijn..." en de relatie naar de BRRD.

Afschrijven of omzetten van kapitaalsinstrumenten (AFOMKI):

- pag. 16 MvT: als alleen Tier-1 kernkapitaal wordt verlaagd (en dus niet AT-1 en Tier-2), hoe wordt de bank dan voorzien van nieuw kapitaal?
- art. 3A:26: bij afschrijving wordt vermindering 'als voldaan beschouwd'. Dwingt de regeling van AFOMKI niet om in Boek 6 BW over de nakoming van schulden ergens een bepaling op te nemen dat verwijst naar de Wft en AFOMKI als bijzondere vorm van nakoming?

No Creditor Worse Off-principe:

- Het principe wordt gerelateerd aan een reguliere faillissementsprocedure. Niet geheel duidelijk wordt wat moet worden beschouwd als een 'reguliere faillissementsprocedure' dan wel tot welke uitkomsten die procedure had geleid. Dat geldt in het bijzonder voor grensoverschrijdende activiteiten. Dit heeft ook een relatie tot artikel 3A:57.
- De MvT zou nader kunnen verklaren op welke wijze de toepassing van art. 3A:57 en, in meer algemene zin, de verschillende rechtssystemen en faillissementsregimes waaraan een bank is onderworpen van invloed zijn op de uitleg en toepassing van het NCWO-principe.

Bij afwikkeling: discretionaire bevoegdheid afwikkelingsautoriteit: MvT pag. 20:

- Als de afwikkelingsautoriteit gebruik maakt van de discretionaire ruimte om passiva uit te zonderen kan de afschrijving van andere passiva worden verhoogd. Als voorwaarde wordt genoemd het No Creditor Worse Off-principe. Zie pag. 21 MvT. Hoe valt dat met elkaar te rijmen? (Er vanuit gaande dat in faillissement wel de reguliere 'waterfall' wordt gevolgd.)

Waterfall:

- In de MvT zou nader kunnen worden uitgelegd en gespecificeerd hoe de waterfall in bail-in termen werkt: (i) AFOMKI, (ii) achtergestelde instrumenten, (iii) senior crediteuren + groot zakelijke depositohouders, (iv) retail en SME depositohouders > 100.000 en (v) DGS Fonds (als substituut voor de gedekte deposito's). En voor de duidelijkheid zou ook de insolvency-



volgorde kunnen worden toegevoegd.

Fonds: MvT pag. 26:

- De MvT zou (extra) kunnen toelichten dat een beroep op het fonds buiten andere randvoorwaarden om kan geschieden (dus bv geen 8% van toepassing) en direct en rechtstreeks werkt. Hierbij kan ook worden toegelicht dat zowel inschattingfouten van de Afwikkelingsautoriteit bij de bepaling van de MREL als ook beslissingen tijdens de operationele fase van het resolutieproces ten laste van het Fonds komen.

Rechtsbescherming: MvT pag. 30 e.v.:

- In aanvulling op de opmerkingen in de brief waaraan deze bijlage is gehecht enkele aandachtspunten:
 - o Ook voor de rechtsbescherming geldt dat de praktijk er veel baat bij heeft indien de rechtsbescherming heel duidelijk in de wet wordt vastgelegd en in de MvT wordt uiteengezet.
Daarbij zou ingegaan kunnen worden op de rechtsbescherming bij specifieke onderdelen, zoals bijv. de ex ante maatregelen. Deze vinden immers plaats in de going concern fase en kunnen gevolg hebben voor bijv. koersgevoelige informatie en toezichtvertrouwelijke informatie. Toch bevat het wetsvoorstel geen specifieke regeling hoe de rechtsbescherming en het proces bij dergelijke gevallen verloopt en welke waarborgen en bescherming bestaan ten aanzien van vertrouwelijkheid, ook voortvloeiend uit een eventuele procedure en uitspraak.
Naast nadere toelichting kan worden voorzien in specifieke waarborgen.
 - o Vooral in het kader van een instructie door de SRB is in situaties onduidelijk waartegen en bij wie je bezwaar kunt aantekenen. Is dat tegen DNB die op grond van de instructie een besluit neemt of kan de instructie op zich al reden zijn om bezwaar aan te tekenen bij de SRB. Ook in het kader van het voorbereiden van een conceptbesluit door DNB op verzoek van de SRB is belangrijk dat het conceptbesluit onderhevig is aan een zorgvuldige en weloverwogen procedure. Derhalve is van belang dat DNB de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (abbb) uit de Awb in ogenschouw neemt aangezien rechtsbescherming reeds in de fase van het opstellen van het conceptbesluit van betekenis is. In het wetsvoorstel zou dus moeten worden opgenomen dat DNB bij het voorbereiden van een besluit op verzoek van de SRB - waarbij het definitief besluit door de SRB niet vatbaar is voor bezwaar via de AWB – de abbb in ogenschouw neemt.
 - o Het lijkt er op dat de rechtsbescherming zoals opgenomen in de Interventiewet (deel 3 en deel 6) gedeeltelijk (deel 3) voor banken zal komen te vervallen. Waarom kunnen deze regelingen niet ook voor banken worden gehandhaafd?
 - o Ingevolge art. 3A:55 kan DNB tijdens resolutie rechten vrij van aansprakelijkheden overdragen.
 - i. Het rechtskarakter en de rechtsbescherming tegen een dergelijk besluit zijn echter niet duidelijk (art. 3A:55 wordt ook niet genoemd in art. 3A:64).
 - ii. Omvat de 'blokkade' van rechten ook de rechten die boek 2 BW verschaft (zoals bijv. het enquêterecht)?
 - iii. Wordt onder 'vrij van aansprakelijkheden' ook begrepen vrij van een claim uit onrechtmatige daad ? (die kan worden gebaseerd op geschonden zorgplichten rond de uitgifte of verkoop van het betreffende kapitaalinstrument zoals publiek- of privaatrechtelijke informatieplichten).
 - iv. Hoe verhoudt de bevoegdheid uit art. 3A:55 zich tot onder meer art. 1 Eerste Protocol EVRM en art. 6 EVRM ? (zie ook hieronder onder punt 2 van technisch commentaar).
- De MvT zou op deze aspecten nader kunnen ingaan en een verdere verduidelijking geven.



Grondrechten: MvT pag. 33 e.v.:

- De waardering van activa is alleen tezamen met / als onderdeel van het afwikkelingsbesluit vatbaar voor beroep. Is de begrenzing om alleen via een concreet besluit de waardering aan toetsing te onderwerpen proportioneel cq waarom wordt dit kennelijk als proportioneel beschouwd? Hoe verhoudt deze beperking zich tot art. 6 EVRM en art. 47 Handvest? (Zie pag. 35 MvT). De MvT zou een nadere verduidelijking kunnen geven.
- De bespreking in de MvT blijft beperkt tot de verhouding tussen grondrechten en het verlies van rechten door de toepassing van afwikkelingsinstrumenten. Buiten beschouwing blijft de invloed van grondrechten op de mogelijkheid om ex ante maatregelen af te dwingen ter bevordering van de afwikkelbaarheid. Ook daarbij is echter van belang dat de maatregel proportioneel is in het licht van het nagestreefde doel en de context waarin de maatregel wordt opgelegd. Een maatregel kan wellicht proportioneel zijn bij / na resolutie maar disproportioneel als ex ante maatregel en daarmee zou een schending van art. 8 en 11 EVRM alsmede art. 16 Handvest kunnen plaats vinden. De MvT zou nader in kunnen gaan op het belang van grondrechten bij het opleggen van proportionele ex ante maatregelen.

B. Voorbeelden van willekeur bij omzetting van de BRRD en SRM

Art. 3A:28

- Op p. 82 MvT bovenaan staat: "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." De toelichting lijkt niet helemaal overeen te komen met de tekst van art.3A:28 waar nu juist de woorden "alle of bepaalde" ontbreken.
- In de volgende paragraaf op p. 82 MvT staat: "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." Dit is echter juist wel geïmplementeerd, zie art. 3A:29(1)

Art.3A:29

- In de toelichting op p. 82 wordt opgemerkt: "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." Dit is één van de voorbeelden van willekeur bij de implementatie. Zo wordt inderdaad sub a van art.39 BRRD slechts ten dele geïmplementeerd en sub d helemaal niet. Maar waarom is het dan wel nodig om sub b/c/e/f inzake ongepaste bevoordeling wel op te nemen? Het slechts ten dele implementeren van art.39(2) BRRD komt de inzichtelijkheid bepaald niet ten goede.

Art.3A:36

- Op p. 87 van de MvT staat: "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." Dit is niet juist. In art.3A:36 staat nu juist dat DNB het kan verlangen; er geldt dus niet al een verplichting.

Art.3A:49

- Op p.92 van de MvT wordt over artt. 35/63/72 BRRD eerst opgemerkt: "Deze drie bepalingen worden in 3A:49 geïmplementeerd." Maar even verder in hetzelfde stuk wordt gesteld: "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." Dat lijkt zich niet goed tot elkaar te verhouden.



Art. 3A:55

- Op p. 96 van de MvT wordt verwezen naar art. 64 BRRD en gesteld: "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." Hier geldt dezelfde opmerking als hierboven (willekeur bij implementatie --> onoverzichtelijk).

Art. 3A:61

- Op p. 100 van de MvT staat: "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." Hier geldt dezelfde opmerking als hierboven (willekeur bij implementatie --> onoverzichtelijk).

C. Aanpassingen deel 1 Wft

Algemeen:

- Uit de toelichting bij het wetsvoorstel alsook een eerdere brief aan de Tweede Kamer¹ blijkt dat DNB wordt aangewezen als nationale afwikkelingsautoriteit. Deze majeure wijziging van de organisatie van DNB en taken en bevoegdheden van DNB komt niet duidelijk in het wetsvoorstel terug, maar dient afgeleid te worden uit de wijziging van de definitie van toezichthouder. Onder toezichthouder zal in de toekomst moeten worden verstaan (1) DNB in haar hoedanigheid van toezichthouder én (2) DNB in haar hoedanigheid van afwikkelingsautoriteit.
- De gekozen wetssystematiek maakt dat de Wft een zoekplaatje wordt en het voor financiële ondernemingen vaak niet meer helder zal zijn wanneer DNB optreedt in haar hoedanigheid van (a) onderdeel van het *Single Supervisory Mechanism* d.w.z. als onderdeel van het ECB toezicht (b) als puur nationale toezichthouder (c) als onderdeel van het *Single Resolution Mechanism* of (d) als puur nationale afwikkelingsautoriteit. Helderheid is des te meer onontbeerlijk nu de Europese autoriteiten mede op basis van de Wft optreden; als de wet niet inzichtelijk is, zal dit in de praktijk leiden tot onnodige complicaties. Autoriteiten, onder toezicht gestelden maar ook de markt en consumenten zijn hier niet bij gebaat. Ook geldt met onduidelijke afbakening dat het uiteindelijke doel van de wijzigingen in het wetgevend kader – een daadwerkelijke Bankenunie – niet in zicht komt.
- Wij wijzen erop dat de nieuwe afwikkelingstaak van DNB volgens de BRRD gescheiden dient te zijn van de toezichthoudende functie en dat in de Europese context vanwege mogelijke belangenconflicten tussen beide functies uitdrukkelijk is gekozen voor twee aparte autoriteiten: de ECB als toezichthouder en de SRB als afwikkelingsautoriteit. Wij begrijpen waarom de minister ervoor gekozen heeft DNB mede te belasten met de afwikkelingsfunctie, maar zijn van mening dat heldere taakafbakening tussen de verschillende functies dan wel een vereiste is. Het wetsvoorstel biedt dit afbakening niet omdat de gekozen wetssystematiek er toe leidt, dat in veel gevallen gegist moet worden in welke van haar vier rollen van DNB optreedt (daargelaten dat DNB óók Centrale Bank is en in dat kader bevoegdheden ten aanzien van dezelfde groep ondernemingen kent).
- Nu voor implementatie in de Wft wordt gekozen – en niet in een separate wet als de Bankwet – stellen wij voor in de Wft onomstotelijk helder te maken wanneer DNB als toezichthouder dan wel als afwikkelingautoriteit optreedt. Voorts zouden de bevoegdheden en taken van DNB in de hoedanigheid van afwikkelingsautoriteit in het aparte deel 3A opgenomen moeten worden. Deze

¹ Brief ministerie van Financiën aan Tweede Kamer, dd 27 juni 2014, *Start bankenunie en gevolgen voor organisatie DNB*



taken en bevoegdheden komen immers niet een-op-een overeen met de taken en bevoegdheden van DNB als toezichthouder.

Art. 1:1 Wft: de definitie van toezichthouder wordt aangepast in 'DNB of AFM, ieder voor zover belast met de uitoefening van taken ingevolge deze wet'.

- Wij achten het niet bevorderlijk voor de inzichtelijkheid van een toch al complexe Wft als de afwikkelingstaak van DNB geschaard wordt onder de definitie van toezichthouder. Het zou helder uit de wet moeten volgen wanneer DNB optreedt als afwikkelingsautoriteit of als toezichthouder. Zie ook de algemene toelichting.
- Ter bevordering van de transparantie van de wet verdient het de voorkeur een nieuw artikel toe te voegen waarin bepaald wordt dat DNB belast is met afwikkeling (vergelijkbaar met het huidige art. 1:24) en voorts de taken en bevoegdheden die DNB als de afwikkelingsautoriteit heeft, op te nemen in het nieuwe deel 3A. Dit zou voorkomen dat overlap en vermenging ontstaat tussen de verschillende taken van DNB als toezichthouder dan wel afwikkelingsautoriteit.
- Zelfs als de wetgever het wel opportuun acht de afwikkelingstaak onder te brengen onder de definitie van toezichthouder, is aanpassing van de definitie zoals beoogd niet noodzakelijk. Momenteel is de definitie van toezichthouder gekoppeld aan art. 1:24 (prudentieel toezicht) en 1:25 Wft (gedragstoezicht). De nieuwe taak van DNB als afwikkelingsautoriteit wordt reeds benoemd in het te wijzigen art. 1:24 Wft. Wijziging van de algemene definitie is niet nodig.
- Tevens is het belangrijk te vermelden dat de wijziging ertoe leidt dat extra onduidelijkheid ontstaat over welke toezichthouder wanneer bevoegd is. Dit is onwenselijk, zeker nu bevoegdheden die voorheen enkel aan DNB of de AFM toekwamen over steeds meer autoriteiten worden verdeeld. Bij een verdeling van taken en bevoegdheden over verschillende Europese en nationale autoriteiten is heldere afbakening noodzakelijk. De voorgestelde wijziging vermindert al bestaande onduidelijkheden niet, maar vergroot deze juist.

Artikel 1:74 Wft wordt gewijzigd

- Artikel 1:74 luidt nu:
 1. De toezichthouder kan ten behoeve van het toezicht op de naleving van de bij of krachtens deze wet gestelde regels van een ieder inlichtingen vorderen.
 2. De artikelen 5:13 en 5:20 van de Algemene wet bestuursrecht zijn van overeenkomstige toepassing.
- Het artikel komt te luiden (bold):
 - 1. De toezichthouder kan ten behoeve van de uitoefening van een taak ingevolge deze wet gestelde regels van een ieder inlichtingen vorderen.**
 - 2. Een ieder is verplicht aan de toezichthouder binnen de door hem gestelde redelijke termijn alle medewerking te verlenen die deze redelijkerwijs kan vorderen bij de uitoefening van een taak ingevolge deze wet. Artikel 5:20, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht is van overeenkomstige toepassing.**
- De wijziging (1) DNB beoogt in haar hoedanigheid van nationale afwikkelingsautoriteit een inlichtingenbevoegdheid te geven en (2) schrapt vermelding van artikel 5:13 Awb omdat het daarin vervatte evenredigheidsbeginsel sowieso van toepassing is.
- Ook voor deze wijziging geldt dat gebruikmaking van het woord toezichthouder onwenselijke gevolgen kan hebben. De situatie kan ontstaan dat DNB als toezichthouder informatie gaat opvragen ten behoeve van DNB als afwikkelingsautoriteit (of vice versa) terwijl dit onzuiver is en leidt tot ongewenste verwikkeling tussen beide functies van DNB. De systematiek zou moeten zijn, dat als de afwikkelingsautoriteit behoefte heeft aan informatie, zij eerst nagaat bij de toezichthouder of die informatie aldaar beschikbaar is. Pas indien dat niet het geval is, heeft de afwikkelingsautoriteit een zelfstandige informatiebevoegdheid. De minister heeft aan de Tweede Kamer verteld dat ervoor gekozen is DNB als afwikkelingsautoriteit aan te wijzen in het kader van efficiëntie en omdat DNB toch al over veel informatie beschikt. Het zou wenselijk zijn deze gedachte dan ook in de wet te laten terugkomen.



- Verder achten wij het wenselijk de verwijzing naar het evenredigheidsbeginsel te handhaven. Alhoewel de verwijzing theoretisch niet noodzakelijk is, wordt in de praktijk niet altijd acht geslagen op het evenredigheidsbeginsel. Wij pleiten voor handhaving gelet op het belang van dit beginsel.

Reikwijdte 1:75 Wft wordt uitgebreid. Toelichting daarbij overtuigt niet.

- Onduidelijk is waarom het algemene artikel 1:75 Wft aangepast dient te worden als gevolg van BRRD en SRM implementatie. Het huidige 1:75 Wft benoemt de categorieën personen aan wie een aanwijzing kan worden gegeven. De categorieën worden geschrapt en gesteld wordt, dat de toezichthouder 'een persoon' die niet voldoet aan hetgeen bij of krachtens deze wet is bepaald, door middel van het geven van een aanwijzing kan verplichten een bepaalde gedragslijn te volgen. De toelichting vermeldt dat de normadressanten zijn uitgebreid, opdat ook een aanwijzing kan worden gegeven aan degenen op wie uitsluitend ingevolge het nieuwe deel 3A verplichtingen rusten. De aanpassing leidt echter tot een algemene uitbreiding die niet enkel ziet op het nieuwe deel 3A en gaat derhalve gelden voor alle (groepen) onder toezicht gestelden en wordt een bevoegdheid die ook aan de AFM is toegekend. Onduidelijk is waarom hiervoor is gekozen, nu in het rijtje normadressanten gemakkelijk 'personen op wie ingevolge deel 3A Wft verplichtingen rusten' ingevoegd had kunnen worden. Waarom is gekozen voor een algemene uitbreiding?

Aan het algemene deel wordt art. 1:75a Wft toegevoegd

- De wijziging leidt ertoe dat aan een bank of beleggingsonderneming bij overtreding van – kort samengevat - de Wft of de CRR 'de toezichthouder' (dit kan dus ook de AFM zijn) (1) een algemene vergadering van aandeelhouders bijeen kan doen roepen en (2) kan vereisen dat de juridische of operationele structuur van de entiteit wordt aangepast. Het betreft hier maatregelen die bedoeld zijn om in *early intervention* toegepast te worden door de toezichthouder (dit is de ECB voor significante banken). Het artikel is nu zo geredigeerd dat de ECB, DNB én de AFM deze vergaande maatregelen kunnen toepassen bij – wederom kort samengevat - overtreding van de Wft. In de BRRD is echter niet zomaar sprake van *early intervention* en kunnen dit soort maatregelen enkel worden toegepast '*where an institution infringes or, due, inter alia, to a rapidly deteriorating financial condition, is likely in the near future to infringe the requirements of the CRR, CRD, etc.*'. De EBA zal nog richtlijnen op dit punt uitbrengen. Het verlenen van nieuwe verregaande bevoegdheden aan DNB en de AFM lijkt geen BRRD implementatie maar is een fundamentele wijziging van de bevoegdheden van de toezichthouders in het algemeen.
- BRRD/SRM implementatie had beperkt kunnen worden tot het tweede lid van artikel 1:75a Wft. Daarbij geldt dat overigens dat de bevoegdheid niet altijd toekomt aan DNB, maar voor de grote banken bij de ECB zal liggen.

Reikwijdte van art. 1:94 wordt uitgebreid (zie in bold)

- De toezichthouder kan een openbare waarschuwing uitvaardigen, indien nodig onder vermelding van **de verantwoordelijke persoon, instelling, financiële instelling, EU-Moederonderneming of andere rechtspersoon** en de overwegingen die tot die waarschuwing hebben geleid, bij overtreding van een verbodsbepaling uit deze wet of van artikel 1:58, tweede en derde lid, 1:58a, tweede lid, 1:58b, tweede lid, 1:58c, derde lid, 1:59, tweede lid, 1:67, eerste lid, 1:77, eerste lid, derde volzin, 4:4, eerste lid, of 4:4a of van een bij algemene maatregel van bestuur aangewezen bepaling uit een verordening als bedoeld in artikel 288 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.
- Deze wijziging is zo ruim gesteld, dat de reikwijdte ruimer is dan beoogd door de BRRD. De BRRD vereist dat de toezichthouder resp. de afwikkelingsautoriteit in een viertal gevallen een openbare waarschuwing kan doen uitgaan onder vermelding van de verantwoordelijke persoon, instelling, financiële instelling, EU-moederonderneming of andere rechtspersoon. Door nu het algemene artikel uit te breiden, wordt de bevoegdheid niet beperkt tot een viertal gevallen maar wordt deze onbeperkt en komt deze ook bij de AFM.



Aan art. 1:97 Wft wordt een tweede lid toegevoegd (in bold):

1. De toezichthouder maakt een besluit tot het opleggen van een bestuurlijke boete ingevolge deze wet na bekendmaking openbaar, indien de bestuurlijke boete is opgelegd ter zake overtreding van: [...]
 2. **De toezichthouder kan een besluit tot het opleggen van een bestuurlijke boete openbaar maken, indien de bestuurlijke boete is opgelegd ter zake van een overtreding van een bepaling uit deel 3A van deze wet.**
 3. De openbaarmaking van het besluit tot het opleggen van een bestuurlijke boete geschiedt niet eerder dan nadat vijf werkdagen zijn verstreken na de dag waarop het besluit aan de betrokken persoon bekend is gemaakt.
 4. Indien wordt verzocht om een voorlopige voorziening als bedoeld in artikel 8:81 van de Algemene wet bestuursrecht, wordt de openbaarmaking van het besluit opgeschort totdat er een uitspraak is van de voorzieningenrechter.
- [...]
 - Art. 112 BRRD stelt de regels omtrent publicatie van boetes opgelegd '*for infringing the national provisions transposing this Directive where such penalties have not been the subject of an appeal or where the right of appeal has been exhausted*'. Publicatie is omgeven met bepaalde waarborgen (bijv. anoniem).
 - Loutere toevoeging van het tweede lid is uitdrukkelijk niet conform de BRRD. Niet alleen ontbreken de waarborgen uit de BRRD, maar ook mag publicatie enkel plaatsvinden als geen gerechtelijke procedure meer openstaat. Op dit moment is de Nederlandse praktijk dat boetes ook hangende een bezwaar/beroep gepubliceerd worden.

In 3:17 Wft

- In 3:17 Wft wordt een haakje opgenomen om nadere regels op AMvB niveau te stellen voor het herstelplan. Vraag is waarom dat nodig is nu EBA reeds technical standards zal uitvaardigen op dit punt (art. 5 (11)) BRRD en naar verwachting de ECB de standaarden zal gaan implementeren.