



Consultatie Implementatiewet BRRD

DUFAS¹ vindt de wijze waarop de BRRD het ingrijpen van de overheid in banken organiseert een goede en effectieve oplossing om toekomstige financiële crisis op te lossen met een fors kleinere impact op de overheidsfinanciën van de EU-lidstaten. Dat is een goede zaak.

Maar de wijze van implementatie in de Wft roept vragen op en de rechtsbescherming van aandeelhouders en obligatiehouders lijkt (mede als gevolg daarvan) ten onrechte niet op het niveau te zijn dat de Interventiewet wel biedt.

Verhouding tot interventiewet

In Nederland is in 2012 een Wet bijzondere maatregelen financiële ondernemingen (de “Interventiewet”)² in werking getreden, die dezelfde doelstelling had, veel gelijkenissen vertoont met – en ook anticipeerde op – de richtlijn die geïmplementeerd wordt met het onderhavige wetsvoorstel. Belangrijke verschillen zijn de *bail-in* (in de Memorie van Toelichting onnodig verhullend AFOMKI genoemd), en de reikwijdte: de richtlijn betreft geen verzekeraars.

Toch constateert DUFAS dat de BRRD naast de Interventiewet in de Wft wordt geïmplementeerd in een nieuw hoofdstuk 3A.1, terwijl de Interventiewet een nieuwe afdeling 3.5.4A (“Overdracht”) en een nieuw deel 6 (“Onteigening”) introduceerde in de Wft.

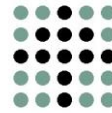
De Wft is een uiterst complexe wet, die door dit voorstel nog complexer dreigt te worden, namelijk doordat twee vergelijkbare interventieregimes naast elkaar komen te staan. Dat maakt de risico-inschatting – en dus de waardering in het proces van prijsvinding – voor de aandeelhouder/obligatiehouder (met name de buitenlandse) veel lastiger waar het betreft de beoordeling van zijn rechtspositie wanneer de bank of verzekeraar waarin hij belegt in de problemen komt te verkeren.

In de MvT staat ook dat de richtlijn ook geïmplementeerd moet worden voor CRD IV-beleggingsondernemingen die onderdeel uitmaken van een groep die geen bankgroep is, dus bijvoorbeeld een verzekeringsgroep.³ In het huidige voorstel vallen sommige verzekeraars dus onder het regime van de Interventiewet en andere onder het BRRD-regime. Dat lijkt ons verwarrend. Daarnaast behoeft het nadere toelichting waarom het regime van de interventiewet voor verzekeraars zonder beleggingsonderneming in de groep in stand zou moeten blijven,

¹ DUFAS, voluit de Dutch Fund and Asset Management Association, is de brancheorganisatie van vermogensbeheerders en beheerders van beleggingsinstellingen (ook wel *asset managers* genoemd) in Nederland. Onze belangenvereniging kent, naast onafhankelijke vermogensbeheerders, leden uit de bankensector, verzekerings-, vastgoed- en pensioensector, alsmede bewaarbedrijven.

² Stb. 2012, nr. 241.

³ Pagina. 38, laatste alinea.



nu dat in Europees verband niet nodig wordt geacht en er andere middelen ter beschikking staan, zoals de Opvangregeling Leven (art. 3:149 e.v., Wft) en de beperking van de beschikingsbevoegdheid (art 3:135 e.v., Wft). In dit verband rijst ook de vraag waarom de BRRD niet geïmplementeerd in de Bankwet onder gelijktijdige schrapping van de oude 'Interventiewet'.

Het zou veel overzichtelijker zijn indien de BRRD geïmplementeerd wordt in hetzij de Bankwet, hetzij de hoofdstukken van de Wft waar de 'Interventiewet' is ondergebracht. Andersom zouden ook afdeling 3.5.4A, Wft en boek 6, Wft kunnen vervallen, omdat de BRRD wordt geïmplementeerd.

Rechtsbescherming

Tevens constateert DUFAS verschillen in rechtsbescherming tussen de Interventiewet en dit voorstel, zonder dat daar goede gronden voor zijn. Het huidige voorstel bevat alleen bestuursrechtelijke rechtsbescherming, terwijl de bestuursrechter marginaal toetst. In de Interventiewet was er een veel grotere rol weggelegd voor de civiele rechter, die minder marginaal pleegt te toetsen. Immers, ook hier is sprake van een zeer diep ingrijpen door de overheid in een fundamenteel mensenrecht, namelijk het eigendomsrecht van de aandeelhouder of obligatiehouder in een bank. Een meer integrale toetsing van het overheidsbesluit dan de bestuursrechter zal doen is volgens DUFAS dan ook de meer aangewezen weg.

Een goede rechtsbescherming van de belegger tegen overheidsingrijpen is ook in het belang van de Nederlandse overheid, want dat verbetert de marktwaarde van financiële instellingen, hetgeen in het huidige tijdsgewricht voor Nederland van eminent belang is. Immers de overheid is voornemens ABN-Amro naar de beurs te brengen en de Nederlandse levensverzekeraars hebben volgens DNB serieuze problemen in de leven-individueel markt.⁴

DUFAS begrijpt met name niet dat voor een zeer ingrijpend besluit van DNB tot afschrijving of omzetting van relevante kapitaalinstrumenten (art 3A:19 e.v., Wft) de bestuursrechtelijke bezwaarfase is uitgesloten en slechts beroep in één instantie openstaat (CvB). In de MvT wordt de keuze voor deze uitgekledede vorm van rechtsbescherming onvoldoende beargumenteerd door erop te wijzen dat het gaat om 'spoedeisende situaties', waarbij toepassing van de algemene procedures van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) 'de continuïteit van het kritische handelen zou kunnen ondermijnen' en dat 'een snel rechtelijk oordeel (binnen 14 dagen) de rechtszekerheid ten goede zou komen'. Bezwaar of beroep op grond van de Awb heeft echter geen schorsende werking. Als de beroepsinstantie het beroep honoreert, is de schade echter al aangericht, juist omdat er geen schorsende werking is. De bestuursrechter kan wel bepalen of de rechtsgevolgen van een vernietigd besluit in stand blijven (art. 8:72, lid 3, Awb), maar op de feitelijke gevolgen heeft de rechter geen invloed. Hoe een uitkleding van de rechtsbescherming de rechtszekerheid kan bevorderen, zoals in de MvT wordt gesteld, is ons een raadsel.

In dit kader adviseert DUFAS ook dat nader wordt ingegaan op situaties waarin de Afwikkelingsraad of de bevoegde Nederlandse toezichthouder een boete of dwangsom oplegt aan een instelling met betrekking tot de *recovery & resolution* van die instelling en deze instelling mede

⁴ Zie het DNB Bulletin van 26 november 2014, getiteld [Toekomstbestendigheid levensverzekeraars onder de loep](#).



daardoor dieper in de problemen komt, iets wat niet ondenkbaar is nu de hoogte van de boete of dwangsom kan oplopen tot 0,5% of zelfs 10% van de jaaromzet.⁵ Worden dergelijke boetes meegerekend bij het bepalen van de situatie van de onderneming? Wordt de positie van de aandeelhouder of obligatiehouder niet penibeler indien de Afwikkelingsraad of DNB een boete oplegt? En klopt het dat zo'n belegger zelf geen invloed kan uitoefenen op het gedrag van de onderneming waarin hij belegt, zodat hij ook de boete of dwangsom niet kan voorkomen?

Onteigening in de Interventiewet

Het wetsvoorstel schrapt niet de onteigeningsoptie van boek 6, Wft. Nu de maatregelen van de Bank Recovery & Resolution Directive voor de grote banken deze problematiek effectief hebben opgelost, rijst de vraag waarom de onteigeningsoptie in stand blijft.

Medezeggenschap

DUFAS steunt in dit kader het idee van Eumedion inzake aanpassing van de *governance* van 'BRRD-instellingen': op zijn minst zou onderzocht moeten worden of en hoe de rechtspositie van aandeelhouders en van obligatiehouders kan worden verbeterd in de fase voorafgaand aan een eventuele deconfiture.

Daarbij zouden vragen aan de orde moeten komen als: kan de AVA bevoegdheden krijgen waardoor zij het gedrag van de onderneming jegens de Afwikkelingsraad kunnen beïnvloeden en heeft dat zin? Kunnen de 'virtuele aandeelhouders' (namelijk de obligatiehouders in een fase voor de *bail in*) niet vóóraf een vorm van medezeggenschap of inspraak in de onderneming krijgen waardoor zij invloed kunnen uitoefenen op het beleid van de onderneming, teneinde een *bail in* te kunnen voorkomen? Dat kan bijvoorbeeld door een goedkeuringsrecht voor de vergadering van obligatiehouders ten aanzien van transacties die materiele wijzigingen in het risicoprofiel van de onderneming met zich brengen.

Wij zijn gaarne tot nadere toelichting bereid. Daarvoor kunt u contact opnemen met

mr. R.E. Batten

☎ 070 333 8778, ✉ rb@dufas.nl

⁵ Art. III, BRRD.