

Wijziging van de Wet op het financieel toezicht in verband met de implementatie van de richtlijn tot wijziging van de richtlijn herstel en afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen (Implementatiewet verliesabsorptie- en herkapitalisatiecapaciteit van banken en beleggingsondernemingen)

MEMORIE VAN TOELICHTING

ALGEMEEN

Inleiding

Het voorliggende wetsvoorstel strekt tot implementatie van de richtlijn met betrekking tot verliesabsorptie en herkapitalisatiecapaciteit van kredietinstellingen en beleggingsondernemingen (hierna: "BRRD II").¹ BRRD II wijzigt de richtlijn herstel en afwikkeling van kredietinstellingen en beleggingsondernemingen (hierna: "BRRD I").² Met betrekking tot banken is voor lidstaten die deel uitmaken van de Bankenunie BRRD I deels geïmplementeerd in de Verordening gemeenschappelijk afwikkelingsmechanisme (hierna: "SRMR I").³ Daardoor hebben de daarin opgenomen regels directe werking in de euro-landen en landen die versterkte samenwerking zijn aangegaan met de bankenunie. De verordening met betrekking tot verliesabsorptie en herkapitalisatiecapaciteit van kredietinstellingen en beleggingsondernemingen (hierna: "SRMR II") past SRMR I aan naar aanleiding van BRRD II.⁴ Dit samenstel van regels – en daarmee ook dit wetsvoorstel – draagt bij aan het versterken van de bankensector in de Europese Unie, door gemeenschappelijke regels vast te leggen voor wanneer banken falen of dreigen te falen, en dringt het risico dat belastingbetaler moet bijspringen wanneer banken omvallen verder terug. Hierna worden de versies waarin BRRD I en BRRD II, en SRMR I en SRMR II zijn geconsolideerd, aangeduid met "de BRRD" onderscheidenlijk "de SRMR". De termen "afwikkeling" en "resolutie" betekenen hetzelfde en worden naast elkaar gebruikt.

Elke van de in dit wetsvoorstel voorgestelde bepalingen strekt tot implementatie. Onderscheid kan worden gemaakt tussen drie verschillende doelen die met deze implementatie worden bereikt.

- In de eerste plaats worden de wijzigingen die BRRD II aanbrengt in BRRD I geïmplementeerd, voor zover dat niet is gebeurd in SRMR II. Dit komt erop neer dat dit wetsvoorstel (a) de BRRD II-bepalingen met betrekking tot beleggingsondernemingen

¹ Richtlijn (EU) 2019/879 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2019 tot wijziging van Richtlijn 2014/59/EU met betrekking tot verliesabsorptie en herkapitalisatiecapaciteit van kredietinstellingen en beleggingsondernemingen en Richtlijn 98/26/EU, PbEU 2019, L 150 (Bank Recovery and Resolution Directive II).

² Richtlijn 2014/59 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 de Verordeningen (EU) nr. 1093/2010 en (EU) nr. 648/2012, van het Europees Parlement en de Raad (PbEU 2014, L 173) (Bank Recovery and Resolution Directive I).

³ 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 afwikkelingsfonds en tot wijziging van Verordening (EU) nr. 1093/2010 (PbEU 2014, L 225) (Single Resolution Mechanism Regulation).

⁴ Verordening (EU) 2019/877 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2019 tot wijziging van Verordening (EU) nr. 806/2014 met betrekking tot de verliesabsorptie- en herkapitalisatiecapaciteit van kredietinstellingen en beleggingsondernemingen (PbEU 2019, L 150).

implementeert omdat dit entiteiten zijn waarop SRMR II niet van toepassing is, en (b) de bepalingen met betrekking tot banken die wel in BRRD II maar bewust niet in SRMR II voorkomen, implementeert; hierbij gaat het voor een deel om de toekenning van bevoegdheden aan DNB waarvan zij gebruik kan maken nadat het besluit tot resolutie is genomen.

- In de tweede plaats biedt deze implementatie een oplossing voor gevallen waarin de BRRD niet geheel aansluit op de SRMR, voor welke oplossing is besloten na ambtelijk overleg met de Europese Commissie. Het betreft hier vooral het toekennen aan DNB van bevoegdheden waartoe de BRRD wel verplicht, maar onbedoeld in de SRMR niet aan haar worden toegekend.
- In de derde plaats worden correcties aangebracht in sommige bepalingen waarmee destijds BRRD I is geïmplementeerd⁵, waardoor de implementatie van BRRD I wordt vervolmaakt.

Gelet op de onderlinge verbondenheid van deze drie categorieën implementatiebepalingen, dienen zij in één wetsvoorstel tezamen te worden opgenomen. Alvorens op deze drie implementatiedoelen nader in te gaan, wordt de achtergrond van dit wetsvoorstel geschetst.

Achtergrond

Op banken wordt toezicht gehouden. Dat toezicht is echter geen garantie dat banken niet failliet kunnen gaan. Het verdient evenwel de sterke voorkeur dat het faillissement van sommige banken wordt voorkomen, omdat deze banken bepaalde kritieke functies vervullen waarvan het wegvallen aanzienlijke en onwenselijke gevolgen zou hebben vanwege de belangrijke rol die deze banken spelen in bijvoorbeeld de economie of het betalingsverkeer, of omdat het falen tot grote onzekerheid zou leiden bij klanten van andere banken. Het faillissement van die banken zou een te groot risico kunnen vormen voor de financiële stabiliteit. Daarom is na de financiële crisis de BRRD in 2014 tot stand gekomen. De BRRD hangt samen met het kapitaaleisenraamwerk voor banken en beleggingsondernemingen (CRD IV⁶ en CRR⁷), waarin het tot dan toe bestaande toezicht op banken en beleggingsondernemingen⁸ werd verscherpt en de kapitaaleisen zijn vastgelegd en aangescherpt. Voor het geval dat een bank ondanks het verscherpte toezicht toch nog in de financiële problemen komt, geven de BRRD en de SRMR regels die eraan moeten bijdragen dat een falende bank ordentelijk kan worden afgewikkeld en dat daarbij zo min mogelijk publiek geld wordt besteed. Daarom is in de BRRD en de SRMR onder andere bepaald dat de aanspraken van aandeelhouders en specifieke crediteuren als eerste worden verminderd in geval van het falen van een bank, zodat op deze vorderingen de eerste verliezen worden gedragen. Dit gebeurt door het afschrijven en omzetten van relevante kapitaalinstrumenten middels het instrument van "bail-in". Om deze toepassing mogelijk te maken dienen banken een van tevoren vastgestelde minimum hoeveelheid aan bail-inbare buffers aan te houden, de zogenoemde Minimum Requirement Own

⁵ Implementatiewet Europees Kader voor herstel en afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen, Stb. 2015/431.

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) ("Capital Requirements Directive IV").

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) ("Capital Requirements Regulation").

⁸ Hierna wordt kortheidshalve steeds gesproken over "bank".

Funds and Eligible Liabilities, doorgaans aangeduid met "MREL". Daarvoor leggen de BRRD en SRMR vereisten vast. Ook stellen afwikkelingsautoriteiten op grond van de BRRD resolutieplannen op, waarin is vastgelegd wat er met een bank dient te gebeuren om de kritieke functies te behouden wanneer de bank zou falen.

Voorts is nog de bevoegdheidsverdeling van belang. De gemeenschappelijke afwikkelingsraad, conform het gewone spraakgebruik ook in deze toelichting aangeduid met "SRB" (Single Resolution Board) is voor de grote significante banken (SI's) en grensoverschrijdende groepen de verantwoordelijke afwikkelingsautoriteit. Op grond van de SRMR is in principe DNB de verantwoordelijke afwikkelingsautoriteit voor kleinere niet significante banken (LSI's).

Doel herziening

BRRD I bepaalde niet hoe de MREL precies moest worden berekend. In 2016 heeft de Raad daarom in de "Routekaart voor de voltooiing van de bankenunie" afgesproken om te komen tot meer consistente regels en passende hoogtes voor MREL-buffers.⁹ Dit is nu uitgewerkt door de Europese Bankenautoriteit (EBA) in technische reguleringsnormen en vervolgens door de Europese Commissie vastgelegd in een onderliggende gedelegeerde handeling. Middels deze wijziging is dit nu een Europese wetgeving vastgelegd.

Tevens zijn na inwerkingtreding van BRRD I voor de mondiaal systeemrelevante banken (doorgaans en ook hierna aangeduid met de afkorting "G-SIBs", Globally Systemically Important Banks), in internationaal verband in de *Financial Stability Board*, de standaarden voor verliesabsorptie en herkapitalisatie vastgelegd voor *Total Loss Absorbing Capacity* (doorgaans aangeduid met de afkorting TLAC" en in wezen een andere benaming voor bail-inbare buffers). Deze mondiale standaard draagt eraan bij dat voor G-SIBs over de hele wereld vergelijkbare vereisten gelden. Dit draagt bij aan een ordentelijke afwikkeling van G-SIBs en bevordert tevens een meer gelijk speelveld.

Het hoofddoel van de herziening van de BRRD is geweest om de achterstellingseisen een wettelijke basis te geven en zo de kwaliteit van de bail-inbare buffer te vergroten. Deze wijzigingen en aanvullingen maken deel uit van een groot aantal maatregelen die in november 2016 door de Europese Commissie zijn gepresenteerd als het risicoreductiepakket. Over de Nederlandse inzet ten aanzien van dit pakket is de Tweede Kamer in december 2016 geïnformeerd.¹⁰ In mei 2019 is er overeenstemming bereikt tussen het Europees Parlement, de Raad en de Europese Commissie over dit pakket en op 7 juni 2019 zijn BRRD II en SRMR II gepubliceerd in het Publicatieblad van de Europese Unie.¹¹

Voor de entiteiten die onder de SRMR vallen zijn de door BRRD II aangebrachte wijzigingen en aanvullingen hoofdzakelijk geïmplementeerd door de SRMR aan te passen. Hier vallen alle Nederlandse banken onder. De SRMR geldt echter niet voor beleggingsondernemingen in de eurozone omdat hiervoor geen gemeenschappelijke afwikkeling onder de verantwoordelijkheid van

⁹ <https://www.consilium.europa.eu/nl/press/press-releases/2016/06/17/conclusions-on-banking-union/>

¹⁰ Kamerstukken II 2016/17, 22 112, nr. 2261.

¹¹ PbEU 2019, L 150.

de SRB is geregeld. Voor de op die entiteiten betrekking hebbende artikelen, die dus niet door middel van de SRMR worden geïmplementeerd, is omzetting in de Nederlandse regelgeving nodig.

Hieronder worden eerst de systematiek voor de berekening van de MREL en de belangrijkste wijzigingen in BRRD I toegelicht. Vervolgens wordt besproken of die wijzigingen leiden tot aanpassing van de Nederlandse regelgeving en zo ja, op welke wijze. Daarna worden eerst de inconsistenties tussen de BRRD en de SRMR die hebben geleid tot bepalingen in het voorliggende wetsvoorstel toegelicht, en vervolgens wordt ingegaan op de aanpassingen die de bepalingen waarmee BRRD I is geïmplementeerd behoeven.

Systematiek BRRD voor berekening van de hoogte en kwaliteit van de MREL

Reeds op grond van BRRD I en SRMR I stellen afwikkelingsautoriteiten – parallel aan het opstellen en bijhouden van de afwikkelingsplannen – de MREL vast. Zoals gezegd gebeurde dit op basis van door de EBA ontwikkelde technische reguleringsnormen. De MREL dient te bestaan uit eigen vermogen of in aanmerkingen komende passiva die kunnen worden afgeschreven of worden omgezet in nieuw kapitaal (door de afschrijving en omzetting van kapitaalinstrumenten (“afomki” en bail-in)).

De MREL bestaat uit twee componenten. Eén gedeelte is bedoeld voor verliesabsorptie. Met dit gedeelte wordt bereikt dat eventuele verliezen bij falen van een bank kunnen worden opgevangen. Daarnaast bestaat de MREL uit een gedeelte ten behoeve van herkapitalisatie. Dit gedeelte is nodig om, wanneer de bank kan worden voortgezet, de bank weer te kunnen laten voldoen aan de prudentiële eisen zodat de bank haar vergunning kan behouden en de kritieke functies van de bank kunnen worden voortgezet. De belangrijkste wijzigingen van BRRD I hebben betrekking op de berekening van de hoogte (kwantiteit) en de kwaliteit van MREL. BRRD II maakt in de bepaling van deze eisen, net als het kapitaaleisenraamwerk van de CRR/CRD, onderscheid tussen risicogewogen eisen (doorgaans aangeduid met de afkorting “RWA”, “risk weighted assets”) en vereisten op basis van de leverage ratio systematiek (ongewogen). In aanvulling hierop stelt BRRD II ook aanvullende vereisten aan de kwaliteit van de passiva waarmee aan de MREL-eis wordt voldaan, omdat sommige schulden gemakkelijker aan bail-in kunnen worden onderworpen, en de minimale omvang hiervan. Dit vereiste wordt berekend ten opzichte van de gehele balans (zie tabel 1 voor een toelichting op de berekeningsmethodieken).

Tabel 1: berekeningsmethodieken vereisten

Berekeningsmethodiek	Toelichting
Leverage ratio (ongewogen)	Bij de leverage ratio methode wordt de hoeveelheid MREL afgezet tegen alle blootstellingen van een bank (ook die buiten de balans staan).
Risicogewogen	Alle activa wordt een risicogewicht toegekend. De bank dient ten opzichte van de risicogewogen activa een minimale hoeveelheid MREL aan te houden. De

	risicogewogen balans is kleiner dan de leverage ratio en totale balans omdat risicogewichten gemiddeld lager zijn dan 100%.
Ten opzichte van totale balans	MREL wordt tegen alle passiva (inclusief eigen vermogen, Total Liabilities and Own Funds, "TLOF") afgezet, waarbij in tegenstelling tot de leverage ratio systematiek niet de uitzettingen die buiten de balans staan worden meegerekend.

Resolutie-autoriteiten bepalen op twee manieren de invulling van de MREL-eis: in hoogte en de hoogte van kwaliteitseis.

BRRD II maakt onderscheid tussen vier verschillende categorieën entiteiten die elk aan eigen minimumvereisten voor de MREL moeten voldoen:

- i. G-SIBs: deze worden aangewezen door de Financial Stability Board in het kader van de G20;
- ii. top-tierbanken (banken met een balansomvang van meer dan 100 miljard euro, niet zijnde GSIBs);
- iii. banken met een balansomvang van minder dan 100 miljard euro die toch systeemrelevant worden geacht; en,
- iv. overige banken.

Daarbij geldt dat de minimum achterstellingseisen voor GSIBs ook zijn vastgelegd in het kapitaalseisenraamwerk (CRR/CRD).

Hoogte

Voor wat betreft de hoogte van de MREL-eis geldt dat de systematiek van het raamwerk zo is ingericht dat voor grotere banken hogere eisen gelden. De hoogte-eis kan met een breder scala aan instrumenten worden ingevuld dan de achterstellingseis (zie onder).

G-SIBs dienen in principe aan de hoogste minimumvereisten te voldoen, die in internationaal verband zijn vastgelegd door de FSB (6,75% ongewogen en 18% gewogen). In Europa zijn daarnaast ook voor andere grote banken minimale vereisten vastgelegd.

Voor top tier banken (balanstotaal vanaf 100 miljard) gelden lagere minimumvereisten dan voor G-SIBs (5% ongewogen, 13,5% gewogen). Deze proportionele aanpak is gekozen omdat het falen van deze banken in de regel minder ingrijpend is. Uiteraard kan de resolutie-autoriteit wel hoger vereisen. Dat zal afhangen van de gekozen resolutie-strategie. Zo zal voor banken die na resolutie weer zelfstandig dienen te opereren een hogere eis worden opgelegd dan voor banken waarvan verwacht wordt dat onderdelen gemakkelijk kunnen worden verkocht.

Voor banken met een balanstotaal van onder de 100 miljard kan de resolutieautoriteit dezelfde eisen opleggen als voor top tier banken, maar de resolutieautoriteit dient daarbij in overweging te nemen of de bank in staat is om MREL op te halen.

Kwaliteit

Ten aanzien van de kwaliteit van de MREL (dus de mate van achterstelling) is de kern van het Europese raamwerk dat voor alle banken de resolutie-autoriteit mogelijkheden heeft om een achtergestelde MREL-eis van minimaal 8% van de balans te vereisen. Dit was een belangrijke inzet voor Nederland. Het raamwerk is ook hier proportioneel ingericht. Voor grotere banken geldt een minimum van 8% achterstelling (met mogelijkheden om beperkt lager bij te stellen). Immers, pas vanaf een bail-in van 8% kan het resolutiefonds (SRF) een bijdrage aan resolutie leveren. Voor kleinere banken heeft de resolutieautoriteit de mogelijkheid om 8% te vereisen. Voor kleinere banken zijn de gevolgen van bankfalen immers kleiner en het risico dat het SRF wordt aangeslagen kleiner. Middels een voldoende hoog achterstellingsvereiste wordt ervoor zorg gedragen dat resolutie effectief kan worden uitgevoerd.

Het raamwerk kent naast een hoogte-eis ook een achterstellingseis omdat niet alle instrumenten even gemakkelijk aan bail-in kunnen worden onderworpen. Instrumenten die in de faillissementsrangorde zijn achtergesteld, zijn makkelijker aan bail-in te onderwerpen. Dat wil zeggen dat passiva die moeilijk aan bail-in kunnen worden onderworpen niet geschikt zijn om voor de achterstellingseis in aanmerking te komen. Hierbij kan worden gedacht aan concurrente vorderingen. De groep concurrente crediteuren is zeer divers waarbij bail-in van bepaalde soorten crediteuren binnen deze groep tot onwenselijke effecten kan leiden (gedacht kan worden aan bail-in van grootzakelijke deposito's.). Diverse concurrente vorderingen zijn bovendien reeds wettelijk van bail-in uitgesloten. Verdere uitsluiting van bail-in van bepaalde soorten vorderingen binnen de groep concurrente crediteuren, voor zover dat al mogelijk is, vergroot de kans op schending van het NCWO-beginsel. Het NCWO-beginsel houdt in dat crediteuren door de toepassing van afwikkeling niet slechter af mogen zijn dan zij zouden zijn geweest ingeval de bank op het tijdstip van het besluit tot afwikkeling in een faillissement zou zijn geliquideerd.

Voorkomen moet worden dat bij bail-in een conflict ontstaat met het NCWO-beginsel. Om een dergelijk conflict te vermijden zijn voor de achterstellingseis geschikte MREL-instrumenten achtergesteld ten opzichte van passiva of instrumenten die niet of waarschijnlijk niet aan bail-in worden onderworpen. Die achterstelling maakt dat de MREL-instrumenten in een faillissement ook in een mindere positie verkeren waardoor strijd met het NCWO-beginsel bij de bail-in van MREL zoveel mogelijk wordt vermeden.

Interne MREL – externe MREL

Het is van belang onderscheid te maken tussen interne MREL en externe MREL. Ten aanzien van veel bankengroepen zal de door de afwikkelingsautoriteiten vastgestelde resolutiestrategie uitgaan van een zogenaamde 'single point of entry'-strategie. Dit betekent dat de afwikkelingsautoriteiten een afwikkelingsmaatregel nemen ten aanzien van één entiteit in een groep, meestal de moeder. Deze entiteit wordt aangemerkt als de 'af te wikkelen entiteit'. Essentieel voor deze strategie is dat verliezen die door andere entiteiten binnen de groep worden geleden kunnen worden doorgeleid naar deze af te wikkelen entiteit en dat de groepsentiteiten *going concern* worden geherkapitaliseerd, zonder dat zij zelf in resolutie gaan of worden onderworpen aan een insolventieprocedure. Om deze strategie werkbaar te maken dienen deze andere entiteiten in de groep, die zelf niet een af te wikkelen entiteit zijn, zelf ook MREL-instrumenten uit te geven aan de

af te wikkelen entiteit. MREL-instrumenten die door groepsentiteiten worden uitgegeven aan de af te wikkelen entiteit worden hierna aangeduid als "*interne MREL*". MREL-instrumenten die door een af te wikkelen entiteit worden uitgegeven aan externe schuldeisers worden in deze toelichting "*externe MREL*" genoemd.

Het aanhouden van interne MREL heeft, zoals gezegd, tot doel verliezen die op het niveau van dochterondernemingen zijn geleden binnen de bankengroep naar boven toe door te geleiden naar de entiteit in afwikkeling om vervolgens bij externe schuldeisers te worden neergelegd. Dit principe van doorgeleiden van verliezen wordt ook expliciet genoemd in het nieuwe derde lid van artikel 3A:17 (dat is gebaseerd op artikel 59, eerste lid, BRRD).

Met behulp van afomki worden - onafhankelijk van een afwikkelingsmaatregel - op het niveau van de groepsentiteiten de verliezen naar de af te wikkelen entiteit geleid en worden de groepsentiteiten geherkapitaliseerd. Dit geschiedt door afschrijving en omzetting van de relevante kapitaalinstrumenten en in aanmerking komende passiva die voldoen aan de voorwaarden van artikel 45septies, tweede lid, onderdeel a BRRD alsmede tier-2 instrumenten die aan de voorwaarden van artikel 72 bis, eerste lid, onderdeel b CRR voldoen. Opgemerkt wordt dat het doorgeleiden van de verliezen en herkapitalisatie van de dochterondernemingen geschiedt door middel van afomki op een ruimere categorie passiva (namelijk niet alleen ten aanzien van de relevante kapitaalinstrumenten maar ook de hiervoor aangeduide in aanmerking komende passiva) en niet door bail-in. De voorgestelde wijzigingen van artikel 3a:17 en 3a:21 voorzien hierin.

Met behulp van afomki en het instrument van bail-in worden de verliezen op het niveau van de af te wikkelen entiteit vervolgens neergelegd bij de aandeelhouders en externe crediteuren en wordt de af te wikkelen entiteit geherkapitaliseerd.

De eisen die aan instrumenten worden gesteld om te kunnen worden gekwalificeerd als externe, dan wel als interne MREL zijn verschillend. Voor externe MREL gelden de eisen die zijn genoemd in artikel 45ter BRRD (12quater SRMR), terwijl voor interne MREL de eisen van artikel 45septies BRRD tweede lid, onderdeel a, (12octies, tweede lid, onderdeel a, SRMR) gelden.

Moratorium

Naast de vereisten voor MREL beoogt de BRRD ook de regels met betrekking tot het uitstellen van betalingsverplichtingen en leveringsverplichtingen (moratorium) verder te harmoniseren. Door een moratorium wordt de uitstroom van passiva gedurende een korte periode bevroren. In noodsituaties kan het soms nodig zijn om de uitstroom van passiva tijdelijk te beperken om ervoor te zorgen dat de positie van de bank niet verslechtert.

In artikel 69 BRRD is nu geregeld dat afwikkelingsautoriteiten de bevoegdheid hebben om betalingen op te schorten vanaf het moment waarop wordt vastgesteld dat de instelling of entiteit faalt of waarschijnlijk zal falen, en indien de toepassing van die bevoegdheid noodzakelijk wordt geacht, om een verdere verslechtering van de financiële toestand van de instelling of entiteit te voorkomen. Het nieuwe artikel 33bis BRRD eist dat lidstaten een nieuwe bevoegdheid tot opschorting van bepaalde verplichtingen introduceren in aanvulling op de bevoegdheid die al bestond in artikel 69 BRRD. Met deze nieuwe bevoegdheid kunnen afwikkelingsautoriteiten bepaalde contractuele verplichtingen opschorten om in de tussentijd, te bepalen of een afwikkelingsmaatregel in het algemeen belang is, het meest geschikte afwikkelingsinstrument te

kiezen of te zorgen voor de doeltreffende toepassing van een of meer afwikkelingsinstrumenten. Deze bevoegdheid kan alleen dan worden uitgeoefend indien aan drie vereisten is voldaan: vast is gesteld dat de entiteit faalt of waarschijnlijk zal falen, alternatieve maatregelen bieden geen soelaas, en de uitoefening van de bevoegdheid wordt noodzakelijk geacht om te voorkomen dat de financiële toestand van de entiteit verder verslechtert.

De duur van de opschorting is beperkt tot maximaal twee werkdagen. De afwikkelingsautoriteit kan bepaalde betalingen, zoals administratieve uitgaven van de betrokken instelling of entiteit, uitzonderen van de opschorting. Verplichtingen aan bijvoorbeeld centrale tegenpartijen kunnen niet worden opgeschort omdat een opschorting van die verplichtingen zou kunnen leiden tot systeemrisico's. De afwikkelingsautoriteit kan de opschorting ook op voor het depositogarantiestelsel in aanmerking komende deposito's toepassen, maar zij kan dat alleen dan doen wanneer dat – in de woorden van de BRRD - "gepast" is. Uit artikel 33bis, tweede lid, tweede alinea, volgt dat de eis van "gepastheid" nog sterker geldt wanneer de opschorting wordt toegepast op gedekte deposito's die worden aangehouden door natuurlijke personen en micro-ondernemingen en kleine en middelgrote ondernemingen. DNB is ook zonder deze bepaling gehouden om na te gaan of een opschorting gepast is. Toch is ervoor gekozen deze bepaling in de wet op te nemen omdat daarmee tot uitdrukking wordt gebracht dat bij de afweging van belangen die DNB maakt in aanloop naar het besluit of zij betalingsverplichtingen zal opschorten, de belangen van depositohouders zwaarder wegen dan de belangen van andere schuldeisers, en dat dat nog sterker geldt voor de belangen van depositohouders die natuurlijke personen, micro-ondernemingen, kleine ondernemingen of middelgrote ondernemingen zijn.

Er moet van uit worden gegaan dat in artikel 33bis, tweede lid, tweede alinea, BRRD met "gedekte deposito's" wordt bedoeld de deposito's, genoemd in artikel 2, eerste lid, onderdeel 5, van de richtlijn depositogarantiestelsels¹², en dat dat hetzelfde is als "gegarandeerde deposito's" in artikel 3A:1

Naast het moratorium dat kan worden toegepast voorafgaand aan de beoordeling of een bank faalt of mogelijk zal falen, kende BRRD I reeds een moratorium dat kon worden ingezet nadat de afwikkelingsautoriteit een afwikkelingsmaatregel had genomen. Dit reeds bestaande moratorium is meer in lijn gebracht met het nieuwe moratorium zoals hierboven omschreven. Zo kunnen nu ook in aanmerking komende deposito's worden opgeschort.

Contractuele erkenning van onder andere bail-in

BRRD I kende in artikel 55 reeds de verplichting voor een entiteit om in een overeenkomst te bedingen dat de wederpartij de mogelijkheid van bail-in erkent voor het geval de overeenkomst wordt beheerst door het recht van een andere staat dan een lidstaat. BRRD II vult deze regeling aan met regels voor het geval de entiteit van oordeel is dat het onuitvoerbaar is om dat te bedingen. Wanneer zich dat voordoet, kan de entiteit de afwikkelingsautoriteit daarvan in kennis stellen. Indien de afwikkelingsautoriteit het met het oordeel van de entiteit niet eens is, kan zij,

¹² Richtlijn 2014/49/EU van het Europees Parlement en de Raad van 16 april 2014 inzake de depositogarantiestelsels (PbEU 2014, L 173).

rekening houdend met haar plicht om de afwikkelbaarheid te waarborgen, eisen dat alsnog een dergelijk beding in de overeenkomst wordt opgenomen. Is de afwikkelingsautoriteit het wel daarmee eens, dan beoordeelt zij wat de gevolgen daarvan zijn voor de afwikkelbaarheid. Komt zij tot het oordeel dat niet-opnemen van bedoeld beding in de overeenkomst een substantiële belemmering voor de afwikkelbaarheid oplevert, dan kan zij een of meer van de maatregelen, bedoeld in artikel 17 BRRD nemen, zoals eisen dat eventuele financieringsregelingen worden herzien, eisen dat de entiteit blootstellingen beperkt of eisen dat de entiteit bepaalde activa afstoot of activiteiten beperkt of staakt.

Voorts is bepaald in artikel 71bis BRRD dat de entiteit in een financiële overeenkomst die beheerst wordt door het recht van een niet-lidstaat moet bedingen dat partijen erkennen dat de afwikkelingsautoriteit betalingsverplichtingen en leveringsverplichtingen van de desbetreffende entiteit kan opschorten en dat bepaald ingrijpen door de afwikkelingsautoriteit de wederpartij niet de mogelijkheid biedt om bepaalde bevoegdheden uit te oefenen, zelfs indien die bevoegdheden wel in de overeenkomst zouden zijn opgenomen. Het betreft hier bevoegdheden die ook wel 'acceleratiebevoegdheden' worden genoemd, bijvoorbeeld beëindigings- of verrekeningsbevoegdheden.

Wetswijzigingen naar aanleiding van BRRD II

Thans worden per artikel de wijzigingen toegelicht die door BRRD II worden aangebracht in BRRD I, en wordt toegelicht of deze wijzigingen leiden tot aanpassing van de Nederlandse regelgeving en zo ja, op welke wijze.

Vooraf worden twee opmerkingen gemaakt. De eerste is dat in de huidige wettekst op verschillende plaatsen BRRD I is geïmplementeerd door middel van een zogeheten dynamische verwijzing. Dat is een verwijzing naar artikelen in de BRRD of de SRMR. Wanneer BRRD II of SRMR II de inhoud van een BRRD- of SRMR-artikel waarnaar in de wet wordt verwezen wijzigt, wordt die wijziging "vanzelf" geïmplementeerd zonder dat de wettekst wordt aangepast. Eerst verwees het wetsartikel naar het BRRD- of SRMR-artikel met de oude inhoud, en nu verwijst het wetsartikel naar het BRRD- of SRMR-artikel met de nieuwe inhoud. Wanneer dat aan de orde is, zal hieronder en in de implementatietabel worden opgemerkt dat de wijziging door de dynamische verwijzing niet leidt tot een wetswijziging.

De wijzigingen van de BRRD- of SRMR-artikelen waarnaar in de Wft dynamisch wordt verwezen worden hieronder toegelicht om twee redenen. Ten eerste sluit de toelichting op het oorspronkelijke wetsartikel niet meer aan op de nieuwe inhoud van het artikel. Met een nieuwe toelichting wordt de toelichting weer up to date. Ten tweede wordt aldus toegelicht waarom in de transponeringstabel soms wordt opgemerkt dat een wijziging van de BRRD geen implementatie behoeft.

De tweede opmerking betreft artikel 7, derde lid, SRMR. Die bepaling geeft aan de nationale afwikkelingsautoriteit enkele bevoegdheden. Voor zover die bevoegdheden door SRMR II worden uitgebreid, is aanpassing van de Nederlandse wet niet nodig: DNB ontleent haar bevoegdheden

rechtstreeks aan de SRMR. Artikel 7, derde lid, SRMR, is echter niet volledig. Zie daarover hieronder, in de paragraaf betreffende de verschillen tussen BRRD en SRMR.

Artikel 1 BRRD II wijzigt *artikel 2 BRRD* door daaraan enkele definities toe te voegen en enkele andere te wijzigen. Voor artikel 3A:1 Wft heeft dat de volgende consequenties.

In BRRD II wordt de definitie van "dochteronderneming" uitgebreid. De uitbreiding betreft de situatie waarin kredietinstellingen blijvend zijn aangesloten bij een centraal orgaan als bedoeld in artikel 10 CRR, waarnaar in de BRRD via artikel 21 CRD IV wordt verwezen. Het betreft de situatie waarin - in de woorden van artikel 10 CRR - die kredietinstellingen in dezelfde lidstaat zijn gevestigd en die blijvend zijn aangesloten bij een centraal orgaan dat toezicht op hen uitoefent en dat in dezelfde lidstaat gevestigd is, mits a) de verbintenissen van het centrale orgaan en die van de aangesloten instellingen solidaire verplichtingen zijn, of de verbintenissen van de aangesloten instellingen volledig door het centrale orgaan worden gewaarborgd; b) de solvabiliteit en de liquiditeit van het centrale orgaan en van alle aangesloten instellingen in hun totaliteit worden bewaakt op basis van de geconsolideerde jaarrekening van deze instellingen; en c) de leiding van het centrale orgaan bevoegd is om instructies te geven aan de leiding van de aangesloten instellingen. De uitbreiding van de definitie van "dochteronderneming" is beperkt tot de gevallen waarin de artikelen 7, 12, 18, 45 tot en met 45quaterdecies, 59 tot en met 62, 91 en 92 BRRD worden toegepast op af te wikkelen groepen.

In de wet is de definitie van "dochteronderneming" uitgebreid voor de toepassing van de artikelen 3A:6, 3A:11a, 3A:21, 3A:22 en 3:45 Wft op af te wikkelen groepen, rekening houdende met de wijze waarop dergelijke groepen voldoen aan artikel 45sexies, derde lid, BRRD; de bestaande definitie in artikel 1:1 Wft wordt onverlet gelaten. Voor de implementatie van de BRRD-artikelen waarnaar in de uitgebreide definitie wordt verwezen, wordt in de wet verwezen naar de wetsartikelen waarmee de BRRD-artikelen zijn geïmplementeerd.

In BRRD II wordt een nieuwe definitie "dochteronderneming van wezenlijk belang" geïntroduceerd. In de wet is tevens een definitie opgenomen voor "dochteronderneming van wezenlijk belang".

In BRRD II wordt in *artikel 2, eerste lid, punt 71 BRRD*, de bestaande definitie van het begrip "in aanmerking komende passiva" vervangen door een definitie van het begrip "bail-inbare passiva" en wordt in punt 71bis een nieuwe definitie gegeven van het begrip "in aanmerking komende passiva". Het nieuwe begrip "in aanmerking komende passiva" verwijst naar twee categorieën bail-inbare passiva: (i) de bail-inbare passiva die voldoen aan de voorwaarden van artikel 45ter BRRD alsmede de tier-2 instrumenten die aan de voorwaarden van artikel 72bis, eerste lid, onderdeel b CRR voldoen en (ii) de bail-inbare passiva die aan de voorwaarden van artikel 45septies, tweede lid, onderdeel a BRRD alsmede de tier-2 instrumenten die aan de voorwaarden van artikel 72bis, eerste lid, onderdeel b CRR voldoen. De eerste categorie betreft in aanmerking komende passiva-instrumenten die door de af te wikkelen entiteit zijn uitgegeven aan externe schuldeisers (dat wil zeggen: buiten de af te wikkelen groep) en die voldoen aan de strengere eisen om MREL op te bouwen met eigen vermogen en achtergestelde passiva, om zodoende de toepassing van bail-in makkelijker te maken (de zogeheten externe MREL). Deze categorie van in aanmerking komende

passiva wordt met behulp van het instrument van bail-in afgeschreven of geconverteerd. De tweede categorie passiva betreft de passiva die moeten worden opgebouwd door entiteiten binnen de af te wikkelen groep die zelf geen af te wikkelen entiteiten zijn (de zogeheten interne MREL). Deze categorie in aanmerking komende passiva worden - onafhankelijk van een resolutiemaatregel - met behulp van afomki - afgeschreven of geconverteerd. Ingeval een wettelijke bepaling slechts betrekking heeft op de tweede categorie in aanmerking komende passiva, wordt dat specifiek bepaald.

Een en ander heeft als gevolg dat de in de Wft-definitie van "in aanmerking komende passiva" niet langer moet worden verwezen naar punt 71 maar naar punt 71bis van artikel 2, eerste lid, BRRD, en dat in artikel 3A:2 Wft een definitie van "bail-inbare passiva" moet worden opgenomen.

In *artikel 2, punt 71ter BRRD*, is een definitie opgenomen van "achtergestelde in aanmerking komende instrumenten". Doordat dit begrip voorkomt in de artikelen 45ter en 45quater SRMR, waarnaar dynamisch wordt verwezen, behoeft de nieuwe definitie niet tot een aparte wetwijziging te leiden.

Voorts wordt een definitie toegevoegd van "af te wikkelen entiteit". In de wet is die definitie overgenomen.

Tevens wordt een definitie ingevoegd van "af te wikkelen groep". Dit begrip komt in dit wetsvoorstel onder andere voor in de definitie van "dochteronderneming" in de artikelen 3A:1, derde lid, en 3A:18a Wft.

In de definitie van "totaalbedrag" in *artikel 2, eerste lid, punt 70 BRRD*, wordt "in aankomende passiva" vervangen door "bail-inbare passiva". Het begrip "totaalbedrag" behoefde bij de implementatie van de BRRD niet te worden geïmplementeerd, en nu nog steeds niet, zodat deze wijziging van de BRRD niet leidt tot een wijziging van de Wft.

BRRD II wijzigt *artikel 10 BRRD*, met betrekking tot het afwikkelingsplan. De wijziging van artikel 10 BRRD leidt tot wijzigingen van artikel 8 SRMR, waarmee artikel 10 BRRD is omgezet. Artikel 3A:9, vierde lid, Wft bepaalt dat op het vaststellen van een afwikkelingsplan door DNB artikel 8, vijfde tot en met twaalfde lid, SRMR van overeenkomstige toepassing is. Door deze dynamische verwijzing naar artikel 8 SRMR wordt na de inwerkingtreding van de wijzigingen van artikel 10 BRRD en artikel 8 SRMR vanzelf verwezen mede naar deze wijzigingen. De conclusie is dat voor de implementatie van de wijziging van artikel 10 BRRD geen wijziging van de Nederlandse wet nodig is. Hetzelfde geldt voor de wijziging van artikel 12 BRRD, die eveneens leidt tot wijziging van artikel 8 SRMR.

In aanvulling hierop wordt met betrekking tot *artikel 12, derde lid, onderdeel e, BRRD* het volgende opgemerkt. Dit onderdeel heeft betrekking op eventuele niet in de BRRD beschreven aanvullende maatregelen. Thans wordt niet zozeer aandacht geschonken aan de inhoudelijke wijzigingen (onder andere de vervanging van "afwikkelingsautoriteit op groepsniveau" door "desbetreffende afwikkelingsautoriteit"), als wel aan de omstandigheid dat het beschrijven of vaststellen van de niet

in de BRRD genoemde maatregelen niet in artikel 8, elfde lid, SRMR is overgenomen, en dat dat dientengevolge ook niet een taak is die wordt genoemd in artikel 7, derde lid, SRMR als een taak die wordt opgedragen aan de nationale afwikkelingsautoriteit. Dat was onder BRRD I ook al zo; BRRD II wijzigt artikel 8, elfde lid, SRMR op dit punt niet, en evenmin artikel 7, derde lid, SRMR wordt op dit punt evenmin gewijzigd.

Aan DNB wordt in de SRMR dus niet de taak opgedragen om eventuele niet in de BRRD vermelde aanvullende maatregelen te beschrijven of vast te stellen, terwijl die taak wel in de BRRD wordt genoemd. In dit verband wordt opgemerkt dat een bestuursorgaan, en dus ook een afwikkelingsautoriteit, slechts die bevoegdheden heeft die haar uitdrukkelijk zijn toegekend. Aan DNB is niet de bevoegdheid toegekend om aanvullende maatregelen te nemen die niet in de BRRD worden vermeld, noch in communautaire wetgeving, noch in de Nederlandse wet. Om die reden is in de implementatietabel vermeld dat artikel 12, derde lid, onderdeel e, BRRD geen implementatie behoeft.

BRRD II wijzigt *artikel 13 BRRD*, met betrekking tot het groepsafwikkelingsplan. Artikel 3A:9, tweede lid, Wft, bepaalt dat DNB een groepsafwikkelingsplan opstelt overeenkomstig de procedure in artikel 13 BRRD. Door deze dynamische verwijzing wordt de wijziging van artikel 13 BRRD vanzelf meegenomen. De conclusie is dat voor de implementatie van de wijziging van artikel 13 BRRD geen wijziging van de Nederlandse wet nodig is.

BRRD II wijzigt *artikel 16, eerste lid BRRD*, met betrekking tot de beoordeling van de afwikkelbaarheid. Die wijziging leidt tot wijziging van artikel 10, vierde lid, SRMR. Artikel 3A:10 Wft verklaart artikel 10 SRMR van overeenkomstige toepassing op de beoordeling van de afwikkelbaarheid buiten de verordening. De conclusie is dat voor de implementatie van de wijziging van artikel 16 BRRD geen wijziging van de Nederlandse wet nodig is.

BRRD II voegt een *artikel 16bis* in in de BRRD, met betrekking tot de bevoegdheid tot het verbieden van bepaalde uitkeringen. Naar aanleiding van het toevoegen van artikel 16bis in de BRRD is een artikel 10bis in de SRMR ingevoegd. Laatstgenoemd artikel is echter niet opgenomen in de opsomming in artikel 7, derde lid, SRMR. Zie daarover hieronder, in de paragraaf met betrekking tot de verschillen tussen BRRD en SRMR.

BRRD II wijzigt *artikel 17, eerste lid en derde tot en met vijfde lid BRRD* met betrekking tot de beoordeling van de afwikkelbaarheid. De belangrijkste wijzigingen zijn de volgende. In het eerste lid en derde lid, eerste alinea, vierde lid en vijfde lid, onderdelen a tot en met h en zevende lid wordt "instelling" steeds vervangen door "entiteit". Het derde lid wordt voorts aangevuld met een regeling betreffende de situatie waarin er belemmeringen voor de afwikkelbaarheid in verband met artikel 45sexies of 45septies SRMR (gecombineerd buffervereiste) zijn. In het vijfde lid wordt onder meer een onderdeel hbis ingevoegd op grond waarvan van een instelling of entiteit kan worden geëist dat zij een plan indient om de naleving van diezelfde artikelen te herstellen. In het bestaande artikel 3A:11, eerste lid, Wft wordt reeds verwezen naar artikel 17 eerste tot en met vijfde lid BRRD. Door deze dynamische verwijzing wordt de wijziging van artikel 17 eerste tot

en met vijfde lid BRRD vanzelf meegenomen. De conclusie is dat voor de implementatie van de wijziging van artikel 17 BRRD geen wijziging van artikel 3a:11 Wft nodig is.

Wel leidt de wijziging van artikel 17 vijfde lid, BRRD tot een wijziging van artikel 3a:11a Wft. Dit artikel verwijst voor de op te leggen maatregelen naar artikel 10, elfde lid SRMR. De wijzigingen van artikel 17 vijfde lid, BRRD hebben ook tot dezelfde wijzigingen van artikel 10, elfde lid SRMR geleid met uitzondering van onderdeel k van het vijfde lid van artikel 17 BRRD. Onderdeel k voorziet er –kort gezegd- in dat indien een entiteit een dochteronderneming is van een gemengde holding, geëist kan worden dat een dat de gemengde holding een afzonderlijke financiële holding opzet om zeggenschap over de entiteit uit te oefenen als dat nodig is om de afwikkeling van de entiteit te faciliteren. Deze bepaling ontbreekt in artikel 10 elfde lid SRMR. De dynamische verwijzing naar artikel 10 elfde lid SRMR in artikel 3a:11a Wft is derhalve aangevuld met een verwijzing naar artikel 17 vijfde lid, onderdeel k, BRRD.

BRRD II wijzigt *artikel 17, zevende lid*, BRRD, in die voege dat dit lid niet langer betrekking heeft op een “instelling” maar op een “entiteit”. Die bepaling is omgezet met artikel 10, tiende lid, tweede alinea, SRMR, maar daarin is “instelling” niet gewijzigd in “entiteit”. In artikel 3A:11, derde lid, Wft wordt verwezen naar artikel 10, tiende lid, SRMR. Het is niet nodig artikel 3A:11, derde lid, Wft aan te vullen met de zinsnede dat voor “instelling” in artikel 10, tiende lid, SRMR “entiteit” moet worden gelezen. Artikel 3A:11 Wft heeft reeds betrekking op een “entiteit”. Door de verklaring van overeenkomstige toepassing van artikel 10, tiende lid, SRMR wordt dus reeds bepaald dat dat artikel van overeenkomstige toepassing is op een entiteit.

BRRD II wijzigt *artikel 18, eerste tot en met zesde lid* BRRD. In het bestaande artikel 3A:11, eerste lid, Wft wordt reeds verwezen naar deze leden van artikel 18 BRRD. Door deze wijziging wordt deze wijziging van artikel 18 BRRD vanzelf meegenomen. Daarnaast voegt BRRD II een lid 6bis toe aan artikel 18 BRRD. Het bestaande artikel 3A:11 Wft verwijst nog niet daarnaar. Artikel 3A:11, eerste lid, Wft, wordt aangevuld met een verwijzing naar artikel 18, lid 6bis, BRRD. Voorts wijzigt BRRD II *artikel 18, zevende lid* BRRD. Het bestaande artikel 3A:11, tweede lid Wft verwijst reeds naar die bepaling. Door deze dynamische verwijzing wordt de wijziging van artikel 18, zevende lid, BRRD vanzelf meegenomen. De conclusie is dat voor de implementatie van de wijziging van artikel 18, zevende lid, BRRD geen wijziging van de Nederlandse wet nodig is.

BRRD II past *artikel 32, eerste lid, onderdeel b*, BRRD, aan aan de reeds bestaande tekst van artikel 18, eerste lid, onderdeel b, SRMR. In het bestaande artikel 3A:18, eerste lid, Wft wordt reeds verwezen naar dat onderdeel van de SRMR. De nieuwe tekst van artikel 32, eerste lid, onderdeel b, BRRD, geldt dus reeds in Nederland. De conclusie is dat voor de implementatie van de wijziging van artikel 32, eerste lid, onderdeel b, BRRD, geen wijziging van de Nederlandse wet nodig is.

BRRD II voegt een nieuw *artikel 32bis* BRRD in, met betrekking tot de afwikkelingsvoorwaarden ten aanzien van een centraal orgaan en kredietinstellingen die blijvend zijn aangesloten bij een centraal orgaan. Dit artikel is geïmplementeerd in artikel 18, lid 1bis, SRMR. Aangezien het artikel geen betrekking heeft op beleggingsondernemingen, behoeft het niet in de Wft te worden

geïmplementeerd. Voor wat betreft banken die onder de verantwoordelijkheid van DNB vallen, wordt opgemerkt dat het nieuwe lid 1bis van artikel 18 SRMR niet wordt genoemd in artikel 7, derde lid SRMR. Zie daarover hieronder in de paragraaf met betrekking tot verschillen tussen BRRD en SRMR.

BRRD II vult de BRRD aan met artikel 32ter. Dat artikel heeft betrekking op de situatie waarin de afwikkelingsautoriteit oordeelt dat is voldaan aan de voorwaarde dat instelling of entiteit faalt of waarschijnlijk zal falen en aan de voorwaarde dat maatregelen van de particuliere sector het falen niet binnen een redelijk tijdsbestek zullen voorkomen, maar waarin de afwikkelingsautoriteit tevens oordeelt dat niet is voldaan aan de voorwaarde dat een afwikkelingsmaatregel noodzakelijk is in het algemeen belang. Voor dat geval schrijft artikel 32ter BRRD voor dat de instelling of entiteit op ordelijke wijze wordt geliquideerd overeenkomstig het toepasselijk nationale recht. Naar aanleiding daarvan wordt de Faillissementswet gewijzigd.

BRRD II wijzigt *artikel 33, tweede tot en met vierde lid*, BRRD. Deze wijziging heeft geleid tot een wijziging van artikel 16, tweede en derde lid, SRMR. Het bestaande artikel 3A:18, eerste lid, Wft, verwijst reeds naar onder andere artikel 16 SRMR en door deze dynamische verwijzing wordt de wijziging vanzelf meegenomen. De conclusie is dat voor de implementatie van deze wijziging geen wijziging van de Wft nodig is.

Artikel 33, derde lid, BRRD, bepaalt dat, indien dochterinstellingen van een gemengde holding direct of indirect in handen zijn van een financiële tussenholding, afwikkelingsmaatregelen worden genomen ten aanzien van die financiële tussenholding met het oog op de afwikkeling van de groep, en geen afwikkelingsmaatregelen ten aanzien van de gemengde holding met het oog op de afwikkeling van de groep. Aan deze bepaling voegt BRRD II toe dat het afwikkelingsplan bepaalt dat de financiële tussenholding wordt aangemerkt als een af te wikkelen entiteit. Het bestaande artikel 3A:18, derde lid, Wft, verwijst reeds naar artikel 33, derde lid, BRRD. Door deze dynamische verwijzing wordt de wijziging van artikel 18, derde lid, BRRD vanzelf meegenomen. De conclusie is dat voor de implementatie van de wijziging van 33, derde lid, BRRD geen wijziging van de Nederlandse wet nodig is.

BRRD II voegt een nieuw artikel in, genummerd *33bis* BRRD, waarin aan de afwikkelingsautoriteit de bevoegdheid wordt gegeven om betalingsverplichtingen en leveringsverplichtingen op te schorten in de fase waarin, kort gezegd, de afwikkelingsmaatregel wordt voorbereid. Daartoe wordt een nieuwe paragraaf ingevoegd in de Wft, met de artikelen 3A:20a tot en met 3A:20e.

Naar aanleiding van de wijziging van artikel 59 BRRD worden de *artikelen 36 en 37* BRRD na "kapitaalinstrumenten" ingevoegd "en in aanmerking komende passiva overeenkomstig artikel 59". Dit leidt tot aanpassing van de opschriften van de Afdelingen 3A:2.3 en 3A:2.4 en artikel 3A:17 Wft.

BRRD II wijzigt *artikel 36* BRRD in die voegt dat in artikel 36, vijfde, twaalfde en dertiende lid kapitaalinstrumenten" wordt vervangen door "kapitaalinstrumenten en in aanmerking komende

passiva overeenkomstig artikel 59". Deze wijziging heeft geleid tot een wijziging van artikel 20 SRMR. De bestaande artikelen 3A:17, vierde lid en 3A:18, vijfde lid Wft verwijzen reeds naar artikel 20 SRMR. Door deze dynamische verwijzing wordt de wijziging van artikel 36 BRRD vanzelf meegenomen. De conclusie is dat voor de implementatie van de wijziging van artikel 36 BRRD geen wijziging van de Nederlandse wet nodig is.

BRRD II wijzigt *artikel 37 BRRD* in die voege dat in artikel 37, tiende lid, onderdeel a, "in aanmerking komende passiva" wordt vervangen door "bail-inbare passiva". Bij de implementatie van de BRRD is destijds reeds opgemerkt dat dit artikel geen implementatie behoeft. Dat is nog steeds het geval; wijziging van deze bepaling leidt dan ook niet tot wijziging van de Wft.

BRRD II wijzigt enkele leden van *artikel 44 BRRD*. Deze wijziging heeft geleid tot een wijziging van artikel 27 SRMR. Naar aanleiding hiervan is artikel 3A:44 aangepast.

BRRD II wijzigt tevens het vierde lid van artikel 44 BRRD. Dit lid is destijds niet geïmplementeerd omdat het geen implementatie behoefde. Dat is nog steeds het geval. De wijziging van artikel 44, vierde lid, BRRD leidt dus niet tot een wijziging van enig wetsartikel.

Het zwaartepunt van de wijzigingen die BRRD II aanbrengt in BRRD heeft betrekking op de MREL. BRRD II geeft nadere regels om ervoor te zorgen dat instellingen en entiteiten voldoende verliesabsorptie- en herkapitalisatiecapaciteit hebben.

De kern van deze wijzigingen betreft de wijzigingen van *artikel 45 BRRD* en de invoering van dertien artikelen, genummerd *45bis tot en met 45quaterdecies*. Deze zijn geïmplementeerd in de artikelen 12 tot en met 12duodecies SRMR met betrekking tot, kort gezegd, significante banken en grensoverschrijdende bankengroepen, ongeacht de omvang van die laatste categorie. Waar hieronder wordt opgemerkt dat met deze SRMR-artikelen BRRD II wordt geïmplementeerd, wordt niet steeds gezegd dat deze implementatie slechts betrekking heeft op deze categorie entiteiten. Ingevolge artikel 7, derde lid, SRMR zijn deze bepalingen ook van toepassing op de niet-significante banken die onder de verantwoordelijkheid vallen van de nationale afwikkelingsautoriteiten. De bevoegdheid tot vaststelling van de MREL voor niet-significante banken ontleent de nationale resolutie autoriteit aan artikel 12, derde lid SRMR.

Op grond van artikel 12, eerste lid, SRMR stelt de SRB de in de artikelen 12bis tot en met 12duodecies SRMR bedoelde (interne en externe) MREL vast voor de af te wikkelen entiteiten en entiteiten die zelf geen af te wikkelen entiteiten zijn, onder voorbehoud van de afschrijvings- en omzettingsbevoegdheden, waaraan de entiteiten en groepen, bedoeld in artikel 7, tweede lid, en de entiteiten en groepen bedoeld in artikel 7, vierde lid, onderdeel b, en vijfde lid, "te allen tijde" moeten voldoen. Voor banken die onder de SRMR vallen is implementatie in de Nederlandse wet dus niet alleen onnodig, maar ook niet toegestaan. Op grond van artikel 7, derde lid, SRMR, is DNB bevoegd met betrekking tot andere dan in artikel 7, tweede lid, SRMR bedoelde entiteiten en groepen, kort gezegd, de niet-significante banken. Door de wijziging van artikel 7, derde lid, SRMR, heeft DNB de taak om overeenkomstig de artikelen 12 tot en met 12duodecies het niveau van de

MREL van die banken vast te stellen. Ook voor die banken is implementatie in de Nederlandse wet dus niet alleen onnodig, maar ook niet toegestaan.

Blijven over de categorieën die thans worden geregeld in de reeds bestaande artikelen 3A:14 tot en met 3A:16 Wft, de beleggingsondernemingen die buiten de SRMR vallen, de EU-moederondernemingen die buiten de SRM vallen, en de overige groepsentiteiten die buiten de SRM vallen. In deze artikelen worden nu reeds artikelen van de SRMR van overeenkomstige toepassing verklaard. De wijziging van de BRRD, en daarmee ook de wijziging van de SRMR, geven geen aanleiding om deze systematiek te verlaten. De wijzigingen van artikel 45 BRRD en de invoeging van de artikelen 45bis tot en met 45quaterdecis SRMR kunnen dan ook worden geïmplementeerd door de huidige verwijzingen in de artikelen 3A:14 tot en met 3A:16 Wft aan te passen.

Over de wijzigingen van de BRRD die betrekking hebben op beleggingsondernemingen buiten de SRMR, EU-moederondernemingen buiten de SRMR en overige entiteiten buiten SRMR, worden de verwijzingen in de artikelen 3A:14, 3A:15 en 3A:16 Wft naar de bestaande SRMR-artikelen telkens uitgebreid tot wijzigingen naar de nieuwe SRMR-artikelen.

Het nieuwe eerste lid van artikel 12, SRMR bepaalt dat de SRB de MREL vaststelt. Deze wijziging leidt niet tot een wijziging van artikel 3A:14 Wft. Hetzelfde geldt voor de overige wijzigingen van artikel 12 SRMR, met uitzondering van het nieuwe tweede lid. In dat lid is bepaald dat de desbetreffende entiteiten de informatie, bedoeld in artikel 45decies, eerste, tweede en vierde lid, BRRD aan de nationale afwikkelingsautoriteit rapporteren. Met deze bepaling worden de genoemde leden van artikel 45decies BRRD geïmplementeerd. Deze bepaling is omgezet in Nederlands recht door in artikel 3A:14 Wft het derde lid te wijzigen en twee nieuwe leden toe te voegen en door de introductie van een nieuw artikel 3A:63a Wft inzake de door af te wikkelen entiteiten jaarlijks te publiceren informatie.

Het nieuwe artikel 45, eerste lid, BRRD, geïmplementeerd in artikel 12bis, eerste lid, SRMR bepaalt dat de lidstaten ervoor zorg dragen dat de instellingen en entiteiten te allen tijde voldoen aan de vereisten voor eigen vermogen en in aanmerking komende passiva indien vereist door en overeenkomstig artikel 45bis tot en met 45decies BRRD.

Het nieuwe *artikel 45, tweede lid*, BRRD geïmplementeerd in artikel 12bis, tweede lid, SRMR, geeft de hoofdregel, namelijk dat het vereiste MREL wordt berekend als het bedrag van het eigen vermogen en de in aanmerking komende passiva en uitgedrukt als percentage van het totaal van de risicoposten (de hierboven reeds genoemde RWA) van de betrokken entiteit en de maatstaf voor de totale risicoblootstelling (hierna de *leverage ratio*). Artikel 3A:14 Wft wordt zodanig aangepast dat dit de eerste bepaling is waarnaar wordt verwezen als artikel aan de hand waarvan DNB het minimumvereiste voor eigen vermogen en bail-inbare passiva vaststelt voor beleggingsondernemingen.

Artikel 45bis BRRD, geïmplementeerd in artikel 12ter SRMR, geeft de afwikkelingsautoriteiten een vrijstellingsverplichting voor specifieke door gedekte obligaties gefinancierde instellingen voor hypothecair krediet (deze instellingen komen in Nederland thans niet voor).

Artikel 45ter, geïmplementeerd in artikel 12quater SRMR noemt de voorwaarde waarop passiva kunnen worden aangemerkt als eigen vermogen en in aanmerking komende passiva (en daarmee meetellen in de achtergestelde MREL). Het gaat hierbij om de in aanmerking komende passiva van af te wikkelen entiteiten. Zo kunnen passiva die voortvloeien uit schuldinstrumenten met verankerde derivaten, zoals gestructureerde obligaties ("structured notes") alleen meetellen als de hoofdsom van de passiva die voortvloeien uit het schuldinstrument op het moment van uitgifte bekend is, vastligt of stijgend is, en niet door een verankerd derivaatelement wordt beïnvloed. Verder wordt in dit artikel de berekeningswijze voor de minimale hoeveelheid achtergestelde MREL geregeld. De afwikkelingsautoriteiten dienen ervoor te zorgen dat mondiaal systeemrelevante banken, banken met een balanstotaal van meer dan 100 miljard (de zogeheten "top tier banken"), of banken die een balanstotaal van lager dan 100 miljard euro hebben, maar waarvoor de afwikkelingsautoriteit heeft bepaald dat het falen van de bank een systeemrisico kan opleveren, een achtergestelde MREL aanhouden die gelijk is aan 8% van de totale passiva. Wel kunnen de afwikkelingsautoriteiten onder bepaalde voorwaarden toestaan dat een gedeelte van het 8%-vereiste wordt gevuld met niet-achtergestelde instrumenten. Ook regelt dit artikel dat, wanneer het 8%-vereiste ten opzichte van de totale balans zou leiden tot een risicogewogen eis van meer dan 27% en toegang tot het de financieringsregeling voor de afwikkeling niet wordt beschouwd als een optie om die af te wikkelen entiteit af te wikkelen in het afwikkelingsplan, de afwikkelingsautoriteit het vereiste beperkt tot een maximum van 27% risicogewogen eis.

Artikel 45ter, zevende en achtste lid, BRRD bepaalt dat afwikkelingsautoriteiten tot 30% van de banken die onder hun verantwoordelijkheid vallen een hogere risicogewogen eis kunnen opleggen. Het achtste lid, laatste subparagraaf, bevat een optie voor de lidstaten om een hoger percentage dan 30% vast te stellen. Deze optie is niet opgenomen in artikel 12quater, achtste lid, SRMR. Lidstaten van de bankenunie kunnen derhalve geen gebruik maken van deze lidstaatoptie met betrekking tot entiteiten die onder de reikwijdte van de SRMR vallen, ook niet met betrekking tot entiteiten waarvoor de nationale resolutie-autoriteit rechtstreeks verantwoordelijk is op grond van artikel 7, derde lid, SRMR.

Aandacht verdient *artikel 45ter, negende lid, BRRD*, geïmplementeerd in artikel 12quater SRMR, negende lid, SRMR. Op grond van artikel 7, derde lid, onderdeel d, SRMR moet DNB overeenkomstig onder andere artikel 12quater, negende lid 9, SRMR de MREL vaststellen. Laatstgenoemd artikel bepaalt dat de SRB de ECB moet raadplegen. Naar de letter brengt een overeenkomstige toepassing met zich mee dat DNB de ECB moet raadplegen. Een redelijke uitleg brengt echter met zich mee dat dat niet kan zijn bedoeld. De ECB houdt immers geen (rechtstreeks) toezicht op banken waarvoor DNB de resolutie-autoriteit is. Bedoeld zal zijn dat de nationale resolutie-autoriteit de voor de instelling verantwoordelijke toezichthouder moet raadplegen. Binnen de Nederlandse context zou een strikte lezing hiervan tot een tweede ongerijmde slotsom leiden, namelijk dat DNB in haar rol van afwikkelingsautoriteit DNB in haar rol van toezichthouder moet raadplegen. Dat kan evenmin zijn bedoeld. In artikel 3A:16b Wft wordt daarom bepaald dat voor zover in de artikelen van de SRM die in de artikelen 3A:14 tot en met 3A:16 Wft van overeenkomstige toepassing zijn verklaard is bepaald dat de afwikkelingsraad de

ECB, de nationale afwikkelingsautoriteit of de bevoegde autoriteit raadpleegt, die verplichting niet voor DNB geldt.

Artikel 45quater BRRD, geïmplementeerd in artikel 12quinquies SRMR geeft criteria op basis waarvan de vereisten voor eigen vermogen en in aanmerking komende passiva en de hoogte daarvan worden bepaald. Hierin is onder andere vastgelegd dat deze een gedeelte voor verliesabsorptie en voor herkapitalisatie moeten bevatten. Tevens legt dit artikel de vereisten voor top-tier banken met een balans groter dan 100 miljard vast en voor banken met een balanstotaal dat kleiner is dan 100 miljard, maar waarvan de afwikkelingsautoriteit heeft bepaald dat het falen van deze bank een systeemrisico oplevert.

Artikel 12quinquies, zesde lid, zesde alinea, onderdeel b, SRMR vangt aan met de woorden "stelt de SRB na raadpleging van de bevoegde autoriteiten, met inbegrip van de ECB (...)". Voor het vaststellen van de MREL van beleggingsondernemingen buiten het SRM heeft de ECB evenwel geen rol. Daarom is bepaald dat de genoemde SRMR-artikelen van overeenkomstige toepassing zijn, met uitzondering van de bepaling die voorschrijft dat de ECB moet worden geraadpleegd. In de laatste drie alinea's worden aan EBA de verplichting opgelegd om technische reguleringsnormen te ontwerpen en aan de Commissie een bevoegdheid gedelegeerd. Deze alinea's zijn niet geïmplementeerd in de SRMR. Deze alinea's worden daarom niet omgezet in Nederlands recht; in artikel 3A:14 Wft wordt ook op dit punt verwezen naar de SRMR en niet naar de BRRD.

Artikel 45quinquies BRRD, geïmplementeerd in artikel 12sexies SRMR, betreft de bepaling van de MREL voor af te wikkelen entiteiten van een mondiaal systeemrelevante instelling (MSI, in de praktijk vaak aangeduid met de Engelse benaming global systemically important institution (GSII) en dochterondernemingen van wezenlijk belang van een niet-MSI's in de Europese Unie. Er wordt op gewezen dat artikel 45quinquies, vierde lid, BRRD, niet is overgenomen in artikel 12sexies SRMR. Daarin wordt een regel gegeven voor de toepassing van artikel 45nonies, tweede lid BRRD. Voor beleggingsondernemingen is een en ander aanleiding om in de verwijzing in artikel 3A:14 Wft artikel 45quinquies, vierde lid, BRRD, apart te noemen.

Artikel 45sexies BRRD, geïmplementeerd in artikel 12septies SRMR, stelt onder andere dat de MREL op af te wikkelen entiteiten wordt toegepast op geconsolideerde basis op het niveau van de af te wikkelen groep.

Artikel 45septies BRRD, deels geïmplementeerd in de artikelen 12octies en 12nonies SRMR, geeft regels met betrekking tot de toepassing van de MREL op entiteiten die zelf geen af te wikkelen entiteit zijn (interne MREL). Deze entiteiten dienen zelfstandig op individueel niveau aan de vereisten te voldoen. Wel kunnen afwikkelingsautoriteiten hiervan afzien onder andere indien zowel moeder als dochteronderneming zich in hetzelfde land bevindt. Er wordt op gewezen dat in het eerste lid wederom is bepaald dat een afwikkelingsautoriteit een besluit kan nemen na raadpleging van de bevoegde autoriteit. Zie daaromtrent hetgeen hierboven is opgemerkt in de toelichting op artikel 3A:16a Wft met betrekking tot het negende lid.

Voorts wordt opgemerkt dat artikel 45septies, derde lid, onderdelen d tot en met f, en vierde lid, onderdelen d tot en met f, BRRD, niet zijn overgenomen in de SRMR. Dit is aanleiding om zowel

deze onderdelen apart te noemen in artikel 3A:14, Wft als een apart artikel 3A:16a Wft voor te stellen voor banken die onder de verantwoordelijkheid van DNB vallen.

Artikel 45septies, zesde lid, BRRD verplicht EBA tot het ontwerpen van technische reguleringsnormen, en geeft aan de Europese Commissie de bevoegdheid om bedoelde normen vast te stellen. Dit lid is niet geïmplementeerd in de SRMR. Dit lid hoeft niet te worden omgezet in Nederlands recht; in artikel 3A:14 Wft wordt ook op dit punt verwezen naar de SRMR en niet naar de BRRD.

Artikel 45octies BRRD, geïmplementeerd in artikel 12decies SRMR, geeft regels voor de ontheffing voor een centraal orgaan en kredietinstellingen die blijvend zijn aangesloten bij een centraal orgaan.

Artikel 45nonies BRRD regelt de procedure voor het bepalen van de MREL, in het bijzonder hoe de afwikkelingsautoriteit van de af te wikkelen entiteit en de afwikkelingsautoriteit op groepsniveau tot besluiten komen. Dit artikel is niet overgenomen in de SRMR. Het artikel zal worden geïmplementeerd door het op te nemen in de Rtgst.

Artikel 45decies BRRD geeft regels met betrekking tot de rapportage over en de openbaarmaking van het MREL vereiste. In het eerste en tweede lid wordt op de entiteiten een rapportageverplichting opgelegd. In het derde lid wordt een publicatieverplichting opgelegd. In het vierde lid wordt bepaald dat de verplichting, bedoeld in het eerste en derde lid, niet rust op entiteiten waarvoor het afwikkelingsplan bepaalt dat de entiteit moet worden geliquideerd in een normale insolventieprocedure. In artikel 12, tweede lid, SRMR is bepaald dat bedoelde entiteiten, met inbegrip van entiteiten die deel uitmaken van groepen, de informatie rapporteren overeenkomstig artikel 45decies, leden 1, 2 en 4 BRRD. Voor beleggingsondernemingen is dit geïmplementeerd door in de artikelen 3A:14 tot en met 3A:15 Wft door naar artikel 12, tweede lid, eerste zin, SRMR te verwijzen. Een evenknie van artikel 45decies, derde lid, BRRD ontbreekt in de SRMR. Daarom is voor deze verplichting niet verwezen naar een SRMR-bepaling maar naar de BRRD-bepaling.

Zie over artikel 45decies, derde lid, BRRD, hieronder, in de paragraaf met betrekking tot de verschillen tussen het BRRD en de SRMR.

Artikel 45decies, vierde lid, BRRD bepaalt dat onder andere het derde lid, met betrekking tot de publicatieverplichting, niet geldt voor entiteiten waarvan het afwikkelingsplan bepaalt dat de entiteit moet worden geliquideerd in een normale insolventieprocedure. Het is niet nodig dat te implementeren. Als gevolg van de verwijzing in de artikelen 3A:14 tot en met 3A:16 Wft naar onder andere artikel 12, vierde lid, SRMR dat op zijn beurt weer verwijst naar artikel 45decies, vierde lid, BRRD is een uitdrukkelijke implementatie niet nodig om de uitzondering in artikel 45decies, vierde lid, ook van toepassing te doen zijn op de publicatieverplichting.

Artikel 10decies, vijfde en zesde lid, BRRD draagt aan EBA op om bepaalde technische uitvoeringsnormen te ontwerpen, en hoeft geen implementatie.

Artikel 45undecies, eerste lid, BRRD bepaalt dat de afwikkelingsautoriteiten de EBA in kennis stellen van de MREL die zij hebben vastgesteld voor elke entiteit. Dit zal worden geïmplementeerd in de Rtgfst.

Artikel 45undecies, tweede lid, BRRD draagt EBA op om technische uitvoeringsnormen te ontwikkelen, en hoeft niet te worden geïmplementeerd.

Artikel 45duodecies BRRD verplicht lidstaten sancties op overtreding van de artikelen 45sexies en 45septies BRRD te stellen. Zo moeten aan banken die niet aan de gecombineerde buffereisen en MREL voldoen restricties kunnen worden opgelegd aan uitkeringen van bijvoorbeeld dividend op coupons op instrumenten. Voor zover deze bepalingen worden geïmplementeerd in de artikelen 12septies en 12octies SRMR, zal het Besluit uitvoering EU-verordeningen financiële markten worden aangepast.

Artikel 45duodecies, eerste lid, BRRD schrijft voor dat schendingen van de MREL-verplichtingen moeten kunnen worden 'aangepakt' met ten minste een van de bevoegdheden, genoemd in de onderdelen a tot en e. Voor banken binnen de SRMR wordt dit artikel geïmplementeerd in artikel 12undecies SRMR. Voor entiteiten die niet onder de SRMR vallen wordt met betrekking tot de onderdelen a tot en met e van artikel 45duodecies, eerste lid, BRRD het volgende opgemerkt. In onderdeel a staat de bevoegdheid om belemmeringen voor de afwikkelbaarheid aan te pakken of weg te nemen overeenkomstig de artikelen 17 en 18 BRRD. Laatstbedoelde artikelen zijn nu al geïmplementeerd in artikel 3A:11 Wft. Dat artikel bepaalt dat DNB ingevolge artikel 3A:10 Wft de afwikkelbaarheid vaststelt, en zo nodig maatregelen kan opleggen. De tekst van dat artikel is zo ruim dat daarmee artikel 45duodecies, eerste lid, onderdeel a, BRRD al is geïmplementeerd. Onderdeel b verwijst naar artikel 16bis BRRD, met betrekking tot de bevoegdheid tot het verbieden van bepaalde uitkeringen; dit onderdeel heeft naast artikel 16bis BRRD geen zelfstandige betekenis. Artikel 16bis BRRD is voor banken die onder de verantwoordelijkheid van DNB vallen geïmplementeerd in artikel 3A:11b Wft, en voor beleggingsondernemingen in artikel 3A:11c Wft. Onderdeel c verwijst naar artikel 104 van CRD IV. Dat artikel is reeds geïmplementeerd in het raamwerk van de Wft, zodat dit onderdeel geen aparte implementatie behoeft. Onderdeel d heeft betrekking op vroegtijdige-interventiemaatregelen. Deze zijn reeds geregeld in de artikelen 1:75 en 1:75a Wft.

Onderdeel e heeft betrekking op onder andere de last onder dwangsom en de boete. Naar aanleiding daarvan zijn de bijlagen bij de artikelen 1:79 en 1:80 Wft aangepast.

Artikel 45terdecies BRRD legt op EBA de verplichting om een rapport bij de Commissie in te dienen over onder andere hoe het overeenkomstig de vastgestelde vereisten voor eigen vermogen en in aanmerking komende passiva op nationaal niveau ten uitvoer is gelegd, en met name of er tussen de lidstaten verschillen in de voor vergelijkbare entiteiten vastgestelde niveaus zijn. Dit artikel hoeft niet te worden geïmplementeerd.

Artikel 45quaterdecies BRRD bevat overgangsbepalingen en bepaalt met ingang van welke datum aan de MREL moet zijn voldaan. Hierin is onder andere vastgesteld dat entiteiten en instellingen uiterlijk op 1 januari 2024 aan de vereisten moeten voldoen. De afwikkelingsautoriteit kan voorzien in een overgangsperiode die na 1 januari 2024 verstrijkt, waarbij rekening wordt gehouden met

het volgende: a) de ontwikkeling van de financiële situatie van de entiteit; b) het vooruitzicht dat de entiteit in staat zal zijn binnen een redelijke termijn te voldoen aan de vereisten; en c) de vraag of de entiteit in staat is te zorgen voor vervanging van passiva die niet langer voldoen aan de criteria om in aanmerking te komen of de criteria inzake looptijd en indien niet, de vraag of dat onvermogen eigen aan de entiteit is, dan wel te wijten is aan marktbrede verstoring. Ook is hierin vastgelegd dat af te wikkelen entiteiten die vallen binnen de categorie top-tier, of door de afwikkelingsautoriteit zo zijn aangemerkt ondanks dat zij een balanstotaal van onder de 100 miljard euro hebben uiterlijk op 1 januari 2022 aan het minimumvereiste moeten voldoen zoals dat is vastgelegd in artikel 45dquater, lid 5 of lid 6 BRRD.

In de *artikelen 46 en 47b* BRRD wordt "in aanmerking komende passiva" vervangen door "bail-inbare passiva". Artikel 3A:44 Wft is aangepast.

Eveneens in artikel 48, *eerste lid en tweede lid*, BRRD, wordt "in aanmerking komende passiva" vervangen door "bail-inbare passiva". Ook hiervoor geldt dat artikel 3A:44Wft is aangepast. Voorts wordt een zevende lid aan artikel 48 BRRD toegevoegd, waarin is bepaald dat vorderingen die voortvloeien uit eigenvermogensbestanddelen een lagere rang hebben dan vorderingen die niet voortvloeien uit een eigenvermogensbestanddeel. De tweede alinea van dit artikel bepaalt voorts dat voor zover een instrument slechts gedeeltelijk als een eigen vermogensbestanddeel wordt erkend, het gehele instrument wordt behandeld als een uit een eigenvermogensbestanddeel voortvloeiende vordering met een lagere rang dan vorderingen die niet voortvloeien uit een eigen vermogensbestanddeel. De Faillissementswet is aangepast.

Artikel 55, BRRD met betrekking tot de contractuele erkenning van bail-in, is aangevuld. In de artikelsgewijze toelichting is uiteengezet hoe deze aanvullingen zijn geïmplementeerd. Zie voor een overzicht van de bepalingen inzake contractuele erkenning hieronder, onder het kopje "contractuele erkenning".

De *artikelen 59 en 60* BRRD hebben betrekking op de afschrijving of omzetting van kapitaalinstrumenten. De reikwijdte van deze artikelen wordt uitgebreid met de afschrijving en omzetting van in aanmerking komende passiva - onafhankelijk van het nemen van een afwikkelingsmaatregel - die voldoen aan de in artikel 45septies, tweede lid, onderdeel a, BRRD genoemde voorwaarden, met uitzondering van de voorwaarde betreffende de resterende looptijd van passiva als bedoeld in artikel 72quater, eerste lid, CRR. Het betreft hier derhalve de afschrijving en omzetting van interne MREL. Daartoe worden de artikelen 3A:17 en 3A:21 Wft aangepast.

In artikel 66, vierde lid, BRRD wordt "in aanmerking komende passiva" vervangen door "bail-inbare passiva". Deze bepaling was al geïmplementeerd in artikel 3A:4, eerste lid Wft. De bewoording daarvan is zo ruim dat die bepaling niet behoeft te worden aangepast.

Artikel 68 BRRD bepaalt dat, kort gezegd, crisispreventie- of crisisbeheersingsmaatregelen, de wederpartij bij een overeenkomst met een entiteit niet de bevoegdheid geven om bepaalde

rechten, bijvoorbeeld om een beëindigingsrecht uit te oefenen, ook niet indien een dergelijk recht in de overeenkomst is bedongen voor het geval de afwikkelingsautoriteit ingrijpt. Artikel 68 BRRD wordt op twee manieren gewijzigd. De eerste wijziging betreft het derde lid. Het derde lid bepaalt meer in het bijzonder dat een op zichzelf staande crisispreventiemaatregel of crisisbeheersingsmaatregel voor niemand de mogelijkheid inhoudt om zich te beroepen op een beëindigingsrecht of een soortgelijk recht, een recht om het bezit te verwerven van de entiteit, of afbreuk te doen aan contractuele rechten van de entiteit. Aan de typen ingrepen door de afwikkelingsautoriteit die niet leiden tot de mogelijkheid om zich te beroepen op de genoemde rechten van de wederpartij, wordt de bevoegdheid om bepaalde verplichtingen op te schorten voorafgaand aan het besluit tot afwikkeling, toegevoegd. Met andere woorden: ook een opschorting voorafgaand aan het besluit tot afwikkeling biedt de wederpartij niet de mogelijkheid om bepaalde rechten uit te oefenen. *Artikel 68, derde lid, BRRD* is nu reeds geïmplementeerd in artikel 3A:57 Wft. Artikel 3A:57 Wft is zo ruim geformuleerd ("de uitoefening van een bevoegdheid op grond van dit hoofdstuk") dat daaronder ook een verwijzing naar artikel 3A:20 e.v. Wft – waarin de opschorting voorafgaand aan het besluit tot afwikkeling - valt. De conclusie is dat de wijziging van artikel 68, derde lid, BRRD, wordt geïmplementeerd zonder dat daarvoor artikel 3A:57 Wft of een ander Wft-artikel behoeft te worden aangepast.

BRRD II wijzigt artikel 68, vijfde lid, BRRD. Daarin is bepaald dat een opschorting of beperking niet wordt beschouwd als het niet-naleven van een contractuele verplichting. Daaraan wordt door BRRD II een opschorting voorafgaand aan het besluit tot afwikkeling toegevoegd. Dit noopt tot aanpassing van artikel 3A:55 Wft.

BRRD II wijzigt de artikelen 69 tot en met 71 BRRD, met betrekking tot de bevoegdheid van de afwikkelingsautoriteit om bepaalde verplichtingen op te schorten, de afdwinging van zekerheidsrechten te beperken en beëindigingsrechten op te schorten. Dat heeft geleid tot aanpassing van de Wft.

Artikel 71bis BRRD schrijft voor dat een entiteit in een financiële overeenkomst bedingt dat de wederpartij erkent dat de financiële overeenkomst kan worden onderworpen aan de bevoegdheid van de afwikkelingsautoriteit om bepaalde verplichtingen op te schorten (zowel voorafgaand aan het besluit tot afwikkeling (art. 33 bis BRRD) als daarna (art. 69 BRRD)), om de afdwinging van zekerheidsrechten door wederpartijen te beperken (art. 70 BRRD) en om beëindigingsrechten van wederpartijen op te schorten (art. 71 BRRD). Zie daarover hieronder, onder het kopje "contractuele erkenning". Het artikel vertoont een zekere verwantschap met artikel 55 BRRD en de aanvullingen daarop, met betrekking tot de contractuele erkenning van bail-in.

Contractuele erkenning van bevoegdheden

Hierboven is reeds de contractuele erkenning ter sprake gekomen. Teneinde de uitoefening van de bevoegdheden van de nationale afwikkelingsautoriteit zo effectief mogelijk te laten zijn in derde landen of met betrekking tot overeenkomsten waarop het recht van een derde land van toepassing is, bepaalt de BRRD a) in artikel 71bis dat de entiteit bedingt dat de wederpartij erkent dat de overeenkomst kan worden onderworpen aan de uitoefening van bevoegdheden door DNB en b) in artikel 68 dat het nemen van crisispreventiemaatregelen of crisisbeheersingsmaatregelen dan wel

het uitoefenen van de opschortingsbevoegdheid door de afwikkelingsautoriteit uit hoofde van artikel 33bis BRRD aan de wederpartij bij een overeenkomst met een entiteit niet de bevoegdheid geeft om bepaalde rechten, bijvoorbeeld een beëindigingsrecht, uit te oefenen, ook niet indien een dergelijk recht in de overeenkomst is bedongen voor het geval de afwikkelingsautoriteit haar bevoegdheden uitoefent. Daarenboven bepaalt artikel 68, zesde lid, BRRD, dat dat artikel een bepaling van bijzonder dwingend recht is in de zin van artikel 9 van de verordening Rome I. In onderstaand schema is opgenomen waar de bevoegdheden van DNB zijn geregeld en waar is bepaald dat de entiteit bedingt dat de wederpartij bij een overeenkomst waarop het recht van een derde land van toepassing is, erkent dat de overeenkomst kan worden onderworpen aan de uitoefening van bevoegdheden door DNB. Het verbod om naar aanleiding van een interventie van DNB bepaalde rechten uit te oefenen en de verplichting om de gebondenheid aan dat verbod te erkennen zijn niet in onderstaande tabel opgenomen omdat dit niet zozeer de erkenning betreft dat de overeenkomst kan worden onderworpen aan de uitoefening van bevoegdheden door DNB als wel de erkenning gebonden te zijn aan een voorschrift.

	Bevoegdheid		Contractuele erkenning bevoegdheid	
	BRRD	Wft	BRRD	Wft
Opschorting voorafgaand aan afwikkeling	33bis lid 1	3A:20a	71bis	3a:57a
Afomki	59	3A:21	55	3A:13
Bail-in	43	3A:44	55	3A:13
Opschorting betalings- of leveringsverplichting tijdens afwikkeling	69	3A:52	71bis	3A:57a
Beperking verhaal en opeising goederen tijdens afwikkeling	70	3A:53	71bis	3A:57a
Opschorting beëindiging tijdens afwikkeling	71	3A:54	71bis	3A:57a

Het tweede lid van artikel 71bis BRRD bevat een lidstaattoptie, op grond waarvan lidstaten kunnen eisen dat EU-moederondernemingen ervoor zorgen dat bepaalde dochterondernemingen in derde landen eveneens de in door hen gesloten financiële overeenkomsten opnemen dat partijen bevoegdheden van de afwikkelingsautoriteit erkennen. Van die lidstaattoptie wordt gebruik gemaakt. In de toelichting op artikel 1:76ba Wft wordt daarop nader ingegaan.

BRRD II wijzigt de artikelen 88 en 89 BRRD. Dat artikel heeft betrekking op afwikkelingscolleges. Door de dynamische verwijzingen in de Rtgstf heeft voor deze wijzigingen de Nederlandse wetgeving niet te worden aangepast.

Wetswijzigingen naar aanleiding van verschillen BRRD – SRMR

De systematiek is dat met de SRMR een deel van de BRRD wordt geïmplementeerd. Voorschriften die zijn opgenomen in een EU-verordening werken rechtstreeks door in de nationale rechtsorde. Hieraan is reeds aandacht besteed in de toelichting op de wet waarmee BRRD I is geïmplementeerd.¹³

Sommige regels komen wel voor in de BRRD maar bewust niet in de SRMR, zoals die met betrekking tot de afwikkelingsinstrumenten en –bevoegdheden. Deze zijn dan ook bij de implementatie van BRRD I omgezet in de Nederlandse wet. Inmiddels is gebleken dat er ook andere regels zijn die wel zijn opgenomen in de BRRD maar die geen evenknie in de SRMR hebben: zie het overzicht verderop in deze toelichting. In de meeste van die gevallen moet worden aangenomen dat sprake is van een onbedoeld verschil tussen de BRRD en de SRMR. Deze verschillen kwamen reeds voor onder BRRD I en SRMR I, maar ook BRRD II introduceert enkele regels die onbedoeld geen equivalent in SRMR II hebben. Meestal betreft het regels in de BRRD die voorschrijven dat aan de afwikkelingsautoriteit bepaalde bevoegdheden worden gegeven, maar ontbreekt in de SRMR een bepaling die deze bevoegdheid aan de nationale afwikkelingsautoriteit toekent.

Onderscheid moet worden gemaakt tussen twee soorten verschil tussen de BRRD en de SRMR. De ene soort verschil bestaat eruit dat de BRRD een bepaald voorschrift bevat dat onbedoeld *in het geheel geen equivalent* in de SRMR heeft. Dat zijn de verschillen die hieronder worden genoemd onder A. De andere soort verschil houdt verband met artikel 7, derde lid, SRMR. Dat artikel noemt de SRMR-artikelen waarvoor de nationale afwikkelingsautoriteiten verantwoordelijk zijn; aldus geeft de SRMR rechtstreeks bevoegdheden aan de nationale afwikkelingsautoriteiten. Bij de tweede soort verschil heeft een BRRD-bepaling *wel een equivalent* in de SRMR, maar wordt dat *equivalent niet genoemd in artikel 7, derde lid, SRMR*. Dat zijn de verschillen die hieronder worden genoemd onder B.

Voor zover het de toekenning van bevoegdheden aan de nationale afwikkelingsautoriteit betreft, geeft de SRMR dus niet altijd de in de BRRD genoemde bevoegdheid aan de nationale afwikkelingsautoriteit, terwijl een goede implementatie van de BRRD vereist dat de nationale afwikkelingsautoriteiten die bevoegdheden wel heeft.

Het is niet waarschijnlijk dat deze verschillen op korte termijn door de communautaire wetgever worden opgelost. De desbetreffende in de SRMR ontbrekende bevoegdheden worden daarom in het thans voorliggende wetsvoorstel aan DNB toegekend. Gevolg van een en ander is dat DNB als afwikkelingsautoriteit verreweg de meeste bevoegdheden rechtstreeks ontleent aan artikel 7, derde lid, SRMR, en dat zij daarnaast nog een klein deel van haar bevoegdheden ontleent aan de Wft. Dat

¹³ Implementatiewet Europees kader herstel en afwikkeling van banken, Kamerstukken II, 2014/15, 34 208, nr. 3, blz. 40.

niet alle bevoegdheden worden genoemd in de Wft is een gevolg van de omstandigheid dat Nederland aan de rechtstreekse werking van een verordening het zogeheten 'overschrijfverbod' koppelt, dat erop neerkomt dat een verordening niet wordt omgezet in nationaal recht.

Categorie A: wel in BRRD; in het geheel niet in SRMR

- Artikel 45septies BRRD betreft de vaststelling van de MREL voor entiteiten die zelf geen af te wikkelen entiteiten zijn. Het derde en vierde lid bepalen beide dat de afwikkelingsautoriteit van een dochter die geen af te wikkelen entiteit is, kan afzien van de toepassing van dat artikel op de dochter indien aan zes vereisten is voldaan, maar in de pendant van dit artikel in artikel 12nonies, eerste en tweede lid, SRMR noemen beide leden slechts drie voorwaarden. Daarom wordt een nieuw artikel 3A:16c Wft voorgesteld.
- Artikel 45nonies, eerste lid, BRRD: de afwikkelingsautoriteit kan het in dat artikel neergelegde vereiste toepassen op onder andere in de Unie gevestigde financiële instellingen indien zij dochterondernemingen zijn van onder andere een kredietinstelling of beleggingsonderneming. Artikel 12octies SRMR is de evenknie van artikel 45nonies BRRD, maar daarin is niet bepaald dat de afwikkelingsautoriteit die bevoegdheid heeft ten aanzien van de in de BRRD genoemde financiële instellingen.
- Artikel 45decies, derde lid, BRRD bepaalt dat de daar bedoelde entiteiten ten minste jaarlijks bepaalde informatie publiek beschikbaar maakt. Een equivalent ontbreekt in de SRMR. Daarom wordt voor banken een nieuw artikel 3A:63a Wft voorgesteld.
- Voor de volledigheid wordt gewezen op artikel 12, derde lid, onderdeel e BRRD. Daarin is bepaald dat het groepsafwikkelingsplan eventueel ook niet in de BRRD vermelde aanvullende maatregelen beschrijft. Dat in de SRMR een equivalent ontbreekt is weliswaar een verschil, maar aangezien Nederland geen aanvullende maatregelen kent, behoeft deze lacune niet in de Nederlandse wet te worden opgevuld.

Categorie B: wel in BRRD, ook in SRMR, maar niet in artikel 7, derde lid SRMR

- Artikel 16bis BRRD schrijft voor dat de afwikkelingsautoriteit de bevoegdheid heeft om bepaalde uitkeringen te verbieden. De evenknie in de SRMR is artikel 10bis SRMR, maar dit artikel wordt niet genoemd in artikel 7, derde lid, SRMR. Daarom wordt een nieuw artikel 3A:11b Wft voorgesteld.
- BRRD II voegt een nieuw artikel 32bis in, waarin wordt voorgeschreven dat de afwikkelingsautoriteit een afwikkelingsmaatregel kan nemen ten aanzien van een centraal orgaan en alle daarbij aangesloten kredietinstellingen. Het equivalent in de SRMR is het nieuwe lid 1bis van artikel 18. Dat lid wordt niet genoemd in artikel 7, derde lid, SRMR. Daarom wordt een nieuw artikel 3A:18a Wft voorgesteld.
- BRRD II voegt aan artikel 2 een nieuw punt 83bis toe, waarin "af te wikkelen entiteit" wordt gedefinieerd als, kort gezegd, een entiteit die als zodanig door de afwikkelingsautoriteit is aangemerkt. Het equivalent daarvan in de SRMR is artikel 3, punt 24bis. Daarin wordt "af te wikkelen entiteit" gedefinieerd als een in een deelnemende lidstaat gevestigde rechtspersoon, die (...) door *de afwikkelingsraad* wordt aangemerkt als

een entiteit waarvoor het afwikkelingsplan in een afwikkelingsmaatregel voorziet. Onder deze definitie valt niet een af te wikkelen entiteit die als zodanig door de *nationale afwikkelingsautoriteit* is aangemerkt. Daarom wordt een nieuwe definitie in artikel 3A:1 Wft voorgesteld. Ter vermijding van een mogelijk misverstand wordt opgemerkt dat de bevoegdheid van DNB om een entiteit als af te wikkelen entiteit aan te merken niet is ontleend aan deze definitie, maar aan artikel 9, eerste lid, in samenhang met artikel 8, zesde lid, en tiende lid, tweede alinea SRMR.

Wel in BRRD, niet in SRMR, maar geen onbedoeld verschil

Voor de volledigheid wordt gewezen op twee artikelen die wel in de BRRD zijn opgenomen maar niet in de SRMR, waarbij mogelijk het misverstand zou kunnen ontstaan dat ook hier sprake is van een onbedoeld verschil tussen de BRRD en de SRMR; daarvan is echter geen sprake. Het betreft het volgende:

- Artikel 33, derde lid, BRRD I schreef voor dat, wanneer dochterinstellingen van een gemengde holding direct of indirect in handen zijn van een financiële tussenholding, afwikkelingsmaatregelen met betrekking tot de financiële tussenholding ten aanzien van worden genomen. BRRD II handhaaft deze regel en voegt daaraan toe dat in het afwikkelingsplan de financiële tussenholding als af te wikkelen entiteit wordt aangemerkt. Noch het oorspronkelijke, noch het aangepaste artikel 33, derde lid BRRD, heeft een equivalent in de SRMR. Dat is echter geen omissie: op grond van artikel 1, eerste lid, onderdeel c, BRRD, vallen gemengde financiële holdings onder de reikwijdte van de BRRD, maar een vergelijkbare bepaling ontbreekt in de SRMR, zodat het ervoor moet worden gehouden dat dat type entiteit bewust buiten de reikwijdte van de SRMR is gehouden. Om artikel 33, derde lid, BRRD ook van toepassing te laten zijn op banken en groepen waarvoor DNB verantwoordelijk is, wordt een nieuw artikel 3A:18b Wft voorgesteld.
- In verband met het voorgaande wordt gewezen op artikel 17, vijfde lid, onderdeel k, BRRD, waarin wordt voorgeschreven dat, indien de entiteit een dochteronderneming van een gemengde holding is, de afwikkelingsautoriteit kan eisen dat de gemengde holding een afzonderlijke financiële holding of tussenholding opzet. Om dezelfde reden als die, genoemd in het voorgaande punt, ontbreekt in de SRMR een vergelijkbare bepaling. Daarom is artikel 3A:11a Wft aangepast.
- Voor de volledigheid wordt gewezen op artikel 16 BRRD. Als gevolg van BRRD II bepaalt dat artikel, eerste lid, tweede alinea, BRRD nu kort gezegd, dat een groep wordt geacht afwikkelbaar te zijn indien, kort gezegd, afwikkeling of liquidatie in een normale insolventieprocedure haalbaar en geloofwaardig is, waarbij belangrijke nadelige gevolgen voor de financiële systemen van de lidstaten waarin de groepsentiteiten *of bijkantoren* zijn gevestigd, *of van andere Lidstaten* zoveel mogelijk wordt voorkomen. Naar aanleiding hiervan is artikel 10, vierde lid, SRMR aangepast. Bij deze aanpassing zijn evenwel de woorden "of bijkantoren" niet overgenomen. Het is niet nodig dit verschil tussen BRRD en SRMR te redresseren in de Wft. De reden daarvoor is dat ook de nadelige gevolgen voor financiële systemen in *andere* lidstaten moeten worden voorkomen. Daaronder vallen ook de lidstaten waar geen groepsentiteiten maar wel bijkantoren zijn.

Wetswijzigingen met betrekking tot artikelen waarmee BRRD I is geïmplementeerd

Gebleken is dat een aantal artikelen in de Wft waarmee BRRD I destijds is geïmplementeerd, aanpassing behoeft. Het betreft de volgende artikelen:

- Artikel 34, eerste lid, onderdeel g, BRRD bevat het zogeheten “no-creditor-worse-off-beginsel”, dat bepaalt dat, kort gezegd, een schuldeiser bij afwikkeling niet slechter af mag zijn dan in een fictief faillissement. Op grond van de aanhef van artikel 34, eerste lid, BRRD, geldt dat beginsel niet alleen bij de toepassing van een afwikkelingsinstrument, maar ook bij de uitoefening van afwikkelingsbevoegdheden. Dat laatste wordt niet in het huidige artikel 3A:20 Wft genoemd. Artikel 3A:20 Wft wordt aangevuld.
- Eveneens met betrekking tot het no-creditor-worse-off-beginsel: het huidige 3A:20 beperkt dit beginsel ten onrechte tot houders van kapitaalinstrumenten en schuldeisers *wier vorderingen zijn omgezet of afgeschreven*, maar de BRRD bevat die beperking niet. Artikel 3A:20 Wft wordt aangevuld.
- Het huidige artikel 3A:21, eerste lid, Wft regelt met betrekking tot kernkapitaalinstrumenten of eigendomsinstrumenten twee bevoegdheden: de bevoegdheid tot afschrijving en de bevoegdheid tot intrekking. Artikel 47, eerste lid, onderdeel a, BRRD noemt evenwel nog een derde bevoegdheid, namelijk de bevoegdheid tot overdracht van eigendomsinstrumenten op schuldeisers. Deze bevoegdheid is toegevoegd aan artikel 3A:21, eerste lid Wft.
- Artikel 3A:21, derde lid Wft: artikel 47 BRRD geeft een regeling met betrekking tot de behandeling van aandeelhouders, niet alleen in het kader van bail-in, maar ook in het kader van afomki. In het huidige artikel 3A:21, derde lid, Wft wordt wel bepaald dat DNB de bevoegdheid tot afomki uitoefent overeenkomstig de artikelen 49 (met betrekking tot derivaten) en 50 (met betrekking tot de koers voor omzetting van vreemd vermogen in eigen vermogen) BRRD, maar – ten onrechte – niet overeenkomstig ook artikel 47 BRRD. Een verwijzing naar artikel 47 BRRD is toegevoegd.
- Artikel 55, eerste lid, derde alinea BRRD I (thans artikel 55, derde lid, BRRD) bepaalt dat van entiteiten kan worden verlangd dat zij aan de autoriteiten een juridisch advies verstrekken over de juridische afdwingbaarheid *en de doeltreffendheid* van de in een overeenkomst voorkomende clause waarbij de wederpartij de mogelijkheid van bail-in erkent. In het huidige artikel 3A:13 Wft is alleen de afdwingbaarheid genoemd. Daaraan wordt nu de doeltreffendheid toegevoegd.
- Artikel 60, tweede lid, BRRD bepaalt dat na bail-in geen verplichting resteert, met uitzondering van onder andere elke reeds *opeisbare* verplichting. Bij nader inzien had het voor de hand gelegen dat de term “opeisbaar” in de Nederlandse taalversie van de BRRD “opgebouwd” zou zijn geweest; dit wordt thans in de wettekst gecorrigeerd.
- Artikel 3A:21 Wft bepaalt onder andere dat “afomki” kan worden toegepast op de *hoofdsom* van kapitaalinstrumenten, terwijl in de uitwerking hiervan in artikel 3A:25 Wft wordt gesproken over de hoofdsom *of het uitstaande verschuldigde bedrag*. Dit verschil in reikwijdte wordt opgeheven.
- In artikel 53, tweede lid, onderdeel b, BRRD wordt de bevoegdheid tot het uit de notering of uit de handel nemen van aandelen of andere eigendomsinstrumenten en

schuldinstrumenten genoemd. Deze bevoegdheid is evenwel niet genoemd in het huidige artikel 3A:23 Wft; deze wordt nu toegevoegd.

- Voorts wordt in artikel 3A:23 Wft in de onderdelen c (nieuw) en d (nieuw) toegevoegd dat DNB ook kan verzoeken om notering op een gereguleerde markt van nieuwe kernkapitaalinstrumenten of eigendomsinstrumenten, onderscheidenlijk om hernieuwde toelating van schuldinstrumenten waarvan de hoofdsom is verlaagd. Daarmee wordt de tekst in overeenstemming gebracht met artikel 53, tweede lid, onderdelen b en c BRRD.
- Wanneer DNB overgaat tot afwikkeling is het gewenst dat DNB instructies kan geven aan een centrale effectenbewaarinstantie. Deze bevoegdheid wordt nu toegevoegd aan artikel 3A:23 Wft.
- Het huidige artikel 3A:26 Wft schrijft, kort gezegd, voor dat snel moet worden beslist of een verklaring van geen bezwaar kan worden gegeven ingeval kapitaalinstrumenten worden omgezet in rechten op nieuw uit te geven eigendomsinstrumenten. Snelle besluitvorming is evenwel ook in andere situaties gewenst, bijvoorbeeld wanneer een gekwalificeerde deelneming wordt verworven door uitgifte van aandelen in het kader van uitvoering van afomki en bail-in. Artikel 3A:26 Wft wordt dienovereenkomstig aangepast.
- Artikel 64, eerste lid, onderdeel e, BRRD, bepaalt dat de afwikkelingsautoriteit de bevoegdheid moet hebben om de instelling in afwikkeling en de ontvanger te verplichten om elkaar informatie en bijstand te verlenen. In het huidige artikel 3A:36 Wft is de beperking opgenomen dat de afwikkelingsautoriteit dat slechts dan kan doen indien dit noodzakelijk is voor de toepassing van het instrument van overgang van de onderneming, maar dat die beperking staat niet in artikel 64, eerste lid, onderdeel 3, BRRD. De beperking in artikel 3A:36 Wft vervalt daarom.
- Met het huidige artikel 3A:36 Wft was beoogd niet alleen artikel 64, eerste lid, onderdeel e, BRRD maar ook artikel 65 eerste lid, eerste zin, BRRD te implementeren. Er bestaan evenwel enkele verschillen tussen deze bepalingen, die maken dat een separate implementatie van artikel 65, eerste lid, eerste zin, BRRD, wenselijk is. Artikel 3A:36 Wft wordt aangevuld.
- Artikel 43 en volgende BRRD schrijven voor dat "de hoofdsom of het uitstaande verschuldigde bedrag" kan worden verlaagd (bail-in). In het huidige artikel 3A:44 Wft is evenwel een andere terminologie gebruikt, namelijk "het bedrag". Artikel 3A:44 Wft wordt aangepast aan de terminologie van de BRRD.
- Artikel 63, eerste lid, onderdeel I, BRRD schrijft voor dat de afwikkelingsautoriteit de bevoegdheid heeft om onder andere het leidinggevend orgaan van een instelling in afwikkeling te ontslaan. Op grond van het huidige artikel 3A:49 Wft kan DNB middels een bijzonder bestuurder, of doordat zijzelf de zeggenschap heeft overgenomen, het bestuur of individuele leden daarvan en de raad van commissarissen ontslaan. De BRRD schrijft evenwel voor dat DNB ook rechtstreeks, in haar rol van afwikkelingsautoriteit, het bestuur of individuele leden daarvan en de raad van commissarissen kan ontslaan. Daartoe wordt een nieuw artikel 3A:49a Wft voorgesteld.
- In de Wft is niet de mogelijkheid van een retouroverdracht van een overbruggingsinstelling op de oorspronkelijke eigenaren genoemd, terwijl artikel 40, zevende lid, BRRD dat wel voorschrijft. Daarom wordt een nieuw artikel 3A:38a Wft voorgesteld. Hetzelfde geldt voor

een retouroverdracht van een entiteit voor activa- en passivabeheer op de oorspronkelijke eigenaren. Daarvoor wordt een nieuw artikel 3A:42a Wft voorgesteld.

- Artikel 68, derde lid, BRRD, bepaalt dat een crisispreventiemaatregel en een crisisbeheersingsmaatregel niet de mogelijkheid bieden om een recht op beëindiging, opschorting, wijziging, saldering, of verrekening uit te oefenen. In het huidige artikel 1:76b Wft wordt evenwel alleen het recht op beëindiging genoemd. Artikel 1:76b wordt aangevuld met de overige rechten die in artikel 68, derde lid, BRRD worden genoemd.
- Artikel 117 BRRD I wijzigde de definitie van 'saneringsmaatregel' in de richtlijn sanering en liquidatie van banken,¹⁴ in die toevoegde dat daaronder ook de toepassing van afwikkelingsinstrumenten en -bevoegdheden vielen. Ten onrechte is artikel 3:239 Wft destijds naar aanleiding hiervan niet aangepast. Dit gebeurt thans wel.
- Artikel 119 BRRD schrijft voor het geval waarin gebruik wordt gemaakt van de afwikkelingsinstrumenten-, bevoegdheden en -mechanismen een uitzondering voor op de regel dat een ieder die een overwegende zeggenschap verkrijgt in een beursgenoteerde naamloze vennootschap een openbaar bod uitbrengt op alle aandelen. Deze regel wordt thans geïmplementeerd in artikel 5:71 Wft.
- Artikel 29, eerste lid, SRMR bepaalt onder andere dat de nationale afwikkelingsautoriteiten alle door de SRB tot hen gerichte besluiten ten uitvoer leggen. Bij de implementatie van BRRD I was verondersteld dat de bevoegdheid om besluiten te nemen om de instructies van de SRB uit te voeren rechtstreeks uit de SRMR volgt, maar bij nader inzien verdient het de voorkeur om buiten twijfel te stellen dat DNB daadwerkelijk over deze bevoegdheden beschikt. Daarom wordt een nieuw artikel 3A:16a Wft voorgesteld waaruit volgt dat DNB overeenkomstig de instructie van de SRB kan besluiten tot vaststelling van het MREL-vereiste.

Artikelsgewijze toelichting

I wijzigingen van de Wet op het financieel toezicht

A

In artikel 1:1 Wft wordt een definitie toegevoegd van "financiële overeenkomst". In artikel 2, onderdeel 100, BRRD wordt het begrip "financiële contracten" gedefinieerd. De term "financieel contract" komt ook voor in bijlage 1, Deel C, onderdeel 9 MiFID¹⁵ en is geïmplementeerd als onderdeel van de definitie in artikel 1:1 Wft van "financieel instrument". Daarover worden twee opmerkingen gemaakt. De eerste is dat in MiFID geen definitie van het begrip "financieel contract" is opgenomen. De tweede opmerking is dat in bijlage 1, Deel C, onderdeel 9, MiFID niet wordt verwezen naar elk type financieel contract maar slechts naar financiële contracten "ter verrekening

¹⁴ Richtlijn 2001/24/EG van het Europees Parlement en de Raad van 4 april 2001 betreffende de sanering en liquidatie van kredietinstellingen (PbEU 2001/L125)

¹⁵ Richtlijn 2014/65 van het Europees Parlement en de 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 verschillen" ("for differences"), zulks in tegenstelling tot artikel 2, onderdeel 100, BRRD, waar in de definitie van "financieel contract" niet wordt gerefereerd aan verrekening van verschillen. Ter zijde wordt erop gewezen dat in artikel 2, onderdeel 99, BRRD wel een definitie is opgenomen van "verrekeningsovereenkomst". Een en ander brengt met zich mee dat het niet de voorkeur verdient om het begrip "financieel contract" ter implementatie de BRRD letterlijk over te nemen in de Wft als een te definiëren term. Toch verdient een te definiëren term wel de voorkeur, aangezien meer dan tien keer in de Wft moet worden verwezen naar het in artikel 2, onderdeel 100, BRRD opgenomen begrip. Daarom is ervoor gekozen om wel een definitie op te nemen, maar niet van het begrip "financieel contract". De meest voor de hand liggende term is "financiële overeenkomst". Deze term wordt gedefinieerd als "financieel contract als bedoeld in artikel 2, onderdeel 100, [BRRD]." Benadrukt wordt dat met een en ander niet wordt beoogd de inhoud van het begrip "financieel contract" in de definitie van "financieel instrument" te wijzigen.

B

Artikel, derde lid 68 BRRD bepaalt dat een crisispreventiemaatregel en een beheersingsmaatregel geen mogelijkheid bieden om een recht op beëindiging, opschorting, wijziging, saldering, of verrekening uit te oefenen. Het huidige artikel 1:76b Wft voorziet evenwel alleen in het niet kunnen uitoefenen van het recht op beëindiging. Het niet kunnen uitoefenen van een recht op opschorting, wijziging, saldering, of verrekening wordt toegevoegd.

C

Artikel 71bis BRRD schrijft voor dat een entiteit in een financiële overeenkomst die onder het recht van een derde land valt, een contractuele bepaling opneemt waarin partijen erkennen dat de overeenkomst onderworpen kan zijn aan de uitoefening van de opschortings- en beperkingsbevoegdheden door de afwikkelingsautoriteit van artikel 33bis, 69, 70 en 71 BRRD en dat zij gebonden zijn aan de vereisten van artikel 68 BRRD.

Een van die aspecten is de regeling van de zogeheten "trigger events". Het betreft de verwijzing naar artikel 68 BRRD. Daarin is bepaald dat, kort gezegd, jegens een entiteit genomen crisispreventiemaatregelen of crisisbeheersingsmaatregelen, de wederpartij bij een overeenkomst met die entiteit niet de bevoegdheid geven om bepaalde rechten, bijvoorbeeld een beëindigingsrecht, uit te oefenen, ongeacht op grond waarvan hij dat recht zou hebben. Bij crisispreventiemaatregelen gaat het om maatregelen die kunnen worden toegepast zonder dat sprake is van afwikkeling als bedoeld in Deel 3A van de Wft. Voor deze categorie maatregelen is artikel 68 BRRD in artikel 1:76b Wft geïmplementeerd. Bij crisisbeheersingsmaatregelen gaat het om maatregelen die kunnen worden toegepast direct voorafgaand aan of tijdens afwikkeling. Deze categorie maatregelen wordt bestreken door artikel 3A:57 Wft dat artikel 1:76b Wft van overeenkomstige toepassing verklaart.

Artikel 1:76ba Wft bepaalt ter implementatie van artikel 71bis BRRD dat de entiteit in een overeenkomst bedingt dat de wederpartij ermee instemt dat deze geen beroep kan doen op een bepaald recht, hem gegeven bij wet of bij een in de overeenkomst opgenomen beding ingeval van de in artikel 1:76b Wft genoemde crisispreventie bevoegdheden gebruik wordt gemaakt. Een

gelijke verplichting is in artikel 3a:57a Wft opgenomen ten aanzien van crisisbeheersingsmaatregelen.

De erkenningsbepaling van artikel 71bis BRRD is derhalve op verschillende plaatsen in de Wft geïmplementeerd. De door de EBA op te stellen technische reguleringsnormen die de inhoud van de erkenningsbepaling van artikel 71bis, eerste lid BRRD nader bepalen en die uiteindelijk leiden tot een door een door de Commissie vast te stellen Gedelegeerde Verordening, gaan echter uit van één contractuele bepaling. In de praktijk zullen derhalve de verplichtingen die voortvloeien uit de artikelen 1:76ba en 3a:57a Wft in een alomvattende erkenningsbepaling worden opgenomen. Artikel 71bis BRRD verwijst niet alleen naar artikel 68 BRRD, maar ook naar de artikelen 33bis en 69 tot en met 71 BRRD. Deze artikelen verschillen in zoverre van artikel 68 BRRD, dat in laatstgenoemd artikel niet een bevoegdheid aan de afwikkelingsautoriteit wordt gegeven, maar wordt bepaald de wederpartij bepaalde rechten niet kan uitoefenen. Voor het verbod op de uitoefening van die rechten door de wederpartij is dus niet een besluit van de afwikkelingsautoriteit nodig; zij zijn een gevolg van het besluit van de afwikkelingsautoriteit tot afwikkeling. Bovendien is in artikel 68, zesde lid, BRRD bepaald dat dat artikel is te beschouwen als een bepaling van bijzonder dwingend recht in de zin van artikel 9 Rome I Verordening.¹⁶ Dit alles heeft tot gevolg dat de verwijzing naar artikel 68 BRRD niet op dezelfde manier kan worden geïmplementeerd als de verwijzing naar de artikelen 33bis en 69 tot en met 71 BRRD. De verwijzing naar artikel 68 BRRD is opgenomen in artikel 1:76ba Wft.

Artikel 71bis, derde lid, BRRD bepaalt dat het voorschrift om bedoelde bepaling op te nemen geldt voor elke financiële overeenkomst die voorziet in de uitoefening van een of meer rechten waarop de daar genoemde BRRD-artikelen "van toepassing zouden zijn indien het financiële contract onder de wetgeving van een lidstaat zou vallen". De tussen aanhalingstekens geplaatste zinsnede behoeft geen implementatie. De bedoeling van die zinsnede lijkt te zijn dat de entiteit bedoelde bepaling moet opnemen bijvoorbeeld indien DNB op grond van artikel 71 BRRD de bevoegdheid had gehad om dat recht op te schorten *in de hypothese dat de financiële overeenkomst zou worden beheerst door het recht van een lidstaat*. Echter, het antwoord op de vraag of DNB dat beëindigingsrecht mag opschorten, is geenszins afhankelijk van het recht dat de financiële overeenkomst beheerst. Artikel 71 BRRD houdt generlei bepaling in die zou verbieden dat de afwikkelingsautoriteit haar opschortingsbevoegdheid uitoefent met betrekking tot overeenkomsten die worden beheerst door het recht van een derde land. De zinsnede tussen aanhalingstekens heeft geen toegevoegde waarde en is daarom niet opgenomen in artikel 1:76ba Wft.

Het tweede lid van artikel 71bis BRRD bevat een lidstaatoptie. Op grond daarvan kunnen lidstaten eisen dat EU-moederondernemingen ervoor zorgen dat bepaalde dochterondernemingen in derde landen eveneens de in het eerste lid bedoelde bepalingen opnemen in door hen gesloten financiële overeenkomsten. Het kan daarbij slechts gaan om dochterondernemingen die kredietinstellingen, beleggingsondernemingen of financiële instellingen zijn. Artikel 71bis, tweede lid, tweede alinea, onderdeel b, BRRD voegt daaraan nog toe ondernemingen die beleggingsondernemingen zouden

¹⁶ 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 L 177.

zijn indien zij hun zetel in Nederland hadden gehad, waarmee, naar moet worden aangenomen, wordt bedoeld op ondernemingen die volgens EU recht voldoen aan de definitie van 'beleggingsonderneming'. Met betrekking tot internationaal opererende groepen kan het immers wenselijk zijn dat ook dochterondernemingen met zetel in een derde land dergelijke bepalingen in hun overeenkomsten opnemen. Indien deze dochterondernemingen een relatief belangrijke rol in een groep spelen, een grote waarde vertegenwoordigen of anderszins van belang zijn voor de afwikkelbaarheid van de Nederlandse EU-moederonderneming of de groep, kan het wenselijk zijn dat de bevoegdheden van DNB in door hen gesloten overeenkomsten worden erkend. Aangezien de dochterondernemingen in derde landen niet onder de bevoegdheid van DNB vallen, kan DNB het opnemen van een dergelijke bepaling slechts bewerkstelligen door te eisen van de EU-moederholding die wel onder haar bevoegdheid valt dat deze ervoor zorgt dat bedoelde bepaling in de door haar dochter gesloten overeenkomsten opneemt. Voor de goede orde wordt opgemerkt dat de dochter dus in de overeenkomst moet bedingen dat de uitoefening van een bevoegdheid van DNB *jegens de EU-moederholding* geen grond is voor de wederpartij van een dochter om *jegens de dochter* een acceleratiebevoegdheid uit te oefenen. DNB heeft immers geen bevoegdheden jegens de dochter, zodat artikel 71bis, tweede lid BRRD niet kan bedoelen dat een lidstaat kan eisen dat de EU-moederholding ervoor zorgt dat de dochter een beding opneemt voor het geval DNB een bevoegdheid jegens de dochter uitoefent.

Omdat het veel voorkomt dat Nederlandse banken dochters hebben in derde landen, is het gewenst dat van deze lidstaatoptie gebruik wordt gemaakt. Om tegelijkertijd recht te doen aan de verschillen tussen bankengroepen, wordt niet op alle Nederlandse EU-moederondernemingen de verplichting gelegd om zorg ervoor te dragen dat hun dochters bedoelde bepaling in hun overeenkomsten opnemen, maar wordt aan DNB de bevoegdheid gegeven om een dergelijke verplichting op te leggen aan een Nederlandse EU-moederonderneming. Het staat DNB ook vrij om de verplichting voor de EU-moederonderneming enkel te laten zien op bepaalde dochterondernemingen, zo lang deze dochterondernemingen behoren tot de in het artikel genoemde categorieën (kredietinstellingen, beleggingsondernemingen en financiële instellingen). DNB heeft daarnaast de mogelijkheid de verplichting alleen op te leggen met betrekking tot specifieke categorieën van financiële overeenkomsten. Het ligt voor de hand dat DNB bij haar besluit om van de bevoegdheid gebruik te maken zich zal baseren op objectieve factoren, met name de eerder genoemde situaties dat de dochterondernemingen in derde landen een relatief belangrijke rol in een groep spelen, een grote waarde vertegenwoordigen of anderszins van belang zijn voor de afwikkelbaarheid. Deze factoren kunnen ook een rol spelen voor het geval DNB de verplichting oplegt met betrekking tot een bepaalde categorie financiële overeenkomsten door dochterondernemingen aangaan. Gebruikmaking van de lidstaatoptie geschiedt in twee artikelen: 1:76ba 3A:57aWft

EU-moederholdingen die aantonen dat zij rechtens of feitelijk niet in staat zijn om ervoor te zorgen dat hun dochters de bepaling in de door de dochters gesloten overeenkomsten opnemen, behoeven niet aan de eis te voldoen. Het enkele bezit van de meerderheid van stemrechten van aandeelhouders of het enkele recht de meerderheid van het bestuur of het toezichthoudende orgaan te ontslaan brengt nog niet per definitie mee dat een moeder invloed kan uitoefenen op de inhoud van de door de dochter gesloten overeenkomsten. Indien zij evenmin feitelijk een overheersende invloed op de andere onderneming kan uitoefenen, kan niet van haar worden

verlangd dat zij aan de eis voldoet. Het is aan de moeder om aan te tonen dat zij niet aan de eis kan voldoen; DNB hoeft niet aan te tonen dat de moeder daaraan wel kan voldoen. Dit is in overeenstemming met onderdeel b van de definitie van "moederonderneming" in artikel 1:1 Wft, waarin is opgenomen dat een moederonderneming *naar het oordeel van DNB* feitelijk een overheersende invloed op een andere onderneming heeft. Een en ander houdt tevens in dat de moederonderneming aan de eis heeft voldaan wanneer zij aantoonbaar dat zij zich voldoende heeft ingespannen om ervoor te zorgen dat de dochter bedoelde bepaling in de overeenkomst opneemt, maar dat dit uiteindelijk niet tot het door DNB gewenste resultaat heeft geleid.

Aandacht verdient ten slotte artikel 71bis, derde lid, aanhef en onderdeel a, BRRD. Daarin is een uitzondering op het reguliere overgangsrecht opgenomen, doordat is bepaald dat de verplichting om bedoeld beding op te nemen geldt voor elk financieel contract dat een nieuwe verplichting creëert of een bestaande verplichting wezenlijk verandert na de inwerkingtreding van de bepalingen die op nationaal niveau zijn vastgesteld ter omzetting van artikel 71bis BRRD. Dit betreft een regel van overgangsrecht. Vooropgesteld wordt dat de zinsnede "na de inwerkingtreding" betrekking heeft op zowel "een nieuwe verplichting creëert" als "een bestaande verplichting wezenlijk verandert", zoals in bijvoorbeeld de Duitse taalversie van de BRRD duidelijker tot uitdrukking is gebracht. De bedoeling is dat de verplichting om bedoeld beding op te nemen in beginsel slechts geldt voor financiële contracten die worden aangegaan na de inwerking van het implementatie-artikel in de nationale wet, en dus niet voor reeds bestaande financiële contracten, tenzij die bestaande contracten daarna zodanig worden gewijzigd dat daarin een nieuwe verbintenis wordt gecreëerd of een bestaande verbintenis wezenlijk wordt gewijzigd. Op grond van Aanwijzing voor de regelgeving (Ar) 5.61 is een nieuwe regel van toepassing op hetgeen na haar inwerkingtreding voorvalt. Het is daarom niet nodig uitdrukkelijk te bepalen dat de artikelen 1:76ba en 3A:57 Wft voor nieuwe gevallen gelden. In Ar 5.61 staat vervolgens dat de nieuwe regel ook geldt voor hetgeen bij haar inwerkingtreding bestaat, en dat, indien wordt beoogd hiervan af te wijken, zulks uitdrukkelijk wordt bepaald. Daarom dient niet de hoofdregel van artikel 71bis, derde lid, aanhef en onderdeel a, BRRD te worden geïmplementeerd maar juist de uitzonderingen daarop. Dit is bepaald in artikel 1:76ba, derde lid en artikel 3A:57a, derde lid Wft. Ar 5.60 zegt dat, indien bij een wijziging van een regeling overgangsbepalingen noodzakelijk zijn, in beginsel deze in de te wijzigen regeling wordt opgenomen. Er is geen reden om in dezen daarvan af te wijken.

D

In het huidige artikel 3:95 Wft is nog bepaald dat DNB bevoegd is om een verklaring van geen bezwaar (vvgb) te geven voor het verwerven of vergroten van een gekwalificeerde deelneming in een bank ten aanzien waarvan, onder andere, de noodregeling is uitgesproken. De noodregeling is afgeschaft, niet alleen voor banken, maar ook voor verzekeraars. De verwijzing naar de noodregeling dient dan ook te worden vervangen door een verwijzing naar afwikkelingsmaatregelen. In dit verband wordt gewezen op artikel 4, eerste lid, aanhef en

onderdeel c, SSM-verordening.¹⁷ Daarin is bepaald dat de Europese Centrale Bank (ECB) bevoegd is om de kennisgevingen van verwervingen en afstotingen van gekwalificeerde deelnemingen in kredietinstellingen te beoordelen, "uitgezonderd bij de afwikkeling van banken". Met de wijziging van artikel 3:95 Wft wordt alsnog uitvoering gegeven aan de uitzondering in artikel 4, eerste lid, aanhef en onderdeel c, SSM-verordening. Voor de goede orde wordt opgemerkt dat het in de rede ligt om de term "afwikkeling" in de SSM-verordening in dit verband zo uit te leggen dat daaronder ook afwikkeling in faillissement valt. Het zou immers ongerijmd zijn wanneer een afwikkelingsmaatregel als bedoeld in de BRRD wel, en een faillissement niet daaronder zou vallen. Op dit punt wordt artikel 3:95, vierde lid, Wft dan ook niet gewijzigd.

E

In artikel 3:239 Wft wordt "insolventieprocedure" vervangen door "saneringsmaatregel". Met dit artikel worden de artikelen 2 van de richtlijn sanering en liquidatie van banken¹⁸ en artikel 269, vierde lid, van de richtlijn Solvabiliteit II¹⁹ voor verzekeraars geïmplementeerd, en wordt de erkenning van insolventieprocedures uit andere lidstaten geregeld. Het artikel wordt om drie redenen gewijzigd. In de eerste plaats is de term "insolventieprocedure" niet gedefinieerd. In het verlengde van de Insolventieverordening²⁰ ligt het voor de hand dat daaronder zowel saneringsprocedures als liquidatieprocedures moet worden verstaan. De erkenning van liquidatieprocedures wordt evenwel al geregeld in de artikelen 212s en 213n Faillissementswet. De tweede reden voor de wijziging is dus om een overlapping met de Faillissementswet te voorkomen. De derde reden is dat thans buiten twijfel wordt gesteld dat ook in andere lidstaten genomen beslissingen tot toepassing van een afwikkelingsinstrument of de uitoefening van afwikkelingsbevoegdheden moeten worden erkend. Zie in dit verband de definitie van "saneringsmaatregel" in artikel 1:1 Wft.

F

Aan artikel 3A:1 Wft worden definities van bail-inbare passiva, dochteronderneming van wezenlijk belang en gecombineerd buffervereiste toegevoegd. Conform BRRD II wordt wat tot nu toe werd aangeduid met "in aanmerking komende passiva" in de toekomst aangeduid met "bail-inbare passiva", en krijgt het bestaande begrip "in aanmerking komende passiva" een andere inhoud: in aanmerking komende passiva wordt gebruikt ter aanduiding van bepaalde bail-inbare passiva die voldoen aan (i) de voorwaarden van artikel 45ter BRRD alsmede tier-2 instrumenten die aan de voorwaarden van artikel 72bis, eerste lid, onderdeel b CRR (de passiva die voor de opbouw van MREL door de af te wikkelen entiteit in aanmerking komen) voldoen, of (ii) de voorwaarden van

¹⁷ 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, in de wandelgangen "SSM-verordening" genoemd (Single Supervisory Mechanism Regulation).

¹⁸ Richtlijn 2001/24/EG van het Europees Parlement en de Raad van 4 april 2001 betreffende de sanering en liquidatie van kredietinstellingen (PbEU 2001/L125).

¹⁹ Richtlijn 2009/138/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009 betreffende de toegang tot en uitoefening van het verzekerings- en het herverzekeringsbedrijf (Solvabiliteit II) (PbEU 2009/L 335)

²⁰ Verordening (EU) 2015/848 betreffende insolventieprocedures (PbEU 2015/L 141).

artikel 45septies, lid 2, punt a BRRD alsmede tier-2 instrumenten die aan de voorwaarden van artikel 72 bis, eerste lid, onderdeel b, CRR (de passiva die in aanmerking komen voor de opbouw van interne MREL) voldoen. Zie ook het algemene deel van deze toelichting.

In de definitie van "gegarandeerd deposito" wordt de omschrijving vervangen door een verwijzing naar de richtlijn depositogarantiestelsels. Hiermee wordt nauwer aangesloten bij de reeds bestaande tekst van de BRRD.

Voorts worden twee leden toegevoegd. Een nieuw derde lid wordt toegevoegd omdat wijzigingsrichtlijn de definitie van "dochteronderneming" uitbreidt voor de gevallen waarin de daar genoemde artikelen worden toegepast op af te wikkelen groepen. De bestaande definitie in artikel 1:1 Wft wordt niet gewijzigd, maar voor de toepassing van de genoemde artikelen op af te wikkelen groepen wordt de definitie uitgebreid. Het betreft de situatie waarin kredietinstellingen zijn aangesloten bij een centraal orgaan. De toevoeging "met inbegrip van, indien en waar passend kredietinstellingen die blijvend zijn aangesloten bij een centraal orgaan, het centrale orgaan zelf, en hun respectieve dochterondernemingen, rekening houdend met de manier waarop dergelijke af te wikkelen groepen voldoen aan artikel 45sexies, derde lid, van de [BRRD]" is letterlijk overgenomen uit artikel 1, eerste lid, onderdeel 5, BRRD, met dien verstande dat het recursieve woord "die" niet is overgenomen omdat de zin door de toevoeging daarvan niet lijkt te lopen. Zie voor het begrip "centraal orgaan" ook enkele opmerkingen in het algemene gedeelte. De toevoeging van een nieuw vierde lid houdt verband met het volgende. In de artikelen 3A:14, 3A:15 en 3A:16 Wft worden de artikelen 8, 12quater en 12 quinquies SRMR van overeenkomstige toepassing verklaard. In deze SRMR-artikelen wordt de term "af te wikkelen entiteit" gebruikt. Dit begrip is in de SRMR gedefinieerd als een in een lidstaat gevestigde rechtspersoon die overeenkomstig artikel 8 SRMR *door de afwikkelingsraad* wordt aangemerkt als een entiteit waarvoor het afwikkelingsplan in een afwikkelingsmaatregel voorziet. De artikelen 3A:14, 3A:15 en 3A:16 Wft bevatten juist regelingen voor entiteiten die buiten het SRM vallen, waarvoor DNB verantwoordelijk is. Het vierde lid bepaalt daarom dat voor de overeenkomstige toepassing van de artikelen 8, 12quater en 12quinqies SRMR onder "af te wikkelen entiteit" wordt verstaan een in Nederland gevestigde rechtspersoon waarvoor DNB verantwoordelijk is en die door DNB is aangemerkt als een entiteit waarvoor het afwikkelingsplan in een afwikkelingsmaatregel voorziet.

De artikelen 8, 12quater en 12quinqies SRMR worden van overeenkomstige toepassing verklaard in artikelen die bevoegdheden buiten SRMR regelen, dus bevoegdheden jegens beleggingsinstellingen en banken buiten SRMR. Het betreft de volgende artikelen:

- Artikel 3A:9, vijfde lid Wft (afwikkelingsplan buiten SRM): artikel 8, vijfde tot en met twaalfde lid, SRMR van overeenkomstige toepassing;
- Artikel 3A:14, tweede lid Wft (MREL beleggingsondernemingen buiten SRM): artikelen 12, tweede lid, eerste zin, 12bis, tweede lid, tot en met 12decies SRMR van overeenkomstige toepassing;
- Artikel 3A:15, tweede lid Wft (MREL EU-moederondernemingen buiten SRM): artikelen 12, tweede lid, eerste zin, 12bis, tweede lid, tot en met 12decies SRMR van overeenkomstige toepassing;

- Artikel 3A:16, tweede lid Wft (MREL overige groepsentiteiten buiten SRM): artikelen 12, tweede lid, eerste zin, 12bis, tweede lid, tot en met 12decies SRMR van overeenkomstige toepassing.

G

In artikel 3A:11, eerste lid, Wft wordt de verwijzing naar artikel 18 BRRD uitgebreid met een verwijzing naar het nieuwe lid 6bis van laatstgenoemd artikel. Dat nieuwe lid betreft de situatie waarin geen gezamenlijk besluit met betrekking tot het aanpakken of wegnemen van belemmeringen voor de afwikkelbaarheid is genomen.

H

De wijziging van artikel 3A:11a Wft heeft betrekking op het volgende. Artikel 17, vijfde lid, BRRD, noemt de bevoegdheden die de afwikkelingsautoriteiten heeft ingeval de door de entiteit voorgestelde maatregelen om de belemmeringen voor afwikkelbaarheid weg te nemen, kort gezegd, onvoldoende zijn. Een van de bevoegdheden is dat de afwikkelingsautoriteit eist dat een financiële holding wordt opgezet. Die bevoegdheid wordt genoemd in artikel 17, vijfde lid, onderdeel k, BRRD. Dat onderdeel is nieuw in artikel 17, vijfde lid BRRD.

Artikel 17, vijfde lid, BRRD is geïmplementeerd in artikel 10, elfde lid, SRMR, maar in laatstgenoemd artikel is de toevoeging van onderdeel k aan artikel 17, vijfde lid BRRD niet overgenomen. Dientengevolge verwijst ook artikel 7, derde lid, SRMR niet naar deze bevoegdheid. Het ontbreken in artikel 10, elfde lid, SRMR van de bevoegdheid om te eisen dat een financiële holding wordt opgezet, wordt met de wijziging van artikel 3A:11a Wft geredresseerd.

I

Met het nieuwe artikel 3A:11b Wft wordt artikel 16bis BRRD geïmplementeerd. Laatstgenoemd artikel bepaalt dat de afwikkelingsautoriteit kan verbieden dat bepaalde uitkeringen worden gedaan wanneer de afwikkelingsautoriteit van oordeel is dat een entiteit niet voldoet aan de gecombineerde buffervereisten van de CRD IV wanneer deze naast de MREL in beschouwing worden genomen. Het gaat om restricties met betrekking tot dividend, coupons en beloningen. In artikel 10bis SRMR is de evenknie van artikel 16bis BRRD opgenomen, maar in artikel 7, derde lid, SRMR wordt artikel 10bis SRMR niet genoemd. Artikel 16bis, eerste lid, BRRD luidt: "Indien een entiteit *zich in de situatie bevindt waarin zij* voldoet aan het gecombineerde buffervereiste wanneer (...) maar niet voldoet aan het gecombineerde buffervereiste wanneer (...)". Aangenomen moet worden dat met de gecursiveerde passage is beoogd slechts te benadrukken dat het moet gaan om een situatie waarin verschillende factoren zich tegelijkertijd voordoen. Inhoudelijk heeft de gecursiveerde passage geen zelfstandige betekenis; daarom is zij niet overgenomen.

J

Artikel 55 BRRD schrijft voor dat lidstaten entiteiten ertoe verplichten om een contractuele bepaling op te nemen waarin de schuldeiser, kort gezegd, de mogelijkheid van bail-in erkent: zie ook het algemeen deel. BRRD II vult deze regeling op verschillende punten aan. In de eerste plaats voegt BRRD II aan artikel 55, eerste lid, BRRD een alinea toe, op grond waarvan de afwikkelingsautoriteiten kunnen besluiten dat, kort gezegd, bedoelde verplichting in bepaalde omstandigheden niet geldt. Daartoe is aan artikel 3A:13 Wft een vijfde lid toegevoegd. Op grond van dit lid kan DNB tot een ontheffing besluiten.

Voorts wordt gewezen op het volgende. In de thans geldende tekst van artikel 3A:13, derde lid, Wft is bepaald dat niet alleen DNB maar ook, al naar gelang de bevoegdheidsverdeling op grond van artikel 7 SRMR, *de SRB* de bevoegdheid heeft voor te schrijven dat de entiteit de afdwingbaarheid van de contractuele bepaling door middel van een verklaring van een onafhankelijke deskundige aantoont. Het is evenwel niet het nationale recht, maar het communautaire recht dat een bevoegdheid aan de SRB dient toe te kennen. Om deze reden vervalt de zinsnede die de bevoegdheid aan de SRB toekent. Volledigheidshalve wordt opgemerkt dat de nationale afwikkelingsautoriteit de betreffende bevoegdheid ook op instructie van de SRB kan uitoefenen.

Voorts: artikel 55, eerste lid, BRRD verplicht om bedoelde bepaling op te nemen, niet alleen in overeenkomsten maar ook in *instrumenten* waarmee passiva (verplichtingen) tot stand komen. Artikel 3A:13, eerste lid, Wft wordt dienovereenkomstig aangepast.

Tot slot wordt opgemerkt dat in artikel 55 BRRD het derde lid is vernummerd tot het vijfde lid. Daarom wordt de verwijzing in artikel 3A:13, tweede lid, Wft gewijzigd. Daarmee is geen inhoudelijke wijziging beoogd.

K

In artikel K worden vijf artikelen voorgesteld ter implementatie van artikel 55 BRRD.

Artikel 55, tweede lid, eerste alinea, eerste zin, BRRD bepaalt dat de entiteit die vaststelt dat het onuitvoerbaar is om te bedingen dat de wederpartij de mogelijkheid van bail-in erkent, daarvan DNB of de SRB in kennis stelt. Deze inkennisstellingsverplichting is opgenomen in artikel 3A:13a, eerste lid Wft.

Artikel 55, tweede lid, eerste alinea, tweede zin, BRRD bepaalt dat de entiteit aan DNB gegevens verstrekt op basis waarvan kan worden beoordeeld wat de gevolgen zijn voor de afwikkelbaarheid van de onmogelijkheid om te bedingen dat de wederpartij de mogelijkheid van bail-in erkent. Dit is opgenomen in artikel 3A:13a, derde lid, Wft.

Op grond van artikel 55, tweede lid, tweede alinea, BRRD wordt de verplichting om te bedingen dat de wederpartij bail-in erkent, opgeschort door de inkennisstelling. Dat is bepaald in artikel 3A:13, vierde lid Wft. Dat betekent dat de overeenkomst kan worden gesloten zonder dat – voorlopig – bedoeld beding daarin is opgenomen.

Voor het geval DNB van oordeel is dat het wel mogelijk is om te bedingen dat de wederpartij bail-in erkent, schrijft artikel 55, tweede lid, derde alinea, eerste zin, BRRD voor dat de entiteit dat binnen een redelijke termijn alsnog bedingt. Dat is bepaald in artikel 3A:13b, eerste lid Wft. Voor de goede orde wordt opgemerkt dat artikel 55, eerste lid, BRRD de situatie betreft waarin de afwikkelingsautoriteit concludeert dat het niet “juridisch of anderszins” onuitvoerbaar is om de

desbetreffende bepaling op te nemen. De woorden "niet juridisch of anderszins" zijn niet overgenomen in artikel 3A:13b Wft omdat zij niet nodig zijn om duidelijk te maken dat de aard van de onuitvoerbaarheid niet ertoe doet.

Artikel 55, tweede lid, derde alinea, tweede zin, BRRD bepaalt dat DNB in een dergelijk geval de entiteit kan verplichten om haar praktijken inzake de toepassing van de vrijstelling van de contractuele erkenning van bail-in te wijzigen. Dit is bepaald in artikel 3A:13b, tweede lid Wft. Aangesloten is bij de formulering van artikel 1:75 Wft, met betrekking tot het geven van een aanwijzing om een bepaalde gedragslijn te volgen. Overwogen is of deze in artikel 55 BRRD bedoelde verplichting niet reeds valt onder 1:75 Wft, zodat een aparte bepaling overbodig zou zijn. Het verdient evenwel de voorkeur deze verplichting separaat te implementeren. Artikel 1:75 Wft heeft betrekking op de situatie waarin een persoon niet voldoet aan hetgeen bij of krachtens de Wft is bepaald. De in artikel 55 BRRD geregelde situatie is echter genuanceerder. De BRRD en de Wft geven aan de entiteit de mogelijkheid om van oordeel te zijn dat het niet mogelijk is om te bedingen dat de wederpartij de mogelijkheid van bail-in erkent. Eerst wanneer DNB het met dat oordeel niet eens is, blijkt dat de entiteit niet aan haar verplichting heeft voldaan. Twijfel zou kunnen ontstaan over het antwoord op de vraag of dat hetzelfde is als het niet voldoen aan hetgeen bij of krachtens de Wft is bepaald, als bedoeld in artikel 1:75 Wft. Om elke twijfel uit te sluiten, is daarom een uitdrukkelijke bepaling in artikel 3A:13b, tweede lid Wft opgenomen. Artikel 55, tweede lid, vierde alinea, BRRD bepaalt dat de passiva waarop de uitzondering op de verplichting om te bedingen dat de wederpartij de mogelijkheid van bail-in erkent van toepassing is, geen aanvullend-tier 1-instrumenten, tier 2- instrumenten en schuldinstrumenten als bedoeld in artikel 2, lid 1, punt 48), ii) omvatten, indien die instrumenten ongedekte passiva zijn. In dit verband wordt opgemerkt dat artikel 55, tweede lid, eerste alinea, BRRD, niet zozeer moet worden gelezen als een in kennisstellingsverplichting, als wel als een mogelijkheid om te ontkomen aan de verplichting om bedoeld beding op te nemen, maar dat daarvoor wel is vereist dat de afwikkelingsautoriteit in kennis wordt gesteld. Artikel 55, tweede lid, vierde alinea BRRD, moet zo worden gelezen dat de mogelijkheid om te ontkomen aan de in kennisstellingsverplichting niet geldt voor de die alinea bedoelde passiva.

Bovendien bepaalt artikel 55, tweede lid, vierde alinea, tweede zin, BRRD dat de passiva die voor deze uitzondering in aanmerking komen van een hogere rang dienen te zijn dan de in de artikel 108, lid 2, punten a), b) en c), en artikel 108, lid 3, BRRD bedoelde passiva. Het gaat hier om zogenaamde *senior non preferred* schulden; ongedekte vorderingen die voortvloeien uit schuldinstrumenten a) waarvan de oorspronkelijke contractuele looptijd van de schuldinstrumenten ten minste één jaar bedraagt, b) die geen verankerde derivaten bevatten en zelf geen derivaten zijn, en c) waarvan de relevante contractuele documentatie en, in voorkomend geval, het prospectus met betrekking tot de uitgifte ervan uitdrukkelijk melding maakt van het feit dat het schuldinstrument een lagere rang heeft dan 'normale' concurrente schulden.

Aangezien beide bepalingen kunnen worden beschouwd als een reikwijdtebepaling, is ervoor gekozen deze bepalingen reeds op te nemen in artikel 3A:13a, tweede lid Wft.

Artikel 55, tweede lid, vijfde alinea, BRRD, bepaalt dat, indien de afwikkelingsautoriteit vaststelt dat binnen een categorie verplichtingen die in aanmerking komende verplichtingen omvat, het bedrag aan verplichtingen zonder de in artikel 3A:13, eerste lid Wft bedoelde bepaling, samen met

de verplichtingen die zijn uitgesloten van de toepassing van het instrument van bail-in, of die waarschijnlijk zullen worden uitgesloten van bail-in (zie artikel 44, tweede onderscheidenlijk derde lid BRRD), meer bedraagt dan 10% van die categorie, zij onmiddellijk beoordeelt welke gevolgen deze vaststelling heeft voor de afwikkelbaarheid van de entiteit. Dit is opgenomen in artikel 3A:13c Wft. De BRRD preciseert dat onder deze gevolgen tevens worden begrepen de gevolgen voor de afwikkelbaarheid die voortvloeien uit het risico op inbreuken op de regel dat de houders van kernkapitaalinstrumenten of eigendomsinstrumenten en de schuldeisers niet slechter af mogen zijn dan in faillissement, zowel zij wier vorderingen niet worden overgedragen als zij wier vorderingen worden afgeschreven of omgezet. Het is niet nodig deze precisering ook in de wettekst op te nemen, omdat ook zonder uitdrukkelijke bepaling die gevolgen reeds moeten worden beoordeeld op grond van artikel 3A:20 Wft, dat na de bij het thans voorliggende wetsvoorstel voorgestelde wijziging ook geldt voor schuldeisers wier vorderingen niet worden overgedragen.

Artikel 55, tweede lid, vijfde alinea, BRRD bepaalt niet aan de hand van welk criterium een categorie wordt omlijnd. Elders in de BRRD, bijvoorbeeld in artikel 36, achtste lid, gebeurt dat wel: de daar bedoelde categorieën worden ingedeeld aan de hand van de rang ("prioriteitsniveau"). Hoewel een dergelijke omlijning ontbreekt in artikel 55, tweede lid, vijfde alinea, BRRD, ligt het voor de hand dat DNB ook hier de categorieën op de rang zal indelen. Het gaat hier immers om het NCWO-beginsel, zodat moeilijk valt in te zien hoe dit anders dan binnen de rangen zou kunnen worden bepaald. Teneinde zo dicht mogelijk bij de tekst van de BRRD te blijven, is de term "categorie" ongewijzigd, dus zonder nadere precisering, overgenomen in artikel 3A:13c Wft.

Artikel 55, tweede lid, zesde alinea, BRRD bepaalt dat, indien de afwikkelingsautoriteit concludeert dat de passiva waarvoor niet is bedongen dat de wederpartij instemt met de mogelijkheid van bail-in, een substantiële belemmering voor de afwikkelbaarheid vormen, zij de in artikel 17 BRRD bepaalde bevoegdheden zodanig toepast dat de belemmering voor de afwikkelbaarheid wordt weggenomen. Dit is geïmplementeerd in artikel 3A:13c, tweede lid Wft.

Artikel 55, tweede lid, zevende alinea, BRRD bepaalt dat de passiva waarvoor niet is bedongen dat de wederpartij instemt met de mogelijkheid van bail-in, of waarvoor dat vereiste niet geldt, niet worden meegerekend voor de MREL en de in aanmerking komende passiva. Dit is bepaald in artikel 3A:13d Wft. Opgemerkt wordt dat de BRRD zowel de passiva waarvoor het beding niet is opgenomen als de passiva waarvoor het vereiste niet geldt, noemt. Het is niet nodig om de passiva waarvoor het vereiste niet geldt, apart te noemen. Het gaat erom dat voor die passiva het beding niet is opgenomen; niet relevant is of dat niet is gebeurd terwijl dat wel had moeten, dan wel dat niet is gebeurd omdat daartoe de verplichting niet bestond.²¹

De inhoud van artikel 55, derde lid, BRRD is niet nieuw: deze was reeds opgenomen in artikel 55, eerste lid, derde alinea BRRD. Het bepaalt dat afwikkelingsautoriteiten een entiteit kan verplichten om aan de autoriteiten een juridisch advies te overleggen, niet alleen over de afdwingbaarheid, maar ook over de doeltreffendheid van het beding. Het reeds bestaande artikel 3A:13, derde lid, had evenwel slechts betrekking op de afdwingbaarheid, niet tevens op de doeltreffendheid. Artikel 3a:13a, derde lid, is aangepast.

Artikel 55, vierde lid, BRRD geldt ook zonder dat dit is geïmplementeerd. Implementatie is daarom niet nodig. Indien een entiteit in een overeenkomst in strijd met dit artikel geen beding opneemt,

²¹ Is het nog mogelijk dat het beding niet had hoeven, maar toch is opgenomen? En moeten die passiva dan wel worden meegerekend?

belet dat de afwikkelingsautoriteit niet om met betrekking tot de passiva in kwestie de afschrijvingsbevoegdheid en omzettingsbevoegdheid uit te oefenen.

Artikel 55, vijfde en zesde lid, BRRD richt zich tot de EBA en behoeft daarom niet te worden geïmplementeerd.

Artikel 55, zevende lid, BRRD bepaalt dat de afwikkelingsautoriteit, indien zij dat noodzakelijk acht, de categorieën passiva vermeldt ten aanzien waarvan een entiteit tot de vaststelling kan komen dat het onuitvoerbaar is om te bedingen dat de wederpartij instemt met de mogelijkheid van bail-in, op grond van voorwaarden die ingevolge artikel 55, zesde lid BRRD door de EBA zijn vastgesteld. Dit is bepaald in artikel 3A:13e Wft. Artikel 55, zevende lid BRRD preciseert niet wat onder "vermelden" moet worden verstaan. In artikel 3A:13e Wft is gekozen voor een aanwijzing. Dit komt neer op een algemeen geldend voorschrift dat wordt gepubliceerd. In punt 26 van de considerans bij BRRD II wordt opgemerkt dat de afwikkelingsautoriteit dat doet bij de toepassing van de technische reguleringsnormen die EBA opstelt en rekening houdend met de specifieke kenmerken van de betrokken markt.

Zie over het begrip "categorie" de toelichting op artikel 3A:13c Wft.

L, M en N

Achter deze ogenschijnlijk beperkte wijzigingen gaat de implementatie van de grote toevoeging van de artikelen 45 e.v. BRRD schuil voor de vaststelling van het MREL vereiste voor entiteiten die niet onder de SRMR vallen. In het algemene gedeelte van deze toelichting is uitvoerig ingegaan op deze toevoeging.

In aanvulling daarop worden nog de volgende opmerkingen gemaakt.

Het huidige artikel 3A:14, derde lid Wft bepaalt dat DNB aan een beleggingsonderneming die als EU-moederonderneming of dochteronderneming onderdeel uitmaakt van een grensoverschrijdende groep ontheffing kan verlenen van de verplichting om te voldoen een minimumvereiste voor eigen vermogen en in aanmerking komende passiva, indien is voldaan aan de voorwaarden, bedoeld in artikel 45, elfde onderscheidenlijk twaalfde lid van de toenmalige BRRD. Artikel 45, elfde en twaalfde lid, BRRD zijn vervallen. Daarom is ook het huidige derde lid vervallen.

In de artikelen 3A:14, 3A:15 en 3A:16 Wft wordt verwezen naar onder andere artikel 12quater, negende lid, SRMR. Daarin is onder andere bepaald dat de ECB moet worden geraadpleegd. Voor gevallen die buiten de SRMR vallen speelt de ECB evenwel geen rol. Daarom is in artikel 3A:16b Wft uitdrukkelijk bepaald dat die verplichting niet geldt.

O

Artikel 3A:16a Wft

Op grond van artikel 12, eerste lid, SRMR, stelt de SRB de vereisten voor de MREL vast. Deze vaststelling geschiedt zowel voor de af te wikkelen entiteiten als voor entiteiten die zelf geen af te wikkelen entiteiten zijn. Op grond van artikel 12, vijfde lid, (voorheen veertiende lid) SRMR, brengt de SRB zijn vaststelling ter kennis van de nationale afwikkelingsautoriteiten, die de instructies van de SRB uitvoeren overeenkomstig artikel 29 SRMR. Artikel 29, eerste lid, SRMR bepaalt dat de

ationale afwikkelingsautoriteiten de nodige actie ondernemen om uitvoering te geven aan de in de verordening bedoelde besluiten, en dat zij alle door de SRB tot hen gerichte besluiten ten uitvoer leggen. Op grond van deze artikelen is bij de uitvoering van het destijds geldende artikel 12, veertiende lid, SRMR verondersteld dat de bevoegdheid om besluiten te nemen om de instructies van de SRB uit te voeren rechtstreeks uit de SRMR volgen. Bij nader inzien verdient het de voorkeur om buiten twijfel te stellen dat DNB daadwerkelijk over deze bevoegdheden beschikt door voor deze bevoegdheden een uitdrukkelijke grondslag in de wet op te nemen. Het voorgestelde artikel strekt daartoe. Vergelijk artikel 3A:11a Wft.

Artikel 3A:16b Wft

In de artikelen 3A:14 tot en met 3A:16 Wft worden artikelen van de verordening gemeenschappelijk afwikkelingsmechanisme van overeenkomstige toepassing verklaard. In sommige van die artikelen wordt op de SRB de verplichting gelegd om de ECB, de nationale afwikkelingsautoriteit, de nationale toezichthouder (de nationale "bevoegde autoriteit") en de nationale resolutie-autoriteiten te raadplegen. Het betreft in ieder geval de artikelen 8, tweede lid, 10, eerste en zevende lid, negende lid, tweede alinea, en tiende lid, 11, eerste en derde lid, laatste zin, 12, eerste tot en met derde lid, 12quater, vierde, vijfde en negende lid, 12quinquies, eerste lid, derde lid, vijfde, zesde en zevende alinea, 12octies, eerste lid, tweede alinea, 18, eerste lid, tweede alinea, 21, eerste lid, tweede alinea en tweede lid, en 33, eerste lid, tweede alinea. SRMR Een strikte lezing van de genoemde Wft-artikelen, in samenhang met de SRMR-artikelen die van overeenkomstige toepassing worden verklaard, leidt ertoe dat de raadplegingsverplichtingen ook op DNB rusten in gevallen die buiten de werking van de SRMR vallen en waarin DNB de afwikkelingsautoriteit is. Dat kan niet de bedoeling zijn. Raadpleging van de ECB of de SRB is in die gevallen niet aan de orde. Een verplichting om de Nederlandse toezichthouder en de Nederlandse afwikkelingsautoriteit te raadplegen is ongerijmd, omdat zo'n verplichting erop neerkomt dat DNB zichzelf zou moeten raadplegen.

P

Artikel 45septies BRRD betreft de toepassing van de MREL op entiteiten die zelf geen af te wikkelen entiteiten zijn. Het derde en vierde lid bepalen beide dat de afwikkelingsautoriteit van een dochter die geen af te wikkelen entiteit is, kan afzien van de toepassing van dat artikel op de dochter indien aan zes vereisten is voldaan, genoemd in de onderdelen a tot en met f. De evenknie van artikel 45septies, derde lid, BRRD is artikel 12nonies, eerste onderscheidenlijk tweede lid SRMR. Artikel 7, derde lid, BRRD, dat DNB rechtstreeks bevoegd maakt, verwijst mede naar artikel 12nonies BRRD, maar in het eerste en tweede lid van dat artikel worden slechts drie van de zes vereisten genoemd die worden genoemd in artikel 45septies BRRD. Daarom wordt een artikel ingevoegd, waarin is bepaald dat DNB kan afzien van de toepassing van artikel 45septies BRRD indien tevens is voldaan aan de voorwaarden die wel in artikel 45septies, derde en vierde lid, BRRD worden genoemd, maar niet in artikel 12nonies, eerste en tweede lid SRMR. Dat sommige voorwaarden worden genoemd in de BRRD en sommige andere in de Wft is een gevolg van de omstandigheid dat Nederland aan de rechtstreekse werking van een verordening het zogeheten 'overschrijfverbod' koppelt, dat erop neerkomt dat de wel in de SRMR genoemde voorwaarden niet

mogen worden omgezet in de Nederlandse wet. Toegevoegd is dat de in artikel 3A:16c Wft genoemde voorwaarden gelden onverminderd de voorwaarden die wel worden genoemd in artikel 12nonies SRMR. Strikt genomen staat dat mogelijkserwijs op gespannen voet met het overschrijfverbod, maar dat is de prijs die wordt betaald om indachtig te maken dat de in artikel 3A:16c Wft genoemde voorwaarden niet de enige voorwaarden zijn.

Q

Het huidige opschrift van Afdeling 3A:1.3 is "Besluit tot afwikkeling of tot afschrijving en omzetting van kapitaalinstrumenten". Hieraan wordt toegevoegd "en in aanmerking komende passiva".

R

Afdeling 3A:1.3 regelt het besluit tot afwikkeling of tot afschrijving en omzetting van relevante kapitaalinstrumenten. Nu nog is deze afdeling niet opgesplitst in paragrafen, maar voorgesteld wordt dat aan het slot van deze afdeling artikelen worden opgenomen met betrekking tot de opschorting van een betalings- of leveringsverplichting voorafgaand aan een afwikkelingsmaatregel. Die artikelen worden ondergebracht in een aparte paragraaf. Daarom moeten de huidige artikelen 3A:17 tot en met 3A:20 Wft ook worden ondergebracht in een aparte paragraaf. In artikel Q wordt het opschrift voor deze nieuwe paragraaf vastgesteld.

S

In artikel 3A:17 Wft worden de volgende wijzigingen aangebracht.

In het eerste en vijfde lid wordt "kapitaalinstrumenten" vervangen door "relevante kapitaalinstrumenten en in aanmerking komende passiva". Zoals reeds is uiteengezet in het algemene deel van deze toelichting, houdt deze wijziging verband met de wijze waarop in artikel 59, eerste lid BRRD voorzien is dat voor interne MREL-doeleinden opgebouwde in aanmerking komende passiva met behulp van afomki – onafhankelijk van een resolutiemaatregel- kunnen worden afgeschreven of omgezet.

Voor het geval dat in aanmerking komende passiva onafhankelijk van afwikkelingsmaatregelen worden afgeschreven, volgt de beperking tot interne MREL uit artikel 59 lid 1bis BRRD. Met het oog op het voorgaande is in artikel 3A:17, zevende lid Wft verduidelijkt dat de daar genoemde bevoegdheid tot afschrijven of omzetten van in aanmerking komende passiva beperkt is tot passiva die worden gekwalificeerd als interne MREL.

In artikel 3A:17, tweede lid, Wft is bepaald dat de bevoegdheid om relevante kapitaalinstrumenten en in het zevende lid bedoelde in aanmerking komende passiva af te schrijven of om te zetten kan worden uitgeoefend a. onafhankelijk van afwikkelingsmaatregelen; of b. in combinatie met een afwikkelingsmaatregel, indien wordt voldaan aan de voorwaarden voor afwikkeling, bedoeld in artikel 3A:18, eerste lid Wft. De zinsneden "onafhankelijk van" en "in combinatie met" zijn overgenomen uit artikel 59, eerste lid, BRRD. Daarbij is niet bepalend of er twee separate besluiten worden genomen, maar of de afschrijving en omzetting plaatsvinden zonder dat er een afwikkelmaatregel is genomen dan wel deze plaatsvinden tegelijkertijd met de

afwikkelingsmaatregel, dus in het kader van die afwikkelmaatregel., In de Franse taalversie komt dit beter tot uitdrukking doordat daarin "in combinatie met" luidt "simultanément à".

Het derde lid van artikel 3A:17 Wft bepaalt op welke wijze afomki wordt toegepast op interne MREL, teneinde verliezen bij entiteiten die geen af te wikkelen entiteiten zijn daadwerkelijk door te schuiven naar de af te wikkelen entiteit en de betrokken entiteit te herkapitaliseren. Indien relevante kapitaalinstrumenten en in aanmerking komende passiva indirect aan de af te wikkelen entiteit zijn uitgegeven via andere entiteiten in dezelfde af te wikkelen groep, wordt de bevoegdheid om die relevante kapitaalinstrumenten en in aanmerking komende passiva af te schrijven of om te zetten uitgeoefend samen met dezelfde bevoegdheid op het niveau van de moederonderneming van de betrokken entiteit of op het niveau van andere moederondernemingen die geen af te wikkelen entiteiten zijn.

In artikel 59, eerste lid, eerste alinea, aan het slot, BRRD, is opgenomen "zodat de verliezen daadwerkelijk worden doorgeschoven naar, en de betrokken entiteit wordt geherkapitaliseerd door, de af te wikkelen entiteit." Zou de bedoeling van deze zinsnede zijn geweest om een beschrijving van een gevolg te geven, dan had zij minder goed gepast in de wettekst, maar deze zinsnede beoogt in wezen een beperkende voorwaarde te stellen. Daarom is de zinsnede opgenomen in artikel 3A:17, derde lid, en is zij overeenkomstig die bedoeling geformuleerd.

T

Artikel 3A:18 wordt aangevuld voor de situatie waarin een groep niet valt onder de werking van de verordening gemeenschappelijk afwikkelingsmechanisme en de dochterinstellingen van een gemengde holding met zetel in Nederland direct of indirect in handen zijn van een financiële tussenholding.

U

De toevoeging van lid 1bis aan artikel 18 SRMR heeft niet geleid tot een aanpassing van artikel 7, derde lid, SRMR. Daardoor zou zonder nadere bepaling geen afwikkelingsautoriteit, in het bijzonder niet DNB, bevoegd zijn om tot afwikkeling van een centraal orgaan en de blijvend aangesloten kredietinstellingen te besluiten. In deze lacune wordt voorzien door artikel 3A:18a Wft. Ondanks de omstandigheid dat de definitie van dochteronderneming zodanig is uitgebreid dat daaronder ook vallen een kredietinstelling die blijvend is aangesloten bij een centraal orgaan, het centrale orgaan zelf en hun respectieve dochterondernemingen, is opname van dit artikel nodig. Dat is nodig omdat, ten eerste, de uitbreiding van de definitie van "dochteronderneming" slechts geldt voor de toepassing van de in die definitie genoemde artikelen op af te wikkelen groepen en, ten tweede, de in artikel 18 lid 1bis SRMR genoemde bevoegdheid slechts dan bestaat indien de af te wikkelen groep als geheel voldoet aan de voorwaarden, bedoeld in artikel 18, eerste lid, eerste alinea, SRMR.

Het begrip "centraal orgaan" is niet gedefinieerd in de BRRD (en dus ook niet in de SRMR), noch in de CRD IV. In artikel 3A:18a Wft wordt voor de betekenis van dit begrip verwezen naar de BRRD. Mocht op communautair niveau dit begrip nader worden ingevuld, dan is duidelijk dat die invulling ook geldt voor artikel 3A:18a Wft. Er wordt op gewezen dat het begrip "centrale kredietinstelling"

in artikel 3:111 Wft evenmin is gedefinieerd. Het verschil in terminologie vloeit voort uit het verschil tussen de BRRD en de CRD IV, maar er mag vanuit worden gegaan dat de richtlijnen hetzelfde bedoelen.

Met betrekking tot artikel 3A:18b Wft wordt het volgende opgemerkt. Artikel 33, derde lid, BRRD, bepaalt, kort gezegd, dat geen afwikkelingsmaatregelen mogen worden genomen ten aanzien van de gemengde holding als de groep tevens een financiële tussenholding kent en de maatregelen ten aanzien van die tussenholding kunnen worden genomen. Deze bepaling was wel geïmplementeerd voor beleggingsondernemingen die geen onderdeel van een groep zijn en entiteiten die niet vallen onder de werking van de SRMR. Een vergelijkbare bepaling ontbreekt echter in de SRMR, waardoor deze bepaling niet was geïmplementeerd voor banken en groepen waarvoor DNB verantwoordelijk is op grond van artikel 7, derde lid, SRMR. Dit verschil leidt tot het voorgestelde artikel 3A:18b Wft.

V

In artikel 3A:20 Wft is het reeds eerder genoemde no-creditor-worse-off-beginsel geïmplementeerd, in de BRRD opgenomen in artikel 34, eerste lid, onderdeel g, en in de SRMR in artikel 15, eerste lid, onderdeel g. Zoals eerder opgemerkt, houdt dit beginsel krachtens artikel 34, eerste lid, onderdeel g, BRRD in dat geen enkele crediteur grotere verliezen lijdt dan hij zou hebben geleden in het kader van een normale insolventieprocedure ten aanzien van de entiteit overeenkomstig de waarborgen in de artikelen 73 tot en met 75 BRRD. Bij de afweging of tot de toepassing van een instrument kan worden overgegaan, moet dit beginsel in acht worden genomen. Zoals opgemerkt in de toelichting bij de implementatie van BRRD I, vormt het 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.²²

In artikel 3A:20 Wft worden drie inhoudelijke wijzigingen aangebracht. De eerste betreft de uitbreiding van het no-creditors-worse-off-beginsel tot afomki dat onafhankelijk van afwikkelingsinstrumenten wordt uitgeoefend. Het betreft hier afomki ten aanzien van relevante kapitaalinstrumenten die door entiteiten die zelf geen af te wikkelen entiteit zijn, direct of indirect zijn uitgegeven aan de af te wikkelen entiteit (interne MREL). Dit wordt voorgeschreven door het nieuwe lid 1bis, tweede alinea, van artikel 59 BRRD. Ook hier wordt, net als in de toelichting op artikel 3A:17 Wft, opgemerkt dat met betrekking tot de term "onafhankelijk van" niet is bedoeld dat er twee separate besluiten worden genomen, maar dat relevant is of de afschrijving en omzetting plaatsvinden zonder dat er een afwikkelmaatregel is genomen.

De volgende twee wijzigingen houden ermee verband dat in het huidige artikel 3A:20 Wft twee beperkingen zijn opgenomen die niet staan in de richtlijnbeepaling en de verordeningsbeepaling. De eerste beperking is dat het artikel slechts betrekking heeft op schuldeisers van wie vorderingen zijn afgeschreven of omgezet. De richtlijnbeepaling en de verordeningbeepaling hebben evenwel betrekking op alle schuldeisers. Met de tweede wijziging wordt dit geredresseerd.

²² Kamerstukken II 2014/15, 34 208, nr. 3, blz. 87

De derde wijziging betreft het volgende. Op grond van het huidige artikel 3A:20 Wft heeft het no-creditor-worse-off-beginsel slechts betrekking op de situatie waarin DNB een besluit neemt tot afwikkeling en, in dat verband, overgaat tot toepassing van afwikkelingsinstrumenten. Uit artikel 34, eerste lid, aanhef, BRRD volgt evenwel dat het NCWO-beginsel niet alleen bij de toepassing van afwikkelingsinstrumenten in acht dient te worden genomen, maar ook bij de uitoefening van de afwikkelingsbevoegdheden. Blijkens het opschrift van Hoofdstuk VI van Titel IV BRRD heeft de term "afwikkelingsbevoegdheden" betrekking op de bevoegdheden die zijn geregeld in de artikelen 63 tot en met 72 BRRD. De conclusie is dat bij de toepassing van het no-creditor-worse-off-beginsel ook acht dient te worden geslagen op bijzondere bevoegdheden die in het kader van de afwikkeling door DNB worden uitgeoefend, en dat dit ten onrechte nu nog niet is bepaald in de Wft. Zo heeft DNB op grond van artikel 3A:51 Wft de bevoegdheid om een overeenkomst te beëindigen of te wijzigen. Ook daardoor kan een schuldeiser in vergelijking met een fictief faillissement van de bank slechter af zijn dan wanneer de bank wordt afgewikkeld. De voorgestelde bepaling beoogt derhalve te verduidelijken dat de uitoefening van een dergelijke bevoegdheid ook dient te worden meegewogen bij de beoordeling of is voldaan aan het NCWO-beginsel. Hiermee wordt nauwer aangesloten gezocht bij de richtlijnbeeping en de verordeningsbepaling.

W

In artikel 33bis BRRD wordt aan de afwikkelingsautoriteit de bevoegdheid gegeven om betalingsverplichtingen en leveringsverplichtingen op te schorten in de fase waarin, kort gezegd, de afwikkelingsmaatregel wordt voorbereid. Daartoe wordt een nieuwe paragraaf ingevoegd in de Wft, met de artikelen 3A:20a tot en met 3A:20d.

Voldaan moet zijn aan de voorwaarden dat de instelling faalt of waarschijnlijk zal falen, en er geen onmiddellijk beschikbare maatregel van de particuliere sector voorhanden is die het falen zou voorkomen. Daarnaast is vereist dat de uitoefening van de bevoegdheid tot opschorting noodzakelijk wordt geacht om te voorkomen dat de financiële toestand van de instelling of entiteit verder verslechtert. Niet is vereist dat de opschorting zelf in het algemeen belang is, maar wel dat de opschorting noodzakelijk is om tot het oordeel te komen of een afwikkelingsmaatregel noodzakelijk is in het algemeen belang. Voorts is vereist dat de opschorting noodzakelijk is om de passende afwikkelingsmaatregel te kiezen of om de doeltreffende toepassing van een of meer afwikkelingsinstrumenten te waarborgen. In de richtlijn is bepaald dat de afwikkelingsautoriteit de bevoegde autoriteiten raadpleegt, en dat deze tijdig antwoorden. Die zinsnede is niet overgenomen in artikel 3A:20a Wft aangezien in Nederland de toezichthouder en de afwikkelingsautoriteit dezelfde persoon is: DNB.

BRRD II bepaalt dat de opschortingsbevoegdheid niet van toepassing is op betalingsverplichtingen en leveringsverplichtingen ten aanzien van systemen en exploitanten die overeenkomstig de Finaliteitsrichtlijn²³ zijn aangewezen. Bij de implementatie van deze uitzondering in artikel 3A:20a

²³ Richtlijn 98/26/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 mei 1998 betreffende het definitieve karakter van de afwikkeling van betalingen en effectentransacties in betalings- en afwikkelingsystemen, PbEG 1998, L 166

Wft is aangesloten bij de reeds bestaande en naar aanleiding van BRRD II aangepaste formulering van artikel 3A:52, vierde lid, onderdeel b, Wft, waarmee artikel 71, derde lid, BRRD is geïmplementeerd.

In artikel *33bis, derde lid*, BRRD is een lidstaatoptie opgenomen: voor het geval waarin de bevoegdheid tot opschorting van betalings- of leveringsverplichtingen wordt uitgeoefend ten aanzien van in aanmerking komende deposito's kan worden bepaald de afwikkelingsautoriteit ervoor zorgt dat deposanten toegang hebben tot een passend bedrag per dag van deze deposito's. Voorop wordt gesteld dat dit lid niet zo moet worden gelezen dat het de afwikkelingsautoriteit is die deposanten toegang verschaft tot een bepaald bedrag per dag. Bedoeld is dat, wanneer de afwikkelingsautoriteit de betalingsverplichtingen uit de in aanmerking komende deposito's opschort, tevens kan besluiten dat deposanten toegang houden tot een bepaald bedrag per dag, maar het is de desbetreffende bank die die toegang moet bieden.

Voorts wordt opgemerkt dat een strikte lezing van artikel 33bis, derde lid, van BRRD II tot het misverstand zou kunnen leiden dat, wanneer een lidstaat gebruik maakt van deze optie, die lidstaat slechts kan bepalen dat de afwikkelingsautoriteit *moet* besluiten dat depositohouders toegang hebben tot een door DNB te bepalen bedrag per dag, maar niet kan bepalen dat de afwikkelingsautoriteit dat *kan* besluiten. Deze lidstaat-optie dient evenwel zo te worden gelezen dat een lidstaat kan bepalen dat de afwikkelingsautoriteit niet de *verplichting* maar de *bevoegdheid* heeft om te besluiten dat depositohouders toegang hebben tot een bepaald bedrag per dag. Het is immers ongerijmd dat een lidstaat wel de mogelijkheid heeft om niets te bepalen over toegang tot een bepaald bedrag per dag (in welk geval de depositohouders die toegang dus niet hebben), maar niet zou kunnen bepalen dat de afwikkelingsautoriteit depositohouders toegang *kan* geven tot een bepaald bedrag per dag. Het antwoord op de vraag of de afwikkelingsautoriteit depositohouders toegang geeft tot een bepaald bedrag per dag kan worden meegewogen maar hoeft niet te worden meegewogen wanneer op grond van het tweede lid wordt nagegaan of de uitbreiding van de opschorting tot in aanmerking komende deposito's, in het bijzonder gedekte deposito's gepast is.

Ten overvloede wordt ter vermijding van misverstanden opgemerkt dat deze lidstaat-optie geen betrekking heeft op de vraag of deposanten een beroep kunnen doen op het depositogarantiestelsel.

Het is wenselijk dat DNB kan besluiten dat depositohouders toegang hebben tot een bepaald bedrag per dag. Niet kan worden volstaan met de bepaling dat DNB de opschorting kan beperken tot bepaalde betalingsverplichtingen en leveringsverplichtingen en met de redenering dat daaruit voortvloeit dat DNB de opschorting kan beperken ook in de zin dat deposanten per dag een bepaald bedrag kunnen opnemen. Met een dergelijke bepaling zou twijfel kunnen rijzen met betrekking tot het antwoord op de vraag of uit de enkele bepaling dat de opschorting kan worden beperkt tot bepaalde betalingsverplichtingen kan worden afgeleid, volgt dat tevens kan worden toegestaan dat deposanten een bepaald bedrag per dag kunnen opnemen. Om die twijfel te vermijden is uitdrukkelijk gebruik gemaakt van de lidstaat-optie. Doel hiervan is te voorkomen dat depositohouders gedurende de periode van opschorting in financiële problemen raken.

De BRRD bepaalt in *artikel 33bis, vijfde lid, eerste zin*, BRRD dat de afwikkelingsautoriteit bij de uitoefening van de opschortingsbevoegdheid rekening houdt met het ordelijke functioneren van de financiële markten. Dit is opgenomen in artikel 3A:20c, eerste lid, onder a, Wft. Tevens schrijft de BRRD voor dat rekening wordt gehouden met de "bestaande nationale voorschriften, alsook met de toezichtsbevoegdheden en de rechterlijke bevoegdheden, ter vrijwaring van de rechten van de schuldeisers en de gelijke behandeling van schuldeisers in normale insolventieprocedures". Het is niet nodig te bepalen dat DNB zich houdt aan nationale voorschriften; ook zonder uitdrukkelijke bepaling is DNB daartoe gehouden. Evenmin hoeft uitdrukkelijk te worden bepaald dat rekening moet worden gehouden met toezichtsbevoegdheden en rechterlijke bevoegdheden; ook dat volgt reeds uit het bestaande recht. Wat betreft de zinsnede "ter vrijwaring van de rechten van de schuldeisers": in artikel 3A:20c, eerste lid, onder b, Wft is bepaald dat rekening wordt gehouden met de rechten van schuldeisers die zij zouden hebben gehad in een faillissement van de entiteit. De schuldeisers mogen door de opschorting in beginsel dus niet slechter af zijn dan in faillissement, ongeacht of DNB de entiteit na de opschorting gebruik maakt van het afwikkelingsinstrumentarium dan wel het faillissement aanvraagt.

Artikel 33bis, vijfde lid, tweede zin, BRRD voegt daaraan nog toe dat de afwikkelingsautoriteit in het bijzonder rekening houdt met de mogelijke toepassing van nationale insolventieprocedures. Het voorschrift dat rekening wordt gehouden met rechten van schuldeisers in faillissement is zo ruim geformuleerd dat artikel 33bis, vijfde lid, tweede zin, BRRD geen separate implementatie behoeft. Dat geldt ook voor de zinsnede "de gelijke behandeling van schuldeisers in normale insolventieprocedures". Met betrekking tot de zinsnede "de gelijke behandeling van schuldeisers in normale insolventieprocedures" wordt het volgende opgemerkt. Nu de opschorting een resolutiemaatregel is en niet wordt toegepast in een faillissement, moet deze zinsnede worden opgevat als een verwijzing naar een fictief faillissement. In faillissement geldt als uitgangspunt weliswaar de gelijke behandeling van schuldeisers, de *paritas creditorum*, maar hierop zijn belangrijke uitzonderingen gemaakt: in de wet met betrekking tot vorderingen met een voorrang, en in overeenkomsten kunnen aan de ene kant een zakelijk zekerheidsrecht worden bedongen en aan de andere kant dat vorderingen achtergesteld zijn. Dat kan ook van invloed zijn op de volgorde waarin vorderingen waarop de betalingsverplichtingen en leveringsverplichtingen zijn gegrond in faillissement op de boedel zouden worden verhaald. De verwijzing naar de rechten die de schuldeisers zouden hebben gehad in een fictief faillissement is zo ruim, dat daaronder ook de gelijke behandeling van schuldeisers en de daarop zojuist genoemde uitzonderingen vallen. Tot slot schrijft *artikel 33bis, vijfde lid*, BRRD voor dat de afwikkelingsautoriteiten regelingen treffen die zij dienstig achten voor een adequate coördinatie met de nationale administratieve of rechterlijke instanties. Deze regel behoeft geen implementatie. Voor zover al duidelijk is op welke nationale administratieve instanties in een Nederlandse context wordt gedoeld, staat het DNB vrij daarmee regelingen te treffen. Het treffen van regelingen met rechtelijke instanties past niet in het Nederlandse systeem.

Artikel 33bis, achtste lid, BRRD bepaalt wie DNB in kennis moet stellen van de uitoefening van de opschortingsbevoegdheid nadat zij heeft vastgesteld dat de instelling of entiteit faalt of waarschijnlijk zal falen en voordat het zij het besluit tot afwikkeling heeft genomen. Ter

implementatie daarvan zal de Regeling taakuitoefening en grensoverschrijdende samenwerking financiële toezichthouders Wft (hierna: RtgSft) worden aangevuld.

Artikel 33bis, negende lid, BRRD bepaalt dat de opschortingsbevoegdheden die naar nationaal recht bestaan voordat is vastgesteld dat de entiteit of instelling faalt of waarschijnlijk zal falen, door dat artikel onverlet wordt gelaten. Naar Nederlands recht bestaat er geen opschortingsbevoegdheid voordat is vastgesteld dat de entiteit of instelling faalt of waarschijnlijk zal falen; dit lid behoeft daarom geen implementatie.

Artikel 33bis, tiende lid, aanhef en onderdeel a, BRRD bepaalt dat de afwikkelingsautoriteiten, wanneer zij de bevoegdheid tot opschorting van betalingsverplichtingen en leveringsverplichtingen uitoefenen, tevens de bevoegdheid hebben om de schuldeisers met een zekerheid te beperken in de tenuitvoerlegging van zekerheidsrechten met betrekking tot ongeacht welke activa van de entiteit of instelling voor dezelfde duur als die waarvoor de betalingsverplichtingen en leveringsverplichtingen kunnen worden opgeschort. Deze bepaling is geïmplementeerd door artikel 3A:20d Wft in te voegen. De zinsnede "ongeacht welke" is niet overgenomen omdat deze woorden slechts dienen ter verduidelijking en op zichzelf niet nodig zijn om het beoogde resultaat te bereiken. Voor de volledigheid wordt erop gewezen dat de opschorting van verhaalsrechten grote verwantschap vertoont met de afkoelingsperiode, bedoeld in artikel 63c, eerste lid, Faillissementswet (Fw). Daar is de opschorting beperkt tot goederen die zich in de macht van de gefailleerde of curator bevinden. De woorden "ongeacht welke" duiden erop dat onder andere een dergelijke beperking niet is beoogd.

Artikel 33bis, tiende lid, aanhef en onderdeel b, BRRD bepaalt dat de afwikkelingsautoriteiten, wanneer zij de bevoegdheid tot opschorting van betalingsverplichtingen en leveringsverplichtingen uitoefenen, tevens de bevoegdheid hebben om beëindigingsrechten van derden op te schorten voor dezelfde duur als die waarvoor de betalingsverplichtingen en leveringsverplichtingen kunnen worden opgeschort. Voor de goede orde wordt opgemerkt dat in dit onderdeel niet de voorwaarde wordt gesteld dat de uitoefening van de betalings- en leveringsverplichtingen, alsook het verschaffen van zekerheden wordt voortgezet, welke voorwaarde wel wordt gesteld in artikel 71, eerste lid, BRRD, met betrekking tot de opschortingsbevoegdheid na het besluit tot afwikkeling. Om deze reden is de voorwaarde niet opgenomen in artikel 3A:20d Wft, en wel in artikel 3A:54, eerste lid Wft.

Artikel 33bis, elfde lid, BRRD bepaalt dat de afwikkelingsautoriteiten na het nemen van een afwikkelingsmaatregel afzien van de uitoefening van hun bevoegdheden betalingsverplichtingen en leveringsverplichtingen van wederpartijen op te schorten, de uitoefening van zekerheidsrechten van schuldeisers te beperken en beëindigingsrechten van wederpartijen op te schorten, indien zij een dergelijke bevoegdheid al hebben uitgeoefend voorafgaand aan het nemen van een afwikkelingsmaatregel. Daartoe is een nieuw artikel 3A:54a in de Wft ingevoegd.

Aandacht verdient nog het begrip "werkdag" in artikel 3A:20b, welke term is overgenomen uit artikel 33bis, vierde lid, BRRD. De term "werkdag" komt ook in andere artikelen voor in de Wft. Met betrekking tot die andere artikelen is geen aanleiding gezien om dat begrip te definiëren. Het

zou te ver gaan om per keer dat begrip te definiëren. In het geval van artikel 3A:20b Wft staat ook zonder definitie in de Wft buiten twijfel dat daarmee is bedoeld het begrip "werkdag", gedefinieerd in artikel 2, eerste lid, onderdeel 81 BRRD. Aldus is duidelijk dat de duur van een opschorting door DNB die consequenties heeft in een andere lidstaat, niet wordt beïnvloed door een nationale feestdag in die andere lidstaat.

Met de term "00.00 uur" is aangesloten bij andere artikelen in de Wft, onder andere de artikelen 3A:52, 3A:53 en 3A:54 Wft. In artikel 33bis, vierde lid, staat de term "middernacht". Bedoeld is dat de schorsing niet langer duurt dan tot middernacht aan het einde van de werkdag die volgt op de dag van de bekendmaking.

De opschorting duurt niet "langer dan de minimumperiode" die DNB noodzakelijk acht. Teneinde zo nauw mogelijk aan te sluiten bij de BRRD, is de tussen aanhalingstekens geplaatste zinsnede letterlijk overgenomen uit artikel 33bis, vierde lid, BRRD.

X

In het opschrift van de afdelingen 3A:1.4 Wft wordt een verwijzing naar in aanmerking komende passiva toegevoegd.

IJ

In artikel 3A:21 Wft worden de volgende wijzigingen aangebracht. Met betrekking tot de toevoeging van een nieuw onderdeel d in het eerste lid, en het vervangen van het huidige tweede lid door een nieuw tweede lid wordt het volgende opgemerkt. Het huidige artikel 3A:21, eerste lid, onderdeel b Wft regelt twee bevoegdheden ten aanzien van kernkapitaalinstrumenten en eigendomsinstrumenten: de bevoegdheid tot afschrijving en de bevoegdheid tot intrekking. Artikel 47, eerste lid, onderdeel a, BRRD noemt evenwel nog een derde bevoegdheid, namelijk de bevoegdheid tot overdracht van deze instrumenten op schuldeisers. Deze bevoegdheid is toegevoegd aan artikel 3A:21, eerste lid, onderdeel b Wft.

Het huidige artikel 3A:21 Wft gaat er verder vanuit dat intrekking slechts in een negatief scenario passend is en dat verwatering slechts in een positief scenario passend kan zijn. Uit artikel 47 BRRD volgt echter dat intrekking ook in een positief scenario mogelijk moet zijn. De EBA Definitieve Richtsnoeren betreffende de behandeling van aandeelhouders in het kader van bail-in of de afschrijving omzetting van kapitaalinstrumenten²⁴ maken duidelijk dat onder omstandigheden intrekking ook in een positief scenario passend kan zijn. Door in het derde lid te bepalen dat DNB haar in het eerste lid bedoelde bevoegdheid ook overeenkomstig het bepaalde ingevolge artikel 47 BRRD kan uitoefenen, wordt een en ander geredresseerd. De tekst van het huidige tweede lid wordt daardoor overbodig.

Opgemerkt wordt dat in artikel 3A:21, eerste lid, Wft enkel wordt gesproken over het intrekken van door of met medewerking van een entiteit uitgegeven kernkapitaalinstrumenten of eigendomsinstrumenten. Ingevolge artikel 63 BRRD dienen de afwikkelingsautoriteiten ook de bevoegdheid te hebben om door een instelling in afwikkeling uitgegeven schuldinstrumenten in te

²⁴ EBA/GL/2017/04, raadpleegbaar op onder andere <https://eba.europa.eu/>

trekken (zie artikel 63, eerste lid, onder g, BRRD). Hoewel in artikel 3A:21 niet met zoveel woorden over het 'intrekken' van schuldinstrumenten gesproken, kan DNB met de haar in Deel 3A Wft toegekende bevoegdheden ook bewerkstelligen dat schuldinstrumenten die volledig zijn afgeschreven of omgezet worden ingetrokken. Juridisch gezien bestaat de intrekking van schuldinstrumenten, bijvoorbeeld in de vorm van een *global note*, voornamelijk uit administratieve handelingen. Voor zover nodig kunnen die handelingen worden bewerkstelligd door toepassing van artikel 3A:23 Wft, dan wel via het beëindigen of wijzigen van overeenkomsten langs de weg van artikel 3A:51 Wft.

Het gebruik van interne MREL waarbij verliezen binnen de groep worden doorgezet brengt met zich mee dat de eigendomsrelatie tussen instellingen en hun af te wikkelen groep niet mag wijzigen als gevolg van de gekozen afwikkelingsstrategie (vergelijk overweging 20 in de considerans bij BRRD II). Om die reden is in het nieuwe artikel 3A:21, eerste lid, onderdeel d, Wft verduidelijkt dat de mogelijkheid om kapitaalinstrumenten om te zetten in kapitaalinstrumenten van een overbruggingsinstelling niet bestaat bij interne MREL. Hetzelfde geldt voor de omzetting in kapitaalinstrumenten van een moeder.

Artikel 3A:21, tweede lid Wft bepaalt dat de bevoegdheid om in aanmerking komende passiva onafhankelijk van afwikkelingsmaatregelen op grond van het eerste lid af te schrijven of om te zetten, alleen kan worden uitgeoefend met betrekking tot, kort gezegd, interne MREL. De in artikel 59, eerste lid BRRD opgenomen optie om naast kapitaalinstrumenten ook in aanmerking komende passiva via afomki af te schrijven, en eventueel om te zetten, bestaat slechts ten aanzien van *interne* MREL. Voor het geval dat in aanmerking komende passiva onafhankelijk van afwikkelingsmaatregelen worden afgeschreven of omgezet, volgt de beperking tot interne MREL uit artikel 59 lid 1bis BRRD. Met het oog op het voorgaande is, net als in artikel 3A:17, tweede lid,, in het zevende lid van 3A:21 Wft verduidelijkt dat de daar genoemde bevoegdheid tot afschrijven of omzetten van in aanmerking komende passiva beperkt is tot passiva die worden gekwalificeerd als interne MREL.

Z

De verwijzing in artikel 3A:22 Wft naar artikel 3A:21, eerste lid, onderdeel c, Wft wordt uitgebreid met een verwijzing naar artikel 3A:21, eerste lid onderdeel d Wft. Daarmee wordt de wijziging van artikel 60, derde lid, onderdeel d, BRRD geïmplementeerd. Hiervoor is reeds toegelicht dat artikel 3A:21, eerste lid, onderdeel c, Wft eveneens wordt uitgebreid, zodat voortaan artikel 3A:22 Wft verwijst naar dat uitgebreide onderdeel.

AA

Artikel 3A:23 Wft dient tot implementatie van artikel 53, tweede lid, BRRD, 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 te kunnen toepassen.²⁵ In artikel 3A:23 Wft worden drie wijzigingen aangebracht.

De eerste betreft de toevoeging van een nieuw onderdeel b. In artikel 53, tweede lid, onderdeel b, BRRD wordt de bevoegdheid tot het uit de notering of uit de handel nemen van aandelen of andere eigendomsinstrumenten en schuldinstrumenten genoemd. Deze bevoegdheid is evenwel niet genoemd in artikel 3A:23 Wft, al wordt in de toelichting wel de bevoegdheid tot uitsluiten van de handel genoemd.²⁶ Dit wordt thans geredresseerd.

De tweede wijziging bestaat uit het toevoegen in de onderdelen c (nieuw) en d (nieuw) van de woorden "notering of". Deze woorden kwamen al voor artikel 53, tweede lid onderdelen b en c BRRD I, maar waren nog niet opgenomen in artikel 3A:23 Wft. DNB kan voortaan dus ook verzoeken om notering op een gereguleerde markt van nieuwe kernkapitaalinstrumenten of eigendomsinstrumenten, of om hernieuwde toelating van schuldinstrumenten waarvan de hoofdsom is verlaagd.

De derde wijziging betreft het toevoegen van een onderdeel f. Wanneer DNB overgaat tot afwikkeling kan het gewenst zijn dat DNB instructies kan geven aan een centrale effectenbewaarinstelling, bijvoorbeeld in het kader van de bevoegdheid om aandelen of schuldinstrumenten in te trekken. Deze bevoegdheid staat thans nog niet in artikel 3A:23 Wft. Het verdient de voorkeur in de wet deze bevoegdheid uitdrukkelijk op te nemen. Deze bevoegdheid valt onder de ruime formulering "alle administratieve en procedurele taken", in artikel 53, tweede lid, BRRD.

AB

In verband met de toevoeging in de BRRD van "in aanmerking komende passiva" wordt het opschrift, de aanhef en onderdelen b en c van artikel 3A:24 Wft aangepast.

Daarnaast wordt onderdeel b nog op twee andere wijzen aangepast. Artikel 60, tweede lid, BRRD bepaalt dat na bail-in geen verplichting uit hoofde van of in verband met het afgeschreven bedrag van het instrument resteert, met uitzondering van elke *reeds opeisbare* verplichting en elke schadevergoedingsverplichting die *kan* ontstaan als gevolg van een beroep waarbij de rechtmatigheid van de uitoefening van de afschrijvingsbevoegdheid wordt betwist. De eerste aanpassing van artikel 3A:24 Wft houdt verband met de term "reeds opeisbare verplichting". In de Engelse tekst staat "except for any liability *accrued*". Wanneer als uitgangspunt wordt genomen dat een vertaling als "opgebouwd" nog het dichtst in de buurt komt van "accrued", èn wanneer wordt vastgesteld dat niet iedere vordering die is opgebouwd eo ipso tevens opeisbaar is, betekenen "accrued" en "opeisbaar" niet hetzelfde.

Dit heeft gevolgen voor bijvoorbeeld de situatie waarin de rente steeds op de laatste dag van een kalendermaand opeisbaar wordt, dat wil zeggen, wordt bijgeschreven, en waarin DNB het bail-in instrument halverwege een maand toepast. Wat te doen met de rente die is opgebouwd over de eerste helft van de maand? In dit verband wordt nog opgemerkt dat de term "accrued" vooral met betrekking tot renteverplichtingen wordt gebruikt (in de BRRD gelden de consequenties overigens

²⁵ Kamerstukken II, 2014/15, 34 208, nr. 3, blz. 92.

²⁶ Idem.

voor alle "accrued" verplichtingen). Krachtens de Engelse tekst van de BRRD blijven reeds opgebouwde, maar nog niet opeisbare, rentevorderingen dus bestaan na afschrijving van de hoofdsom (of het verschuldigde bedrag) terwijl dergelijke rentevorderingen krachtens de Nederlandse tekst (en de implementatie daarvan in de Wft) als voldaan worden beschouwd (en dientengevolge niet langer zouden bestaan). Teneinde beter bij de Engelse tekstversie aan te sluiten, wordt in artikel 3:24 Wft "opeisbare" vervangen door "opgebouwde". De term "opgebouwde" laat in het midden of er al sprake is van opeisbaarheid. Zie in dit verband ook artikel 4, van de richtlijn (EU) 2019/2162 betreffende de uitgifte van gedekte obligaties en het overheidstoezicht op gedekte obligaties, waarin het equivalent van "accrued" in de Nederlandse taalversie "opgelopen" is, hetgeen evenmin duidt op opeisbaarheid. Er is evenwel van afgezien om de term "opgelopen" te gebruiken. In die verordening heeft het woord "opgelopen" betrekking op rente, niet op vorderingen. Het is niet gangbaar om te spreken van een "opgelopen vordering".

De tweede wijziging van onderdeel b betreft het volgende. De voormalige tekst van artikel 60, tweede lid, onderdeel b, BRRD sloot van bail in tevens uit elke schadevergoedingsverplichting die *is* ontstaan als gevolg van een beroep waarbij de rechtmatigheid van de uitoefening van de afschrijvingsbevoegdheid wordt betwist. Dat was niet in overeenstemming met de andere taalversies van de BRRD. Bij de wijziging van de Nederlandse taalversie van de BRRD is het woord "is" gewijzigd in "kan", zodat die taalversie nu in overeenstemming is gebracht met in ieder geval de Engelse, Franse en Duitse tekstversies zoals die reeds luiden voorafgaand aan de wijziging van de BRRD. Dat betekent dat de uitzondering voortaan betrekking heeft, niet alleen op schadevergoedingsverplichtingen die reeds zijn ontstaan, maar ook die welke nog daarna ontstaan. Met het woord "may" in de Engelse taalversie is veeleer beoogd tot uitdrukking te brengen dat het niet zeker is dat deze vorderingen ontstaan, maar dat, àls zij ontstaan, zij zijn uitgezonderd. Artikel 3A:24 Wft is dienovereenkomstig aangepast.

AC

Artikel 3A:25 Wft wordt op twee manieren gewijzigd. De eerste wijziging houdt verband met de term "accrued" in de Engelse tekstversie van artikel 53, derde lid, BRRD. In de Nederlandse taalversie staat "vorderbaar"; aangenomen moet worden dat daarmee hetzelfde wordt beoogd als "opeisbaar". Voor de vervanging van de zinsnede "die niet opeisbaar waren op het moment" door de zinsnede "die niet waren opgebouwd" wordt verwezen naar de toelichting op de wijziging van artikel 3A:24 Wft, waarin reeds is uiteengezet waarom de Engelse term "accrued" en de Nederlandse term "vorderbaar" of "opeisbaar" niet noodzakelijkerwijs hetzelfde betekenen.

Met betrekking tot de tweede wijziging wordt het volgende opgemerkt. Artikel 3A:21 Wft regelt de bevoegdheid tot afomki. In dat artikel is bepaald, onder andere, in het eerste lid, onderdeel c, dat afomki kan worden toegepast op de *hoofdsom* van kapitaalinstrumenten. Een uitwerking hiervan wordt gegeven in artikel 3A:25 Wft, waarin is bepaald dat afomki met betrekking tot de *hoofdsom of het uitstaande verschuldigde bedrag* ertoe leidt dat de desbetreffende verplichting als voldaan wordt beschouwd. Er is thans dus een discrepantie in reikwijdte tussen artikel 3A:21 Wft en 3A:25 Wft. Met de wijziging van artikel 3A:25 Wft wordt deze discrepantie weggenomen: voortaan ziet de

regel dat een verplichting als voldaan wordt beschouwd, slechts op afomki met betrekking de hoofdsom, en niet langer mede op afomki met betrekking tot het uitstaande verschuldigde bedrag. Dit is in overeenstemming met artikel 60, tweede lid, onderdeel b, BRRD, dat slechts betrekking heeft op de afschrijving van de hoofdsom, alsook met artikel 21, tiende lid, onderdelen b en c, SRMR, waarin ook slechts over afschrijving van de hoofdsom wordt gesproken.

Van de gelegenheid wordt gebruik gemaakt om te wijzen op een ongerechtigheid in de memorie van toelichting op artikel 3A:25 Wft.²⁷ Op bladzijde 88 van die memorie wordt opgemerkt dat artikel 43 BRRD wordt geïmplementeerd, niet alleen in artikel 3A:43 Wft (met betrekking tot bail-in), maar ook in artikel 3A:21 Wft (met betrekking tot afomki). Het is evenwel niet juist dat met artikel 3A:21 Wft artikel 43 BRRD wordt geïmplementeerd, want artikel 43 BRRD heeft betrekking op bail-in, niet op afomki. Met betrekking tot bail-in geldt de regel dat de verplichting als voldaan wordt beschouwd overigens wel tevens met betrekking tot het uitstaande verschuldigde bedrag: zie artikel 3A:46 Wft.

AD

Deze wijziging behoeft geen toelichting.

AE

Artikel 47, vierde lid, BRRD, regelt de procedure met betrekking tot het verlenen van een verklaring van geen bezwaar (vvgb) voor het geval de omzetting van kapitaalinstrumenten zou leiden tot een verwerving of vergroting van een gekwalificeerde deelneming in een bank of beleggingsonderneming. Ter zijde zij eraan herinnerd dat op grond van artikel 3:95, vierde lid Wft zoals gewijzigd bij het thans voorliggende wetsvoorstel, DNB bevoegd is tot het verlenen van een vvgb in geval van afwikkeling. Deze procedure moet, kort gezegd, de bail-in of omzetting van relevante kapitaalinstrumenten niet vertragen noch verhinderen dat met de afwikkelingsmaatregel de relevante doelstellingen van de afwikkeling worden verwezenlijkt. De bedoeling van dit artikel is te bewerkstelligen dat snel kan worden beslist of een vvgb kan worden gegeven. Dit artikel is geïmplementeerd in artikel 3A:26 Wft met betrekking tot afomki. De regel dat snel moet worden beslist of een vvgb kan worden gegeven, is in de huidige tekst van artikel 3A:26 Wft beperkt tot de in artikel 3A:21 Wft bedoelde situatie, dus die waarin relevante kapitaalinstrumenten worden omgezet in rechten op nieuw uit te geven eigendomsinstrumenten. De noodzaak van een snelle besluitvorming met betrekking tot de verlening van een vvgb bestaat evenwel ook in andere situaties waarin eigendomsinstrumenten worden uitgegeven, in het bijzonder wanneer door uitgifte van aandelen in het kader van een verwatering of door uitgifte aan een stichting administratiekantoor (Stak) een gekwalificeerde deelneming wordt verworven of vergroot. Daarom wordt artikel 3A:26 Wft aangepast in dier voege dat de snelle besluitvormingsprocedure ook geldt wanneer sprake is van een uitgifte van aandelen die voortvloeit uit afwikkeling, alsook wanneer ingevolge artikel 3A:50 Wft de rechtsvorm van de desbetreffende bank of beleggingsonderneming wordt omgezet.

²⁷ Kamerstukken II, 2014/15, 34 208, nr. 3.

Voor de goede orde wordt opgemerkt dat ook nu reeds het huidige artikel 3A:26 Wft van overeenkomstige toepassing wordt verklaard in de artikelen 3A:33 Wft, met betrekking tot overgang van de onderneming, en 3A:46 Wft, met betrekking tot bail-in. De uitbreiding van artikel 3A:26 Wft is dan ook niet nodig om de snelle besluitvormingsprocedure voor te schrijven in het kader van bijvoorbeeld de overgang van ondernemingen; de snelle besluitvormingsprocedure is ook nu reeds verplicht wanneer door de overgang van onderneming een gekwalificeerde deelneming wordt verworven of vergroot.

AF

Artikel 38, elfde lid, BRRD bepaalt dat voor de uitoefening van het recht om in een andere lidstaat diensten te verrichten of zich in een andere lidstaat te vestigen, de verkrijger wordt beschouwd als een voortzetting van de instelling in afwikkeling; deze mag alle rechten blijven uitoefenen die door de instelling in afwikkeling werden uitgeoefend met betrekking tot de overgedragen activa, rechten of verplichtingen. De bedoeling van die bepaling is dat, wanneer het een entiteit in afwikkeling is toegestaan een bijkantoor te hebben in een andere lidstaat of daarheen diensten mag verrichten, de overnemer dat naar het recht van de lidstaat van de zetel ook mag. De overnemer wordt dus beschouwd als de voortzetting van de entiteit in afwikkeling. In artikel 3A:34 Wft is reeds bepaald dat een verkrijger met zetel in een andere lidstaat wordt beschouwd als de rechtsopvolger van de entiteit in afwikkeling en dat deze alle rechten kan blijven uitoefenen die door de entiteit in afwikkeling werden uitgeoefend met betrekking tot de activa en passiva die zijn overgegaan.

Artikel 38, elfde lid, BRRD heeft betrekking op het uitgaande verkeer (diensten verrichten in een andere lidstaat of daar een bijkantoor openen; in BRRD-terminologie: zich te vestigen), terwijl artikel 3A:34 Wft betrekking heeft op het inkomende verkeer (verkrijger met zetel in een andere lidstaat). Omdat niet kan worden gezegd dat met artikel 3A:34 Wft artikel 38, elfde lid, BRRD wordt geïmplementeerd, wordt een nieuw artikel ingevoegd, genummerd 3A:38a Wft.

Voor de goede wordt opgemerkt dat met dit artikel niet wordt beoogd op de andere lidstaten de verplichting te leggen om de verkrijger van een Nederlandse entiteit in afwikkeling te beschouwen als de voortzetting van die entiteit, nog daargelaten dat het niet eens in de macht van de Nederlandse wetgever ligt om dat te bepalen. Wel is beoogd te bepalen dat naar Nederlands recht aan de verkrijger geen beperkingen worden opgelegd met betrekking tot de voortzetting van de entiteit in afwikkeling, hetgeen ook beoogd is met artikel 38, elfde lid, BRRD. Wanneer andere lidstaten in hun eigen wetgeving een bepaling als het Nederlandse artikel 3:239, tweede lid Wft hebben opgenomen - daartoe gehouden op grond van artikel 269, vierde lid, van de richtlijn Solvabiliteit II - hebben de beslissingen van DNB in die lidstaten de rechtsgevolgen die de Wft daaraan verbindt, inclusief het rechtsgevolg dat nu wordt geregeld in artikel 3A:34a Wft.

Het eerste lid heeft betrekking op zowel banken en beleggingsondernemingen. Daarin is bepaald dat de verkrijger wordt beschouwd als de voortzetting van de entiteit in afwikkeling en dat de verkrijger alle rechten kan blijven uitoefenen die door de entiteit werden uitgeoefend met betrekking tot de activa of passiva die zijn overgegaan. Omdat dat lid betrekking heeft op de rechten van de verkrijger, zou twijfel kunnen ontstaan over het antwoord op de vraag of de verplichting om een vergunning aan te vragen of om te notificeren ook door dat lid wordt bestreken. Teneinde die twijfel weg te nemen, is het tweede lid opgenomen.

Met het huidige artikel 3A:36 Wft was beoogd zowel artikel 64, eerste lid, onderdeel e, BRRD als artikel 65, eerste lid, eerste zin, BRRD te implementeren. Bij nader inzien bevat het huidige artikel 3A:36 Wft een beperking die niet is opgenomen in artikel 64, eerste lid, onderdeel e, BRRD, en verdient artikel 65, eerste lid, eerste zin, BRRD een aparte bepaling ter implementatie.

Met betrekking tot artikel 64, eerste lid, onderdeel e, BRRD, wordt het volgende opgemerkt. Dit artikel bepaalt dat de afwikkelingsautoriteit de bevoegdheid moet hebben om de instelling in afwikkeling en de ontvanger (in Wft-terminologie: de verkrijger) te verplichten om elkaar informatie en bijstand te verlenen. Daarin is niet de beperking opgenomen dat de afwikkelingsautoriteit dat slechts dan kan doen indien dit noodzakelijk is voor de toepassing van het instrument van overgang van de onderneming. Deze beperking is abusievelijk wel opgenomen in het huidige artikel 3A:36 Wft. Voorgesteld wordt dat deze voorwaarde vervalt. Voorstelbaar is dat de overgang op zichzelf wel mogelijk is zonder dat de entiteit en de verkrijger elkaar informatie en bijstand verlenen, maar dat na de overgang het wenselijk is dat de verkrijger die informatie en bijstand krijgt. Ook in dat geval moet DNB de entiteit in afwikkeling en de verkrijger kunnen verplichten tot het verstrekken van gegevens en het verlenen van bijstand. Bovendien moet de toekenning van deze bevoegdheid niet beperkt zijn tot de situatie waarin het instrument van overgang van de onderneming is toegepast, maar moet zij ook gelden ingeval het instrument van de overbruggingsinstelling wordt toegepast. Het huidige artikel 3A:36 Wft geeft bedoelde bevoegdheid ook ten aanzien van rechtspersonen die met de entiteit een groep vormen als bedoeld in artikel 24b van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek. Deze categorie entiteiten wordt niet genoemd in artikel 64, eerste lid, onderdeel e, BRRD. Het is evenwel wenselijk dat ook aan deze entiteiten bedoelde verplichting kan worden opgelegd. Deze uitbreiding in artikel 3A:36 Wft ten opzichte van de BRRD wordt dan ook gehandhaafd.

Met betrekking tot artikel 65, eerste lid, eerste zin, BRRD, wordt het volgende opgemerkt. Met het huidige artikel 3A:36 Wft was beoogd niet alleen artikel 64, eerste lid, onderdeel e, BRRD maar ook artikel 65 eerste lid, eerste zin, BRRD te implementeren. Er bestaan evenwel enkele verschillen tussen deze bepalingen, die maken dat een separate implementatie van artikel 65, eerste lid, eerste zin, BRRD, wenselijk is. De belangrijkste verschillen zijn:

- Artikel 64 BRRD heeft betrekking op informatie en bijstand; artikel 65 BRRD heeft betrekking op diensten en faciliteiten, wat ruimer is;
- Op grond van artikel 64 BRRD kan ook de verkrijger tot iets worden verplicht, wat niet het geval is op grond van artikel 65 BRRD;
- Artikel 65 BRRD bevat de voorwaarde dat de verplichting nodig is om de verkrijger in staat te stellen om de op hem overgegangene bedrijfsactiviteiten uit te oefenen; deze voorwaarde ontbreekt in artikel 64 BRRD;
- In artikel 64 BRRD is bepaald *aan wie* de informatie en bijstand moet worden verstrekt (namelijk: aan elkaar). In artikel 65 BRRD is niet bepaald aan wie de diensten en faciliteiten moeten worden verschaft; dat kan dus ook aan een derde zijn;

- Tot slot wordt opgemerkt dat artikel 64 BRRD niet, en artikel 65 BRRD wel mede betrekking heeft op de groepsentiteiten. Voor de implementatie is dit verschil in zoverre niet relevant dat ervoor is gekozen ook artikel 64 te implementeren voor groepsentiteiten.

Een en ander maakt dat het wenselijk is artikel 65, eerste lid, eerste zin, BRRD, met een aparte bepaling te implementeren. Dat gebeurt in het tweede lid.

Voor de goede orde wordt gewezen op artikel 3A:51 Wft, waarmee artikel 64, eerste lid, onderdeel f, BRRD is geïmplementeerd. Op grond van dat artikel kan DNB de verkrijger in de plaats stellen van de entiteit in afwikkeling als partij bij een overeenkomst. Voor zover de diensten en faciliteiten oorspronkelijk door de entiteit in afwikkeling werden verschaft op grond van een overeenkomst, kan met dit artikel dus hetzelfde worden bereikt als met het nieuwe tweede lid van artikel 3A:36 Wft. Toch verdient het de voorkeur om het nieuwe tweede lid van artikel 3A:36 Wft op te nemen, om meer dan een reden. In de eerste plaats is de mogelijkheid die artikel 3A:51 Wft biedt beperkt tot diensten en faciliteiten die worden verschaft op grond van een overeenkomst waarbij de entiteit in afwikkeling partij is. Niet ondenkbeeldig is de situatie waarin de diensten en faciliteiten worden verschaft op grond van een overeenkomst waarbij de entiteit in afwikkeling niet partij is. Een hiermee verwante reden is dat DNB niet op grond van artikel 3A:51 Wft een groepsentiteit kan verplichten tot het verschaffen van diensten of faciliteiten; toch wordt die mogelijkheid wel voorgeschreven door artikel 65, eerste lid, eerste zin, BRRD. Bovendien is artikel 65, eerste lid, eerste zin, BRRD zo ruim geformuleerd, dat de verplichting ook dan kan worden opgelegd wanneer er in het geheel geen sprake is van een overeenkomst. Voorts wordt opgemerkt dat artikel 65, eerste lid, eerste zin, BRRD, bepaalt dat de verplichting betrekking kan hebben op slechts die diensten en faciliteiten die nodig zijn om de verkrijger in staat te stellen de aan hem overgedragen bedrijfsactiviteiten effectief uit te oefenen, maar de artikelen 64 BRRD en 3A:51 Wft bevatten deze voorwaarde niet. Aangenomen kan worden dat een reden voor dit verschil erin is gelegen dat artikel 65, eerste lid, eerste zin BRRD in zoverre ruimer is dan artikel 64 BRRD, dat de afwikkelingsautoriteit de in artikel 65 bedoelde verplichting ook dan kan opleggen wanneer geen sprake is van een overeenkomst waarbij de entiteit in afwikkeling partij is, of zelfs wanneer in het geheel geen sprake is van een overeenkomst. Tot slot wordt opgemerkt dat de gedeeltelijke overlap tussen de artikelen 3A:51 en 3A:36, tweede lid, Wft de prijs is die wordt betaald om de leesbaarheid te vergroten en om buiten twijfel te stellen dat beoogd wordt zo nauw mogelijk bij de BRRD aan te sluiten.

AH

Artikel 40, zevende lid, BRRD bepaalt met zoveel woorden dat de afwikkelingsautoriteiten eigendomsinstrumenten, activa of passiva die zijn overgegaan op een overbruggingsinstelling, kunnen overdragen terug aan de oorspronkelijke eigenaren.

In de Wft is niet de mogelijkheid van een retouroverdracht van een overbruggingsinstelling op de oorspronkelijke eigenaren genoemd. Dat die mogelijkheid wel bestaat, kan worden afgeleid uit het feit dat in artikel 3A:39 Wft artikel 3A:32, tweede lid Wft van overeenkomstige toepassing wordt verklaard. In laatstbedoelde bepaling is de voorwaarde genoemd dat de overgang op de oorspronkelijke eigenaren plaatsvindt binnen de termijn die wordt genoemd in het besluit tot

overgang en voldoet aan de voorwaarden die in dat besluit worden genoemd. Dat neemt evenwel niet weg dat de mogelijkheid van een retouroverdracht zelf in het kader van het instrument van de overbruggingsinstelling niet in de wet is geregeld. Het verdient de voorkeur dat die mogelijkheid uitdrukkelijk in de wet wordt opgenomen. Voor de goede orde wordt opgemerkt dat niet kan worden volstaan met een verklaring van overeenkomstige toepassing van het gehele artikel 3A:32 Wft, omdat in dat artikel tevens is bepaald dat voor een retouroverdracht is vereist dat de verkrijger daarmee instemt. Dat vereiste geldt wel in geval van een overgang op een willekeurige derde maar niet in geval van een overgang op een overbruggingsinstelling. Daarom wordt gekozen voor een nieuw artikel, artikel 3A:38aWft, en het in artikel 3A:39 Wft laten vervallen van de verwijzing naar het tweede lid van artikel 3A:32 Wft. In het nieuwe artikel 3A:38a, tweede lid Wft wordt een bepaling gelijk aan artikel 3A:32, tweede lid Wft opgenomen.

In artikel 38, zesde lid, BRRD, is bepaald dat, als de afwikkelingsautoriteit besluit tot een retouroverdracht, de oorspronkelijke eigenaren verplicht zijn de activa, rechten of passiva terug te nemen. Dat behoeft geen expliciete implementatie. Uit de regel dat DNB bevoegd is tot een retouroverdracht, volgt immers reeds dat de oorspronkelijke eigenaren verplicht zijn tot terugname.

In artikel 40, zevende lid, BRRD, is bepaald dat de retouroverdracht mogelijk is in twee situaties. De eerste is die waarin de retouroverdracht van specifieke aandelen et cetera uitdrukkelijk is vermeld in het overdrachtsinstrument. De tweede is die waarin de specifieke aandelen et cetera feitelijk niet vallen in de categorieën van, of niet voldoen aan de voorwaarden voor overdracht die zijn gespecificeerd in het overdrachtsinstrument. In artikel 3A:38a Wft wordt verwezen naar die situaties.

AI

In artikel 3A:39 Wft worden drie wijzigingen aangebracht. De eerste twee worden aangebracht in de bestaande tekst, en de derde wijziging bestaat uit de toevoeging van een derde lid. De eerste wijziging betreft het vervallen van de verwijzing naar artikel 3A:32, tweede lid Wft. Doordat in het nieuwe artikel 3A:38a wordt verwezen naar de voorwaarden, bedoeld in artikel 40, zevende lid, BRRD, is het niet langer nodig artikel 3A:32, tweede lid Wft van overeenkomstige toepassing te verklaren.

De tweede wijziging betreft het volgende. Artikel 3A:37 en volgende Wft regelen het instrument van de overbruggingsinstelling. In artikel 3A:39 Wft wordt een aantal artikelen uit de regeling betreffende het instrument van overgang van de onderneming van overeenkomstige toepassing verklaard. Een artikel dat nu nog niet van overeenkomstige toepassing wordt verklaard is artikel 3A:36 Wft, waarmee artikel 65, eerste lid, BRRD is geïmplementeerd. In artikel 3A:36 Wft is bepaald dat, kort gezegd, DNB van onder andere de verkrijger en de entiteit in afwikkeling kan verlangen dat zij elkaar gegevens verstrekken en bijstand verlenen. Dat de verplichting om elkaar gegevens te verstrekken en bijstand te verlenen ook op de overbruggingsinstelling van toepassing is, volgt veeleer uit de bedoeling van de overbruggingsinstelling. Blijkens artikel 40, eerste lid, BRRD, kunnen aan een overbruggingsinstelling eigendomsinstrumenten, activa en passiva worden overgedragen, "gelet op de noodzaak kritieke functies te handhaven". Voor de handhaving van

kritieke functies is het onontbeerlijk dat ook aan de overbruggingsinstelling gegevens worden verstrekt en bijstand wordt verleend.

De derde wijziging bestaat uit de toevoeging van een tweede lid. In de bestaande tekst (die dus voortaan het eerste lid is) bestrijkt de verklaring van overeenkomstige toepassing van artikel 3A:26 Wft onbedoeld niet de situatie waarin een overbruggingsinstelling een gekwalificeerde deelneming verwerft of vergroot doordat op haar eigendomsinstrumenten overgaan. Ook ingeval de overbruggingsinstelling een gekwalificeerde deelneming verwerft moet de vvgb procedure niet vertragen noch verhinderen dat met de afwickelingsmaatregel de relevante doelstellingen van de afwikkeling worden verwezenlijkt. In het nieuwe tweede lid wordt dit rechtgezet.

AJ

Hetgeen hiervoor is opgemerkt met betrekking tot de invoeging van artikel 3A:38a Wft en de wijziging van artikel 3A:39 Wft met betrekking tot het vervallen van de verwijzing naar artikel 3A:32, tweede lid Wft, geldt ook voor de regeling in artikel 3A:42a Wft met betrekking tot de retourovergang op de oorspronkelijke eigenaren na toepassing van het instrument van afsplitsing van activa en passiva. Verwezen wordt naar de toelichting bij de onderdelen AI.

AK

Verwezen wordt naar de toelichting op artikel 3A:39

AL

In artikel 3A:44 Wft wordt het instrument van bail-in geregeld. Met betrekking tot de wijzigingen in het eerste lid wordt het volgende opgemerkt. Het instrument van bail-in wordt in de BRRD geregeld in de artikelen 43 en volgende. In artikel 43 BRRD wordt verwezen naar artikel 63, eerste lid BRRD. In de aanhef in de samenhang met onderdeel e van dat lid is bepaald dat de afwickelingsautoriteiten de bevoegdheid hebben om "de hoofdsom of het uitstaande verschuldigde bedrag" te verlagen, al dan niet tot nul. In het huidige artikel 3A:44 Wft is evenwel een andere terminologie gebruikt, namelijk "het bedrag". De tekst van artikel 3A:44 Wft wordt in overeenstemming gebracht met artikel 63, eerste lid, onderdeel e, BRRD door "het bedrag" te vervangen door "de hoofdsom of het uitstaande verschuldigde bedrag". Daarnaast wordt in het eerste lid de term "in aanmerking komende passiva" vervangen door "bail-inbare passiva". In artikel 3A:25, dat betrekking heeft op afomki, vervalt de zinsnede "of het uitstaande verschuldigde bedrag". Zie daarover de toelichting op dat artikel. Die zinsnede is echter wel nodig met betrekking tot bail-in. Voorts wordt "eisbaar" vervangen door "opgebouwd": zie daarvoor de toelichting op artikel 3A:25 Wft.

In het tweede lid worden twee inhoudelijke wijzigingen aangebracht. In het huidige tweede lid is bepaald dat DNB het instrument van bail-in kan toepassen op activa die zijn overgegaan, niet alleen op een overbruggingsinstelling of een entiteit voor activa-en passivabeheer, maar ook door toepassing van het instrument van overgang van de onderneming op een verkrijger die geen overbruggingsinstelling is. Deze mogelijkheid vloeit voort uit de letterlijke Nederlandse taalversie

van artikel 43, eerste lid, de aanhef van onderdeel b, in samenhang met subonderdeel ii, BRRD: "zijn overgegaan" (in de Engelse taalversie staat "are transferred"). Dat bail-in ook kan worden toegepast nadat de passiva zijn overgegaan op een derde die geen overbruggingsinstelling of entiteit voor activa-passivabeheer is, kan niet zijn bedoeld, althans niet zonder dat de verkrijger daarmee heeft ingestemd. De verkrijger is geen entiteit in afwikkeling, zodat niet valt in te zien waarom de passiva, die na de overgang in zijn vermogen vallen, zouden kunnen worden gebail-ind zonder zijn instemming. Bovendien is de prijs die de verkrijger heeft betaald, gebaseerd op de omvang die de passiva hadden op het tijdstip van de overgang. Een bail-in na de overgang zou daarom niet mogelijk moeten zijn. Tot slot wordt opgemerkt dat in de BRRD niet is gepreciseerd tot hoe lang na de overgang zou kunnen worden gebail-ind. Het kan evenwel niet de bedoeling zijn dat bail-in tot in lengte van jaren na de overgang mogelijk moet zijn. Daarom vervalt de verwijzing naar overgang door de toepassing van het instrument van overgang van de onderneming op een verkrijger die geen overbruggingsinstelling is. Bail-in van passiva die overgaan op een verkrijger die geen overbruggingsinstelling is, dient dus te gebeuren voorafgaand aan of tegelijkertijd met de overgang. Bij dit alles geldt een belangrijke uitzondering: bail-in van passiva na de overgang op een derde die geen overbruggingsinstelling of entiteit voor activa-passivabeheer is, is wel mogelijk met instemming van die derde. Dit is van belang voor de praktijk. Voorstelbaar is dat de bail-in, door welke oorzaak dan ook, nog niet heeft plaatsgevonden op het tijdstip van de overgang, terwijl al wel bekend is hoe deze bail-in zou moeten plaatsvinden. Indien de verkrijger weet dat bail-in nog zal plaatsvinden, zal hij de prijs die hij bereid is te betalen daarvan laten afhangen. De kern is dat de verkrijger niet tegen zijn wil moet kunnen worden verrast met een bail-in van de passiva die op hem zijn overgegaan.

Bail-in na de overgang van passiva op een overbruggingsinstelling is wel mogelijk, teneinde, in de woorden van de BRRD, "kapitaal voor die overbruggingsinstelling te verschaffen".

De tweede wijziging is dat ook hier de term "in aanmerking komende passiva" wordt vervangen door "bail-inbare passiva". Tot slot wordt een spelfout gecorrigeerd.

AM

Met betrekking tot bail-in geldt de regel dat de verplichting als voldaan wordt beschouwd overigens wel tevens met betrekking tot het uitstaande verschuldigde bedrag. Zie de toelichting op artikel 3A:25.

AN

Met artikel 3A:49a Wft wordt artikel 63, eerste lid, onderdeel I, BRRD geïmplementeerd. Die bepaling schrijft voor dat de afwikkelingsautoriteit de bevoegdheid heeft om het leidinggevend orgaan en het hogere management van een instelling in afwikkeling te ontslaan of te vervangen. Voor de definitie van leidinggevend orgaan verwijst artikel 2, eerste lid, punt 24 BRRD naar artikel 3, eerste lid, punt 7 van CRD IV. CRD IV omschrijft leidinggevend orgaan als 'het (de) overeenkomstig nationaal recht aangewezen orgaan (organen) van een instelling welke de bevoegdheid hebben de strategie, doelstellingen en de algemene richting van de instelling vast te

stellen, en welke toezichhouden op de bestuurlijke besluitvorming en deze controleert, met inbegrip van de personen die het beleid van de instelling daadwerkelijk bepalen'. Vanuit het oogpunt van Boek 2 BW gezien omvat de term leidinggevend orgaan zowel het bestuur als de raad van commissarissen.

Dit artikel was reeds opgenomen in de oorspronkelijke BRRD. Twee onderscheiden moeten worden gemaakt. Het eerste is het onderscheid tussen het leidinggevende orgaan (dat wil zeggen het bestuur en de raad van commissarissen) en het hogere management. Het tweede is het onderscheid tussen ontslag en vervanging.

Eerst wordt ingegaan op het eerste onderscheid. Met betrekking tot het ontslag of de vervanging van het leidinggevend orgaan wordt het volgende opgemerkt. Bij de implementatie van artikel 63, eerste lid, onderdeel I, BRRD, is ervan uitgegaan dat kon worden volstaan met de artikelen 3A:49 Wft. Op grond van laatstgenoemd artikel kan DNB een bijzondere bestuurder aanstellen of de zeggenschap overnemen, en treedt de bijzondere bestuurder onderscheidenlijk DNB in de rechten van de organen van de entiteit. De gedachte was dat de bijzondere bestuurder of DNB die de zeggenschap heeft overgenomen ook treedt in het recht, daaronder begrepen het vennootschappelijke recht, van de algemene vergadering van aandeelhouders, dan wel de raad van commissarissen indien sprake is van een structuurvennootschap, om het bestuur te ontslaan. Bij nader inzien verdient een aparte implementatie de voorkeur. Het is gewenst dat DNB rechtstreeks, in haar rol van afwikkelingsautoriteit, het bestuur kan ontslaan of vervangen, zonder dat daarvoor eerst een bijzondere bestuurder moet worden aangesteld of dat DNB de zeggenschap moet hebben overgenomen. Voor de goede orde wordt gewezen op artikel 3A:51 Wft, op grond waarvan DNB een overeenkomst waarbij de entiteit partij is kan beëindigen of wijzigen. De vraag rijst of DNB niet op grond van dat artikel het bestuur kan ontslaan. Nu de verhouding tussen een vennootschap en haar bestuurders niet alleen een contractuele maar ook vennootschapsrechtelijke component heeft, moet worden betwijfeld of artikel 3A:51 Wft voldoende grondslag biedt om aan DNB de bevoegdheid te geven om aan een bestuurder zijn vennootschapsrechtelijke bevoegdheden te ontnemen – wat toch mede de bedoeling van artikel 63, eerste lid, onderdeel I, BRRD is. Bovendien moet worden betwijfeld of het bestuur als geheel wel een contractuele verhouding met de vennootschap heeft. DNB dient evenwel niet alleen de mogelijkheid om een of meer individuele bestuurders te ontslaan, maar ook om het bestuur als geheel te ontslaan. Mede om beide soorten twijfel daarom uit te sluiten, is artikel 3A:49a Wft opgenomen.

Voorts wordt opgemerkt dat artikel 63, eerste lid, onderdeel I, BRRD betrekking heeft op het ontslag van "het bestuur". Naar de letter genomen zou dat betekenen dat de afwikkelingsautoriteit slechts het bestuur als geheel, dat wil zeggen alle leden van het bestuur gezamenlijk, maar geen individuele leden van het bestuur zou kunnen ontslaan. Een redelijke uitleg van artikel 63, eerste lid, onderdeel I, BRRD brengt met zich mee dat die beperking daarin niet moet worden gelezen. Tot slot wordt opgemerkt dat artikel 63, eerste lid, onderdeel I, BRRD niet alleen het ontslag van het bestuur, maar ook de vervanging daarvan betreft. Vervanging omvat mede de aanstelling van een nieuw bestuur. Daarop heeft artikel 3A:51 Wft geen betrekking. Artikel 3A:49a Wft biedt aan DNB ook de bevoegdheid om nieuwe bestuurders of een bestuur als geheel aan te stellen.

Met betrekking tot het ontslag van de raad van commissarissen wordt het volgende opgemerkt. Ook hier geldt dat het gewenst is dat DNB de bevoegdheid tot ontslag rechtsreeks heeft, naast de mogelijkheid om het ontslag van de raad van commissarissen te bewerkstelligen met de aanstelling

van een bijzondere bestuurder of door zelf de zeggenschap over te nemen. Daarenboven zouden complicaties kunnen ontstaan in verband met artikel 161a van Boek 2 BW, nog ervan afgezien of voorbij kan worden gegaan aan dat artikel met een beroep op artikel 3A:6 Wft. Met het toevoegen van de zinsnede "of een orgaan dat een met die van de raad van commissarissen vergelijkbare taak heeft" is aansluiting gezocht bij artikel 3:19, tweede lid Wft.

Met betrekking tot het ontslag van het hogere management wordt het volgende opgemerkt. In artikel 2, eerste lid, onderdeel 25, BRRD is het begrip "hogere management" als "directie" in de zin van artikel 3, eerste lid, onderdeel 9, van CRD IV gedefinieerd; daar is het begrip "directie" gedefinieerd als: de natuurlijke personen die binnen een instelling uitvoerende functies vervullen en die aan het leidinggevend orgaan verantwoording en rekenschap moeten afleggen voor het dagelijks bestuur van de instelling. Deze term is overgenomen in artikel 3A:49a Wft.

Voor het hogere management geldt dat het louter een contractuele en geen vennootschapsrechtelijke verhouding met de entiteit heeft, zodat op zich zou kunnen worden gezegd dat deze categorie kan worden ontslagen op grond van artikel 3A:51 Wft. In dit verband wordt evenwel gewezen op het tweede onderscheid: het onderscheid tussen ontslag en vervanging. Vervanging houdt niet alleen in ontslaan van het oude bestuur, raad van commissarissen of het hogere management, maar ook het benoemen onderscheidenlijk aanstellen van nieuwe personen. Ook daarin voorziet artikel 3A:51 Wft niet. Ook dat is een reden voor het opnemen van artikel 3A:49a.

Omdat "vervangen" mede "ontslaan" omvat, is er een gedeeltelijke overlap tussen deze twee termen. Daarom is niet gekozen voor "vervangen" maar voor benoemen onderscheidenlijk aanstellen. Met "benoemen" wordt de vennootschapsrechtelijke handeling bedoeld; daarmee wordt aangesloten bij de terminologie in bijvoorbeeld artikel 132 van Boek 2 BW. De benoeming, bedoeld in artikel 3A:49a Wft geschiedt door DNB in haar rol van resolutie-autoriteit. Zij kan ook benoemen doordat zij treedt in het recht van de algemene vergadering van aandeelhouders, die de bevoegdheid heeft om het bestuur te ontslaan; de keuze is aan DNB. Daarnaast wordt in artikel 3A:49a Wft "aanstellen" genoemd. De aanstelling geschiedt door het sluiten van een overeenkomst. De wederpartij krijgt rechten en verplichtingen jegens de entiteit. DNB is zelf geen partij bij die overeenkomst, maar stelt de wederpartij wel aan. Het tot de overeenkomst leidende aanbod of de aanvaarding door DNB treedt in de plaats van het aanbod of de aanvaarding door de entiteit. Met betrekking tot het hogere management heeft een en ander als consequentie dat, nu artikel 3A:51 Wft wel de mogelijkheid biedt tot beëindiging door DNB van de arbeidsovereenkomst met personen die behoren tot het hogere management, maar niet tot het sluiten van een arbeidsovereenkomst met andere personen, strikt genomen, in artikel 3A:49a Wft zou kunnen worden volstaan met het noemen van de bevoegdheid van DNB om personen die behoren tot het hogere management aan te stellen. Niet moet evenwel worden uitgesloten dat het tot een misverstand zou kunnen leiden wanneer wel de mogelijkheid wordt genoemd om personen in het hogere management aan te stellen zonder tevens de mogelijkheid van hun ontslag te noemen, terwijl laatstbedoelde mogelijkheid wel uitdrukkelijk met betrekking tot het bestuur en de raad van commissarissen wordt genoemd, tot misverstanden leidt. Daarom is ook het ontslag van het hogere management in artikel 3A:49a Wft genoemd. Het gebruik van de woorden "benoemen onderscheidenlijk aanstellen" in plaats van "vervangen" heeft tevens als consequentie dat DNB ook

een extra bestuurder of commissaris kan benoemen, dus zonder dat deze in de plaats komt van een zittende bestuurder of commissaris.

AO

In de huidige Wft bestaat de bevoegdheid tot het opschorten van een betalings- of leveringsverplichting slechts nadat het besluit tot afwikkeling is genomen. BRRD II voegt een nieuwe bevoegdheid tot opschorting toe, namelijk voorafgaand aan dat besluit. Dat is geïmplementeerd in artikel 3A:20 Wft. In het opschrift van artikel 3A:52 Wft wordt verduidelijkt dat het hier gaat om de bevoegdheid tot opschorting gelijktijdig met of na het besluit tot afwikkeling.

Artikel 69 BRRD regelt de bevoegdheid van de afwikkelingsautoriteiten om bepaalde verplichtingen op te schorten na het besluit tot toepassing van een afwikkelingsmaatregel. In het vierde lid van dat artikel is bepaald dat de opschortingsbevoegdheid niet geldt voor bepaalde verplichtingen. BRRD II wijzigt de categorie verplichtingen waarvoor de opschortingsbevoegdheid niet geldt. In aanmerking komende deposito's vallen niet langer onder de uitzondering. In het huidige artikel 3A:52 Wft is in het vierde lid, onderdeel c, uitgezonderd een verplichting die wordt gegarandeerd door het beleggerscompensatiestelsel. In het verlengde van het vervallen van de uitzondering voor deposito's die onder het depositogarantiestelsel vallen, is ook deze uitzondering vervallen. Voorts wordt met betrekking tot de uitzonderingen voor verplichtingen aan centrale tegenpartijen gepreciseerd dat het moet gaan om centrale tegenpartijen die hetzij een vergunning in een lidstaat hebben gekregen, hetzij door de Europese Autoriteit voor effecten en markten ("ESMA") zijn erkend. Tevens wordt de verwijzing naar artikel 212a, onderdeel q, Fw gecorrigeerd: dat moet onderdeel p zijn.

Met betrekking tot de uitzondering voor betalingsverplichtingen en leveringsverplichtingen aan systemen of systeemexploitanten in de zin van de Finaliteitsrichtlijn wordt het volgende opgemerkt.²⁸ In de nieuwe tekst van de BRRD gaat het om verplichtingen aan systemen en systeemexploitanten die zijn "aangewezen". Sinds de wijziging van artikel 212a Faillissementswet wordt hieronder mede verstaan een systeem waarop het recht van een staat die geen lidstaat van de Europese Unie of partij bij de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte is van toepassing is, indien op het systeem toezicht wordt uitgeoefend door een toezichthouder uit een staat die is aangesloten bij de Bank on International Settlements. De wijziging van artikel 69, vierde lid, BRRD is geïmplementeerd door artikel 3A:52, vierde lid Wft aan te passen. Omwille van de duidelijkheid is het nieuwe vierde lid voluit in het wetsvoorstel opgenomen.

BRRD II wijzigt tevens het vijfde lid van artikel 69 BRRD, waarin is bepaald dat de afwikkelingsautoriteit bij het uitoefenen van een bevoegdheid uit hoofde van dit artikel rekening houdt met de gevolgen die dit zou kunnen hebben voor de ordelijke werking van de financiële markten. Aan het vijfde lid, worden twee alinea's toegevoegd. Dit heeft geleid tot de toevoeging van twee leden in artikel 3A:52 Wft. Zie daarvoor de opschorting van betalingsverplichting ook de

²⁸ Richtlijn 98/26/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 mei 1998 betreffende het definitieve karakter van de afwikkeling van betalingen en effectentransacties in betalings- en afwikkelingssystemen, PbEG 10998, L 166

opmerkingen met betrekking tot 33bis BRRD in het algemene gedeelte van deze toelichting onder het kopje "moratorium", alsmede de toelichting op artikel 3A:20c Wft.

AP

Artikel 70 BRRD regelt de bevoegdheid van de afwikkelingsautoriteiten om de afdwinging van zekerheidsrechten te beperken. In het tweede lid van dat artikel is bepaald dat deze beperkingsbevoegdheid niet geldt voor zekerheidsrechten die zijn gevestigd ten behoeve van bepaalde wederpartijen. Voor zover het gaat om zekerheidsrechten die zijn gevestigd ten behoeve van centrale tegenpartijen, preciseert BRRD II dat het moet gaan om centrale tegenpartijen die hetzij een vergunning in een lidstaat hebben gekregen, hetzij door ESMA zijn erkend. De wijziging van artikel 70, tweede lid, BRRD is geïmplementeerd door artikel 3A:53, tweede lid, Wft aan te passen. Omwille van de duidelijkheid is het nieuwe tweede lid voluit in het wetsvoorstel opgenomen. Voorts wordt de verwijzing naar artikel 212a, onderdeel q, Fw gecorrigeerd: dat moet onderdeel p zijn. Met betrekking tot de uitzondering voor betalingsverplichtingen en leveringsverplichtingen aan systemen of systeemexploitanten in de zin van de Finaliteitsrichtlijn wordt verwezen naar de toelichting op de wijziging van artikel 3A:69 Wft.

AQ

Artikel 71 BRRD regelt de bevoegdheid van de afwikkelingsautoriteiten om beëindigingsrechten op te schorten. In het vierde lid van dat artikel is bepaald dat deze bevoegdheid niet bestaat ten aanzien van bepaalde wederpartijen. Voor zover het gaat om zekerheidsrechten die zijn gevestigd ten behoeve van centrale tegenpartijen, preciseert BRRD II dat het moet gaan om centrale tegenpartijen die hetzij een vergunning in een lidstaat hebben gekregen, hetzij door ESMA zijn erkend. De wijziging van artikel 71, vierde lid, BRRD is geïmplementeerd door artikel 3A:54, vierde lid, Wft aan te passen. Omwille van de duidelijkheid is het nieuwe vierde lid voluit in het wetsvoorstel opgenomen. Voorts wordt de verwijzing naar artikel 212a, onderdeel q, Fw gecorrigeerd: dat moet onderdeel p zijn. Met betrekking tot de uitzondering voor betalingsverplichtingen en leveringsverplichtingen aan systemen of systeemexploitanten in de zin van de Finaliteitsrichtlijn wordt verwezen naar de toelichting op de wijziging van artikel 3A:69 Wft.

AR

Op grond van de oorspronkelijke BRRD kan de afwikkelingsautoriteit betalingsverplichtingen en leveringsverplichtingen opschorten nadat een besluit tot afwikkeling is genomen. BRRD II laat deze bevoegdheid in stand, en voegt daaraan toe een bevoegdheid om betalingsverplichtingen en leveringsverplichtingen op te schorten voorafgaand aan dat besluit. Artikel 33bis, elfde lid, BRRD bepaalt dat, wanneer gebruik is gemaakt van de opschortingsbevoegdheid voorafgaand aan het besluit tot afwikkeling, niet ook nog eens van de opschortingsbevoegdheid gebruik mag worden gemaakt nadat dat besluit is genomen. Dat is bepaald in artikel 3:54a Wft.

AS

BRRD II wijzigt artikel 68, vijfde lid, BRRD. Daarin is bepaald dat een opschorting of beperking niet wordt beschouwd als het niet-naleven van een contractuele verplichting. Daaraan wordt door BRRD II een opschorting voorafgaand aan het besluit tot afwikkeling toegevoegd. Artikel 68, vijfde lid, BRRD is nu reeds geïmplementeerd in artikel 3A:55 Wft. De huidige tekst van artikel 3A:55 Wft wordt zodanig aangevuld dat ook de opschorting voorafgaand aan het besluit tot afwikkeling niet wordt beschouwd als het niet-naleven van een contractuele verplichting.

AT

Met artikel 3a:56 Wft is artikel 64, eerste lid, onderdeel c, van de BRRD 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.

In het artikel is nu nog bepaald dat DNB, als resolutieautoriteit, de AFM, als bevoegde autoriteit, kan verzoeken haar bevoegdheden op grond van de artikelen 1:77d en 1:77e Wft toe te passen om de handel door of met medewerking van de entiteit in afwikkeling uitgegeven financiële instrumenten op te doen opschorten of onderbreken of die financiële instrumenten van de handel te doen uitsluiten.

Een aantal onduidelijkheden in de toepassing van dit artikel heeft aanleiding gegeven om dit artikel te herzien. Zo is onvoldoende duidelijk hoe het beoordelingskader uit artikel 1:77d, tweede lid, onderdelen a en b Wft zich verhoudt tot de impliciete opdracht aan de AFM om aan een verzoek van DNB ingevolge artikel 3A:56 Wft gevolg te geven. Voorts volgt uit het huidige artikel 3A:56 Wft in verbinding met artikel 1:77e Wft dat de AFM een financieel instrument niet zelf van de handel kan doen uitsluiten maar enkel de rechtbank Rotterdam daartoe kan verzoeken.

Thans wordt de bevoegdheid om, kort gezegd, de handel stil te leggen rechtstreeks aan DNB als resolutieautoriteit toegekend. Dit volgt uit het nieuwe eerste lid van artikel 3A:56 Wft. DNB wordt aldus in een resolutiesituatie aangemerkt als de bevoegde autoriteit in de zin van de richtlijn.

Het in praktische zin doen stilleggen van de handel na een daartoe strekkend besluit van DNB geschiedt doordat de AFM exploitanten van handelsplatformen middels een directe telefonische verbinding en emailadres (of: digitale communicatie) en de overige toezichthouders middels een speciaal daartoe ingesteld ICT systeem bericht dat de handel in een bepaald instrument dient te worden stilgelegd. Weliswaar kan DNB zelf de exploitanten berichten maar om praktische redenen (de beschikbaarheid van geschikte communicatiesystemen en de centrale functie van de AFM bij het ordelijk functioneren van de markt) is de tussenkomst van AFM daarbij wenselijk. Die wenselijkheid is ook gelegen in de omstandigheid dat de AFM met die tussenkomst direct op de hoogte is van de handelsmaatregel van DNB, waardoor zij eveneens direct kan beoordelen of zij ten aanzien van andere instrumenten dan die waarvan de handel alsdan door DNB is stilgelegd, op basis van artikel 1:77d Wft zelf tot een handelsmaatregel zou kunnen en willen overgaan. Het kan

daarbij bijvoorbeeld gaan om de handel in instrumenten die zijn uitgegeven door dochtermaatschappijen van de instelling in resolutie.

Om die reden is in het derde lid tot uitdrukking gebracht dat de AFM, kort gezegd, DNB behulpzaam is bij de effectuering van het besluit om de handel stil te leggen. De AFM neemt daarbij niet zelfstandig besluiten maar verricht op instructie van DNB zo nodig een aantal feitelijke handelingen zoals het in kennis stellen van de exploitanten van de handelsplatformen van het besluit van DNB dat de handel dient te worden stilgelegd. Met de term 'instructie' is tot uitdrukking gebracht dat de AFM dienaangaande ook geen beoordelingsvrijheid heeft. Ook indien de AFM van oordeel is dat stilleggen van de handel niet is aangewezen, dient zij in deze situatie uitvoering te geven aan de instructie van DNB.

Om buiten twijfel te stellen dat de AFM het besluit van DNB direct openbaar kan maken en toezichthouders van andere lidstaten daarvan in kennis kan stellen bevat het vierde lid daarvoor een grondslag. Ten aanzien van toezichthouders uit derde landen geldt dat de AFM op eenzelfde wijze als bij de toepassing van artikel 1:77d Wft zich zal inspannen om die toezichthouders te informeren.

AU

Artikel 71bis BRRD schrijft voor dat de entiteit, wanneer zij een overeenkomst sluit die wordt beheerst door het recht van een derde land, bedingt dat de wederpartij ermee instemt dat de afwikkelingsautoriteit gebruik kan maken van de bevoegdheid om betalingsverplichtingen en leveringsverplichtingen op te schorten, de uitoefening van zekerheidsrechten kan beperken en de mogelijkheden om de overeenkomst te beëindigen kan opschorten. Dit is bepaald in artikel 3A:57a Wft. Hetgeen artikel 1:76ba Wft bepaalt met betrekking tot crisispreventiemaatregelen, bepaalt artikel 3A:57a Wft met betrekking tot crisisbeheersingsmaatregelen. Zie de toelichting op artikel 1:76ba Wft.

AV

Artikel 45decies, derde lid, BRRD bepaalt dat de daar bedoelde entiteiten ten minste jaarlijks bepaalde informatie publiek beschikbaar maakt. Een equivalent ontbreekt in de SRMR. Daarom wordt voor banken een nieuw artikel 3A:63a Wft voorgesteld.

AW

In artikel 3A:64 Wft worden twee wijzigingen aangebracht. De eerste betreft het volgende. Met artikel 3A:64 is artikel 85, derde lid, BRRD geïmplementeerd. De tweede zin van laatstgenoemde bepaling schrijft voor dat, kort gezegd, beroep ingesteld bij de rechter tegen een crisisbeheersingsmaatregel snel moet worden afgerond. Onder een crisisbeheersingsmaatregel valt op grond van artikel 2, onderdeel 102, gelezen in combinatie met artikel 2, onderdeel 40 BRRD (de definitie van afwikkelingsmaatregel), mede de uitoefening van een afwikkelingsbevoegdheid. Deze

worden nu niet genoemd in artikel 3A:64 Wft. De eerste wijziging is de uitbreiding van de verwijzing naar de besluiten op grond van de artikelen 3A:17 tot en met 3A:19 Wft met de andere crisisbeheersingsmaatregelen. Op grond van de definitie in artikel 2, eerste lid, punt 102 BRRD, vallen hieronder alle besluiten die worden genoemd in de BRRD-artikelen die zijn geïmplementeerd in de Afdelingen 3A:1.4 en 3A:1.5 Wft. Een gevolg van de systematiek is dat besluiten tot weigering tot goedkeuring en wijziging van het bedrijfssaneringsplan niet vallen onder "crisisbeheersingsmaatregel"; daarom zijn besluiten die worden genomen op grond van artikel 3A:48 Wft uitgezonderd in artikel 3A:64 Wft. In dit verband wordt opgemerkt dat de definitie van crisisbeheersingsmaatregel in de BRRD (artikel 2, eerste lid, punt 102, BRRD) wel expliciet verwijst naar de aanstelling van een persoon die het bedrijfssaneringsplan moet opstellen of uitvoeren (geregeld in artikel 51, tweede lid, BRRD). Een besluit tot aanstelling van een dergelijke persoon valt dus wel onder artikel 3A:64 Wft. In de Wft-systematiek is dat bereikt doordat die aanstelling valt onder artikel 3A:49 (in de systematiek van artikel 51, tweede lid, BRRD "overeenkomstig artikel 72 lid 1").

Voorts wordt opgemerkt dat de nieuwe bevoegdheid tot opschorting van bepaalde verplichtingen voorafgaand aan het besluit tot afwikkeling naar de letter van de BRRD geen crisisbeheersingsmaatregel is (artikel 33bis BRRD, artikelen 3A:20 e.v. Wft), maar het ligt in de rede dat ook een dergelijk besluit onder artikel 3A:64 Wft valt. Door te verwijzen naar Afdeling 3A:1.5 Wft, valt ook dit besluit onder artikel 3A:64 Wft.

Om dichter aan te sluiten bij de tekst van de artikelen 3A:65 en 3A:66 Wft is "op grond van" vervangen door "ingevolge". Hiermee is geen inhoudelijke wijziging beoogd.

De tweede wijziging betreft het volgende.

AX

Met artikel 3A:65 Wft wordt artikel 85, vierde lid, aanhef en onderdeel b BRRD geïmplementeerd. Die bepaling schrijft voor dat het besluit (bedoeld is: een besluit tot het nemen van een crisisbeheersingsmaatregel) van de afwikkelingsautoriteit onmiddellijk afdwingbaar is en aanleiding geeft tot een "weerlegbaar vermoeden" dat een opschorting van de handhaving ervan tegen het algemeen belang indruist. Dit moet gelden, niet alleen met betrekking tot een besluit dat DNB neemt op grond van hoofdstuk 3A.1 Wft, maar ook met betrekking tot een besluit dat zij neemt op grond van de artikelen 16, 18 of 21 SRMR. Artikel 3A:65 Wft wordt dienovereenkomstig aangevuld.

Met betrekking tot artikel 3A:66 Wft, waarmee eveneens artikel 85, vierde lid, tweede alinea BRRD is geïmplementeerd, geldt hetzelfde. In dit artikel is bepaald dat rechtsgevolgen van een door de bestuursrechter vernietigd besluit in stand kunnen blijven.

AIJ

In verband met de vervanging in de BRRD van "in aanmerking komende passiva" door "bail-inbare passiva" wordt artikel 3A:70, eerste lid Wft aangepast.

AZ

Artikel 44bis BRRD bevat voorschriften met betrekking tot de verkoop van bepaalde passiva aan niet-professionele cliënten (in de Wft terminologie 'niet-professionele beleggers').

Met artikel 4:23a Wft wordt artikel 44bis BRRD geïmplementeerd. Artikel 44bis BRRD beoogt bescherming te bieden aan niet-professionele cliënten die in bepaalde risicovolle passiva beleggen. Deze bescherming is mede van belang om te bewerkstelligen dat effectief tot AFOMKI en bail-in kan worden overgegaan. Als immers een aanzienlijk deel van de achtergestelde MREL-schuldinstrumenten van een instelling wordt aangehouden door niet-professionele beleggers die mogelijk niet naar behoren werden gewezen op de relevante risico's, zou dit een belemmering voor de afwikkelbaarheid kunnen vormen, bijvoorbeeld vanwege het risico op *misselling claims*.

Anders dan de meeste bepalingen in de BRRD, ziet artikel 44bis BRRD op een overdracht (verkoop) in een normale niet-resolutie situatie van bepaalde in aanmerking komende passiva en kapitaalinstrumenten en schuldinstrumenten aan niet-professionele beleggers. Daarom is artikel 44bis BRRD geïmplementeerd in het Deel Gedragstoezicht financiële ondernemingen van de Wft en niet in het Deel Bijzondere maatregelen en voorzieningen betreffende financiële ondernemingen.

Artikel 44bis BRRD introduceert twee elementen: een geschiktheidstoets (geïmplementeerd in artikel 4:23a, eerste en tweede lid Wft) en een financiële drempel voor een aankooptransactie (geïmplementeerd in artikel 4:23a, vierde lid Wft). Voor beide onderdelen geldt dat artikel 44bis Wft als normadressaat de 'verkoper' van de instrumenten aanwijst. Het gebruik van de term verkoper suggereert dat (uitsluitend) de wederpartij in de verkooptransactie verantwoordelijk is voor het uitvoeren van de geschiktheidstoets en het bewaken van de financiële drempels. Echter, uit het doel en de context van de regeling volgt dat de bescherming aan niet-professionele beleggers niet uitsluitend dient te worden geboden bij een primaire uitgifte (het eerste moment waarop een bank de instrumenten op de markt brengt) maar ook bij latere transacties (de zogenoemde secundaire markt).

Transacties op deze secundaire markt zullen echter in veel gevallen plaatsvinden tussen partijen die elkaar niet kennen, bijvoorbeeld op een gereguleerde markt (effectenbeurs). In een dergelijke situatie ligt het niet in de rede dat de verkopende partij aan de eisen van artikel 44bis BRRD wordt onderworpen, sterker: hij kan daaraan niet voldoen. Om die reden is de normadressaat in artikel 4:23a Wft de beleggingsonderneming die beleggingsdiensten verricht.

De facto zal een voorgenomen aankoop van deze passiva door een niet-professionele belegger vrijwel altijd worden gefaciliteerd (uitgevoerd) door een beleggingsonderneming. Immers, deze zal in een dergelijk geval een beleggingsdienst als bedoeld in artikel 1:1 Wft uitvoeren. Daarnaast kan een beleggingsactiviteit ook leiden tot het overgaan van een instrument als bedoeld in het eerste lid op een niet-professionele belegger, namelijk bij handel op een zogeheten multi trading facility (MTF) of een organised trading facility (OTF). Indien de niet-professionele belegger rechtstreeks

handelt op de MTF of OTF rust de verplichting van het uitvoeren van de geschiktheidsstoets en de portefeuilleteoets op de exploitant van de MTF of OTF.

Ten aanzien van de geschiktheidsstoets in artikel 4:23a, eerste en tweede lid Wft geldt dat deze op het verlenen van alle beleggingsdiensten, bedoeld in artikel 1:1 Wft van toepassing is. De beleggingsonderneming dient er zich dus altijd van te vergewissen of de hier aan de orde zijnde instrumenten geschikt zijn voor de niet-professionele belegger. De financiële drempel in het vierde lid is uitsluitend van toepassing wanneer sprake is van een transactie of een voorgenomen transactie. Er mag door de beleggingsonderneming dus wel advies worden gegeven wanneer de niet-professionele belegger niet aan de genoemde drempels voldoet. Daarbij geldt dan wel dat het advies in wezen niet anders kan luiden dan dat de niet-professionele belegger geen aankoop kan doen, omdat hij door het niet-voldoen aan de voorwaarden in het vierde lid nooit tot een transactie kan komen. Dit brengt met zich mee dat de adviseur bij het inwinnen van de financiële positie de gegevens, genoemd in het derde die nodig zijn om te bepalen of al dan niet aan het vierde lid is voldaan moet inwinnen. Zonder deze informatie kan de geschiktheid niet worden bepaald.

Ten slotte wordt opgemerkt dat de reikwijdte van de richtlijn is beperkt tot, kort gezegd, banken en beleggingsondernemingen. Dat betekent dat, ondanks het feit dat artikel 44bis BRRD spreekt van 'verkopers' niet elke transactie onder het bereik van dit artikel valt. Dit artikel is niet van toepassing op het uitzonderlijke geval dat een niet-professionele belegger via een onderhandse transactie met een partij die geen beleggingsonderneming is (bijvoorbeeld een andere niet-professionele belegger) de relevante financiële instrumenten zou willen verwerven.

eerste lid

Onder in aanmerking komende passiva vallen alle passiva die voldoen aan de voorwaarden, bedoeld in artikel 72bis van de CRR, met uitzondering van artikel 72bis, eerste lid, onder b, en artikel 72ter, derde tot en met vijfde lid, van die verordening. Het gaat hier om zogenaamde 'senior non-preferred debt' schuldonstrumenten, een onlangs geïntroduceerde categorie schuldonstrumenten die bedoeld is om relatief eenvoudig aan bail-in te kunnen worden onderworpen.

De BRRD biedt in artikel 44bis, eerste lid, laatste volzin de mogelijkheid om het bereik van de bescherming voor niet-professionele beleggers uit te breiden tot andere instrumenten die als eigen vermogen of bail-inbare passiva zijn aangemerkt. Van deze mogelijkheid is gebruik gemaakt door ook zogenoemde additional Tier 1 en Tier 2 kapitaalinstrumenten in het eerste lid van artikel 4:23a Wft op te nemen. De ratio van de aanvullende bescherming voor niet-professionele beleggers en van het bewaken van de effectiviteit van een eventuele bail-in geldt evenzeer (temeer) bij deze kapitaalinstrumenten. De additional Tier 1 en Tier 2 kapitaalinstrumenten zullen in geval van resolutie immers in beginsel worden onderworpen aan de afschrijvings- en omzettingsbevoegdheden van DNB, en zijn dus 'eerder aan de beurt' dan de aan het begin van deze alinea genoemde in aanmerking komende passiva en er bestaat derhalve een vergelijkbaar risico als hiervoor omschreven. Om die reden is ervoor gekozen gebruik te maken van de lidstaattoptie om de reikwijdte van dit artikel uit te breiden. Er is voor gekozen om de reikwijdte

niet uit te breiden tot Tier 1 Kernkapitaalinstrumenten. De reikwijdte van artikel 4:23a Wft is dus breder dan enkel de in aanmerking komende passiva, genoemd in het eerste lid van artikel 44bis BRRD. Korthedshalve wordt in hierna echter gesproken van passiva.

tweede lid

In het tweede lid van artikel 4:23a Wft is opgenomen dat een beleggingsonderneming een toets dient uit te voeren om te beoordelen of de in het eerste genoemde passiva geschikt zijn voor de niet-professionele belegger. Daartoe wint de beleggingsonderneming informatie in over diens financiële positie, kennis, ervaring, doelstellingen en risicobereidheid. Deze geschiktheidstoets dient een beleggingsonderneming altijd uit te voeren ongeacht de beleggingsdienst die wordt verleend (dit in tegenstelling tot de beoordeling van de geschiktheid, opgenomen in artikel 4:23 Wft, die alleen geldt bij advies of individueel vermogensbeheer).

derde lid

Tevens dient de beleggingsonderneming op grond van het derde lid informatie in te winnen over de samenstelling van de portefeuille financiële instrumenten van de niet-professionele belegger. Ingevolge artikel 44bis, vierde lid, BRRD vallen 'kasdeposito's' in dit geval binnen een portefeuille 'financiële instrumenten' en 'in onderpand gegeven financiële instrumenten' daarbuiten. Dit wordt geïmplementeerd door het gebruik van de termen 'deposito' en 'zekerheidsrecht'.

vierde lid

Met het vierde lid wordt artikel 44bis, tweede lid BRRD geïmplementeerd. Dit lid bepaalt dat de passiva kunnen worden overgedragen aan een niet-professionele belegger indien diens portefeuille van financiële instrumenten op het tijdstip van de aankoop meer bedraagt dan € 500.000. De passiva kunnen ook aan een niet-professionele belegger worden overgedragen indien diens portefeuille minder bedraagt dan € 500.000 indien aan twee voorwaarden wordt voldaan. Ten eerste mag de niet-professionele belegger niet meer dan een totaalbedrag van 10% van zijn portefeuille van financiële instrumenten beleggen in passiva als bedoeld in artikel 4:23a, eerste lid, Wft en het initiële beleggingsbedrag dat wordt belegd in een of meer passiva dient ten minste € 10.000 te bedragen. Als tijdstip waarop wordt beoordeeld of is voldaan aan de grens van € 500.000, is in artikel 44bis BRRD gekozen voor "het tijdstip van de aankoop". Deze term is omgezet met "het moment van het verlenen van de beleggingsdienst".

Ingevolge het zevende lid van artikel 44bis kan het toepassingsbereik van deze bescherming in de tijd worden beperkt. Het zevende lid bepaalt dat de lidstaten niet verplicht zijn dit artikel toe te passen op in lid 1 bedoelde passiva die zijn uitgegeven vóór 28 december 2020. Gelet op het doel van de bepaling – het bieden van bescherming aan niet-professionele beleggers en het bewerkstelligen dat effectief tot AFOMKI en bail-in kan worden overgegaan – ligt het niet in de rede om reeds uitgegeven instrumenten van deze bescherming uit te sluiten. Van deze mogelijkheid wordt dus geen gebruik gemaakt.

BA

Artikel 5:71 Wft bepaalt, kort gezegd, dat eenieder die een overwegende zeggenschap verkrijgt in een naamloze vennootschap een openbaar bod uitbrengt op alle aandelen. Daarmee is artikel 5, eerste lid, van de richtlijn openbaar overnamebod geïmplementeerd.²⁹ Artikel 119 BRRD bepaalt dat dat artikel niet van toepassing is ingeval gebruik wordt gemaakt van de afwikkelingsinstrumenten-, bevoegdheden en -mechanismen, bedoeld in de BRRD. Artikel 119 BRRD heeft nog niet geleid tot een aanpassing van de Nederlandse wet. Deze omissie wordt thans geredresseerd in artikel 5:71 Wft. Bepaald is dat de verplichting tot het doen van een openbaar overnamebod niet geldt voor degene die een overwegende zeggenschap verkrijgt in een naamloze vennootschap die het bedrijf van bank of verzekeraar uitoefent of heeft uitgeoefend, en waarop een afwikkelingsinstrument als bedoeld in artikel 3A:1 Wft is toegepast, of ten aanzien waarvan een bevoegdheid als bedoeld in de artikelen 3A:49 en 3A:50 Wft is toegepast.

Aandacht verdient dat een persoon op verschillende manieren een overwegende zeggenschap kan verkrijgen. In de eerste plaats kan dat gebeuren doordat aan een persoon eigendomsinstrumenten worden overgedragen, bijvoorbeeld in het kader van de toepassing van het instrument van overdracht van de onderneming. In de tweede plaats kan dat gebeuren doordat een bijzondere bestuurder wordt aangesteld, als bedoeld in de artikelen 3A:49 Wft welke persoon tevens een overwegende zeggenschap verkrijgt.

Ten overvloede wordt opgemerkt dat de zinsnede "waarop een afwikkelingsinstrument (...) is toegepast" betrekking heeft op "een naamloze vennootschap die het bedrijf van bank of verzekeraar uitoefent of heeft uitgeoefend", en niet op "degene" in de aanhef van artikel 5:71, eerste lid.

De uitzondering is van toepassing wanneer een persoon overwegende zeggenschap verkrijgt in een naamloze vennootschap die het bedrijf van bank of verzekeraar uitoefent of heeft uitgeoefend. De cursieve woorden zijn opgenomen omdat kan worden betwijfeld of een bank wiens vergunning is ingetrokken omdat op hem een afwikkelingsmaatregel is toegepast, nog wel het bedrijf van bank uitoefent. Wanneer een bank niet langer bij het publiek deposito's of van andere terugbetaalbare gelden aantrekt, noch kredieten voor eigen rekening verleent doordat op haar een afwikkelingsinstrument is toegepast, geldt de uitzondering van artikel 5:71, eerste lid, onderdeel I Wft.

Voor de goede orde wordt gewezen op artikel 5:72, derde lid Wft op grond waarvan aan de Ondernemingskamer van het gerechtshof Amsterdam door onder andere de doelvennootschap kan worden verzocht om te bepalen dat de openbare biedingsplicht niet geldt indien de financiële toestand van de doelvennootschap en de met haar verbonden onderneming daartoe aanleiding geeft. Artikel 119 BRRD biedt geen ruimte voor een procedure bij een gerecht waarvan de uitkomst niet zeker is. Om die reden kan niet worden gezegd dat artikel 5:72, derde lid Wft volstaat voor de implementatie van artikel 119 BRRD.

Dat laatste kan ook worden gezegd met betrekking tot artikel 3A:6 Wft. Het derde lid van dat artikel bepaalt dat de daar genoemde besluiten niet onderworpen zijn aan enige beperking uit hoofde van de wet, statuten of overeenkomst. Dat lid ziet vooral op de daar genoemde besluiten.

²⁹ Richtlijn 2004/25/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 april 2004 betreffende het openbaar overnamebod (PbEU 2004, L 142)

Onduidelijkheid zou kunnen ontstaan over het antwoord op de vraag of die bepaling ook van toepassing is op de situatie die ontstaat na bijvoorbeeld een overdracht van eigendomsinstrumenten. Teneinde die onduidelijkheid weg te nemen, is een nieuw onderdeel I aan artikel 5:71, eerste lid Wft toegevoegd.

Tot slot wordt opgemerkt dat, nog afgezien ervan dat de uitzondering wordt voorgeschreven door artikel 119 BRRD, zij ook in lijn is met de uitzondering in artikel 5:71, eerste lid, onderdeel f Wft waarin is bepaald dat de uitzondering ook geldt voor de verkrijging van overwegende zeggenschap in een naamloze vennootschap waaraan voorlopige surseance van betaling is verleend of die in staat van faillissement is verklaard.

BB

De voorgestelde wijzigingen bieden DNB de mogelijkheid om bij overtreding van de gewijzigde of toegevoegde artikelen handhavend op te treden door middel van het opleggen van een last onder dwangsom of een boete. Hiermee wordt voldaan aan artikel 45duodecies, eerste lid, BRRD.

Artikel 3A:11b Wft geeft aan DNB de bevoegdheid om in bepaalde omstandigheden bepaalde uitkeringen te verbieden. Het opnemen van dit artikel moet zo worden opgevat dat de sanctie wordt gesteld op de overtreding van dat verbod, dus op het doen van bedoelde uitkeringen terwijl DNB dat heeft verboden.

Iets dergelijks geldt ook voor het opnemen van artikel 3A:13b en 3A:16a Wft. Op grond van artikel 3A:13b Wft kan DNB een entiteit verplichten om in een overeenkomst een bepaalde bepaling op te nemen. Het opnemen van dit artikel moet zo worden opgevat dat de sanctie wordt gesteld op het niet nakomen van die verplichting.

DNB kan op grond van artikel 3A:16a Wft besluiten tot vaststelling van de MREL overeenkomstig een instructie van de SRB. Het opnemen van dit artikel moet zo worden opgevat dat de sanctie wordt gesteld op het niet-nakomen van de verplichting tot het voldoen aan de MREL eis.

Zie voorts artikel 3A:20a Wft. Dat artikel geeft aan DNB de bevoegdheid om bepaalde verplichtingen op te schorten. Met het opnemen van dat artikel in de bijlagen is beoogd dat sancties kunnen worden gesteld op het toch voldoen aan die verplichtingen ondanks een opschorting.

II wijzigingen van de Faillissementswet

A

In artikel 212a Fw worden twee definities aangepast aan de BRRD.

B

In artikel 212g Fw wordt een definitie opgenomen van de BRRD, om de leesbaarheid van de artikelen 212ha en 212hg Fw te vergroten.

C

BRRD II vult de BRRD aan met artikel 32ter. Dat artikel heeft betrekking op de situatie waarin de afwikkelingsautoriteit oordeelt dat is voldaan aan de voorwaarde dat een instelling of entiteit faalt of waarschijnlijk zal falen en aan de voorwaarde dat alternatieve maatregelen van de particuliere sector het falen binnen een redelijk tijdsbestek zal voorkomen, maar waarin de afwikkelingsautoriteit tevens oordeelt dat niet is voldaan aan de voorwaarde dat een afwikkelingsmaatregel noodzakelijk is in het algemeen belang. Voor dat geval schrijft artikel 32ter BRRD voor dat de instelling of entiteit op ordelijke wijze wordt geliquideerd overeenkomstig het toepasselijk nationale recht. Naar aanleiding daarvan wordt artikel 212ha Fw gewijzigd. Ten opzichte van de huidige tekst wordt een aantal wijzigingen voorgesteld. De eerste is dat DNB het faillissement *moet* aanvragen indien aan de voorwaarden is voldaan. In de huidige tekst staat nog dat DNB het faillissement *kan* aanvragen. Bovendien is bepaald dat DNB dat binnen een redelijke termijn moet doen.

In dit verband wordt nog het volgende opgemerkt. Een parallel kan worden getrokken met artikel 37, zesde lid, BRRD. Daarin is bepaald dat, indien slechts een deel van de activa of passiva wordt overgedragen, het resterende deel van de instelling of entiteit volgens een normale insolventieprocedure wordt geliquideerd. Bij de omzetting van die bepaling is destijds opgemerkt dat het naar Nederlands recht aan de rechtbank is om te beslissen of een faillissement wordt uitgesproken.³⁰ Hetzelfde geldt ook ten aanzien van artikel 32ter BRRD. Het is aan de rechtbank om te beslissen of in een concreet geval is voldaan aan de voorwaarden om het faillissement uit te spreken. Daarom is bepaald dat in dat geval DNB aan de rechtbank Amsterdam binnen een redelijke termijn verzoekt om het faillissement uit te spreken. In dit verband worden nog twee opmerkingen gemaakt. De eerste is dat DNB dat ook dan doet wanneer de SRB de afwikkelingsautoriteit is en DNB instrueert om het faillissement aan te vragen.

De tweede opmerking is dat artikel 3A:30 BRRD besluit met de zinsnede "tenzij het voortbestaan van het overgebleven deel van de entiteit nodig is om de afwikkelingsdoelstellingen te verwezenlijken of om aan de beginselen, bedoeld in artikel 14, onderscheidenlijk artikel 15, eerste lid, van de [BRRD] te voldoen". Anders dan in artikel 3A:30 Wft, gaat het in artikel 32ter BRRD niet om een gedeelte van de instelling of entiteit waarop wel een afwikkelingsmaatregel wordt toegepast. Een zinsnede met dergelijke een strekking is dan ook niet opgenomen in artikel 32ter BRRD, en dus ook niet in artikel 212ha Fw.

Voorts wordt een nieuw vierde lid toegevoegd, dat bepaalt dat de omstandigheid dat DNB de vergunning van een bank heeft ingetrokken, niet eraan in de weg staat dat ten aanzien van die bank toepassing wordt gegeven aan de afdeling 11AA Fw. De achtergrond daarvan is dat discussie zou kunnen ontstaan over het antwoord op de vraag of DNB het faillissement van een bank waarvan zij de vergunning heeft ingetrokken kan aanvragen op grond van artikel 212ha Fw dan wel artikel 212hb Fw. Die discussie zou kunnen ontstaan doordat DNB het faillissement van een bank zonder vergunning kan aanvragen op grond van artikel 212hb Fw. Uiteraard is artikel 212hb Fw van toepassing op een "illegale bank", dat wil zeggen een bank die nooit een vergunning heeft gehad, of een bank die haar activiteiten heeft voortgezet ondanks het feit dat haar vergunning is

³⁰ Kamerstukken II, 2014/15, 34 208, nr. 3, blz. 97.

ingetrokken. Een bank waarvan DNB de vergunning heeft ingetrokken omdat DNB heeft geoordeeld dat zij faalt of waarschijnlijk zal falen en waarbij, kort gezegd, alternatieve maatregelen van de particuliere sector geen soelaas meer bieden, valt misschien naar de letter wel onder artikel 212hb Fw - zij heeft immers geen vergunning meer -, maar het is evident dat een dergelijke bank niet op één lijn kan worden gesteld met een illegale bank. Een dergelijke discussie heeft zich voorgedaan ten aanzien van verzekeraars. Daarom is in artikel 213abis, tweede lid Fw bepaald dat de omstandigheid dat DNB de vergunning van een verzekeraar heeft ingetrokken, niet eraan in de weg staat dat ten aanzien van die verzekeraar toepassing wordt gegeven aan de daar bedoelde afdeling. Artikel 213abis, tweede lid Fw is mutatis mutandis overgeschreven in artikel 212ha, vierde lid Fw.

D

De wijziging van artikel 212hg Fw maakt duidelijk dat de rechtbank moet beslissen of is voldaan aan de voorwaarden dat de bank of beleggingsonderneming faalt of zal falen en dat alternatieve maatregelen van de particuliere sector niet zullen volstaan. Voortaan wordt voor de voorwaarden rechtstreeks naar de BRRD verwezen en niet langer indirect via artikel 212ha Fw.

E

De bevoegdheid die in artikel 212hgd Fw aan DNB wordt toegekend kan in verschillende situaties van belang zijn. In de eerste plaats is dat in de situatie waarin DNB besluit tot overgang van gedeelten van de activa of passiva van een entiteit in afwikkeling en het resterende deel van de entiteit in faillissement wordt geliquideerd en, in de tweede plaats is dat in de situatie waarin DNB niet een afwikkelingsinstrument toepast op een entiteit, maar rechtstreeks het faillissement aanvraagt. Dat is het geval wanneer DNB van oordeel is dat afwikkeling niet in het algemeen belang is. Wanneer de rechtbank in de tweede situatie het faillissement uitspreekt, is het mogelijk dat de curator de rechten en verplichtingen doet overgaan op een derde indien hij daartoe een machtiging als bedoeld in artikel 212hga Fw heeft gekregen. In beide situaties kan de er bij de overnemer behoeft bestaan aan gegevens of bijstand dan wel aan diensten en faciliteiten die nodig zijn om de overnemer in staat te stellen de op hem overgegangene bedrijfsactiviteiten effectief uit te oefenen.

Eerst wordt het tweede lid toegelicht. Met dat lid wordt artikel 65, eerste lid, tweede zin, BRRD geïmplementeerd. Zie ook de toelichting op artikel 3A:36, tweede lid Wft. Op grond van dit lid kan DNB ook tijdens faillissement de bank die in staat van faillissement is verklaard en de rechtspersonen die met de entiteit een groep vormen als bedoeld in artikel 24b van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, verplichten tot het verschaffen van diensten en faciliteiten die nodig zijn om de verkrijger in staat te stellen de op hem overgegangene bedrijfsactiviteiten effectief uit te oefenen. Op grond van het eerste lid kan DNB ook tijdens faillissement de bank die in staat van faillissement is verklaard, de groepsentiteiten en de verkrijger verplichten tot het aan elkaar verstrekken van gegevens en verlenen van bijstand.

Artikel 65, eerste lid, tweede zin, BRRD maakt geen onderscheid tussen de situatie waarin de afwikkelingsautoriteit het faillissement aanvraagt omdat naar haar oordeel is niet is voldaan aan

het criterium van het algemeen belang, bedoeld in 18, vijfde lid, SRMR of artikel 212ha, eerste lid, Fw, en de situatie waarin de afwikkelingsautoriteit wel eerst een afwikkelinstrument heeft toegepast en vervolgens het faillissement aanvraagt (vgl. artikel 3A:30 Wft). In beide situaties moet DNB de verplichting kunnen opleggen om gegevens te verstrekken en bijstand te verlenen. Artikel 212hgd Fw is dan ook zo geredigeerd, dat het in beide gevallen van toepassing is. Het ligt voor de hand dat DNB vooral dan gebruik gemaakt van de hier toegekende bevoegdheid wanneer een entiteit failliet wordt verklaard nadat DNB eerst een afwikkelinstrument heeft toegepast. Het is evenwel voorstelbaar dat ook in het faillissement van een entiteit waarop niet eerst een afwikkelinstrument is toegepast, de curator rechten en verplichtingen op een derde doet overgaan. Ook in dat geval heeft DNB de hier bedoelde bevoegdheid.

F

Met artikel 212re Fw wordt artikel 48, zevende lid, BRRD geïmplementeerd. Laatstgenoemd artikel schrijft voor dat lidstaten ervoor zorgen dat alle vorderingen die voortvloeien uit eigenvermogensbestanddelen in hun nationale op normale insolventieprocedures toepasselijke recht een lagere rang hebben dan die van vorderingen die niet voortvloeien uit een eigenvermogensbestanddeel. Voor de goede orde wordt opgemerkt dat, zo lang de boedel niet toereikend is om alle schuldeisers te voldoen, aandeelhouders geen vordering hebben op de vennootschap (althans niet in hun hoedanigheid van aandeelhouder), en dus reeds om die reden geen aanspraak kunnen maken op een bedrag uit de boedel. Voor zover artikel 48, zevende lid, BRRD beoogt te bepalen dat aandeelhouders geen aanspraak hebben op de boedel zo lang vorderingen die niet voortvloeien uit eigenvermogensbestanddelen niet zijn voldaan, schrijft dat artikel dus iets voor dat reeds geldt op grond van het Nederlandse recht. Eigen vermogen bestaat echter niet alleen uit aandelen (tier 1-kernkapitaal), maar ook uit aanvullend tier-1 kapitaal en tier 2-kapitaal, waaronder ook achtergestelde leningen. Uit de aard der zaak hebben achtergestelde leningen een lagere rang dan niet-achtergestelde leningen (artikel 3:277, tweede lid, BW). Niet alle achtergestelde leningen worden evenwel gekwalificeerd als tier 2-instrumenten. Bijvoorbeeld behoren achtergestelde leningen met een oorspronkelijke looptijd van korter dan vijf jaar niet tot tier 2-instrumenten: zie artikel 63, aanhef en onderdeel g, van de CRR. Om een onderscheid te maken tussen vorderingen die op grond van de BRRD en de verordening kapitaalvereisten wel voortvloeien uit een eigenvermogensbestanddeel en vorderingen die dat niet doen, kan worden volstaan met te verwijzen naar de BRRD, waarin overigens weer wordt verwezen naar de CRR. De zinsnede "Voor zover dat niet reeds uit de wet volgt" beoogt te vermijden dat artikel 212rb Fw iets met betrekking tot de rangorde regelt dat op grond van de bestaande wet reeds geldt.

Het kan voorkomen dat een instrument slechts gedeeltelijk als een eigenvermogensbestanddeel wordt erkend. Dan rijst de vraag of dat instrument geheel dan wel gedeeltelijk moet worden behandeld als een uit een eigenvermogensbestanddeel voortvloeiende vordering met een lagere rang dan vorderingen die niet voortvloeien uit een eigenvermogensbestanddeel. Artikel 48, zevende lid, tweede alinea, BRRD bepaalt dat, voor dat geval dat het gehele instrument als zodanig moet worden behandeld. Dit is geïmplementeerd door in het voorgestelde artikel 212rb Fw te

bepalen dat dat artikel geldt met inachtneming van bedoelde alinea van artikel 48, zevende lid, BRRD.

G

Door deze wijziging wordt artikel 212hgd Fw ook van toepassing op beleggingsondernemingen.

De Minister van Financiën,