

Ministerie van Financiën
Postbus 20201
2500 EE DEN HAAG

Datum 22 Januari 2021
Referentie CONS9

Betreft: Consultatiereactie implementatiewet verliesabsorptie- en herkapitalisatiecapaciteit banken en beleggingsondernemingen

Geachte heer/mevrouw,

De Nederlandse Vereniging van Banken (NVB) maakt graag gebruik van de mogelijkheid om te reageren op de implementatiewet verliesabsorptie- en herkapitalisatiecapaciteit banken en beleggingsondernemingen. U treft onze opmerkingen hierbij aan.

1. Algemeen

In het voorgestelde wetsvoorstel en de Memorie van Toelichting is geen transponeringstabel opgenomen. Deze lijkt abusievelijk te zijn vergeten. Maar bij een dergelijk complex 'implementatie-bouwwerk' als onderhavig voorstel is dit des te belangrijker. Het is zowel voor begrip van de systematiek als voor de praktijk belangrijk dat op een overzichtelijke wijze duidelijk en herleidbaar is waar in de Nederlandse wet (met name de Wft) een BRRD-bepaling is geïmplementeerd en hoe (dus implementatie van een BRRD-bepaling door verwijzing naar de betreffende BRRD-bepaling, implementatie van een BRRD-bepaling door verwijzing ('hergebruik') van een equivalente SRMR-bepaling, non-implementatie van een BRRD-bepaling (of niet-volledige implementatie) omdat implementatie van de gehele bepaling (of een deel daarvan) niet nodig wordt geacht, en waarom niet (bijv. door verwijzing naar een bestaande Wft- of andere bepaling die materieel reeds hetzelfde bewerkstelligt)). Deze transponeringstabel zou verder kunnen worden aangevuld met de bepalingen uit het wetsvoorstel die niet in de richtlijn of SRMR staan maar zijn voorgesteld met het doel de BRRD en/of SRMR verder aan te vullen.

Verzoek 1: De NVB verzoekt de minister een transponeringstabel in het voorstel op te nemen.

In samenhang met voorgaande bullet: In de Memorie van Toelichting wordt op meerdere plaatsen benoemd dat ettelijke onderdelen al zijn opgenomen in de SRMR en dat er onderscheid is of bepaalde artikelen op alle banken of alleen een gedeelte van de banken van toepassing is, daar komt bij dat de SRMR door middel van verwijzing wordt 'hergebruikt' voor niet-banken. Het komt de inzichtelijkheid, begrijpelijkheid en hanteerbaarheid ten goede als hierin een verdere verduidelijking wordt opgenomen in de vorm van een schema of overzicht waarin is opgenomen welke artikelen voor welk soort entiteit en/of in welke situatie van toepassing of relevant zijn (dus wat volgens de Nederlandse wetgever al voor wie en welke situatie is geregeld in de SRMR en wat nog voor wie en

welke situatie in nationale regelgeving moet worden opgenomen en hoe die nationale regelgeving voor wie in welke situatie in de praktijk uitwerkt).

Verzoek 2: De NVB verzoekt de minister een dergelijk overzicht ter verdere verduidelijking in de Memorie van Toelichting op te nemen.

Daarnaast benadrukt de NVB nog een keer het belang van een continue duidelijke uitleg in de Memorie van Toelichting. De Memorie van Toelichting loopt uiteen van een zeer duidelijke en behulpzame uitleg over het hoe en waarom van bepaalde implementatiekeuzes tot een nogal beknopte toelichting, waarbij dan ons inziens niet of niet voldoende duidelijk en/of begrijpelijk is waarom bepaalde keuzes worden gemaakt (en waarom in bepaalde gevallen implementatie wel en vooral waarom in bepaalde gevallen niet nodig is).

Verzoek 3: De NVB verzoekt de minister de Memorie van Toelichting op alle onderdelen zo uitgebreid en inzichtelijk mogelijk te maken.

De minister geeft aan dat in bepaalde gevallen een aanname is gedaan over of bepaalde verschillen tussen de BRRD en SRMR wel of niet zijn beoogd.

Vraag 1: De NVB vraagt de minister aan te geven of deze aannames ook besproken zijn met de Commissie / DG FISMA en of zij deze aannames ondersteunen.

In bepaalde gevallen heeft de minister ervoor gekozen om bepaalde preciseringen en verduidelijkingen in BRRD- bepalingen niet over te nemen omdat deze naar het oordeel van de Minister (materieel gezien) niet noodzakelijk zijn. Wij vragen ons af of dat wenselijk is en het niet passender is om bij de richtlijntekst te blijven.

Vraag 2: Graag zouden wij de minister willen vragen de gemaakte keuzes nog eens te overwegen en in gevallen waarin de gemaakte keuzes worden gehandhaafd hiervan in de Memorie van toelichting een inzichtelijke afweging te geven en aan te geven wat hiervan de effecten zijn voor de praktijk.

2. Rol DNB

In de Wet op het financieel toezicht (Wft) wordt De Nederlandsche Bank (DNB) op verschillende plaatsen als bevoegd aangewezen. Echter, hierbij wordt niet verduidelijkt of dit DNB in de rol van bevoegde autoriteit ('competent authority') in CRR/CRD terminologie betreft of DNB als resolutieautoriteit. Een dergelijk onderscheid is bijvoorbeeld wel opgenomen in de BRRD. Uit de statuten van DNB (artikel 6a, lid 8) valt af te leiden dat binnen DNB dit onderscheid ook is aangebracht.

Vraag 3: Graag zouden wij de Minister willen vragen om in de Wet op het financieel toezicht aan te geven waar het DNB als bevoegde autoriteit of DNB als resolutieautoriteit betreft.

Op pagina 17 Memorie van Toelichting is het volgende opgenomen:

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.

Een nadere onderbouwing hiervan is welkom. DNB in haar rol van toezichthouder heeft een andere hoedanigheid dan die van afwikkelingsautoriteit en er is in dat kader bij DNB intern sprake van een zekere organisatiescheiding. Ons is niet duidelijk waarom de in de Richtlijn voorgeschreven verplichting van DNB om in haar hoedanigheid van afwikkelingsautoriteit DNB in hoedanigheid van toezichthouder te raadplegen geen implementatie behoeft of niet geïmplementeerd zou hoeven worden. Idem pagina 18 (Artikel 3A.16c).

Vraag 4: Wij vragen de minister de rol van DNB als resolutieautoriteit en die van DNB als toezichthouder en de raadplegingen in die diverse rollen expliciet te omschrijven en dit als zodanig aan te passen in de Memorie van Toelichting.

3. Artikel 212re faillissementswet - implementatie van artikel 48 (7) BRRD

De implementatie van het nieuwe lid 7 van artikel 48 BRRD behoeft wat de NVB betreft om een aantal redenen bijzondere aandacht. Artikel 48 (7) heeft betrekking op de insolventie-rangorde van eigenvermogen-bestanddelen (zoals eigenvermogen-instrumenten) in de zin van Verordening (EU) Nr. 575/2013 (de CRR). Wij zullen hierna steeds spreken van 'kapitaalinstrumenten', waarmee we dan primair bedoelen instrumenten die zijn uitgegeven met het oogmerk om te kwalificeren als CET1, AT1 of Tier 2 kapitaal in de zin van de CRR (of als zodanig geheel of gedeeltelijk op grond van deel 10 CRR 'gegrandfathered' zijn), en de vorderingen die daar uit voortvloeien. Om twee redenen behoeft de implementatie van artikel 48 (7) bijzondere aandacht:

- Kapitaalinstrumenten hebben een belangrijke functie als *going concern* en/of *gone concern* verliesabsorptievermogen van banken. Voor zowel banken (uitgevers), investeerders, toezichthouders en resolutieautoriteiten is het van groot belang dat er zoveel mogelijk duidelijkheid is over belangrijke karakteristieken van deze instrumenten, waaronder het voor de kwalificatie als kapitaal vereiste en beoogde niveau van achterstelling en dus de plaats in de crediteuren-hiërarchie (insolventierangorde). Dit is zowel relevant in de fase van uitgifte (documentatie, 'terms and conditions' en prijsstelling), als ook de behandeling van deze instrumenten bij insolventie en resolutie.
- Zoals hieronder zal worden toegelicht behelst de implementatie van artikel 48(7) in het voorgestelde artikel 212re Fw een fundamentele wijziging van de werking van het Nederlandse faillissementsrecht ten aanzien de achterstelling van kapitaalinstrumenten. In samenhang met het bovenstaande punt achten wij op een aantal punten een verduidelijking van de werking van deze nieuwe bepaling zeer wenselijk.

In de contractuele bepalingen van de kapitaalinstrumenten wordt uiteraard al een belangrijk deel geregeld, maar de onderhavige wijziging van de wet kan ingrijpen in bestaande contractuele relaties en geeft nieuwe kaders waarmee voor nieuwe contractuele relaties rekening moet worden gehouden. Het is daarbij wenselijk dat de werking en gevolgen van de wet zoveel mogelijk duidelijk zijn.

Achtergrond

Wil een instrument als kapitaalinstrument onder de CRR kwalificeren en meetellen bij het kapitaal dan moet deze onder andere het juiste niveau van achterstelling in insolventie hebben zoals vereist in artikel 28, 52 en 63 CRR. De CRR zelf schrijft niet voor op welke wijze deze achterstelling tot stand dient te komen. In Nederland en een aantal andere lidstaten heeft de achterstelling van

kapitaalinstrumenten een uitsluitend civielrechtelijke basis (statutair of contractueel). Voor CET1 kapitaalinstrumenten zoals aandelen in aandelenvennootschappen en participaties in onderlinge waarborgmaatschappijen en coöperaties, heeft de achterstelling een statutaire basis; de instrumenten geven een (al dan niet gelimiteerde) aanspraak op (een uitkering uit) het liquidatiesaldo nadat alle crediteuren zijn voldaan. Voor AT1 en Tier 2 instrumenten komt de achterstelling tot stand door 'contractueel' in de voorwaarden conform artikel 3:277 BW te bepalen ten opzichte van welke (kapitaal)instrumenten en/of andere crediteuren het betreffende kapitaalinstrument is achtergesteld, ten opzichte van welke andere instrumenten en/of instrumenttypen deze een gelijke rang heeft (pari passu), en aan te geven ten opzichte van welke instrumenten en/of instrumenttypen deze een hogere rang heeft. Hoewel een bank bij het uitgeven van een kapitaalinstrument de voorwaarden, waaronder de mate van achterstelling, zodanig zal vormgeven dat het instrument onder de CRR als het beoogde type kapitaalinstrument kwalificeert en op die manier meetelt bij het kapitaal, heeft voor een eenmaal uitgegeven instrument de status van de prudentiële kwalificatie onder de CRR als kapitaal andersom geen invloed op de mate van achterstelling. Dat betekent in de huidige Nederlandse systematiek ook: de mate achterstelling is wel relevant voor de kwalificatie als kapitaal, maar als een kapitaalinstrument (onverhoopt en om welke reden dan ook) haar kwalificatie als kapitaalinstrument verliest heeft dit in beginsel geen gevolgen voor het niveau van de achterstelling en rangorde in insolventie.

Werking 212re Fw

De fundamentele wijziging die voortvloeit uit artikel 48 (7) en de implementatie daarvan in artikel 212re Fw komt er op neer dat ten aanzien van het civielrechtelijke en als zodanig in de voorwaarden vormgegeven beoogde niveau van achterstelling van een kapitaalinstrument *binnen* de rangorden van kapitaalinstrumenten, er nu in zekere zin een bijkomstige, aanvullende en *doorlopende* voorwaardelijkheid wordt geïntroduceerd, namelijk dat het betreffende instrument ook daadwerkelijk als kapitaalinstrument kwalificeert. Dit is relevant voor elke situatie waarin een bank meerdere kapitaalinstrumenten heeft uitstaan. Het effect van bovengenoemde voorwaardelijkheid is in die situatie als volgt: verliest na het van kracht worden van 212re Fw een instrument ooit en om welke reden dan ook de prudentiële kwalificatie als kapitaal dan is direct, als gevolg van die diskwalificatie niet meer aan deze doorlopende bijkomstige voorwaardelijkheid voor de beoogde niveau van achterstelling voldaan, en zal op grond van artikel 212re Fw *van rechtswege* het oorspronkelijke civielrechtelijke vormgegeven niveau van achterstelling niet geheel meer aan de orde zijn, indien er zich nog wel als kapitaal kwalificerende instrumenten binnen of boven dit oorspronkelijke niveau bevinden. Het instrument zal dan immers van rechtswege effectief een hogere rang krijgen ten opzichte van nog wel als kapitaal kwalificerende instrumenten. Een dergelijke bijkomstige voorwaardelijkheid ten aanzien van het beoogde niveau van achterstelling binnen de rangorde van kapitaalinstrumenten bestaat op dit moment in Nederland niet. In de huidige situatie is het juiste niveau van achterstelling wel een voorwaarde voor (en dus van invloed op) de kwalificatie als kapitaal onder de CRR, maar andersom is de status van de kwalificatie als kapitaal geen voorwaarde voor (en dus niet van invloed op) de werking van het civielrechtelijk beoogde en (statutair of contractueel) vormgegeven niveau van achterstelling en daarmee de rangorde in insolventie. Dat wordt met 48(7) BRRD II en 212re Fw dus anders.

Relatie tot AFOMKI en Bail-in

Artikel 48(7) BRRD II kan worden beschouwd als een 'afrondende' stap in het harmonisatie proces tussen het insolventierecht in Europese lidstaten en de voorgeschreven volgorde behandeling van kapitaalinstrumenten bij de toepassing van de afschrijving en omzetting van kapitaalinstrumenten (AFOMKI) en Bail-in bevoegdheden die met BRRD I zijn geïntroduceerd. Immers, met BRRD I was al een keuze gemaakt om bij de volgorde van toepassing van deze bevoegdheden ten aanzien van de eerste meest achtergestelde 'lagen' aan te grijpen bij uitsluitend de prudentiële kwalificerende instrumenten, dus alleen instrumenten die als CET1, AT1 en T2 kapitaal kwalificeren. Pas daarna wordt bij de volgorde voor het overige de insolventierangorde in acht genomen worden. De insolventierangorde speelt echter ook ten aanzien van de meest achtergestelde lagen een rol in het

kader van de toetsing aan het *no-creditor-worse-off beginsel*. Bovenstaande volgorde van toepassing van AFOMKI en bail-in betekent dat bijvoorbeeld instrumenten, waaronder bijvoorbeeld volledig gediskwalificeerde (voormalig) kapitaalinstrumenten, die vanwege de civielrechtelijke vormgeving een gelijke of grotere mate van achterstelling hebben dan wel kwalificerende kapitaalinstrumenten, pas kunnen worden afgeschreven of omgezet *na* de wel als kapitaal kwalificerende instrumenten. Met 48(7) wordt beoogd uit te sluiten dat een dergelijke situatie (dat een niet of niet meer kwalificerend instrument of andere vordering een gelijke of lagere rang heeft in insolventie heeft dan kwalificerende kapitaalinstrumenten) zich nog kan voordoen.

Verdere verduidelijking werking 212re Fw

Hoewel wij menen dat de complexiteit van 48(7) in het Europese wetgevingsproces is onderschat en er onvoldoende de tijd genomen om de gevolgen in lidstaten in kaart te brengen (het nieuwe lid 7 is in een vrij laat stadium ingebracht), is in het licht van bovenstaande de introductie van artikel 48(7) op zichzelf niet onbegrijpelijk. Echter, zoals eerder aangegeven acht de NVB meer duidelijkheid over de werking van deze nieuwe bepaling in het Nederlands recht van groot belang. Zoals hieronder nader toegelicht is in dat kader de NVB van mening dat ten aanzien van in elk geval twee aspecten van de werking van het artikel 212re Fw een verduidelijking wenselijk is. In beide gevallen gaat het om de werking (de gevolgen van rechtswege) van deze bepaling in het geval een als kapitaal kwalificerende instrument om welke reden dan op enig moment ook deze kwalificatie volledig verliest.

1. In het geval dat een instrument om welke reden dan ook op enig moment volledig haar prudentiële kwalificatie als kapitaalinstrument (i.e. eigenvermogen bestanddeel) verliest, is het belangrijk dat duidelijk is welke eventuele nieuwe, hogere rang het voormalige kapitaalinstrument al dan niet van rechtswege na die diskwalificatie precies zal innemen in het Nederlandse insolventierecht.
2. In het geval dat een instrument om welke reden dan ook volledig haar prudentiële kwalificatie als kapitaalinstrument verliest en als gevolg daarvan van rechtswege een eventuele nieuwe, hogere rang zal innemen, is het belangrijk dat duidelijk is wat de gevolgen daarvan zijn voor eventuele (contractuele) achterstellings- en pari passu-bepalingen en senioriteitsverwijzingen over en weer tussen (en in) enerzijds het voormalige kapitaalinstrument, en anderzijds en andersom, voor zover aanwezig, steeds kwalificerende (uitstaande) kapitaalinstrumenten.

Ad. 1 Rangorde van een gediskwalificeerd kapitaalinstrument

Onder artikel 212re Fw zal een instrument, als dat instrument ooit en om welke reden dan ook, haar kwalificatie als kapitaalinstrument verliest, ten opzichte van eventuele nog wel kwalificerende kapitaalinstrumenten van rechtswege een nieuwe, hogere rang krijgen dan het instrument (op basis van de civielrechtelijke kenmerken) eerst had. De vraag is dan welke nieuwe rang dat instrument inneemt. Er zijn meerdere zienswijzen denkbaar:

- A. Het instrument verliest haar civielrechtelijk vormgegeven en bepaalde achter- en/of gelijkstelling ten opzichte van, voor zover aan de orde, nog wel kwalificerende kapitaalinstrumenten, maar behoudt haar civielrechtelijk vormgegeven achterstelling en/of gelijkstelling ten opzichte van overige crediteuren en eventuele andere volledig gediskwalificeerde instrumenten. Met andere woorden, een kapitaalinstrument zal na diskwalificatie qua rangorde een plaats innemen tussen het prudentiële kapitaal en de concurrente ('non-preferred' senior en 'preferred' senior) vorderingen.
- B. Het instrument verliest na diskwalificatie volledig haar civielrechtelijk vormgegeven achter- en/of gelijkstelling, er is na diskwalificatie sprake van een concurrente (senior) vordering, specifiek 'senior preferred'.

De NVB is van mening dat het in de rede ligt dat de eerste zienswijze (A) het meest voor de hand ligt. Echter zoals gezegd is hier sprake van interpretatieruimte.

Vraag 5: De NVB vraagt aan de minister om dit (in de Memorie van Toelichting) te verduidelijken.

Ad. 2 Werking van onderlinge achterstellings- en pari-passu bepalingen

Zoals verder hierboven uiteengezet heeft de beoogde en voor de kwalificatie als kapitaal vereiste mate van achterstelling van kapitaalinstrumenten in Nederland een civielrechtelijke basis. Dit zal, behoudens de hierboven genoemde invloed van de aanvullende voorwaardelijkheid die geldt in geval er meerdere kapitaalinstrumenten uitstaan, niet veranderen. Bij AT1 en Tier 2 kapitaalinstrumenten wordt de civielrechtelijke achterstelling thans gerealiseerd door bij de voorwaarden over de achterstelling precies te bepalen ten opzichte van welke andere (specifieke en/of type) kapitaalinstrumenten en/of (andere) crediteuren het instrument is achter- en gelijkgesteld en aan te geven ten opzichte van welke andere (specifieke en/of type) kapitaalinstrumenten een hogere rang heeft zodat hier geen discussie over kan ontstaan. Dit betekent dat er sprake is van een stelsel van relatieve verwijzingen over en weer tussen instrumenten.

De vraag die nu echter als gevolg van artikel 212re Fw aan de orde komt is hoe deze civielrechtelijke achterstellings- en pari passu-bepalingen en senioriteitsverwijzingen in geval van een diskwalificatie van een kapitaalinstrument moeten worden beschouwd. Immers, als een kapitaalinstrument haar kwalificatie verliest, betekent het in eerste instantie dat deze van rechtswege een hogere rang zal krijgen dan nog wel kwalificerende kapitaalinstrumenten. Echter wanneer in de voorwaarden van nog wel kwalificerende kapitaalinstrumenten is bepaald of aangegeven dat deze 'pari passu' respectievelijk senior zijn ten opzichte van (onder andere) het specifieke gediskwalificeerde kapitaalinstrument, kan dat dan bijvoorbeeld betekenen dat deze instrumenten civielrechtelijk 'naar boven' worden meegetrokken en zodoende hun vereiste mate van achterstelling verliezen waardoor deze zelf ook niet meer als kapitaal kwalificeren? De NVB is van mening dat dit niet de bedoeling geweest kan zijn van artikel 48(7) en artikel 212re Fw.

Vraag 6: De NVB vraagt daarom ook aan de minister om (in de Memorie van Toelichting) te verduidelijken dat in geval van een volledige diskwalificatie van een kapitaalinstrument eventuele achterstellingsbepalingen en pari passu bepalingen ten aanzien van (in beginsel) nog wel kwalificerende kapitaalinstrumenten geen effect meer hebben, en andersom, dat pari passu bepalingen senioriteitsverwijzingen in (in beginsel) nog wel als kwalificerende kapitaalinstrumenten ten aanzien van een gediskwalificeerde kapitaalinstrument ook geen effect meer hebben.

Voor de volledigheid is opgemerkt dat, het verder in de rede lijkt te liggen dat voor zowel het bij Ad 1 als het bij Ad 2 verzochte geldt dat voor de gevallen waarin een kapitaalinstrument om welke reden dan ook ten onrechte blijkt te zijn gediskwalificeerd, en de kwalificatie als kapitaal weer van toepassing wordt, dat dan het omgekeerde dient te gelden: het instrument zal dan (tenzij anders bepaald in de voorwaarden) weer terugvallen naar haar oorspronkelijke rang (ad1) en eventuele achterstellings- en/of pari passu bepalingen ten opzichte van andere kapitaalinstrumenten zullen dan weer van toepassing zijn (ad 2).

4. Verhouding tussen artikel 3A:49 en 3A:49a Wft

Met artikel 3A:49a Wft wordt artikel 63, eerste lid, onderdeel I, BRRD geïmplementeerd. Deze bepaling schrijft voor dat de afwikkelingsautoriteit bevoegd is om (i) het leidinggevend orgaan en (ii) het hogere management van een instelling te ontslaan of te vervangen. Volgens de Memorie van Toelichting omvat de term leidinggevend orgaan zowel het bestuur als de raad van commissarissen in de zin van boek 2 BW.

- Uit de Memorie van Toelichting blijkt niet duidelijk wat het verschil is in het beoogde rechtsgevolg en/of de werking tussen artikel 3A:49 Wft en artikel 3A:49a Wft. Als wij de Memorie van Toelichting goed begrijpen, bieden beide artikelen een grondslag voor het arbeidsrechtelijke en vennootschapsrechtelijke ontslag en/of het vervangen van het leidinggevend orgaan. De afwikkelingsautoriteit lijkt de keuze te krijgen om het vervangen van het leidinggevend orgaan te baseren op een van beide artikelen.

Vraag 7: De NVB vraagt de minister om in de Memorie van Toelichting nader toe te lichten:

- o A. wat de verschillen zijn in het beoogd rechtsgevolg tussen beiden artikelen;
 - o B. of met artikel 3A:49 Wft het vennootschappelijk ontslag kan worden bewerkstelligd; en
 - o C. of beide artikelen naast elkaar nodig zijn.
- Artikel 63 BRRD verwijst naar het ontslaan of vervangen van het leidinggevend orgaan. Naar de letter genomen betekent dit dat alleen het leidinggevend orgaan als geheel kan worden ontslagen of vervangen en niet een of meer individuele leden. In de Memorie van Toelichting wordt bij artikel 3A:49A opgemerkt dat een redelijke uitleg met zich mee brengt dat die beperking daarin niet moet worden gelezen. In de Memorie van Toelichting wordt dit echter niet nader toegelicht. Op grond van artikel 3A:49 Wft lijkt deze mogelijkheid er niet te zijn. De afwikkelingsautoriteit treedt immers in de rechten en bevoegdheden van het betreffende (hele) orgaan.
De mogelijkheid om individuele bestuurders/commissarissen te ontslaan of te vervangen levert vragen op over de rechtspositie van de zittende bestuurder(s)/commissaris(sen). Het is belangrijk dat hierover duidelijkheid ontstaat.

Vraag 8: De NVB vraagt de minister in de Wft duidelijk te maken:

- hoe de rol van de zittende bestuurder(s)/commissarissen zich verhoudt tot de bevoegdheden van de bijzonder bestuurder/DNB/door DNB benoemde commissaris; en
 - wat dit betekent voor de collectieve verantwoordelijkheid van het bestuur en de Raad van Commissarissen zoals vastgelegd in boek 2 BW.
- Met betrekking tot de Raad van Commissarissen vermeldt de Memorie van Toelichting het volgende:

“Ook hier geldt dat het gewenst is dat DNB de bevoegdheid tot ontslag rechte 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.”

Artikel 2:161a BW ziet op structuurvennootschappen en schrijft onder andere voor dat bij het ontslag van de Raad van Commissarissen de Ondernemingsraad betrokken moet worden.

Vraag 9: Kan de Minister toelichten of dit vereiste al dan niet komt te vervallen?

5. Artikel 3A:57a beding in overeenkomst erkenning door partijen van bevoegdheden

De Nederlandse banken onderschrijven de keuze om artikel 71bis (2) van de BRRD niet op alle Nederlandse moederondernemingen toe te passen, mede in het licht van de formulering van de

Memorie van Toelichting. Echter, artikelen 1:76ba en 3A:57a geven DNB de bevoegdheid artikelen 71a (2) van de BRRD op een discretionaire basis toe te passen. Hoewel deze benadering van een discretionaire bevoegdheid inderdaad voor de hand ligt, is onduidelijk op welke gronden DNB deze bevoegdheid kan inzetten. Anders geformuleerd, er ontstaat door deze bepaling – zonder verdere toelichting - onduidelijkheid over de uitvoering van deze bepaling in de praktijk. De betreffende Nederlandse moederondernemingen kunnen zich hierdoor niet voorbereiden op een eventueel door DNB uitgeoefende bevoegdheid. Dit is met name relevant indien de betreffende groep waaraan de Nederlandse moederonderneming aan het hoofd staat beperkte activiteiten in derde landen voert. Daarnaast is het niet duidelijk conform welke tijdslijnen de bepalingen in artikelen 1:76ba en 3A:57a zouden moeten toegepast indien een Nederlandse moederonderneming zich in deze situatie bevindt.

Vraag 10: De NVB vraagt de minister een nadere verduidelijking geven op deze bepaling opdat de gesignaleerde en benoemde complicaties in de praktijk worden weggenomen en voorkomen.

Ook heeft de NVB een vraag over de rolverdeling bij de toepassing van deze bepaling tussen DNB en waar aan de orde de SRB (zie vraag 14).

6. Enkele opmerkingen bij de Memorie van Toelichting:

Commentaar m.b.t. MvT onderdeel 'Doel herziening' (p. 3 – 4)

Er wordt opgemerkt dat BRRD I niet bepaalde hoe MREL precies moest worden berekend. Dat lijkt gelet op het detailniveau van de hierna genoemde technische reguleringsnormen wat kort door de bocht. Er wordt verder in de tekst chronologisch verwezen naar de "Routekaart voor de voltooiing van de bankenunie" van de Raad uit 2016 en vervolgens naar de huidige technische reguleringsnormen voor de vaststelling van MREL. Deze weergave geeft ons inziens een wat vertroebelde weergave van zaken. De vrij gedetailleerde technische reguleringsnormen waar naar wordt verwezen (Commission Delegated Regulation (EU) 2016/1450) dateren weliswaar van 2016, maar zijn niet een uitvloeisel van de Roadmap. Deze vloeiden voort uit artikel 45 BRRD I. De consultatie over deze reguleringsnormen door de EBA dateert van 2014. De afronding door de Commissie in mei 2016.

Vraag 11: De NVB vraagt de minister om, indien de bovenstaande observaties worden gedeeld, de Memorie van Toelichting hierop aan te passen.

Commentaar m.b.t. MvT onderdeel 'Wetswijzigingen naar aanleiding van BRRD II' (p. 9 – 22)

Op pagina 12 staat:

"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."

Wij vragen ons af of deze redenering helemaal juist is. Allereerst gaat het hierbij om een in de richtlijn verplichte taak ten aanzien van concrete resolutieplannen. Mocht er bij een concreet resolutieplan inderdaad geen sprake zijn van (beoogde) aanvullende maatregelen dan is er aan

deze verplichting voldaan, maar de aanname dat er in het geheel geen sprake kan zijn van dergelijke maatregelen lijkt ons geen goed argument om deze bepaling niet te implementeren. Europese en Nederlandse regelgeving kunnen immers ook wijzigen. Bovendien, een resolutieplan kan betrekking hebben op een gehele groep. Binnen een resolutiegroep waar een resolutieplan betrekking op heeft kan ook sprake zijn van niet-bank en niet-beleggingsondernemingen die wel onder toezicht staan van DNB en ten aanzien waarvan er, onverschillig of in afwijking van bijvoorbeeld een 'single point of entry strategie', bevoegdheden zijn en maatregelen genomen zouden kunnen worden die niet een basis hebben in de BRRD of SRMR.

Vraag 12: De NVB vraagt de minister bovenstaande opmerking in overweging te nemen en zo nodig het wetsvoorstel aan te passen.

Op pagina 15 staat:

“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 behoeft. Dat is nog steeds het geval. De wijziging van artikel 44, vierde lid, BRRD leidt dus niet tot een wijziging van enig wetsartikel.”

Een nadere onderbouwing is welkom. Deze bepaling gaat over de bijdragen door het resolutiefonds in geval van een strijd met het NCWO beginsel.

Vraag 13: Kan de minister nader toelichten waarom implementatie niet nodig was en thans niet nodig is?

Commentaar m.b.t. MvT onderdeel ‘Contractuele erkenning van bevoegdheden’ (p. 22 – 24)

Artikel 71bis (2) inzake de contractuele ‘erkenning’ in financiële contracten van dochters gevestigd in derde landen betreft een lidstaatoptie. In het wetsvoorstel en de Memorie van Toelichting wordt echter een substantiële rol aan DNB toebedeeld voor wat betreft de oplegging, scope en handhaving. De vraag is of dat voor banken waarvoor de SRB primair de resolutieautoriteit is wel wenselijk en/of passend is. Het is niet duidelijk hoe de rolverdeling tussen de SRB en DNB, al dan niet binnen het IRT, in dat kader moet worden gezien en zou kunnen uitwerken. Deze bevoegdheidstoedeling volgt niet zodanig uit de BRRD. Het zou het meest logisch en in lijn met de systematiek van de Richtlijn zijn als de invulling van de betreffende rol wordt ingevuld door de voor de voor elke bank bevoegde resolutie autoriteit.

Vraag 14: De NVB vraagt de minister hier nader op in te gaan en over de gemaakte keuzes een nadere toelichting en analyse te geven.

Vraag 15: Ook vraagt de NVB de minister om een nadere toelichting te geven op de (waar aanwezig, passend en opportuun) samenwerking van DNB met de SRB.

7. Enkele suggesties voor correcties bij de Memorie van Toelichting:

M.b.t. MvT onderdeel ‘Wetswijzigingen naar aanleiding van BRRD II’ (p. 9 – 22)

Pagina 10 bevat volgens ons een onjuiste beschrijving van het begrip ‘in aanmerking komende passiva’.

*“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~~ in **aanmerking komende passiva**, om zodoende de toepassing van bail-in makkelijker te maken (de zogeheten externe MREL).”*

Het begrip ‘in aanmerking komende passiva’ moet ons inziens niet worden vereenzelvigd met ‘achtergestelde passiva’. Voor achterstelde in aanmerking komende passiva is een afzonderlijke definitie geïntroduceerd in artikel 2 (1) (71b) BRRD.

Vraag 16: De NVB vraagt de minister de Memorie van Toelichting aan te passen.

Pagina 16

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 BRRD~~ kunnen dan ook worden geïmplementeerd door de huidige verwijzingen in de artikelen 3A:14 tot en met 3A:16 Wft aan te passen.

*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 **blootstelling**).*

Bovenstaande betreft een tekstsuggestie ter correctie respectievelijk verduidelijk, voor dat laatste geldt immers dat de leverage ratio en leverage ratio requirement uit de CRR moeten worden onderscheiden van de leverage ratio blootstelling.

Vraag 17: De NVB vraagt de minister de Memorie van Toelichting aan te passen.

We hopen nadrukkelijk dat u bij de vervolgstappen in het kader van dit wetsvoorstel rekening houdt met de door ons genoemde vragen en verzoeken.

We zijn vanzelfsprekend graag beschikbaar voor eventuele vragen en een nadere toelichting.

Met vriendelijke groet,

Eelco Dubbeling

Directeur