

Wijziging van de Wet op het financieel toezicht, de Faillissementswet en de Bankwet 1998 in verband met aanpassingen van het crisisaanpak voor banken en beleggingsondernemingen ter aanvulling op de implementatie van Richtlijn 2014/59/EU en Richtlijn (EU) 2019/879 betreffende het kader voor herstel en afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen (Wet nadere uitvoering BRRD-implementatie)

MEMORIE VAN TOELICHTING

ALGEMEEN

§ 1. Inleiding

Dit wetsvoorstel voorziet in wijzigingen van de Wet op het financieel toezicht (Wft), de Faillissementswet (Fw) en de Bankwet 1998 en geeft hiermee nadere uitvoering aan de implementatie van de richtlijn herstel en afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen (BRRD I)¹ en de richtlijn verliesabsorptie- en herkapitalisatiecapaciteit van banken en beleggingsondernemingen (BRRD II)². Deze twee richtlijnen vormen samen met de verordening inzake een gemeenschappelijk afwikkelingsmechanisme (SRMR)³ het Europeesrechtelijk afwikkelingskader voor banken en beleggingsondernemingen en zijn in Nederlandse wetgeving omgezet middels de Implementatiewet Europees kader voor herstel en afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen en de Implementatiewet verliesabsorptie- en herkapitalisatiecapaciteit van banken en beleggingsondernemingen. Omdat het noodzakelijk is gebleken om op onderdelen de implementatie van de BRRD⁴ aan te vullen en te verbeteren, is onderhavig wetsvoorstel opgesteld. Het onderhavige wetsvoorstel treedt bij koninklijk besluit in werking op een nader te bepalen tijdstip. Naast dit voorstel zal met een algemene maatregel van bestuur en een ministeriële regeling worden voorzien in de wijzigingen van lagere regelgeving die gepaard gaan met dit wetsvoorstel. Het voorliggende wetsvoorstel en bijbehorende toelichting is in overeenstemming met de Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid – Rechtsbescherming opgesteld.

Op Europees niveau wordt onderhandeld door de Raad en het Europees Parlement over de in april 2023 gepubliceerde voorstellen⁵ tot aanpassing van de

¹ Richtlijn 2014/59/EU van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 betreffende de totstandbrenging van een kader voor het herstel en de afwikkeling van kredietinstellingen en beleggingsondernemingen en tot wijziging van Richtlijn 82/891/EEG van de Raad en de Richtlijnen 2001/24/EG, 2002/47/EG, 2004/25/EG, 2005/56/EG, 2007/36/EG, 2011/35/EU, 2012/30/EU en 2013/36/EU en de Verordeningen (EU) nr. 1093/2010 en (EU) nr. 648/2012, van het Europees Parlement en de Raad (Bank Recovery and Resolution Directive I).

² 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 (Bank Recovery and Resolution Directive II).

³ Verordening (EU) 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.

⁴ Wanneer hierna 'BRRD' gebruikt wordt, wordt bedoeld op de geconsolideerde versie van de oorspronkelijke richting inclusief alle wijzigingen.

⁵ https://finance.ec.europa.eu/publications/reform-bank-crisis-management-and-deposit-insurance-framework_en.

BRRD, SRMR en de richtlijn depositogarantiestelsels (Deposit Guarantee Schemes Directive – DGSD).⁶ De eventuele wijzigingen die uit dit traject zullen voortvloeien zullen middels een separaat wetgevingstraject worden geïmplementeerd.

In paragraaf 2 wordt kort ingegaan op het afwikkelingsraamwerk dat met de BRRD en de SRMR tot stand is gekomen. Daarna wordt de aanleiding voor dit voorstel besproken in paragraaf 3. In paragraaf 4 worden de hoofdlijnen van het onderhavige wetsvoorstel beschreven. In paragraaf 5 wordt stilgestaan bij de financiële gevolgen en de regeldruk. In paragraaf 6 wordt aandacht besteed aan de uitvoering en in paragraaf 7 wordt de uitkomst van de internetconsultatie besproken. Daarna volgt een artikelsgewijze toelichting. Als bijlage is een tabel opgenomen ter aanvulling op de implementatietabellen van de BRRD I en BRRD II, om weer te geven welke artikelen in de Nederlandse wetgeving zijn aangepast en welke BRRD-artikelen daarmee corresponderen.

§ 2. Afwikkelingsraamwerk

Banken en beleggingsondernemingen⁷ vervullen een kritieke functie in de economie, de financiële markten en het betalingsverkeer. Omdat het belangrijk is dat dergelijke instellingen gezond zijn en goed functioneren, moeten zij voldoen aan allerlei (kapitaal)vereisten en wordt er toezicht op gehouden. Ondanks deze vereisten, die zijn vastgelegd in de verordening kapitaalvereisten⁸ en richtlijn kapitaalvereisten⁹ voor banken en de verordening prudentiële vereisten beleggingsondernemingen¹⁰ en richtlijn prudentieel toezicht beleggingsondernemingen¹¹ voor beleggingsondernemingen, kan het toch gebeuren dat een instelling faalt. Om ervoor te zorgen dat de kritieke functies van dergelijke instellingen, zoals bijvoorbeeld de beschikbaarheid van deposito's en het verstrekken van leningen, gecontinueerd kunnen worden is een Europees herstel- en afwikkelingsraamwerk opgesteld waar instellingen aan moeten voldoen. Het doel van het raamwerk is, naast het continueren van de kritieke functies, een falende instelling op een gecontroleerde manier afwickelen zodat de overheid niet hoeft bij te springen en steun moet verlenen.

De BRRD geeft hiervoor een raamwerk waarbij de prudentieel toezichthouder toezicht houdt in de fase dat een instelling nog *going concern* is. Instellingen moeten herstelplannen opstellen met maatregelen die zij kunnen nemen als bijvoorbeeld de ondergrens van de kapitaalbuffers doorbroken wordt. De toezichthouder beoordeelt deze plannen en kan, indien een situatie dreigt waarin

⁶ Richtlijn 2014/49/EU van het Europees Parlement en de Raad van 16 april 2014 inzake de depositogarantiestelsels (herschikking).

⁷ Het afwikkelingsraamwerk geldt niet voor alle beleggingsondernemingen. Alleen beleggingsondernemingen met een aanvangskapitaal van €730.000 of meer kunnen in afwikkeling worden geplaatst. Hierna wordt de term 'instelling' gebruikt die ook in de BRRD gangbaar is om banken en beleggingsondernemingen aan te duiden die onder het afwikkelingsraamwerk vallen.

⁸ Verordening (EU) nr. 575/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende prudentiële vereisten voor kredietinstellingen en tot wijziging van Verordening (EU) nr. 648/2012.

⁹ 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.

¹⁰ Verordening (EU) nr. 2019/2033 van het Europees Parlement en de Raad van 27 november 2019 betreffende prudentiële vereisten voor beleggingsondernemingen en tot wijziging van Verordeningen (EU) nr. 1093/2010, (EU) nr. 575/2013, (EU) nr. 600/2014 en (EU) nr. 806/2014.

¹¹ Richtlijn (EU) 2019/2034 van het Europees Parlement en de Raad van 27 november 2019 betreffende het prudentiële toezicht op beleggingsondernemingen en tot wijziging van Richtlijnen 2002/87/EG, 2009/65/EG, 2011/61/EU, 2013/36/EU, 2014/59/EU en 2014/65/EU.

een instelling in zwaar weer komt te verkeren, de instelling opdragen om het herstelplan uit te voeren, dan wel als toezichthouder vroegtijdige interventie-maatregelen nemen.

Als er ondanks deze herstelplannen en het mogelijk nemen van vroegtijdige interventie-maatregelen toch een instelling faalt of waarschijnlijk zal falen (*failing or likely to fail* - FOLTF), komt de instelling in de afwikkelingsfase terecht. De Nederlandsche Bank (DNB) is in Nederland aangewezen als afwikkelingsautoriteit die beoordeelt of een instelling die onder haar bevoegdheid valt, in afwikkeling zal gaan, of in een normaal faillissement geliquideerd zal worden. Een instelling gaat in afwikkeling als de afwikkelingsautoriteit beoordeelt dat er a) sprake is van FOLTF, b) geen private oplossingen of toezichtmaatregelen te nemen zijn die het falen voorkomen en c) afwikkeling in het publiek belang is. Afwikkeling is in het publiek belang als de afwikkelingsdoelstellingen, zoals het continueren van de kritieke functies, beter gewaarborgd zijn in afwikkeling dan in een faillissement.

De BRRD I en II bevatten het kader voor herstel- en afwikkeling van instellingen, aangevuld voor banken die deelnemen aan de bankenunie met de SRMR. In de SRMR is de gemeenschappelijke afwikkelingsraad (Single Resolution Board - SRB) verantwoordelijk voor het nemen van afwikkelingsbeslissingen voor de significante banken die onder toezicht staan van de Europese Centrale Bank (ECB) en grensoverschrijdende groepen. De SRMR is dus nauw verweven met het systeem van Europees banktoezicht uit de verordening banktoezicht (Single Supervisory Mechanism Regulation - SSMR).¹² Ook volgt uit de SRMR dat de nationale afwikkelingsautoriteiten, waaronder DNB, verantwoordelijk zijn voor de kleinere, niet-significante banken. Voor de significante banken in Nederland zou, indien een dergelijke bank faalt of waarschijnlijk zou falen, de SRB het besluit tot afwikkeling nemen. De SRB zal dan een opdracht geven aan DNB om deze afwikkeling, en de gekozen afwikkelingsmaatregelen, uit te voeren. In een aantal gevallen kan DNB zich rechtstreeks baseren op de bevoegdheden uit de SRMR, voor andere besluiten volgen haar bevoegdheden uit de implementatie van de BRRD in de Wft.

In de memorie van toelichting bij de Implementatiewet Europees kader voor herstel en afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen en de Implementatiewet verliesabsorptie- en herkapitalisatiecapaciteit van banken en beleggingsondernemingen is uitgebreid stilgestaan bij de inhoud van het afwikkelingskader.¹³

§ 3. Aanleiding voor het wetsvoorstel

DNB is sinds 2015, na implementatie van de BRRD I, aangewezen als afwikkelingsautoriteit. Hiermee is DNB verantwoordelijk voor de uitvoering van het afwikkelingskader voor instellingen.¹⁴ Teneinde voorbereid te zijn op een mogelijke afwikkelingscasus heeft DNB sinds 2015 gewerkt aan de praktische kant van afwikkeling: welke besluiten zullen daadwerkelijk genomen moeten worden als een instelling in afwikkeling gaat? Tijdens deze praktische uitwerking heeft DNB een aantal onduidelijkheden in de wetgeving geconstateerd die een effectieve uitvoering van haar afwikkelingsbevoegdheden kunnen verhinderen. Daarbij speelt mee dat de BRRD wel richting geeft aan de instrumenten die een afwikkelingsautoriteit kan inzetten bij afwikkeling, maar niet in detail

¹² 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.

¹³ Kamerstukken II 2014/15, 34208, nr. 3 en Kamerstukken II 2021/22, 35908, nr. 3.

¹⁴ DNB is ook afwikkelingsautoriteit voor verzekeraars en centrale tegenpartijen, maar die rol volgt niet uit de BRRD.

voorschrijft hoe de toepassing daarvan in de praktijk dient te verlopen. De bevoegdheden van DNB kunnen met enkele aanpassingen aan de Wft verduidelijkt worden. Hierdoor kan DNB haar taak als afwikkelingsautoriteit op juiste wijze uitvoeren en wordt de afwikkeling van banken of beleggingsondernemingen, mocht het geval zich voordoen, beter uitvoerbaar.

In de tweede plaats komt dit wetsvoorstel voort uit bevindingen van de Europese Commissie waarbij ten aanzien van de Nederlandse implementatie van de BRRD I en II is geconstateerd dat een aantal wetstechnische aanpassingen en verbeteringen nodig zijn om de implementatie te voltooien. Daarbij is van de gelegenheid gebruik gemaakt om de BRRD-implementatie nog eens goed tegen het licht te houden. Dat heeft ertoe geleid dat voor verschillende artikelen die dienen ter implementatie van de BRRD I of II is besloten om aanpassingen te maken zodat de artikelen in de Wft beter aansluiten op de tekst van de richtlijn. Hiermee zijn enerzijds een aantal onduidelijkheden verholpen. Anderzijds maakt dit de implementatie van een (eventuele) volgende wijziging van de BRRD eenvoudiger.

Tot slot is er in Nederland op 22 april 2022 een bank failliet gegaan, te weten Amsterdam Trade Bank N.V. (ATB).¹⁵ Deze bank kwam in moeilijkheden doordat het, vanwege de Amerikaanse en Engelse sancties opgelegd in het kader van de inval van de Russische Federatie in Oekraïne, onmogelijk werd om gebruik te maken van softwarepakketten en hiermee de bank operationeel werkend te houden. Hoewel het hier niet afwikkeling, maar een faillissement betrof, en de afwikkelingsautoriteit geen besluit tot afwikkeling heeft genomen, heeft deze casus wel inzichten opgeleverd over de werking van de afdeling in de Faillissementswet over het faillissement van banken met betrekking tot de rollen van de toezichthouders en afwikkelingsautoriteiten. Dit leidt tot aanpassing van de Faillissementswet.

§ 4. Hoofdpijnen van het wetsvoorstel

De belangrijkste wijzigingen waarin het onderhavige voorstel voorziet, worden in de navolgende paragrafen besproken. Naast deze wijzigingen worden ook technische verbeteringen aangebracht aan de geïmplementeerde wetgeving. In de tabel aan het slot van deze toelichting is per artikelwijziging opgenomen waar de wijziging uit voortvloeit.

§ 4.1 Praktische uitvoering afwikkeling

DNB heeft als afwikkelingsautoriteit meerdere afwikkelingsinstrumenten ter beschikking die zij kan inzetten indien een instelling in afwikkeling gaat. Met behulp van het bail-in instrument kan DNB verliezen van de entiteit in afwikkeling bij de houders van bail-inbare passiva neerleggen door deze passiva af te schrijven en de falende instelling te herkapitaliseren, door bail-in bare passiva te converteren naar eigen vermogen. Hiertoe houden instellingen een minimumvereiste voor eigen vermogen en in aanmerking komende passiva (*minimum requirement for eligible liabilities*, MREL) aan, wat gebruikt kan worden voor de verliesabsorptie en de herkapitalisatie van een instelling. De uitoefening van de bail-in bevoegdheid door DNB wordt altijd onmiddellijk voorafgegaan door, of vindt tegelijkertijd plaats met, de uitoefening van haar bevoegdheid tot afschrijving en omzetting van kapitaalinstrumenten (afomki). De afschrijving en omzetting vindt plaats in een bepaalde volgorde. Zo worden de verliezen eerst neergelegd bij de aandeelhouders van de entiteit in afwikkeling

¹⁵ Kamerstukken II 2021/22, 36045, nr. 68.

door de waarde van de aandelen te verminderen tot nihil.¹⁶ Deze aandelen moeten vervolgens worden ingetrokken of overgaan op de crediteuren wier vorderingen zijn geconverteerd. Vervolgens worden door DNB de relevante kapitaalinstrumenten ten belope van de verliezen verminderd, gevolgd door de afschrijving van bail-inbare passiva met behulp van haar bail-in bevoegdheden. Wanneer alle verliezen op deze wijze zijn genomen, vindt omzetting plaats, dat wil zeggen de omzetting van schuld in eigen vermogen. In dat kader worden de schulden eerst omgezet in rechten op aandelen of andere eigendomsinstrumenten, de zogenoemde claimrechten. Deze claimrechten kunnen recht geven op de bestaande aandelen of andere eigendomsinstrumenten in de entiteit in afwikkeling maar ook op nieuw door de instelling uitgegeven aandelen of eigendomsinstrumenten (bijvoorbeeld certificaten).

In de toelichting staat beschreven hoe de omzetting van schuld in eigen vermogen vormgegeven kan worden. Daarbij wordt uitdrukkelijk opgemerkt dat de regeling niet de werkwijze zoals deze in de toelichting staat beschreven, voorschrijft. Het staat DNB derhalve vrij de omzetting ook op andere wijze vorm te geven in het licht van de afwikkelingsdoelstellingen of de omstandigheden van het geval.

Het meest aannemelijk is dat op het moment dat de instelling in afwikkeling wordt geplaatst en het bail-in instrument wordt toegepast, de waardering op basis waarvan de omzettingskoers voor de claimrechten in aandelen of certificaten kan worden vastgesteld, nog niet definitief is. Dit kan enige tijd in beslag nemen. De consequentie daarvan is dat de bestaande (of nieuw uitgegeven) aandelen of certificaten op het moment van afwikkeling nog niet kunnen worden toegekend aan de houders van de claimrechten. Om dat probleem te ondervangen, zal DNB de instelling in afwikkeling de instructie geven om de aandelen of certificaten uit te (doen) geven aan een door DNB opgerichte Stichting Administratiekantoor Afwikkeling (SAA), of zal DNB de bestaande aandelen doen overgaan aan de SAA. De SAA gaat de aandelen of certificaten tijdelijk houden ten behoeve van de houders van de claimrechten. Op het moment dat de definitieve waardering en de conversiekoers bepaald is, zullen de claimrechten worden omgewisseld in de aandelen of certificaten.

Om deze constructie te voorzien van een expliciete wettelijke basis, wordt voorzien in de bevoegdheid voor DNB om een SAA op te richten, en waar nodig deze SAA ook te instrueren met betrekking tot haar taakuitoefening. Bij algemene maatregel van bestuur kunnen nadere regels gesteld worden met betrekking tot de inrichting van de SAA, de werkwijze, en de mogelijkheid om te consigneren als er aandelen of certificaten niet opgeëist worden door rechthebbenden. Mocht dat het geval zijn, dan zal DNB de aandelen of certificaten kunnen doen verkopen, en het overgebleven bedrag consigneren zodat een rechthebbende terecht kan bij de consignatiekas van het Ministerie van Financiën.

Ter ondersteuning aan de praktische uitvoerbaarheid van afwikkeling en de werkzaamheden van de SAA, zijn er nog twee andere aanpassingen gemaakt.

Allereerst is dit de mogelijkheid dat DNB de entiteit in afwikkeling instrueert om nieuwe aandelen eerst ter certificering uit te geven aan een stichting administratiekantoor (STAK), waarna de STAK op instructie van DNB certificaten kan uitgeven aan de SAA. Deze constructie kan gebruikt worden indien de entiteit in afwikkeling reeds een bestaande beschermingsconstructie kende met een STAK die certificaten uitgeeft.¹⁷

¹⁶ Het kan zijn dat er nog waarde resteert. In dat geval zal de waarde van de aandelen sterk verwaterd worden.

¹⁷ Kamerstukken II 2014/15, 34208, nr. 3, p. 23-24.

Daarnaast is een wijziging opgenomen om het mogelijk te maken dat DNB voorziet in de modaliteiten en voorwaarden die zij nodig acht om een goede uitvoering te kunnen geven aan afomki of bail-in en de uitgifte van nieuwe kernkapitaalinstrumenten of eigendomsinstrumenten aan de houders van claimrechten. Door middel van het vaststellen van de voorwaarden die de claimrechten kunnen beheersen, ook wel aangeduid met *terms & conditions*, kan de omzetting van claimrechten in aandelen of certificaten administratief eenvoudig verlopen.

§ 4.2 Consolidatie van de jaarrekening

De inzet van afwikkelingsmaatregelen leidt ertoe dat DNB als afwikkelingsautoriteit vergaande bevoegdheden krijgt over de entiteit in afwikkeling. Zo kan DNB de zeggenschap overnemen of hiervoor een bijzonder bestuurder aanwijzen. Deze bijzonder bestuurder handelt in eigen naam maar staat onder toezicht van DNB en kan te allen tijde door DNB ontslagen worden. DNB kan daarnaast indirect zeggenschap uitoefenen op bijvoorbeeld de overbruggingsinstelling door in de overbruggingsinstelling, in overeenstemming met de artikelen 40 en 41 BRRD, het bestuur van de overbruggingsinstelling te benoemen en te ontslaan.

Vanwege de zeggenschap die DNB bij inzet van afwikkelingsmaatregelen kan uitoefenen, bestaat er behoefte aan duidelijkheid dat op DNB geen consolidatieplicht rust voor een entiteit in afwikkeling. Een verplichting tot consolidatie onder het Nederlandse jaarrekeningenrecht kan bestaan indien er sprake is van overheersende zeggenschap (artikel 2:406, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek). Een rechtspersoon waarop een consolidatieplicht rust moet de activa, passiva, baten en lasten van de maatschappijen die tot haar consolidatiekring behoren opnemen in een geconsolideerde jaarrekening. Hiermee beoogt consolidatie recht te doen aan de economische werkelijkheid van een groep; door de groep als één geheel te zien en niet als een verzameling van onafhankelijke rechtspersonen.

Door het nemen van afwikkelingsmaatregelen ontstaat er geen economische verbondenheid tussen DNB en de entiteit in afwikkeling. De economische activiteiten van DNB en de entiteit in afwikkeling blijven strikt gescheiden en van het dragen van economische risico's of het verkrijgen van economische voordelen door DNB is geen sprake. DNB verkrijgt de zeggenschap uit hoofde van de haar door de wet toegekende afwikkelingstaak die een maatschappelijk doel dient. Hiermee hangt samen dat DNB deze zeggenschap naar zijn aard tijdelijk uitoefent, namelijk enkel voor de periode waarin de af te wikkelen entiteit in afwikkeling is. Een geconsolideerde jaarrekening van DNB waarin de gegevens van de af te wikkelen entiteit zijn opgenomen zal de gebruiker van de jaarrekening dus geen inzicht bieden over de economische verbondenheid tussen deze entiteiten. Daarentegen zal, onder meer als gevolg van de verschillen tussen de gebruikte verslaggevingstandaarden, het verkrijgen en verwerken van de financiële gegevens van de entiteit in afwikkeling voor DNB tot aanzienlijke inspanningen en moeilijkheden leiden die tot gevolg zouden kunnen hebben dat de jaarrekening van DNB niet binnen de daarvoor gestelde termijnen zou kunnen worden opgemaakt.

Naast DNB zou ook bij andere rechtspersonen geconcludeerd kunnen worden dat zij als gevolg van afwikkelingsmaatregelen overheersende zeggenschap in een andere rechtspersoon verkrijgen. Dit betreft de reeds genoemde SAA en andere rechtspersonen die op grond van de Wft gebruikt kunnen worden voor de afwikkeling van instellingen. Deze zeggenschap zou het gevolg kunnen zijn van hun aandeelhouderschap of, in het geval van de bijzonder bestuurder, de

bevoegdheid die deze ontleent aan zijn benoeming. Ook voor deze rechtspersonen geldt echter dat zij deze zeggenschap alleen verkrijgen voor zover dit nodig is om hun bij wet gestelde taak te kunnen vervullen en dat deze zeggenschap niet gepaard gaat met enige economische verbondenheid. Ook deze rechtspersonen zouden daarom vrijgesteld moeten zijn van de verplichting tot consolidatie.

Voor zowel DNB, als de hierboven genoemde rechtspersonen kent de wet nog geen algemene vrijstelling van de verplichting tot consolidatie van de entiteit in afwikkeling of de overbruggingsinstellingen. Weliswaar kunnen maatschappijen onder voorwaarden uit de consolidatiekring worden weggelaten, maar deze voorwaarden sluiten slecht aan op een afwikkelingsscenario.

In een dergelijke vrijstelling van consolidatie wordt voor DNB daarom nu voorzien in de Bankwet 1998. De nieuwe regeling in de Bankwet 1998 heeft als gevolg dat DNB niet verplicht wordt te consolideren indien zij vanwege een wettelijk taak de zeggenschap verwerft of heeft over een entiteit in afwikkeling dan wel een entiteit die gebruikt wordt voor de afwikkeling. Voor de genoemde rechtspersonen wordt een aparte vrijstelling opgenomen in de Wft.

§ 4.3 Reikwijdte SRMR en BRRD en verbetering BRRD implementatie

Zoals eerder beschreven volgt het raamwerk voor het herstel en afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen uit de BRRD en de SRMR. De reikwijdte van die verordening en richtlijn lopen echter enigszins uiteen, omdat de SRMR ziet op de banken(groepen) in landen die deelnemen aan de bankenunie, en de BRRD een richtlijn is die voor alle banken(groepen) en beleggingsondernemingen geldt en door alle EU lidstaten geïmplementeerd moet worden. In hoofdstuk 3A.1 Wft zijn verschillende verwijzingen naar de SRMR opgenomen, waarbij de SRMR-artikelen van overeenkomstige toepassing worden verklaard op entiteiten en groepen die juist niet onder de SRMR vallen. Dit ziet bijvoorbeeld op het uitoefenen van bevoegdheden die aan DNB zijn toegekend volgens de wijze waarop die bevoegdheid beschreven staat in de SRMR. Door die uiteenlopende reikwijdten van de SRMR en BRRD is er echter onduidelijkheid ontstaan of hiermee een sluitend systeem in de Wft is gecreëerd ter implementatie van alle bevoegdheden uit de BRRD. Om deze onduidelijkheid weg te nemen zijn zoveel mogelijk verwijzingen naar de SRMR voor entiteiten die daar niet onder vallen vervangen door de corresponderende bepalingen in de BRRD.

Daarnaast bleek dat niet alle bepalingen van de BRRD I en BRRD II optimaal geïmplementeerd zijn in de Wft. Mede naar aanleiding van de vragen van de Europese Commissie is daarom besloten een aantal artikelen aan te passen en daarbij soms dichter bij de richtlijntekst te blijven. Hiermee is de implementatie van de BRRD verbeterd en levert dat in de toekomst met een mogelijke wijziging van de BRRD minder problemen op bij de volgende implementatie.

§ 4.4 Aanpassingen faillissementsregime

Naar aanleiding van het eerder beschreven faillissement van ATB Bank worden er enkele aanpassingen gemaakt in de afdeling met betrekking tot het faillissement van banken in de Faillissementswet. Dit betreft allereerst de bepaling omtrent het horen van de toezichthouders en afwikkelingsautoriteiten. Deze bepaling wordt aangepast zodat dit artikel a) een juiste implementatie van de BRRD vormt en b) rekening houdt met de praktijk van een bankenfaillissement waarbij DNB als toezichthouder en afwikkelingsautoriteit, de SRB en de ECB betrokken kunnen zijn.

Voorts is gebleken dat de reikwijdte van de huidige Faillissementswet te beperkt is voor wat betreft het type ondernemingen dat onder de BRRD valt. De BRRD schrijft voor dat bepaalde faillissementsregels ook gelden voor andere

entiteiten dan banken en beleggingsondernemingen die onder de BRRD vallen, zoals financiële holdings. De reikwijdte van afdeling 11AB Fw wordt daartoe uitgebreid.

§ 5. Financiële gevolgen en regeldruk

Met dit wetsvoorstel wordt een nieuwe verplichting opgenomen voor entiteiten als bedoeld in artikel 3A:2 Wft ter implementatie van artikel 81, eerste lid, BRRD. Dit betreft de verplichting dat het bestuur of de raad van commissarissen van een dergelijke entiteit melding maakt als zij van oordeel is dat de entiteit faalt of waarschijnlijk zal falen. Dit zou niet moeten leiden tot additionele regeldruk, aangezien de constatering dat een entiteit faalt of waarschijnlijk zal falen reeds zou moeten volgen uit een beheerste bedrijfsvoering en een melding eenvoudig te maken is op het moment dat geconstateerd wordt dat een instelling faalt of waarschijnlijk zal falen.

§ 6. Uitvoering

PM resultaten uitvoering- en handhavingstoets DNB

PM Rvdr advisering

PM ATR advisering

§ 7. Consultatie

PM Consultatie

ARTIKELSGEWIJS

Artikel I (Wet op het financieel toezicht)

A (1:1)

In artikel 1:1 Wft worden drie definities toegevoegd. Dit betreft allereerst de definitie van *financiële zekerheids overeenkomst*, die voorheen was opgenomen in artikel 3A:1 Wft. Met deze definitie wordt verwezen naar de financiële zekerheids overeenkomst die leidt tot overdracht, welke is beschreven in artikel 51, onderdeel b, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek. Omdat deze definitie ook buiten hoofdstuk 3A van de Wft gebruikt wordt op precies dezelfde wijze is de definitie verplaatst naar artikel 1:1 Wft zodat de definitie voor de gehele wet geldt. Vanwege de verplaatsing van de definitie van financiële zekerheids overeenkomst is in de artikelen 3A:77 en 4:89a Wft een aanpassing gemaakt om ervoor te zorgen dat deze artikelen ook de definitie uit artikel 1:1 Wft kunnen gebruiken.

De definitie van *gedekte deposito's* die is opgenomen in zowel de BRRD als de richtlijn depositogarantiestelsels (DGSD)¹⁸ werd voorheen niet gebruikt in de Wft. Wel komt de ongedefinieerde term *gegarandeerde deposito's* voor in de Wft. Beide termen komen op hetzelfde neer: gedekte deposito's als bedoeld in artikel 2, eerste lid, onderdeel 5, DGSD. Hierom is die definitie nu opgenomen in artikel 1:1 Wft en is in de Wft en Fw overall 'gegarandeerde deposito' omgezet in 'gedekte deposito'.

De term *hoger management* kwam voorheen niet voor in de Wft. Omdat deze term zowel gebruikt wordt in het aangepaste artikel 1:75a Wft, als in artikel 3A:49a Wft is deze term opgenomen in artikel 1:1 Wft met een dynamische verwijzing naar de definitie in de BRRD.

B (1:25d)

Artikel 1:25d Wft ziet op de uitzondering van aansprakelijkheid voor DNB voor haar handelen ter uitvoering van haar wettelijke taken uit de Wft. In dit artikel is een aantal wijzigingen doorgevoerd. Allereerst is de aanhef van het derde lid aangepast. De aanhef bevatte de lacune dat een aantal van de genoemde entiteiten, zoals bijvoorbeeld het Depositogarantiefonds of het Afwikkelingsfonds, ook aangewezen kunnen worden om een bepaalde wettelijke taak te vervullen. Weliswaar geldt voor de betrokkenen bij de rechtspersoon een verhoogde aansprakelijkheidsdrempel, voor de rechtspersoon zelf geldt deze niet. In lijn met de uitzondering van aansprakelijkheid voor DNB bij uitvoering van haar wettelijke taken, wordt deze uitzondering ook gemaakt voor de verschillende personen die genoemd worden in het derde lid. Hierbij wordt gewezen op de definitie van 'persoon' in artikel 1:1 Wft: dit behelst zowel een natuurlijk persoon als een rechtspersoon.

Tevens is aan artikel 1:25d Wft de SAA toegevoegd (zie onderdeel ZZ). In artikel 3A:50a is de bevoegdheid voor DNB geregeld om deze stichting op te richten die essentieel is voor de uitoefening van de bail-in bevoegdheid door DNB. Idealiter zou een element dat essentieel is voor de uitvoering van bail-in zijn oorsprong vinden in de BRRD of SRMR. De Europese wetgever heeft hierin helaas niet voorzien, waardoor er voor de nationaalrechtelijke vormgeving van bail-in het noodzakelijk is om deze bevoegdheid toe te kennen aan DNB. Evenals andere vehikels die in afwikkeling gebruikt kunnen worden (zoals een

¹⁸ Richtlijn 2014/49/EU van het Europees Parlement en de Raad van 16 april 2014 inzake de depositogarantiestelsels.

overbruggingsinstelling of een entiteit voor activa- en passivabeheer) wordt ook de SAA toegevoegd aan artikel 1:25d, derde lid, Wft.

Naast de toevoeging van de SAA is tevens de volgorde van opgesomde personen gewijzigd zodat deze nu in numerieke volgorde van de artikelen in de Wft zijn opgesomd.

C (1:47)

Dit betreft slechts een aanpassing van de naam van de bewindvoerder in verband met de wijzigingen in artikel 1:76a Wft. Zie onderdeel F.

D en E (1:75, 1:75a)

Artikel 1:75 Wft is een kernbepaling van de afdeling over handhaving in de Wft. Artikel 1:75 Wft geeft, kort gezegd, de toezichthouder de mogelijkheid om een natuurlijk persoon of rechtspersoon die niet voldoet aan de Wft een aanwijzing te geven om iets te doen of te laten om ervoor te zorgen dat deze persoon weer voldoet aan de regels in de Wft.

Tijdens de implementatie van de BRRD I is ervoor gekozen om de bepalingen rondom vroegtijdige interventie maatregelen, die zien op de situatie dat er een snel verslechterende financiële toestand is bij een instelling, en het afzetten van hoger management en bestuur of raad van commissarissen te integreren in artikel 1:75 Wft. Bij nader inzien levert dat problemen op doordat de voorwaarden waaronder een aanwijzing gegeven kan worden en de voorwaarden die volgen uit de BRRD voor inzet van vroegtijdige interventie maatregelen en afzetting niet geheel overeenkomen. Dit gold in het bijzonder voor de twee maatregelen uit artikel 1:75a Wft.

Teneinde het raamwerk te vereenvoudigen en de onduidelijkheid rondom toepassing van maatregelen die specifiek volgen uit de BRRD weg te nemen, komt het derde lid van artikel 1:75 Wft te vervallen, en worden de artikelen 27 en 28 BRRD als geheel geïmplementeerd in artikel 1:75a Wft. Hiermee wordt ervoor gezorgd dat de implementatie zo dicht mogelijk aansluit bij hetgeen de BRRD voorschrijft en is tevens duidelijk dat artikel 1:75a Wft een expliciete oorsprong heeft in een Europese richtlijn.

Het eerste lid van het opnieuw vastgestelde artikel 1:75a Wft is grotendeels gelijk gebleven aan het reeds bestaande eerste lid van artikel 1:75a Wft. Hierin is opgenomen dat de toezichthouder bij overtreding van vergunningsbepalingen uit Deel 2 (waarbij de vergunningsvereisten voor beleggingsondernemingen uit artikel 2:96 Wft zijn toegevoegd nu artikel 27 BRRD dit voorschrijft), Deel 3 en 4 van de Wft, de verordening kapitaalvereisten of specifieke artikelen uit de verordening markten voor financiële instrumenten, één of meerdere maatregelen kan nemen. Verschil met het oude artikel 1:75a is dat een overtreding van de Wft of de hiervoor genoemde verordening niet gerangschikt hoeft te zijn in de derde boetecategorie. Dat is een vereiste dat niet voorgeschreven wordt door de BRRD. Uiteraard dient de toezichthouder steeds te beoordelen of het noodzakelijk en proportioneel is om bij een overtreding de maatregelen uit artikel 1:75a Wft op te leggen.

De maatregelen die bij overtreding genomen kunnen worden zijn volledigheidshalve uitgeschreven in de Wft. Hierbij doemt wellicht wel de vraag op waar de scheidslijn komt te liggen tussen de inzet van artikel 1:75 Wft met de reguliere aanwijzing, en de vroegtijdige interventie van artikel 1:75a Wft. Beide kunnen tenslotte ingezet worden bij een overtreding van de Wft. Vooropgesteld wordt dat de BRRD zelf hier ook geen volledige duidelijkheid over geeft. Zo wijst

overweging 40 van de BRRD I er al op dat "ter behoud van de financiële stabiliteit het belangrijk is dat de bevoegde autoriteiten de verslechtering van de financiële en economische situatie van een instelling kunnen oplossen voordat de instelling het punt bereikt waarop de autoriteiten geen andere mogelijkheid meer hebben dan deze af te wikkelen". In dezelfde overweging wordt er tevens op gewezen dat vroegtijdige-interventiebevoegdheden ook de bevoegdheden uit de richtlijn kapitaalvereisten kunnen omvatten, hoewel niet geheel duidelijk wordt welke bevoegdheden dat dan precies zijn. Op papier is de scheidslijn tussen de twee typen bevoegdheden, en dus de uitoefening van artikel 1:75 of 1:75a Wft niet geheel scherp te trekken. In de praktijk zal dit erop neerkomen dat de toezichthouder in gesprek zal moeten zijn met de afwikkelingsautoriteit om te bezien of bepaalde ontwikkelingen bij een instelling louter een financieel probleem zijn dat geadresseerd kan worden met de standaard bevoegdheden uit artikel 1:75 Wft en de richtlijn kapitaalvereisten, of dat de ontwikkelingen dermate bedreigend kunnen zijn voor de instelling dat het nodig is om gebruik te maken van het instrumentarium van vroegtijdige interventie maatregelen ter voorkoming van het falen van de instelling.

Het tweede lid, dat reeds bestond, is overgenomen, maar licht aangepast. Het oude tweede lid sprak over een overtreding die in de nabije toekomst waarschijnlijk is. Dat is niet geheel conform de tekst van artikel 27 BRRD, aangezien dat slechts ziet op een verslechterende situatie. Of die verslechterende situatie in de nabije toekomst leidt tot een overtreding van bijvoorbeeld de verordening kapitaalvereisten is in de BRRD in het midden gelaten, en zou daarom ook niet als vereiste in de Wft opgenomen moeten worden. Voor de voorwaarden werd terugverwezen naar artikel 27, eerste lid, BRRD. Er zijn door de Europese Bankautoriteit (European Banking Authority – EBA) echter ook richtsnoeren opgesteld, op grond van artikel 27, vierde lid, BRRD, om consistente voorwaarden te schetsen waaronder er sprake is van een snel verslechterende financiële toestand.¹⁹ In het uiterste geval kan EBA een technische reguleringsnorm opstellen (artikel 27, vijfde lid, BRRD) die, na aanneming door de Commissie als gedelegeerde verordening, een uniform kader schetst voor de voorwaarden waaronder de vroegtijdige interventie maatregelen toegepast kunnen worden. Deze richtsnoeren of gedelegeerde verordening moeten door de toezichthouder ook worden meegewogen bij de beoordeling of er sprake is van een snel verslechterende financiële toestand.

In het derde lid is de maatregel uit het tweede lid van artikel 27 BRRD opgenomen. Dit betreft de bevoegdheid voor de afwikkelingsautoriteit om, ter voorbereiding op een mogelijke afwikkeling, een beleggingsonderneming die niet valt onder de werking van de SRMR te verplichten reeds contact op te laten nemen met potentiële verkrijgers. Hierbij wordt opgemerkt dat deze bevoegdheid, in tegenstelling tot het eerste en tweede lid van dit artikel, zich niet uitstrekt tot een bank en beleggingsonderneming, maar alleen tot beleggingsondernemingen die niet vallen onder de werking van de verordening gemeenschappelijk afwikkelingsmechanisme. Dit is gedaan omdat deze bevoegdheid zich ook bevindt in artikel 13, derde lid, SRMR en dit rechtstreeks door de SRB onderscheidenlijk DNB toegepast kan worden op entiteiten die wel onder de SRMR vallen.

Het vierde lid bevat de implementatie van artikel 28 BRRD waarmee de toezichthouder bij een significante verslechtering van de positie van een instelling, het hoger management of leidinggevend orgaan kan afzetten. Deze maatregel kan alleen toegepast worden na toepassing van een maatregel uit het eerste lid, waarbij tevens moet blijken dat deze maatregel uit het eerste lid de verslechtering van de financiële positie niet kan keren en verder ingrijpen noodzakelijk is.

¹⁹ EBA/GL/2015/03

Het vijfde lid schrijft voor dat bij elke maatregel die op grond van het eerste of derde lid van artikel 1:75a Wft wordt genomen de toezichthouder een gepaste termijn vaststelt waarbinnen die maatregel genomen moet zijn door de instelling.

F (Artikel 1:76a)

Artikel 1:76a Wft bevat de implementatie van artikel 29 BRRD en is opnieuw vastgesteld, zodat het beter aansluit op dit artikel in de BRRD. Daarbij is ervoor gekozen om de term 'tijdelijk bewindvoerder' te gebruiken, zodat dit ook aansluit op de BRRD, en het verschil met de bijzondere bewindvoerder uit artikel 1:76aa Wft bij premiepensioeninstellingen duidelijker is.

Het eerste lid betreft de implementatie van artikel 29, eerste lid, BRRD en bevat de voorwaarden wanneer een tijdelijk bewindvoerder aangesteld kan worden. Dit kan op het moment dat de toezichthouder van oordeel is dat de maatregelen bedoeld in artikel 1:75a, vierde lid, Wft niet volstaan. De maatregel in 1:75a, vierde lid, Wft betreft de afzetting van het hoger management, het bestuur of de raad van commissarissen, dan wel van individuele leden bij een instelling.

Het tweede lid bevat implementatie van artikel 29, eerste, tweede, derde en vijfde lid, BRRD omtrent alle bepalingen rondom de rol, taken en bevoegdheden van de tijdelijk bewindvoerder.

Het derde lid is de implementatie van artikel 29, vierde lid, BRRD, wat de bevoegdheid geeft om de tijdelijk bewindvoerder op elk moment uit zijn functie te ontheffen of de aanstellingsvoorwaarden aan te passen.

Het vierde lid is de implementatie van artikel 29, eerste lid, BRRD, waarin is opgenomen dat de benoeming van een tijdelijk bewindvoerder openbaar gemaakt wordt.

Het vijfde lid is de implementatie van artikel 29, zevende lid, BRRD met betrekking tot de benoemingsperiode van 1 jaar voor de tijdelijk bewindvoerder en mogelijk verlenging daarvan indien de voorwaarden voor het aanstellen van de tijdelijk bewindvoerder nog steeds gelden.

Het zesde lid verklaart artikel 1:76, zesde en zevende lid, Wft met betrekking tot de curator van overeenkomstige toepassing op de tijdelijk bewindvoerder. Dit zijn artikelleden die zien op verslaglegging (1:76, zesde lid, Wft), en de mogelijkheid om administratief beroep in te stellen tegen besluiten (1:76, zevende lid, Wft).

Artikel 29, achtste en tiende lid, BRRD behoeft geen implementatie. Artikel 29, negende lid, BRRD met betrekking tot de inperking van de aansprakelijkheid van de tijdelijk bewindvoerder is reeds geïmplementeerd in artikel 1:25d, derde lid, Wft. Daar is alleen de naamvoering aangepast zodat de persoon daar ook tijdelijke bewindvoerder heet, in plaats van bijzondere bewindvoerder.

G (1:76b)

In artikel 1:76b, eerste lid, Wft vervalt de verwijzing naar artikel 1:75, derde lid, Wft, wat komt te vervallen.

H (3:265e)

Dit betreft een technische aanpassing in verband met het definiëren van gedekte deposito's in artikel 1:1 Wft.

I (3A:1)

Artikel 3A:1 bevat de definities die gebruikt worden in hoofdstuk 3A.1 met betrekking tot de afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen. Het eerste lid is opnieuw vastgesteld omdat een aantal definities gewijzigd zijn. Daarnaast was er met invoering van de Implementatiewet Europees kader voor herstel en afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen een onvolkomenheid ontstaan waardoor de definitie van *afwikkelingsinstrument* niet meer correct werd weergegeven. Hieronder wordt bij de gewijzigde definities stilgestaan. Indien de definitie niet hier genoemd wordt, is deze niet gewijzigd. Het vervallen van de definitie van *financiële zekerheidsvereenkomst* is al besproken bij onderdeel A.

af te wikkelen entiteit

De definitie van af te wikkelen entiteit is aangepast. Voorheen bestond de definitie van af te wikkelen entiteit uit twee onderdelen, te weten een af te wikkelen entiteit als bedoeld in artikel 3, eerste lid, onderdeel 24 bis, SRMR en een rechtspersoon die door DNB is aangemerkt als een entiteit waarvoor het afwikkelingsplan in een afwikkelingsmaatregel voorziet. Deze twee onderdelen ondervangen niet alle entiteiten binnen de EU die aangemerkt kunnen worden als af te wikkelen entiteit. Daarom is onderdeel b tussengevoegd. Op grond van dat onderdeel wordt ook een in de EU gevestigde rechtspersoon die, op grond van artikel 12 BRRD, door de afwikkelingsautoriteit is aangemerkt als een entiteit ten aanzien waarvan het afwikkelingsplan in een afwikkelingsmaatregel voorziet, als af te wikkelen entiteit gedefinieerd. Instellingen in Nederland die deel uitmaken van een groep binnen de EU, terwijl die groep niet onder de SRMR valt, kunnen ook gehouden worden om interne MREL instrumenten uit te geven aan de in die groep aangewezen af te wikkelen entiteit. Dit vindt plaats als onderdeel van de zogenaamde "*single point of entry*" strategie waarbij binnen de groep alleen op het niveau van de aangewezen af te wikkelen entiteit een afwikkelingsmaatregel wordt genomen. In deze strategie worden de verliezen van de Nederlandse instelling naar de af te wikkelen entiteit in de EU (niet vallend onder de SRMR) doorgeleid en wordt de Nederlandse instelling geherkapitaliseerd zonder dat zij zelf in afwikkeling is of in faillissement wordt afgewikkeld.

af te wikkelen groep

De definitie van af te wikkelen groep verwees voorheen naar artikel 3, eerste lid, onderdeel 24 ter, SRMR. Die definitie gebruikt echter het begrippenkader en de reikwijdte van de SRMR, die wezenlijk anders is dan de BRRD. Voor het nationale kader is het daarom handiger om aan te sluiten bij de definitie in de BRRD van af te wikkelen groep. De definitie zoals nu vormgegeven sluit aan bij de definitie in de BRRD.

afwikkelingsinstrument

Door een eerdere wetwijziging was de tekst "*afwikkelingsinstrument*" komen te vervallen. Met deze wetwijziging wordt dit hersteld.

afwikkelingsmaatregel

De definitie van afwikkelingsmaatregel bevatte reeds het toepassen van een afwikkelingsinstrument zoals gedefinieerd in artikel 3A:1 Wft, of het uitoefenen van een bevoegdheid ingevolge hoofdstuk 3A.1 met uitzondering van de afdelingen 3A.1.2 en 3A.1.2A en paragraaf 3A.1.3.2. Hieronder vielen derhalve ook het nemen van een besluit tot afwikkeling op basis van artikel 3A:18 tot en met 3A:19 Wft. Het kan echter zo zijn dat DNB ook een besluit tot afwikkeling

moet nemen dat gebaseerd is op artikel 16 en 18 SRMR, ten aanzien van banken die krachtens artikel 7, derde lid, SRMR onder haar bevoegdheden vallen. Daarom is in de definitie toegevoegd dat de afwikkelingsmaatregel ook kan zijn een besluit op grond van de artikelen 16 en 18 SRMR.

De BRRD definieert de term afwikkelingsmaatregel als de afwikkelingsbesluiten, het gebruik van een afwikkelingsinstrument en de uitoefening van afwikkelingsbevoegdheden. In de Wft was echter ook *afomki* (zie ook paragraaf 4.1) toegevoegd aan de definitie van afwikkelingsmaatregel. Dit leidt tot een te breed begrip. Om die reden is ervoor gekozen om de definitie opnieuw vast te stellen. De definitie van afwikkelingsmaatregel behelst nu een besluit op grond van de artikelen 3A:18 tot en met 3A:19 Wft of een besluit op grond van artikel 16 of 18 SRMR (dit zijn alle afwikkelingsbesluiten), de toepassing van een afwikkelingsinstrument of het uitoefenen van een bevoegdheid ingevolge afdeling 3A.1.5 Wft.

afwikkelingsmaatregel van een staat die geen lidstaat is

De definitie van afwikkelingsmaatregel van een derde land is toegevoegd nu deze definitie gebruikt wordt in artikel 3A:5 Wft.

bail-inbare passiva

De verwijzing naar de SRMR is vervangen door een verwijzing naar de BRRD.

eigendomsinstrumenten

In de opsomming van wat te beschouwen valt als eigendomsinstrument is opgenomen dat ook 'rechten op certificaten van aandelen' kwalificeren als eigendomsinstrumenten. Uit de opsomming wordt duidelijk dat onder eigendomsinstrumenten mede certificaten van aandelen worden verstaan. In het verlengde van de definitie is het dus logisch dat een recht op eigendomsinstrumenten tevens een recht kan inhouden op certificaten van aandelen. Dit wordt door deze toevoeging verduidelijkt.

in aanmerking komende deposito's

Deze definitie is toegevoegd gezien deze term vaker voorkomt in hoofdstuk 3A.1 Wft. Het betreft in aanmerking komende deposito's zoals gedefinieerd in de richtlijn depositogarantiestelsels en betreft deposito's die niet op grond van artikel 5 van die richtlijn zijn uitgesloten.

in aanmerking komende passiva

De verwijzing naar de SRMR is vervangen door een verwijzing naar de BRRD.

Naast de aanpassing in verschillende definities, vervalt ook het derde lid van artikel 3A:1 Wft. Het derde lid bevatte een van overeenkomstige toepassingsbepaling voor enkele artikelen uit de SRMR. Aangezien deze artikelen uit de SRMR niet meer voorkomen in hoofdstuk 3A.1 Wft is dit lid niet meer nodig en kan het vervallen.

J (3A:2)

Dit betreft een technische aanpassing nu artikel 28 van de richtlijn kapitaalvereisten is komen te vervallen door de richtlijn prudentieel toezicht beleggingsondernemingen. Het aanvangskapitaal van beleggingsondernemingen waar artikel 28 naar verwees is inmiddels opgenomen in artikel 9, eerste lid, van de richtlijn prudentieel toezicht beleggingsondernemingen.

K (3A:5)

Artikel 3A:5 Wft betreft de besluiten die genomen worden door

afwikkelingsautoriteiten in staten die geen lidstaat zijn. De wijziging in het eerste lid volgt de introductie van de definitie van afwikkelingsbesluit van een staat die geen lidstaat is in artikel 3A:1 Wft. Tevens is hierbij het opschrift van het artikel aangepast zodat er gesproken wordt over (de Wft-term) staten die geen lidstaat zijn en niet over (de BRRD-term) derde landen. Daarnaast is een omissie hersteld door de verwijzing naar de reeds vervallen afdeling 3.5.5 Wft te verwijderen.

L (3A:6)

Artikel 3A:6 Wft ziet op de toepassing van afwikkelingsbesluiten. In het derde lid was, met betrekking tot afomki (zie paragraaf 4.1 voor een toelichting), opgenomen dat een besluit tot afomki niet is onderworpen aan enige andere beperking uit hoofde van de wet, statuten of overeenkomst. In het betreffende artikel over afomki (3A:21 Wft) is echter ook opgenomen dat, naast kapitaalinstrumenten, in bepaalde gevallen in aanmerking komende passiva afgeschreven en omgezet kunnen worden. Ter verduidelijking daarvan is in het derde lid toegevoegd dat de afschrijving en omzetting ook ziet op de in artikel 3A:21, tweede lid, Wft beschreven passiva.

M (3A:8a tot en met 3A:8c)

Artikel 3A:8a Wft is nieuw ingevoegd. Met dit artikel wordt geregeld dat afdeling 13 van titel 9 van Boek 2 BW, met betrekking tot de geconsolideerde jaarrekening, niet van toepassing is op een entiteit die wordt ingezet voor de afwikkeling van een instelling. Dit betreft de rechtspersonen die tot taak hebben om de eigendom in een overbruggingsinstelling of een entiteit voor activa- en passivabeer te houden, een bijzondere bestuurder-rechtspersoon als bedoeld in artikel 3A:49 Wft en een SAA als bedoeld in artikel 3A:50a Wft. Voor DNB wordt een vergelijkbare regeling opgenomen in de Bankwet 1998. Zie tevens de algemene toelichting en artikel IV.

De beschreven vrijstelling van de consolidatieplicht is echter niet van toepassing op de overbruggingsonderneming en de entiteit voor activa- en passivabeer. Tot de activa van de entiteit in afwikkeling die met de inzet van een afwikkelingsinstrument op de in de voorgaande zin genoemde entiteiten overgaan, kunnen ook deelnemingen van de entiteit in afwikkeling behoren. Economische verbondenheid tussen deze overbruggingsinstelling of de entiteit voor activa- en passivabeer en de rechtspersonen waarin zij deelnemingen verkrijgen, kan niet worden uitgesloten. Het is dan ook mogelijk dat een overbruggingsonderneming of de entiteit voor activa- en passivabeer fungeert als groepshoofd van een nieuwe groep. Voor deze gevallen dient een consolidatieplicht niet bij voorbaat te worden uitgesloten.

Artikelen 3A:8b en 3A:8c Wft zijn de vernummerde artikelen 3A:57 en 3A:57a Wft. De keuze om deze artikelen te verplaatsen is gebaseerd op het volgende. Voorheen waren de artikelen 3A:57 en 3A:57a Wft opgenomen in paragraaf 3A.1.5 Wft getiteld afwikkeling. Op grond van artikel 3A:27 Wft is voornoemde afdeling van toepassing indien er een besluit tot afwikkeling is genomen op grond van de SRMR of de artikelen 3A:18 tot en met 3A:19 Wft. Dat is voor de artikelen 3A:57 en 3A:57a Wft echter te beperkt, deze bepalingen gelden ook als er geen sprake is van afwikkeling. Hierom is ervoor gekozen deze twee artikelen te verplaatsen naar afdeling 3A.1.1 Wft en te vernummeren.

In artikel 3A:8b Wft is ten opzichte van artikel 3A:57 Wft alleen een ontbrekend woord 'van' toegevoegd in het tweede lid.

Artikel 3A:8c bevat dezelfde tekst als 3A:57a Wft, op het tweede lid na. Dit

tweede lid is opnieuw vastgesteld naar aanleiding van bevindingen van de Europese Commissie. Artikel 71 bis BRRD schrijft voor dat een EU-moederonderneming ervoor zorg draagt dat dochterondernemingen in staten die geen lidstaat zijn in financiële contracten een bepaling opnemen die uitsluit dat de uitoefening van de bevoegdheid tot opschorting of tot beperking van rechten en verplichtingen van de EU-moederonderneming door de afwikkelingsautoriteit een geldige reden vormen voor vroegtijdige beëindiging, opschorting, wijziging, verrekening, uitoefening van rechten op saldering of tenuitvoerlegging van zekerheidsrechten met betrekking tot die contracten. Dit is anders dan hetgeen voorheen geregeld was in artikel 3A:57, tweede lid, Wft. Dat verwees namelijk terug naar het eerste lid van artikel 3A:57 Wft. Hierin was opgenomen dat entiteiten in haar contracten opnemen dat de financiële overeenkomst onderworpen kan zijn aan de uitoefening van bevoegdheden door de afwikkelingsautoriteit met het oog op het opschorten of beperken van rechten en verplichtingen. Met de aanpassing in het nieuwe artikel 3A:8c, tweede lid, Wft is de implementatie van artikel 71 bis BRRD nu correct.

N (3A:9)

In artikel 3A:9, eerste lid, stond opgenomen dat DNB voor beleggingsondernemingen buiten het SRMR een afwikkelingsplan opstelt. Vanwege de afwijkende reikwijdte tussen de SRMR en BRRD is gebleken dat dit niet alleen het geval is voor beleggingsondernemingen, maar ook voor andere type ondernemingen die onder de BRRD vallen. Daarnaast zijn de van overeenkomstige toepassing-verwijzingen naar de SRMR vervangen door dynamische verwijzingen naar BRRD-artikelen waardoor ook enkele aanpassingen gemaakt konden worden. Hierom is het artikel opnieuw vastgesteld.

Het eerste lid schrijft voor dat DNB overeenkomstig artikel 10 BRRD een afwikkelingsplan vaststelt wat voldoet aan de vereisten in dat artikel voor entiteiten als bedoeld in artikel 3A:2 Wft die niet onder de reikwijdte van de SRMR vallen.

In het tweede lid is opgenomen dat DNB, indien zij de groepsafwikkelingsautoriteit is van een groep die niet onder de SRMR valt, een afwikkelingsplan vaststelt voor de groep. Dit plan wordt opgesteld overeenkomstig de procedures en vereisten in de artikelen 12 en 13 van de BRRD waarin specifieke procedures en vereisten zijn opgenomen voor het opstellen van een groepsafwikkelingsplan.

In het derde lid is opgenomen dat een groepsafwikkelingsplan dat opgesteld is door de groepsafwikkelingsautoriteit in een andere lidstaat van toepassing is op een Nederlandse groep. Hierop is een uitzondering opgenomen, namelijk als er geen overeenstemming is tussen afwikkelingsautoriteiten over het groepsafwikkelingsplan en DNB zelfstandig een besluit neemt voor de Nederlandse groepsentiteit(en).

Het vierde lid bevat de mogelijkheid om bij het opstellen van de (groeps)afwikkelingsplannen een bepaalde mate van proportionaliteit te betrachten door toepassing te geven aan de vereenvoudigde verplichtingen zoals opgenomen in artikel 4 BRRD.

O (3A:9a)

De situatie kan voorkomen dat DNB ingevolge artikel 7, derde lid, SRMR op grond van de SRMR een afwikkelingsplan moet opstellen voor een groep die niet onder het SRMR valt. Dit is bijvoorbeeld de situatie van een moederbank in Nederland, met een dochterbank in een land buiten de EU. DNB stelt dan een groepsafwikkelingsplan op, op grond van artikel 8, tiende tot en met twaalfde

lid, SRMR. Artikel 8, tiende lid, onderdeel d, SRMR geeft aan dat groepsafwikkelingsplannen maatregelen moeten bevatten die genomen moeten worden tot "onder voorbehoud van artikel 33, de buiten de Unie gevestigde dochterondernemingen die deel uitmaken van de groep". Artikel 33 SRMR ziet op de erkenning en handhaving van afwikkelingsprocedures van derde landen. Hierin ligt de bevoegdheid voor de SRB besloten over de erkenning en handhaving van afwikkelingsprocedures van afwikkelingsautoriteiten uit derde landen. Artikel 33 SRMR is echter niet opgenomen in de opsomming van artikelen in artikel 7, derde lid, SRMR die DNB toepast als zij op grond van de SRMR bepaalde taken uitvoert. In de BRRD is in titel VI het regime van erkenning en handhaving van afwikkelingsprocedures van derde landen opgenomen. Om te garanderen dat DNB bij de uitvoering van de SRMR-taken rekening kan houden met de erkenning en handhaving van afwikkelingsprocedures van derde landen, is artikel 3A:9a opgenomen in de Wft. Hierbij wordt DNB opgedragen dat, indien zij taken uitvoert op grond van de SRMR en een groepsafwikkelingsplan opstelt voor een EU-moederonderneming, dit plan zich onder voorbehoud van titel VI van de BRRD ook uitstrekt tot dochterondernemingen in een derde land.

P (3A:10)

Artikel 3A:10 Wft vormt de implementatie van artikelen 15 en 16 BRRD omtrent de beoordeling van de afwikkelbaarheid van ondernemingen en groepen. De verwijzing die gemaakt werd naar de SRMR is vervangen voor een verwijzing naar de artikelen 15 en 16 BRRD. Daarnaast is de verwijzing naar de overwegingen die DNB mee moet nemen bij het nagaan of er sprake kan zijn van vereenvoudigde verplichtingen voor bepaalde ondernemingen in het kader van proportionaliteit vervangen en verwijst de tekst van artikel 3A:10 Wft nu naar artikel 4, eerste lid, BRRD in plaats van naar de SRMR. Tevens is een tweede lid toegevoegd. Dit tweede lid ziet onder meer op de implementatie van artikel 17, eerste en tweede lid, BRRD als DNB als afwikkelingsautoriteit in het kader van de beoordeling van de afwikkelbaarheid van de betrokken entiteit constateert dat er wezenlijke belemmeringen voor de afwikkelbaarheid van een betrokken entiteit zijn. In dat geval dient DNB de betrokken entiteit en andere autoriteiten hiervan in kennis te stellen. Hierbij moet opgemerkt worden dat het eerste lid weliswaar ziet op de beoordeling of de entiteit of groep afwikkelbaar is, maar dat de mededeling over wezenlijke belemmeringen alleen aan 'de entiteit' gedaan wordt. Dit verschil is ook zo opgenomen in artikel 17, tweede lid, BRRD. Voor de groep waarbij er wezenlijke belemmeringen zijn aangetroffen is de te notificeren entiteit de entiteit in de groep die is aangewezen als de af te wikkelen entiteit.

Q (3A:10a)

In het ingevoegde artikel 3A:10a Wft wordt de verplichting voor entiteiten neergelegd, ter implementatie van artikel 17, derde lid, BRRD om na een mededeling door DNB dat er belemmeringen voor afwikkeling zijn geconstateerd een voorstel te doen voor maatregelen die de entiteit neemt om belemmeringen aan te pakken of weg te nemen. De entiteit dient dit binnen vier maanden mede te delen, tenzij de belemmeringen het gevolg zijn van een situatie zoals beschreven in de tweede alinea van artikel 17, derde lid, BRRD. Die situatie ziet onder meer op gevallen waarin een entiteit – niet vallende onder de SRMR – niet voldoet aan zijn kapitaalbuffer ingevolge artikel 3:62a Wft en zijn MREL-vereisten.

Indien een entiteit niet binnen de in de BRRD opgenomen termijnen bij DNB een voorstel aanlevert, kan DNB hierop handhaven. Dit wordt mogelijk gemaakt door toevoeging van artikel 3A:10a Wft aan de bijlagen behorende bij de artikelen 1:79 en 1:80 van de Wft.

R (3A:11)

Artikel 3A:11 Wft bevat maatregelen die DNB als afwikkelingsautoriteit kan opleggen indien DNB belemmeringen voor afwikkeling geconstateerd heeft, en de entiteit voorstellen heeft gedaan op grond van artikel 3A:10a Wft maar er toch nog belemmeringen geconstateerd worden. In het gewijzigde artikel is de volgorde beter beschreven, nu artikel 3A:10 Wft ziet op het beoordelen van de afwikkelbaarheid door DNB, artikel 3A:10a Wft op de voorstellen die een entiteit doet aan DNB als zij in kennis is gesteld van geïdentificeerde belemmeringen, waardoor 3A:11 Wft specifiek ziet op de situatie dat DNB belemmeringen heeft geconstateerd en de entiteit voorstellen ter wegneming heeft gedaan. Artikel 3A:11 Wft beschrijft nu dat DNB nagaat of er nog wezenlijke belemmeringen zijn en zo ja, welke maatregelen zij kan opleggen om die belemmeringen voor afwikkeling in voldoende mate te verminderen of weg te nemen.

Het oude tweede lid zag op de groepssituatie die zich kan voordoen waarbij een groepsafwikkelingsautoriteit maatregelen oplegt aan een entiteit in Nederland die niet valt onder de SRMR. Deze situatie, en de samenwerking die daarvoor vereist is tussen DNB en de groepsafwikkelingsautoriteit, wordt beschreven in artikel 18 BRRD, waarnaar nu in het tweede lid wordt verwezen. Mocht die situatie zich voordoen, dan zal de procedure uit artikel 18 BRRD gevolgd moeten worden voor oplegging van maatregelen om de belemmeringen te verminderen of weg te nemen.

Het oude derde lid, dat op de vaststelling van belemmeringen en het opleggen van maatregelen ingevolge de eerste twee leden artikel 10, tiende lid, SRMR van overeenkomstige toepassing verklaarde, vervalt. Artikel 10, tiende lid, SRMR bevat de procedure voor de beoordeling of de door de entiteit voorgestelde maatregelen afdoende zijn om belemmeringen weg te nemen. Dit is nu gevat in de eerste twee leden, en volgt ook uit de BRRD, waardoor het derde lid overbodig is.

S (3A:13c)

In artikel 3A:13c Wft is de verwijzing naar de SRMR vervangen door een verwijzing naar de BRRD. Hiermee is beoogd te verduidelijken dat bij constatering dat het onuitvoerbaar is om een bepaling als bedoeld in artikel 3A:13a, eerste lid, Wft in overeenkomsten of de in dat artikel genoemde instrumenten op te nemen, en dit een substantiële belemmering voor de afwikkelbaarheid vormt, de afwikkelingsautoriteit de procedures doorloopt om deze belemmeringen weg te nemen. Door de aanpassing is nu duidelijk gemaakt dat de procedure van artikel 10 SRMR met betrekking tot entiteiten waarvoor DNB krachtens artikel 7, derde lid, SRMR bevoegd is of artikel 3A:10 en 3A:10a Wft doorlopen moet worden.

T (3A:13d)

Artikel 3A:13d is opgenomen ter implementatie van artikel 55, tweede lid, zevende alinea, BRRD waarin is bepaald dat passiva waarvoor een instelling nalaat het krachtens artikel 55, eerste lid, BRRD vereiste beding op te nemen in een contractuele bepaling of waarvoor dat vereiste overeenkomstig artikel 55, tweede lid, BRRD niet geldt, niet worden meegerekend voor de berekening van het MREL vereiste. In artikel 55, tweede lid, zevende alinea, BRRD staat echter dat alleen als een entiteit verplicht is om een contractueel beding over bail-in op te nemen, en deze entiteit dat vervolgens nalaat of een situatie als bedoeld in artikel 55, tweede lid, BRRD zich voordoet, de passiva niet meegerekend worden voor berekening van de MREL-vereisten voor de entiteit. Hierop is de

tekst van artikel 3A:13d Wft aangepast om artikel 55, tweede lid, zevende alinea, BRRD op de juiste wijze weer te geven.

U (3A:14)

De artikelen 3A:14 tot en met 3A:16 bevatten in de huidige vorm bijna identieke bepalingen voor entiteiten die niet onder de reikwijdte van het SRMR vallen, te weten beleggingsondernemingen (3A:14), EU-moederondernemingen (3A:15) en overige groepsentiteiten (3A:16). De gedachte achter de oorspronkelijke implementatie van BRRD I was dat 3A:14 tot en met 3A:16 voorzagen in implementatie van verschillende leden van artikel 45 wat in de BRRD I het enige artikel was over MREL. Vanuit de gedachte die tijdens de BRRD I leidend was, hoefde artikel 45 BRRD alleen geïmplementeerd te worden voor de entiteiten die wel onder de BRRD zouden vallen, maar niet onder de SRMR. Dit betrof de drie hierboven genoemde entiteiten. Dit wordt thans vereenvoudigd, waarbij ervoor gekozen is artikel 3A:14 opnieuw vast te stellen en artikel 3A:15 en 3A:16 te laten vervallen.

Het eerste lid van het opnieuw vastgestelde artikel 3A:14 bepaalt dat een entiteit uit artikel 3A:2 die niet onder de werking van de SRMR valt, te allen tijde voldoet aan de MREL die door DNB wordt vastgesteld. In vergelijking met het oude artikel is de zinsnede "te allen tijde" toegevoegd. Hoewel het woord "voldoet" zoals dat was opgenomen in de oude versie reeds behelst dat een entiteit hier doorlopend aan dient te voldoen, is deze zinsnede toch opgenomen, onder meer om, conform ook een wens van de Europese Commissie, expliciet te maken dat dit een continu en doorlopend vereiste is dat geldt voor de entiteiten waarop de verplichting rust. Artikel 45 quaterdecies, derde en vierde lid, BRRD zijn bepalingen die gaan over MREL indien bijvoorbeeld bail-in heeft plaatsgevonden. Te allen tijde voldoen als er vrij recent sprake is geweest van bail-in, is praktisch gezien niet mogelijk. Dit is waarom er in artikel 45 quaterdecies, derde en vierde lid, BRRD andere termijnen gelden na ingrepen door de afwikkelingsautoriteit.

Het tweede lid is in grote mate vergelijkbaar met de vorige versies van de artikelen 3A:14 tot en met 3A:16 Wft. Het schrijft voor dat DNB de MREL bedoeld in het eerste lid vaststelt op grond van de artikelen 45 tot en met 45 nonies en 45 quaterdecies, eerste lid en vijfde tot en met achtste lid, BRRD. Voorheen verwezen de artikelen 3A:14 tot en met 3A:16 Wft naar de SRMR met een enkele verwijzing naar een aantal bepalingen uit de BRRD. Vanwege de eerder beschreven keuze is dit volledig omgezet naar de BRRD. De opsomming van artikelen bevatten alle mogelijke keuzes omtrent de hoogte en omvang van de MREL, evenals de procedure en wijze van oplegging door DNB. Hiermee is op eenvoudige wijze het gehele regime omtrent MREL-vaststelling uit de BRRD opgenomen in de Wft en kan DNB de BRRD gebruiken om de MREL vast te stellen voor de verschillende entiteiten die niet onder de SRMR vallen.

In het derde lid is vastgelegd dat een entiteit als bedoeld in het eerste lid van artikel 3A:14 Wft aan DNB rapporteert. De informatie die gerapporteerd moet worden is opgenomen in artikel 45 decies, eerste lid, BRRD. Hierbij is tevens opgenomen dat deze rapportage gedaan zal worden met inachtneming van artikel 45 decies, vijfde lid, BRRD. Dit doelt op de door de EBA te ontwikkelen technische uitvoeringsnormen.²⁰

²⁰ Uitvoeringsverordening (EU) 2021/763 van de Commissie van 23 april 2021 tot vaststelling van technische uitvoeringsnormen voor de toepassing van Verordening (EU) nr. 575/2013 van het Europees Parlement en de Raad en van Richtlijn 2014/59/EU van het Europees Parlement en de Raad ten aanzien van de toezichtrapportage en openbaarmaking van het minimumvereiste voor eigen vermogen en in aanmerking komende passiva.

In het vierde lid is vastgelegd dat de entiteiten de in het derde lid bedoelde informatie rapporteren aan DNB volgens de in artikel 45 decies, tweede lid, BRRD genoemde frequenties. Hierin is opgenomen dat de bedragen aan eigen vermogen als bedoeld in artikel 45 decies, eerste lid, onderdeel a, BRRD ten minste halfjaarlijks gerapporteerd worden. Voor de informatie over de bedragen van andere bail-inbare passiva als bedoeld in artikel 45 decies, eerste lid, onderdeel b, BRRD geldt een jaarlijkse rapportageplicht, evenals begeleidende informatie als bedoeld in artikel 45 decies, eerste lid, onderdeel c, BRRD over onder meer de samenstelling, het looptijdprofiel en de rangorde van de onderdelen a en b. In artikel 45 decies, tweede lid, BRRD is ook de bevoegdheid opgenomen voor DNB om te verzoeken dat een entiteit frequenter rapportages aanlevert.

Het vijfde lid bevat de openbaarmakingsverplichting uit artikel 45 decies, derde lid, BRRD. Evenals in het derde lid is hierbij ook een verwijzing opgenomen naar de technische uitvoeringsnormen voor de openbaarmaking die EBA op grond van artikel 45 decies, zesde lid, BRRD opstelt.²¹ Het zevende lid van artikel 45 decies waarnaar verwezen wordt, schrijft voor dat openbaarmaking later kan plaatsvinden als er gebruik gemaakt is van afomki of een afwikkelingsmaatregel is genomen.

Het zesde lid bevat de implementatie van artikel 45 decies, vierde lid, BRRD waarin is bepaald dat de rapportage- en openbaarmakingsverplichtingen niet gelden voor entiteiten ten aanzien waarvan DNB in het afwikkelingsplan heeft bepaald dat zij het faillissement zal aanvragen. Aan dat BRRD-artikelid is door de Richtlijn Daisy Chains²² een wijziging aangebracht. Hierbij is een uitzondering opgenomen op de regel dat bepaalde artikelliden van artikel 45 decies BRRD (en de implementatie in de Wft daarvan) niet van toepassing zijn op entiteiten waarvoor DNB heeft bepaald dat zij in faillissement zullen gaan. Dit betreft zogenoemde 'liquidatie-entiteiten' zoals gedefinieerd in artikel 2, eerste lid, 83 bis, BRRD. Het kan zijn dat DNB toch MREL-vereisten vaststelt voor dit type entiteiten. Als dat het geval is, bepaalt DNB de inhoud en frequentie van de rapportage- en openbaarmakingsverplichtingen en deelt deze mede aan de entiteit in kwestie. De laatste zin van artikel 45 decies, vierde lid, BRRD met betrekking tot de proportionaliteit van de rapportage- en openbaarmakingsverplichtingen wordt geïmplementeerd door middel van opname van artikel 45 decies, vierde lid, op de Regeling taakuitoefening en grensoverschrijdende samenwerking financiële toezichthouders.

Het zevende lid vormt de implementatie van artikel 45 duodecies BRRD. Dit artikel is opgenomen in de BRRD om overtreding van de vereisten voor MREL te kunnen handhaven. De BRRD schrijft hierin voor dat de overtreding wordt aangepakt met een aantal bevoegdheden die zijn geïmplementeerd in de artikelen 1:74 Wft (informatie opvragen), 1:75a Wft (vroegtijdige interventie maatregelen), 1:79 Wft (last onder dwangsom), 1:80 Wft (bestuurlijke boete), 3:111a Wft (toezichtsbevoegdheden) en 3A:11 tot en met 3A:11c Wft (maatregelen t.a.v. afwikkelbaarheid en het verbieden van uitkeringen).

V (3A:15 tot en met 3A:16c)

Met het aanpassen van artikel 3A:14 Wft om hier ook de gevallen uit de artikelen 3A:15 en 3A:16 Wft onder te brengen is de noodzaak voor de twee

²¹ Deze technische uitvoeringsnormen zijn eveneens in Uitvoeringsverordening (EU) 2021/763 vastgelegd.

²² Richtlijn (EU) 2024/1174 van het Europees Parlement en de Raad van 11 april 2024 tot wijziging van Richtlijn 2014/59/EU en Verordening (EU) nr. 806/2014 met betrekking tot bepaalde aspecten van het minimumvereiste voor eigen vermogen en in aanmerking komende passiva.

laatstgenoemde artikelen komen te vervallen. Artikel 3A:16a Wft was een artikel dat nodig was om duiding te geven aan de procedurele processen die volgen uit de van overeenkomstige toepassingsverklaring van de SRMR. Nu het nieuwe artikel 3A:14 Wft geen verwijzing meer naar de SRMR bevat is dit artikel overbodig en kan het komen te vervallen. De artikelen 3A:16b en 3A:16c Wft blijven wel relevant, omdat deze artikelen zien op de praktische handelingen die DNB moet verrichten ter uitvoering van de taken die zij opgedragen krijgt van de SRB uit hoofde van de SRMR. Ter overzichtelijkheid zijn de artikelen vernummerd waarbij artikel 3A:16b artikel 3A:15 is geworden en artikel 3A:16c is artikel 3A:16 Wft geworden.

W (3A:17)

Artikel 3A:17 bevat de mogelijkheid voor DNB om te besluiten tot toepassing van afomki op een entiteit als bedoeld in artikel 3A:2, indien deze entiteit niet valt onder de werking van het SRMR. Hierin zijn een aantal wijzigingen gemaakt.

Het eerste lid van artikel 3A:17 is opnieuw vastgesteld. Opgenomen is dat DNB 'onverwijld' besluit tot toepassing van afomki indien een entiteit voldoet aan de voorwaarden daartoe. Hoewel in principe in de huidige tekst reeds ligt besloten dat DNB het besluit tot afomki neemt zodra de voorwaarden vervuld zijn, is ervoor gekozen dit toch te expliciteren om hiermee de tekst meer in lijn met de BRRD te brengen.

Daarnaast zag dit artikel eerst op beleggingsondernemingen die geen onderdeel zijn van een groep of van entiteiten van een groep die niet vallen onder de werking van de SRMR. Er is gekozen om dit te vereenvoudigen en te spreken over een entiteit als bedoeld in artikel 3A:2 Wft die niet valt onder de werking van de SRMR, overeenkomstig hoe artikel 3A:14 Wft is aangepast. Bovendien is opgenomen dat de omstandigheden, bedoeld in artikel 59, derde lid, BRRD beoordeeld worden met inachtneming van artikel 59, eerste lid, laatste alinea, eerste lid bis, en het vierde tot en met zesde lid, BRRD. Deze artikelleden schrijven voor hoe de afschrijving en omzetting van kapitaalinstrumenten plaatsvindt. Voorheen werd verwezen naar de 'voorwaarden' bedoeld in de SRMR. Hoewel deze artikelen dezelfde inhoud hebben, werd er verschillende terminologie gebruikt tussen de SRMR en BRRD. Omdat nu verwezen wordt naar artikel 59, derde lid, BRRD, wordt nu ook de term 'omstandigheden' gebruikt. Ook is de verwijzing naar de SRMR vervangen door een verwijzing naar artikel 59 BRRD waarin afomki is vastgelegd. Door toevoeging van deze artikelen kan het vierde lid van artikel 3A:17 komen te vervallen.

Het tweede lid is aangepast naar aanleiding van vragen van de Europese Commissie en sluit hiermee nauwer aan op de tekst van de BRRD. Afomki kan op twee momenten ingezet worden: a) zonder dat er een afwikkelingsmaatregel genomen wordt, of b) onmiddellijk voorafgaand of tegelijk met een afwikkelingsmaatregel. De zinsnede 'onmiddellijk voorafgaand of tegelijk' ontbrak in de eerdere implementatie en is daarom toegevoegd.

Het vijfde lid is opnieuw vastgesteld, zodat dit nu verwijst naar artikel 36 van de BRRD over de waardering.

X (3A:18)

Evenals in artikel 3A:17 is ook in artikel 3A:18 in het eerste lid de reikwijdte van entiteiten waarvoor dit artikel geldt aangepast naar een entiteit als bedoeld in 3A:2 die niet valt onder de SRMR. Daarnaast zijn de verwijzingen naar de SRMR aangepast naar de BRRD-artikelen. Ter verduidelijking is het eerste

lid opnieuw vastgesteld waarbij het voorheen tweede lid verwerkt is in het eerste lid. Hierdoor kan het tweede lid vervallen en zijn enkele leden hernummerd. Het vierde lid (voorheen vijfde) is opnieuw vastgesteld gelijk met het nieuwe vijfde lid in artikel 3A:17.

Y (3A:18a)

Artikel 3A:18a betrof de afwikkeling van een centraal orgaan. Het centrale orgaan werd niet verder gedefinieerd in de Wft, en overigens ook niet expliciet in de BRRD. Wel wordt verwezen naar artikel 10 van de verordening kapitaalvereisten, waarin is opgenomen dat een bank die blijvend is aangesloten bij een centraal orgaan ontheven kan worden van de verordening. Artikel 10 van de verordening kapitaalvereisten sluit aan bij het regime waarvan Nederland sinds lange tijd gebruik maakt om een centrale kredietinstelling met daarbij blijvend aangesloten banken uit te zonderen van het prudentiële regime. Voor dergelijke groepsconstructies is ook in de BRRD een bepaling opgenomen dat de afwikkelingsautoriteit in staat is om ook de centrale kredietinstelling af te wikkelen. Om te verduidelijken dat dit artikel ziet op hetgeen in de Wft met centrale kredietinstelling bedoeld wordt, is 'orgaan' vervangen door 'kredietinstelling'. Tevens zijn de wijzigingen naar de SRMR aangepast naar de BRRD. Daarnaast is aangepast dat DNB niet alleen kan besluiten tot afwikkeling, maar ook tot het nemen van een afwikkelingsmaatregel.

Z (3A:18b)

In artikel 3A:18b Wft, wat ziet op de afwikkeling van entiteit van een groep met daarin een gemengde holding, zijn twee aanpassingen gemaakt. Enerzijds is toegevoegd dat DNB ook kan besluiten tot het nemen van een afwikkelingsmaatregel naast het nemen van een afwikkelingsbesluit. Daarnaast wordt een verschrijving hersteld waarbij artikel 7, tweede lid, SRMR vervangen is door artikel 7, derde lid, SRMR.

AA (3A:19)

In artikel 3A:19 is allereerst het opschrift aangepast om de Wft-term 'staten die geen lidstaat zijn' te gebruiken en niet de BRRD-terminologie van 'derde landen'. Daarnaast zijn de verwijzingen naar de SRMR vervangen door verwijzingen naar de BRRD. Tevens is in het eerste lid ingevoegd dat het niet alleen gaat om een afwikkelingsmaatregel, maar ook een besluit tot afomki nu dit niet onder de definitie van afwikkelingsmaatregel valt. Zie daarvoor verder de bespreking van de definitie van afwikkelingsmaatregel bij onderdeel I.

Het tweede lid is opnieuw vastgesteld, gelijk aan de artikelen 3A:17 en 3A:18 Wft. De voorgenomen maatregelen bedoeld in het eerste lid ziet zowel op afwikkelingsmaatregelen, als op de toepassing van afomki.

BB (3A:20)

In artikel 3A:20 Wft is het eerste lid aangepast vanwege de veranderingen in de definitie van afwikkelingsmaatregel (zie onderdeel I). Artikel 3A:20 bevat het *No Creditor Worse Off*-beginsel uit artikel 34, eerste lid, onderdeel g, BRRD. Dit beginsel houdt in dat de houders van kernkapitaalinstrumenten of eigendomsinstrumenten en schuldeisers van de entiteit in afwikkeling, geen grotere verliezen lijden dan zij zouden hebben geleden indien de entiteit onmiddellijk voorafgaand aan dat besluit in een faillissement zou zijn geliquideerd. In de memorie van toelichting bij de BRRD I, wat ook herhaald is in de memorie van toelichting bij de BRRD II, is dit omschreven als dat "Het eerste en tweede lid (van artikel 3A:20) vormen in zekere zin een opdracht aan DNB

om de afwikkelingsinstrumenten zo vorm te geven dat aan deze voorwaarde wordt voldaan. Toepassing van deze bepalingen begrenst in die zin de mogelijkheden om vorderingen ongelimiteerd af te schrijven of de waarde te bepalen van overgedragen activa of passiva." Deze tekst lijkt restrictiever te zijn dan de bedoeling is van de BRRD. Het NCWO-beginsel is een belangrijk beginsel bij toepassing van afwikkeling. Maar dit betekent niet dat dit een harde limiet op de mogelijkheden tot de in het voorbeeld genoemde afschrijving zet. Het NCWO-beginsel zal, net als de overige beginselen genoemd in artikel 34, eerste lid, BRRD zoveel mogelijk in acht genomen moeten worden bij de keuzes die DNB als afwikkelingsautoriteit maakt om de afwikkelingsdoelstellingen uit artikel 31 BRRD te realiseren. Het kan dus voorkomen dat houders van kernkapitaal- of eigendomsinstrumenten en schuldeisers wel meer verliezen leiden dan in faillissement het geval zou zijn geweest. Dit zou bijvoorbeeld het geval kunnen zijn als dit grotere verlies nodig was om de uiteindelijke doelstellingen van afwikkeling beter te kunnen verwezenlijken. In het geval houders van instrumenten en schuldeisers grotere verliezen hebben geleden, dan is het mogelijk, zoals ook artikel 75 BRRD voorschrijft, dat houders van instrumenten en schuldeisers van een entiteit als bedoeld in 3A:2 die niet valt onder de SRMR gecompenseerd worden uit het Afwikkelingsfonds (zie art. 3A:68 Wft). Voor houders van kernkapitaalinstrumenten of andere eigendomsinstrumenten en schuldeisers van entiteiten die onder het SRMR vallen, geldt artikel 76, eerste lid, onderdeel e, SRMR.

Naast aanpassing van het eerste lid zijn er twee technische aanpassingen gemaakt in het derde en vierde lid. In het derde lid vervalt "onafhankelijk van afwikkelingsmaatregelen", omdat ook als DNB een besluit op basis van artikel 3A:17, eerste lid, Wft heeft genomen onmiddellijk voorafgaand of tegelijk met een afwikkelingsmaatregel de waardering als bedoeld in het derde lid heeft plaats te vinden. Daarnaast zijn artikel 3A:18a en 3A:18b Wft toegevoegd in de opsomming van artikelen omdat dit ook afwikkelingsbesluiten zijn die DNB neemt en hierbij opgenomen moeten zijn. In de tweede zin werd verwezen naar de SRMR. Nu het hier gaat om entiteiten als bedoeld in artikel 3A:2 Wft die niet onder het SRMR vallen is de verwijzing naar de SRMR vervangen door een verwijzing naar het corresponderende artikel 74 BRRD.

CC (3A:20a)

Artikel 3A:20a is toegevoegd om te duiden dat DNB de verantwoordelijke autoriteit is bij de beoordeling of een kleine bank (*less-significant institution*) faalt of waarschijnlijk zou falen, omdat bleek dat de ECB die beoordeling, in tegenstelling tot bij significante banken, niet maakt.²³ Artikel 59, derde lid, BRRD bevat een aantal vaststellingen wanneer de afwikkelingsautoriteit gebruik moet maken van de bevoegdheid tot toepassing van afomki. Op grond van de SRMR kan de SRB vaststellingen doen voor de entiteiten waarvoor zij bevoegd is, ongeacht of de ECB als toezichhoudende autoriteit deze vaststelling heeft gedaan. Voor de entiteiten die onder de SRMR vallen en waarvoor DNB krachtens artikel 7 derde lid SRMR bevoegd is en de entiteiten als bedoeld in artikel 3A:2 Wft die niet vallen onder de werking van het SRMR, was onduidelijk wie deze vaststelling maakt. Artikel 61 BRRD geeft de opdracht aan lidstaten om een autoriteit aan te wijzen die de vaststellingen genoemd in artikel 59, derde lid, kan maken. Logischerwijs is dit toebedeeld aan DNB. Gemakshalve is dit toegevoegd aan artikel 3A:20a.

DD (3A:20aa)

Artikel 3A:20aa wordt ingevoegd ter implementatie van artikel 81, eerste lid,

²³ Kamerstukken II 2021/22, 35945, nr. 3, p. 2-3.

BRRD. In dat artikel is opgenomen dat een entiteit de bevoegde autoriteit in kennis stelt wanneer de entiteit van mening is dat zij faalt of waarschijnlijk gaat falen. Dit is opgenomen als een verplichting van het leidinggevend orgaan van de entiteit die dit onverwijld dient te melden aan DNB of, in het geval van significante instellingen, aan de ECB. Volgens de nota van toelichting is artikel 81, eerste lid, BRRD in artikel 23h van het Besluit prudentiële regels Wft geïmplementeerd. Bij nader inzien blijkt artikel 81, eerste lid, BRRD nadere implementatie te behoeven nu dit artikellid een verplichting bevat voor entiteiten om melding te maken dat zij faalt of waarschijnlijk zal falen. Daarnaast moet op grond van artikel 45 duodecies, eerste lid, eerste alinea, onderdeel e, BRRD het niet melden van het feit dat de entiteit faalt of waarschijnlijk gaat falen gesanctioneerd kunnen worden met een bestuurlijke boete. Omdat dit een wezenlijke melding betreft over het al dan niet falen van de entiteit, is ervoor gekozen dit op wetsniveau op te nemen.

EE (3A:20c)

In artikel 3A:20c, derde lid, onderdeel b, is een verwijzing opgenomen naar het algemeen belang als bedoeld in artikel 18, vijfde lid, SRMR. DNB zal dit artikel volgen als zij een besluit tot opschorting neemt ten aanzien van een entiteit die onder haar bevoegdheid op grond van het SRMR valt. Als DNB gebruik maakt van de opschorting voor een entiteit die niet onder de SRMR valt, zal zij het algemeen belang echter baseren op artikel 32, vijfde lid, BRRD in plaats van het artikel in de SRMR. Daarom is hier zowel een verwijzing naar de SRMR als de BRRD opgenomen.

FF (3A:20d)

Artikel 3A:20d betreft de reikwijdte en motivering van de opschorting van betalings- of leveringsverplichtingen van banken die DNB kan instellen. Hierin zijn twee kleine wijzigingen doorgevoerd. Allereerst is in het tweede lid "passend" ingevoegd voorafgaand aan "bedrag", zodat dit lid beter aansluit bij de tekst van de BRRD. Daarnaast is in het derde lid "gegarandeerde deposito's" vervangen door "gedekte deposito's" gezien de wijziging in artikel 1:1 Wft.

GG (3A:21)

Artikel 3A:21 bevat de bepalingen omtrent de toepassing van afomki. In het eerste lid, onderdeel c en d, van artikel 3A:21 Wft is opgenomen dat er omzetting in rechten op nieuw uit te geven kernkapitaalinstrumenten of eigendomsinstrumenten kan plaatsvinden. Maar het is tevens mogelijk dat de bestaande aandelen op de houders van de rechten bedoeld in artikel 3A:21, eerste lid, onderdeel c of d, Wft overgaan. De ontstane rechten geven in dat geval recht op de bestaande aandelen en niet alleen op nieuw uit te geven aandelen. Er is daarom gekozen om "nieuw uit te geven" te schrappen uit de onderdelen c en d ter verduidelijking dat DNB ook de bevoegdheid heeft om bestaande aandelen te doen overgaan. Al naar gelang van toepassing van de bevoegdheid van artikel 3A:21, eerste lid, onderdeel b, Wft kunnen de rechten waarin is omgezet ofwel recht geven op nieuw uit te geven kernkapitaalinstrumenten of eigendomsinstrumenten dan wel op bestaande kernkapitaalinstrumenten of eigendomsinstrumenten.

Tevens is in het vijfde lid een verwijzing naar de SRMR vervangen door verwijzing naar de BRRD waarbij tevens het lid tekstueel iets aangepast is.

HH (3A:22 en 3A:45)

Artikel 3A:22 (en het gelijklopende artikel 3A:45) Wft is grondig aangepast.

Dit artikel gaat over de uitgifte van kernkapitaalinstrumenten of eigendomsinstrumenten door een entiteit die daartoe door DNB geïnstrueerd is indien afomki is toegepast. Het huidige artikel is bij nader inzien te beperkt en sluit niet goed aan bij de omzettingsbevoegdheid van artikel 59, derde lid, BRRD en de instructiebevoegdheid van artikel 60, derde lid, en artikel 63, eerste lid, onderdeel i, BRRD. Daarbij is ervoor gekozen om bij toepassing van de conversiebevoegdheid bij afomki en bail-in, de relevante kapitaalinstrumenten en bail-inbare passiva om te zetten in rechten op kernkapitaalinstrumenten of eigendomsinstrumenten. Eerst wanneer de conversieratio is bepaald (met toepassing van artikel 50 BRRD) zal dit recht worden omgezet in een (nieuw uit te geven) aandeel of ander eigendomsinstrument. Hier kan enige tijd overheen gaan. De kern van het artikel blijft dat DNB kan voorschrijven dat een entiteit kernkapitaalinstrumenten of eigendomsinstrumenten uitgeeft, of haar medewerking verleent aan de uitgifte daarvan, aan de houders van de rechten, bedoeld in artikel 3A:21, eerste lid, onderdeel c of d, Wft. Dit wordt nu geëxpliciteerd in het eerste lid.

In het eerste lid is reeds voorzien dat DNB kan voorschrijven dat de entiteit kernkapitaal- en eigendomsinstrumenten uitgeeft en haar medewerking verleent aan de uitgifte daarvan. DNB kan derhalve voorschrijven dat de entiteit medewerking dient te verlenen aan de uitgifte van certificaten van aandelen, bijvoorbeeld als de entiteit middels een certificeringsstructuur beschermd zal zijn. In het nieuwe tweede lid wordt uitdrukkelijk bepaald dat DNB hiertoe kan voorschrijven dat de entiteit aandelen uitgeeft aan een STAK.

De STAK is een entiteit die niet onder zeggenschap van DNB staat in afwikkeling, maar wel moet meewerken om de uitgifte aan de houders van claimrechten mogelijk te maken. Hiertoe wordt een instructierecht opgenomen voor DNB om de STAK te instrueren een bepaalde handeling (het uitgeven van certificaten aan de houders van rechten) te verrichten. De instructie zal doorgaans zijn dat de certificaten moeten worden uitgegeven aan de SAA die deze zal houden voor de claimrechthouders. De optie bestaat ook dat DNB de STAK de instructie geeft om certificaten uit te keren aan een of meerdere personen. Dit instructierecht wordt opgenomen in het derde lid

Het nieuwe vierde lid geeft aan dat bij de uitgifte bedoeld in het eerste tot en met derde lid geen andere rechten uitgeoefend kunnen worden dan die bedoeld in artikel 3A:21, eerste lid, onderdeel c of d, Wft. Dit was voorheen opgenomen in het eerste lid als laatste zin, maar wordt nu een zelfstandig artikellid. Daarbij komt de zinsnede uit het eerste lid over een termijn verbinden aan de uitoefening van de rechten door DNB te vervallen. Dit wordt behandeld in het nieuwe eerste lid van artikel 3A:23 Wft.

In het nieuwe vijfde (voorheen zesde) lid is opgenomen dat de voorwaarden bedoeld in artikel 60, derde lid, BRRD, van toepassing zijn op de uitgifte bedoeld in het eerste lid, al dan niet in samenhang met een uitgifte als bedoeld in het tweede of derde lid.

II (3A:23)

De besluiten die DNB neemt, hebben gevolgen. Ter implementatie van artikel 53, tweede lid, BRRD is artikel 3A:23 Wft opgenomen, dat DNB de bevoegdheid geeft tot het verrichten of laten verrichten van hetgeen noodzakelijk is om afomki en het instrument van bail-in goed te kunnen toepassen. Wanneer DNB haar omzettingsbevoegdheid ten aanzien van de relevante kapitaalinstrumenten of bail-inbare passiva uitoefent op basis van artikel 3A:21 onderscheidenlijk 3A:44 Wft, zal er eerst omzetting plaatsvinden in een recht op een kernkapitaalinstrument of andere eigendomsinstrumenten, de reeds genoemde

claimrechten. Deze claimrechten zullen worden omgezet in aandelen of andere eigendomsinstrumenten. Teneinde deze omzetting goed te kunnen uitvoeren zal het nodig zijn om te bepalen door welke voorwaarden deze claimrechten worden beheerst. Deze voorwaarden kunnen worden vastgelegd in de in de praktijk gebruikelijke zogeheten *Terms and Conditions*. De Nederlandse entiteiten hebben allen hun eigen specifieke bijzonderheden die hun oorsprong vinden in de rechtsvorm of de kapitaalstructuur van de entiteit. Gezien het belang om de specifieke toegesneden voorwaarden te kunnen stellen om hiermee een goede toepassing van de conversiebevoegdheid te kunnen bewerkstelligen door DNB, is het noodzakelijk om te verduidelijken dat DNB dergelijke voorwaarden kan verbinden aan de afschrijving, uitgifte of omzetting als bedoeld in de artikelen 3A:21 en 3A:22 Wft. Hierom is het eerste lid aangepast. Het eerste lid schrijft nu voor dat DNB in haar besluiten op grond van artikel 3A:21 en 3A:22 Wft nader bepaalt a) op welke wijze en onder welke voorwaarden de afschrijving, uitgifte of omzetting van kapitaalinstrumenten en eigendomsinstrumenten plaatsvindt, b) wat de gevolgen zijn van deze besluiten voor zover nodig en c) wat de nominale waarde is van de aandelen bij overgang van de bestaande aandelen op de houders van rechten bedoeld in artikel 3A:21, eerste lid, onderdeel c, Wft. Hierdoor is DNB in staat om de modaliteit van de inzet van haar instrumentarium ten volle te bepalen en voor te schrijven.

In het tweede lid is in onderdeel e, dat ziet op het wijzigen van de statuten in geval van vermindering van het bedrag van de aandelen, het woord "vermindering" gewijzigd in "aanpassing". Dit biedt de vrijheid om enerzijds het bedrag van een aandeel te verminderen, maar ook dit te verhogen.

JJ (3A:24)

Evenals in artikel 3A:21 vervalt de zinsnede "nieuw uit te geven". Zie onderdeel GG voor meer toelichting.

KK (3A:25a)

Artikel 3A:25a bevat de bevoegdheid voor DNB om de hoofdsom van de instrumenten die door afomki op grond van artikel 3A:21 getroffen worden te verhogen als deze hoofdsom eerder verminderd is maar uit de definitieve waardering blijkt dat de afschrijving minder fors hoeft te zijn. In artikel 3A:25a zijn, naast dynamische verwijzingen naar de SRMR, ook dynamische verwijzingen naar de BRRD toegevoegd, nu DNB, afhankelijk van het type entiteit, een van beide dient toe te passen.

LL (3A:26)

Artikel 3A:26 ziet op het geval waarin de inzet van afomki of afwikkelingsmaatregelen leiden tot een verwerving of een vergroting van een gekwalificeerde deelneming in een bank of een beleggingsonderneming. In het eerste lid, onderdeel a, van artikel 3A:26 Wft is opgenomen dat de verwerving of vergroting een gevolg kan zijn van een door toepassing van artikel 3A:21, eerste lid, verworven recht op nieuw uit te geven eigendomsinstrumenten. Zoals ook bij artikel 3A:21 is opgemerkt worden niet in alle gevallen kernkapitaalinstrumenten of eigendomsinstrumenten nieuw uitgegeven. Hierom komt de zinsnede "nieuw uit te geven" te vervallen. In dit artikel wordt die zinsnede vervangen door "kernkapitaalinstrumenten of" omdat abusievelijk kernkapitaalinstrumenten niet in dit onderdeel waren opgenomen terwijl er wel een recht daarop verworven kan worden door toepassing van artikel 3A:21, eerste lid, Wft. Verder wordt in de aanhef naast een verwijzing naar de SRMR ook een verwijzing naar de BRRD opgenomen.

In het eerste lid, onderdeel b, van artikel 3A:26 Wft worden de artikelen 3A:18a en 3A:18b Wft ingevoegd in de opsomming, aangezien de besluiten uit die twee artikelen ook kunnen leiden tot de uitgifte van eigendomsinstrumenten.

Daarnaast is in het vierde lid toegevoegd aan het slot "tenzij anders bepaald". Hiermee wordt tot uitdrukking gebracht dat DNB in de verklaring van geen bezwaar kan aangeven hoe het samenspel verloopt tussen enerzijds de houder van de eigendomsinstrumenten en anderzijds een bijzondere bestuurder uit artikel 3A:49 Wft, indien deze is aangesteld of de zeggenschap is overgenomen door DNB.

MM (3A:26a)

Afdeling 3A.1.5 Wft ziet op de afwikkeling als een besluit op grond van artikel 18 SRMR of de artikelen 3A:18 en 3A:19 Wft is genomen. Afomki vindt plaats op grond van artikel 3A:17 en afdeling 3A.1.4 Wft. Een aantal bevoegdheden die in afdeling 3A.1.5 Wft met betrekking tot afwikkeling zijn opgenomen, moeten op grond van de BRRD echter ook inzetbaar zijn bij de toepassing van afomki. Dit is de situatie beschreven in artikel 59, eerste lid, onderdeel a, BRRD. De bevoegdheden die in dat geval toegepast moeten kunnen worden zijn het omzetten van de rechtsvorm (art. 3A:50, eerste lid, Wft), het vrij van enige bezwaring of aansprakelijkheid laten overgaan van eigendomsinstrumenten, activa of passiva (art. 3A:51, derde lid), de uitsluiting van vernietigbaarheid (3A:58) en het kunnen verwerken van persoonsgegevens (3A:63). Artikel 3A:26a schrijft voor dat deze artikelen uit 3A.1.5 Wft ook van overeenkomstige toepassing zijn op de afschrijving en omzetting als bedoeld in artikel 3A:21 Wft.

NN (3A:27)

De Implementatiewet verliesabsorptie- en herkapitalisatiecapaciteit van banken en beleggingsondernemingen heeft de artikelen 3A:18a en 3A:18b Wft ingevoegd na artikel 3A:18 Wft ter implementatie van de artikelen 32 bis en 33, eerste lid, BRRD. Dit zijn echter afwikkelingsbesluiten, evenals artikel 3A:18 en 3A:19 Wft. Abusievelijk is vergeten 3A:18a en 3A:18b Wft toe te voegen aan de opsomming in 3A:27 Wft. Deze omissie wordt hersteld en de verwijzing betreft nu de gehele reeks van artikelen 3A:18 tot en met 3A:19 Wft. Ter verduidelijking is artikel 3A:27 Wft opnieuw vastgesteld.

OO (3A:28)

Artikel 3A:28 Wft bevat de implementatie van artikel 38 BRRD over de overgang van de onderneming. Zoals in de memorie van toelichting bij de Implementatiewet Europees kader voor herstel en afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen is opgemerkt, biedt dit artikel eveneens de mogelijkheid voor DNB om niet alle instrumenten, activa of passiva te doen overgaan aan een onderneming.²⁴ Wat echter niet vermeld is, is dat DNB als afwikkelingsautoriteit ook meermaals een overgang kan bewerkstelligen. Dit volgt uit artikel 38, vijfde lid, maar is niet geland in de tekst van artikel 3A:28 Wft. Om dit buiten kijf te stellen, is opgenomen dat DNB bij toepassing van het eerste lid van artikel 3A:28 Wft meermaals een overgang kan bewerkstelligen. In de praktijk zal in het afwikkelingsbesluit dan wel het implementatiebesluit dat DNB neemt worden opgenomen dat DNB door middel van aanvullende besluiten nader te bepalen activa en passiva kan doen overgaan.

²⁴ Zie Kamerstukken II 2014/15, 32408, nr. 3, p. 95-96.

PP (3A:29)

Artikel 3A:29 Wft betreft de voorwaarden waaronder er sprake kan zijn van overgang van de onderneming uit artikel 3A:28, eerste lid, Wft. In het eerste lid is een kleine aanpassing gemaakt, waarbij er niet alleen naar artikel 39, tweede en derde lid, BRRD wordt verwezen, maar ook naar het eerste lid van dat artikel. Ook in het eerste lid van artikel 39 BRRD zijn punten opgenomen waarmee DNB rekening dient te houden, zoals dat zij regelingen moet treffen voor de verkoop en dat pools van rechten, activa en passiva afzonderlijk verkocht kunnen worden. Daarnaast zijn ook kernkapitaalinstrumenten opgenomen omdat DNB ook tot overgang van deze instrumenten kan besluiten.

In het tweede lid zijn, vanwege de aanpassingen in de artikelen 3A:17 en 3A:18, de twee verwijzingen aangepast. Daarnaast wordt er een zin toegevoegd aan het tweede lid van artikel 3A:29 Wft, waar uit volgt dat DNB alle redelijke stappen mogelijk moet nemen om de commerciële voorwaarden, die genoemd worden in de eerste zin, te bedingen. Dit betreft implementatie van artikel 38, tweede lid, BRRD. De memorie van toelichting bij de implementatie van de BRRD I besprak dat de tweede zinsnede van artikel 38, tweede lid, BRRD geen implementatie behoefde. Dat is juist, want die zinsnede gaat over het laten geschieden van de overgang in overeenstemming met het Unierechtelijke kader voor staatssteun. De eerste zinsnede van artikel 38, tweede lid, BRRD over de commerciële voorwaarden is echter niet geïmplementeerd. Met de wijziging van artikel 3A:29, tweede lid, Wft wordt hiervoor alsnog gezorgd.

QQ (3A:30)

Artikel 3A:30 ziet op het verzoek tot faillissement als DNB als afwikkelingsautoriteit heeft besloten om een gedeelte van de activa of passiva van een entiteit in afwikkeling over te dragen. Zij kan dan de rechtbank Amsterdam, die op grond van artikel 212h, eerste lid, Fw de bevoegde rechtbank is bij faillissement van een bank of andere entiteit als bedoeld in artikel 3A:2 Wft (zie daarvoor artikel 212na Fw), vragen om het resterende gedeelte van de entiteit in faillissement te plaatsen. Er is hierop een uitzondering geformuleerd in artikel 3A:30 Wft, namelijk als het voortbestaan van het overgebleven deel van de entiteit nodig is om de afwikkelingsdoelstellingen te verwezenlijken of aan de algemene beginselen met betrekking tot afwikkeling te voldoen. Voor die doelstellingen en beginselen wordt verwezen naar artikel 14 en artikel 15, eerste lid, van de SRMR. Deze doelstellingen gelden als er een bank in afwikkeling gaat. Voor entiteiten als bedoeld in artikel 3A:2 Wft die niet onder de SRMR vallen, gelden echter artikel 31 en artikel 34, eerste lid, BRRD. Hierom is zowel de verwijzing naar de BRRD als de SRMR opgenomen zodat, afhankelijk van het specifieke geval en entiteit, DNB zich baseert op de juiste bepalingen.

RR (3A:37)

Artikel 3A:37 ziet op het instrument van de overbruggingsinstelling.

In het tweede lid werd verwezen naar de SRMR. Ter vervanging van die verwijzing is hetgeen is opgenomen in artikel 40, derde lid, BRRD (wat het corresponderende artikel van artikel 25, derde lid, SRMR is) geïmplementeerd in het tweede lid. Overigens geldt voor banken onverkort artikel 25, derde lid, SRMR.

Evenals het geval is bij de toepassing van het instrument van de overgang van de onderneming kan DNB ook bij het instrument van de overbruggingsinstelling een eventuele overgang meermaals bewerkstelligen indien nodig. Hiervoor is een derde lid aan het artikel toegevoegd.

SS (3A:40 en 3A:40a)

Zoals ook beschreven is bij artikel 3A:30 Wft kunnen de artikelen 3A:40 en 3A:40a Wft over de vergunning van een overbruggingsinstelling voor een instelling zowel toepasbaar zijn in gevallen die onder de SRMR vallen als onder de BRRD. Hierom is zowel een verwijzing opgenomen naar de afwikkelingsdoelstellingen in artikel 14 SRMR als de afwikkelingsdoelstellingen in artikel 31 BRRD.

TT (3A:44)

In artikel 3A:44 wordt, evenals in artikel 3A:21 en 3A:26 de zinsnede "nieuw uit te geven" geschrapt. In het derde lid is tevens artikel 47 toegevoegd aan de opsomming van artikelen. Het vierde lid ziet op entiteiten als bedoeld in artikel 3A:2 die niet vallen onder het SRMR. Derhalve wordt de verwijzing naar de artikelen van de SRMR vervangen door de corresponderende artikelen in de BRRD. Omdat daarmee tevens de tekst van het vierde lid iets aangepast is, is het lid opnieuw vastgesteld.

UU (3A:45)

Artikel 3A:45 is de evenknie van artikel 3A:22 Wft, maar dan in de afwikkelingsfase als het instrument van bail-in is toegepast. Zie voor verdere toelichting daarvoor de toelichting bij onderdeel GG.

VV (3A:47)

Artikel 3A:47 Wft betreft het bedrijfssaneringsplan dat een entiteit dient aan te leveren bij DNB indien het instrument van bail-in is toegepast. In het eerste lid is een verwijzing naar de SRMR vervangen door een verwijzing naar artikel 3A:44 Wft, waar het corresponderende artikel 44 uit de BRRD is geïmplementeerd. Daarnaast is in het vijfde lid niet alleen verwezen naar de SRMR, maar ook het corresponderende artikel uit de BRRD nu dit artikellid kan zien zowel op situaties die onder de SRMR vallen als op entiteiten als bedoeld in artikel 3A:2 die niet vallen onder het SRMR.

WW (3A:48)

Artikel 3A:48 Wft ziet op de beoordeling van het bedrijfssaneringsplan wat een entiteit in afwikkeling opstelt op grond van artikel 3A:47 Wft nadat bail-in heeft plaatsgevonden. In het eerste lid van artikel 3A:48 Wft is opgenomen dat DNB een entiteit binnen een maand in kennis stelt van de beoordeling. In dit eerste lid wordt verduidelijkt dat DNB bij de beoordeling voor zover van toepassing, artikel 27, zestiende lid, SRMR in acht neemt. In dat artikel is beschreven hoe de besluitvorming geschiedt indien dit op grond van de SRMR plaatsvindt tussen DNB, de SRB en de ECB. De in artikel 27, zestiende lid, SRMR beschreven procedure vult de procedure die in artikel 52 BRRD wordt beschreven aan. Het woord "onverminderd" in het eerste lid van dit artikel kon dus vervallen.

XX (3A:49)

Artikel 3A:49 Wft betreft de bijzonder bestuurder en overname zeggenschap uit de artikelen 35 (bijzondere bestuurder), 63, eerste lid, onderdeel b, en 72 BRRD. Omdat een bijzonder bestuurder of zeggenschap overnemen feitelijk op hetzelfde neerkomt is ervoor gekozen om deze drie bepalingen in een Wft-artikel op te nemen. Voor de implementatie van die BRRD-artikelen werd aangesloten bij de bepalingen omtrent de curator en tijdelijk bewindvoerder uit de artikelen 1:76 en 1:76a Wft. Hoewel de curator, tijdelijk bewindvoerder en

bijzonder bestuurder veel op elkaar lijken, en de laatste twee beiden afkomstig zijn uit de BRRD, zijn er toch ook verschillen, met name wat betreft de toepassing van deze figuren op grond van de verschillende artikelen in de Wft. Hierdoor functioneren de kruisverwijzingen in het derde lid van artikel 3A:49 Wft niet optimaal, omdat die impliceren dat de voorwaarden waaronder een curator en bijzonder bewindvoerder opereren ook van toepassing zijn op de bijzonder bestuurder. Dat is niet altijd het geval. Om er zeker van te zijn dat de regeling ten aanzien van de bijzonder bestuurder correct geïmplementeerd is, is artikel 3A:49 Wft opnieuw vastgesteld waarbij zoveel mogelijk is aangesloten bij de tekst van artikel 35 BRRD.

Het eerste lid is de implementatie van de artikelen 35, eerste lid, tweede zin, 63, eerste lid, onderdeel b, en 72 BRRD. Hierin is de bevoegdheid voor DNB opgenomen dat zij een bijzonder bestuurder kunnen benoemen, dan wel de zeggenschap overnemen. Tevens bevat het eerste lid hetgeen in artikel 35, eerste lid, derde zin, BRRD is opgenomen over de kwalificaties, vaardigheden en kennis van de bijzonder bestuurder. Deze beoordeling volgt niet uit de gebruikelijke beoordeling voor bestuurders die een toezichthouder uitvoert maar is een exclusieve competentie van de afwikkelingsautoriteit.²⁵

Het tweede lid van artikel 3A:49 Wft is de implementatie van artikel 35, eerste lid, tweede zin, vierde lid, tweede zin, en zesde lid, BRRD. Deze bepalingen gaan allemaal over de termijn van benoeming en openbaarmaking van die benoeming.

Het derde lid van artikel 3A:49 Wft bevat de implementatie van artikel 35, tweede lid, eerste zin, BRRD. Hierin is opgenomen dat de bijzondere bestuurder treedt in alle rechten en bevoegdheden van de organen van de entiteit in afwikkeling en haar aandeelhouders of leden.

Het vierde lid van artikel 3A:49 is de implementatie van artikel 35, derde lid, BRRD waarin de plicht voor de bijzonder bestuurder is neergelegd om alle noodzakelijke maatregelen te nemen om de afwikkelingsdoelstellingen te bewerkstelligen en de afwikkelingsmaatregelen uit te voeren die de afwikkelingsautoriteit heeft genomen. Daarbij geldt tevens dat die plicht voor gaat op elke andere bestuurstaak op grond van de wet of de statuten als deze niet consistent zijn met de afwikkelingsdoelstellingen en de afwikkelingsbesluiten. Het gaat hier derhalve niet om de bevoegdheid van de bijzonder bestuurder om te kunnen afwijken van wettelijke voorschriften of statutaire bepalingen voortvloeiende uit verplichtingen van het bestuur. Met de aanpassingen van het nieuwe vierde lid van artikel 3A:49 Wft is dit artikel in lijn gebracht met artikel 35, derde lid, BRRD. Mogelijke maatregelen die een bijzondere bestuurder kan nemen zijn onder meer het kapitaal verhogen van de entiteit, een reorganisatie van de eigendomsstructuur of overnames, overeenkomstig de afwikkelingsinstrumenten.

Het vijfde lid van artikel 3A:49 bevat de implementatie van artikel 35, tweede lid, tweede zin, en vierde lid, eerste zin, BRRD. Dit gaat over de uitoefening van de rechten en bevoegdheden van de bijzonder bestuurder onder toezicht van DNB als afwikkelingsautoriteit. Hierbij kan DNB grenzen stellen of eisen dat er voor bepaalde handelingen voorafgaande toestemming nodig is.

Het zesde lid betreft geen implementatie maar is overgenomen uit artikel 1:76, achtste lid, Wft dat artikel 3A:49, derde lid, Wft voorheen van overeenkomstige

²⁵ Dit volgt uit de gezamenlijke EBA en ESMA richtsnoeren voor het beoordelen van de geschiktheid van leden van het leidinggevend orgaan en medewerkers met een sleutel-functie, overwegingen 59 en 207 (EBA/GL/2021/06).

toepassing verklaarde. Dit omvat enerzijds de plicht voor organen en vertegenwoordigers van de entiteit om alle medewerking te verlenen aan de bijzonder bestuurder, en anderzijds de rechtsgevolgen van de handelingen van de bijzonder bestuurder.

Het zevende lid betreft de implementatie van 35, vijfde lid, BRRD over de verslagen die de bijzonder bestuurder opstelt.

Het achtste lid regelt dat tegen een besluit van de bijzonder bestuurder administratief beroep ingesteld kan worden bij DNB.

Het negende lid verklaart het tweede lid, eerste zin, en het derde en zesde lid van overeenkomstige toepassing als er sprake is van de overname van zeggenschap door DNB.

YY (3A:49a)

Vanwege de toevoeging van de definitie van hoger management in artikel 1:1 Wft is de zinsnede die beschrijft wat het hoger management is vervangen door de definitie.

ZZ (3A:50a)

In artikel 3A:50a wordt de mogelijkheid opgenomen dat DNB een SAA opricht om uitvoering te geven aan afomki (artikel 3A:21) of bail-in (3A:44). Op grond van het eerste lid kan DNB overgaan tot oprichting van een SAA. Hierbij dient opgemerkt te worden dat DNB ook een SAA kan oprichten ter voorbereiding van de uitvoering van afomki of bail-in.

In het tweede lid is opgenomen dat DNB de SAA een aanwijzing kan geven met betrekking tot de taakuitoefening. Hoewel DNB de SAA opricht en mogelijk DNB-medewerkers plaatsnemen in het bestuur van de stichting, is het niettemin wenselijk om de mogelijkheid te creëren dat DNB een expliciete opdracht geeft aan de SAA wat betreft de taakuitoefening. De aanwijzing kan zich richten op elk onderdeel van het proces, van het initiële aanvaarden van bijvoorbeeld certificaten van een STAK, toedeling van de aandelen of andere eigendomsinstrumenten aan houders van de claimrechten, tot aan de uiteindelijk afwikkeling van de SAA na voltooiing van haar taken. Evenals hetgeen is overwogen bij de overbruggingsinstelling uit artikel 3A:38 Wft geldt voor het geven van deze aanwijzing dat niet is vereist dat door de SAA een overtreding van de Wft is begaan.²⁶

Het derde lid bevat een delegatiegrondslag zodat er bij of krachtens algemene maatregel van bestuur regels gesteld kunnen worden rondom de SAA met betrekking tot de oprichting en ontmanteling, taak, financiering, inrichting, bestuur en werkwijze. De SAA heeft als taak om slechts tijdelijk eigendomsinstrumenten te houden voor de houders van de rechten. Het moet mogelijk blijven om de SAA te ontmantelen. Als in dit verband het - na gedane inspanning - niet mogelijk is gebleken om de eigendomsinstrumenten toe te delen aan de rechthebbenden, zou de SAA de mogelijkheid moeten hebben om deze te verkopen.

In het vierde lid is de mogelijkheid opgenomen dat indien houders van de rechten hun recht op een aandeel niet claimen en de SAA de resterende aandelen verkoopt, de opbrengsten worden geconsigneerd in de Consignatiekas van het ministerie van Financiën zodat overgebleven rechthebbenden deze nog 20 jaar

²⁶ Kamerstukken II 2014/15, 34 208, nr. 3, p. 101.

daar kunnen claimen. Bij algemene maatregel van bestuur kan nader worden bepaald onder welke omstandigheden consignatie kan plaatsvinden.

AAA (3A:51)

De wijziging in het tweede lid van artikel 3A:51 betreft herstel van een verschrijving. Het woord activa wordt vervangen door passiva.

BBB (3A:52 en 3A:61)

Dit betreft een wijziging in verband met het opnemen van de definitie van gedekte deposito in 1:1 Wft en het laten vervallen van gegarandeerd deposito in artikel 3A:1 Wft.

CCC (3A:56)

Artikel 3A:56 bevat de bevoegdheid voor DNB om in te grijpen in de handel in financiële instrumenten door een opdracht te geven aan de Autoriteit Financiële Markten (AFM). Vanwege de aanpassing in de definitie van afwikkelingsmaatregel (zie onderdeel I) is het nodig hieraan toe te voegen dat het zowel gaat om de doeltreffende afwikkelingsmaatregelen als het uitoefenen van afomki (op grond van enerzijds een besluit op basis van de SRMR of anderzijds op basis van de Wft al naar gelang of de entiteit onder het SRMR valt of niet, en artikel 3A:21 Wft) onmiddellijk voorafgaand of tegelijk met een afwikkelingsmaatregel.

DDD (3A:63a)

Artikel 3A:63a bevat de uitwerking van artikel 45 decies, vierde lid, BRRD voor banken die onder de SRMR vallen. Doordat artikel 45 decies, vierde lid, BRRD gewijzigd is door de Richtlijn Daisy Chains dient ook artikel 3A:63a Wft aangepast te worden. De zinsnede „, met uitzondering van de entiteiten waarvan het afwikkelingsplan bepaalt dat de Nederlandsche Bank het faillissement zal aanvragen” komt te vervallen in het eerste lid. Dit wordt ondervangen door de toevoeging van een nieuw derde lid, overeenkomstig het in artikel 3A:14 opgenomen zesde lid. Hierin wordt verwezen naar de uitzonderingssituatie voor liquidatie-entiteiten zoals gedefinieerd in artikel 2, eerste lid, onderdeel 83 bis bis, BRRD.

EEE (3A:64)

Artikel 3A:64, zevende lid, is nieuw opgenomen in de Wft. Het betreft een implementatie van artikel 86, derde lid, BRRD waarin voorheen nooit voorzien was. Het artikel schrijft voor dat bij het nemen van een afwikkelingsmaatregel, dus als een instelling in afwikkeling is gegaan, DNB aan de bevoegde rechtbank kan verzoeken om elke gerechtelijke actie of procedure waaraan de entiteit is onderworpen op te schorten. Deze opschorting duurt voor zolang het noodzakelijk is om de afwikkelingsdoelstellingen in artikel 31 BRRD te garanderen.

FFF (3A:70)

Artikel 3A:70 Wft ziet op de bijdrage aan afwikkeling door middel van gebruik van het Afwikkelingsfonds. In dit artikel zijn de dynamische verwijzingen naar de SRMR omgezet in dynamische verwijzingen naar de BRRD en is hierbij het eerste en tweede lid tekstueel iets aangepast.

GGG (3A:77)

In verband met de opname van de definitie van financiëlezekerheids overeenkomst in artikel 1:1 Wft kan hier de definitie van financiëlezekerheids overeenkomst tot overdracht vervallen. De definitie in artikel 1:1 definieert de financiëlezekerheids overeenkomst namelijk als een overeenkomst tot overdracht.

HHH (4:89a)

In verband met de opname van de definitie van financiëlezekerheids overeenkomst in artikel 1:1 Wft kan hier de zinsnede na het woord financiëlezekerheids overeenkomst in artikel 4:89a, eerste lid, vervallen. De definitie in artikel 1:1 Wft verwijst namelijk al naar artikel 51, onderdeel b, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek.

III (Bijlagen behorende bij de artikelen 1:79 en 1:80)

In de bijlagen behorende bij de artikelen 1:79 en 1:80 wordt een aantal ingevoegde artikelen opgenomen ter handhaving, te weten de artikelen 3A:10a (voorstel entiteit voor aanpak belemmeringen), 3A:14, eerste en derde tot en met vijfde lid (MREL vaststellen welk artikel is herzien), 3A:15 (het oude 3A:16b wat voorheen ook handhaafbaar was), 3A:20aa (melding entiteit aan DNB van FOLTF), 3A:22, derde lid (instructie uitgifte certificaten) en 3A:23, tweede lid (regeling gevolgen besluiten, waaronder de instructie aan de STAK).

Artikel II (Faillissementswet)

A (212ha)

Artikel 212ha Fw ziet op de aanvraag tot faillissement van een bank. Hierin zijn enkele aanpassingen gemaakt om dit artikel meer in lijn te brengen met de huidige praktijk en de bevoegdheidsverdeling binnen het afwikkelings- en toezichtraamwerk bij de samenwerking tussen DNB als toezichthouder en afwikkelingsautoriteit, de ECB als toezichthouder en de SRB als afwikkelingsautoriteit voor banken die onder het SRMR vallen. Hierbij is het derde lid van artikel 212ha Fw aangepast. Voorheen gaf dit lid aan dat de ECB of DNB gehoord diende te worden indien een bank zelf aangifte doet van haar faillissement. Dat is niet geheel juist. Weliswaar moet de ECB of DNB als toezichthouder van een bank genotificeerd worden, maar er is geen rol voor de ECB of DNB om gehoord te worden in haar rol als toezichthouder. Een dergelijke rol komt alleen DNB als afwikkelingsautoriteit en de SRB toe. Om deze reden is er een vierde lid toegevoegd, ter implementatie van artikel 86, tweede lid, onderdeel b, BRRD. Dit onderdeel schrijft voor dat niet over een aanvraag tot faillissement beslist kan worden voordat a) de bevoegde afwikkelingsautoriteit heeft laten weten dat zij geen afwikkelingsmaatregel zal nemen en b) een termijn van zeven dagen na dagtekening van de kennisgeving van de aanvraag aan DNB is verstreken. Hierbij is tevens opgenomen dat het naast DNB, de SRB kan zijn die, voor banken die onder het SRMR vallen, geen afwikkelingsmaatregel neemt. In het laatste geval zal de SRB dit aan DNB melden. DNB stelt vervolgens de rechtbank Amsterdam, waar dit soort zaken aanhangig worden gemaakt (zie artikel 212h, eerste lid, Fw), hiervan op de hoogte.

B (212hf)

Artikel 212hf Fw bevat de mogelijkheid voor een bank om zich te verweren tegen het oordeel van DNB dat is voldaan aan de voorwaarden genoemd in artikel 212ha, eerste lid, Fw. Met die voorwaarden wordt bedoeld op de voorwaarden van artikel 18, eerste lid, SRMR waarin is opgenomen wanneer een bank in afwikkeling gaat. Een bank gaat in afwikkeling indien deze a) faalt of

waarschijnlijk zal falen, b) het redelijkerwijs niet te verwachten valt dat alternatieve maatregelen van de private sector of maatregelen van een toezichthouder het falen van de entiteit kunnen voorkomen en c) afwikkeling in het publieke belang is. Met de Implementatiewet Europees kader voor herstel en afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen is artikel 212ha Fw (waarnaar verwezen wordt in 212hf Fw) aangepast. Na inwerkingtreding van deze wet bevatte artikel 212ha alleen de onderdelen a en b uit artikel 18, eerste lid, SRMR.

Met de Implementatiewet verliesabsorptie- en herkapitalisatiecapaciteit van banken en beleggingsondernemingen is artikel 212ha Fw aangepast. Hierdoor is ook voorwaarde c uit artikel 18, eerste lid, SRMR toegevoegd. Hierdoor lijkt het alsof de bank zich zou kunnen verweren tegen de beoordeling van DNB dat aan de voorwaarden a en b naar niet aan voorwaarde c, van artikel 18, eerste lid, SRMR is voldaan, terwijl de rechtbank op grond van artikel 212hg Fw het faillissement uitspreekt als summierlijk blijkt dat is voldaan aan de voorwaarden, bedoeld in artikel 18, eerste lid, onderdelen a en b, SRMR. Deze inconsistentie wordt nu hersteld. Dit betekent dat de bank zich alleen kan verweren tegen het oordeel ten aanzien van het falen of waarschijnlijk falen van de bank (onderdeel a) en tegen het oordeel dat het redelijkerwijs niet valt in te zien dat alternatieve maatregelen het falen van de bank kunnen voorkomen (onderdeel b). De beoordeling of de afwikkeling al dan niet in het publieke belang is, komt louter toe aan DNB. Hiertegen kan de bank dan ook geen verweer voeren. Om de mogelijkheid uit te sluiten dat een bank zich verweert tegen het oordeel van DNB over voorwaarde c van artikel 18, eerste lid, SRMR, is de verwijzing in artikel 212hf aangepast zodat alleen de voorwaarden a en b genoemd worden.

C (212ra)

Evenals in de Wft worden verwijzingen naar gegarandeerde deposito's vervangen door gedekte deposito's zodat dit in lijn is met de BRRD en de richtlijn depositogarantiestelsels. Door deze aanpassing wordt ook de Faillissementswet in lijn gebracht met de Wft waarnaar wordt terugverwezen.

D (212na)

Vanwege de wijziging in onderdeel E is 212na komen te vervallen.

E (212oo en 212pp)

Afdeling 11AA Fw bevat het regime voor het faillissement van banken. Deze afdeling strekt grotendeels ter implementatie van Richtlijn 2001/24/EG betreffende de sanering en liquidatie van banken²⁷, maar bevat ook bepalingen ter implementatie van enkele bepalingen uit de BRRD, en bepalingen van nationaal recht uit hoofde van de Wet bijzondere maatregelen financiële ondernemingen (Wbmfo). Een faillissement van een bank kan door DNB worden verzocht als een bank voldoet aan de eerste twee afwikkelingsvoorwaarden (FOLTF en geen zicht op private of toezichthoudersoplossing), maar er geen sprake is van publiek belang.

Afdeling 11AA Fw schrijft voor hoe dit faillissement procedureel in zijn werk gaat en bevat tevens regels van internationaal privaatrecht. In artikel 212oo Fw is afdeling 11AA van gedeeltelijk overeenkomstige toepassing verklaard voor beleggingsondernemingen. Daarbij is een onderscheid gemaakt tussen beleggingsondernemingen die wel en beleggingsondernemingen die niet onder

²⁷ Richtlijn 2001/24/EG van het Europees Parlement en de Raad van 4 april 2001 betreffende de sanering en de liquidatie van kredietinstellingen.

het afwikkelingsregime van de BRRD vallen. Beleggingsondernemingen die wel onder dat regime vallen zijn beleggingsondernemingen met een aanvangskapitaal van € 730.000 of meer.²⁸ Kleinere beleggingsondernemingen vallen niet onder het afwikkelingsregime van de BRRD. De achtergrond daarvan is dat kleinere beleggingsondernemingen veelal geen kritieke functie zullen vervullen waardoor zij niet onder het raamwerk van de BRRD gebracht zijn. De beleggingsondernemingen die wel onder de BRRD vallen kunnen in afwikkeling worden genomen, waardoor het voor DNB als afwikkelingsautoriteit mogelijk is om kritieke functies die een beleggingsonderneming eventueel vervult te beschermen. De beleggingsondernemingen die niet onder de BRRD vallen, vallen wel onder Richtlijn 2001/24/EG. De bepalingen waarmee die laatstgenoemde richtlijn geïmplementeerd is in afdeling 11AA gelden dus wel voor die beleggingsondernemingen, maar de bepalingen die volgen uit de Wbmfo of BRRD niet. Vanwege dit verschil zijn de artikelen die van overeenkomstige toepassing zijn verklaard voor de twee groepen beleggingsondernemingen verschillend. Om deze reden zijn twee leden opgenomen in artikel 212oo Fw. Na bestudering van dit artikel is ervoor gekozen om de bepalingen enigszins aan te passen om beter weer te geven welke artikelen van overeenkomstige toepassing zijn op welk type beleggingsondernemingen. Voor kleine beleggingsondernemingen wordt de reeks artikelen die volgen uit de Wbmfo of BRRD uitgezonderd. Dit betreft de bepalingen 212ha tot en met 212hi, 212k tot en met 212n, en de artikelen 212ra tot en met 212rf Fw. De overige artikelen die wel gelden zijn 212g, 212h, 212i en 212j, 212o tot en met 212r en 212s tot en met 212nn Fw. Hierop is de reikwijdte voor deze type beleggingsondernemingen aangepast. Daarbij is in het eerste lid opgenomen dat waar in afdeling 11AA 'De Nederlandsche Bank N.V.' is opgenomen, hiervoor in de plaats 'de Autoriteit Financiële Markten' gelezen moet worden. De AFM is hoofdzakelijk verantwoordelijk, als de vergunningverlenende toezichthouder, voor het faillissement van beleggingsondernemingen.

Voor de beleggingsondernemingen die wel onder het afwikkelingsregime van de BRRD vallen zijn de artikelen die al eerder uitgezonderd waren nog steeds uitgezonderd. Omdat deze beleggingsondernemingen wel onder het afwikkelingsregime van de BRRD vallen, behoudt DNB een rol in het faillissement als afwikkelingsautoriteit. De enige aanpassing is dat in de artikelen 212ha en 212hb Fw staat opgenomen dat, indien een bepaling in afdeling 11AA Fw als van overeenkomstige toepassing op beleggingsondernemingen wordt gelezen, de 'beleggingsonderneming' beschikt over een vergunning van de ECB of DNB. Dat is niet het geval, aangezien de AFM voor alle beleggingsondernemingen de vergunningverlenende toezichthouder is. Dit wordt met de zinsnede 'met dien verstande' in het tweede lid opgelost.

Voor beide type beleggingsondernemingen geldt dat de AFM, na het uitspreken van het faillissement, de vergunning intrekt. Dit was voorheen niet geregeld voor beleggingsondernemingen, terwijl dit op grond van artikel 12 van de Richtlijn 2001/24/EG wel de bedoeling is. Het nieuwe derde lid van artikel 212oo Fw voorziet daar nu in.

Daarnaast wordt een extra artikel, 212pp Fw, toegevoegd om te voorzien in een meer volledige implementatie van artikel 86 BRRD. In het eerste lid van dat artikel is namelijk opgenomen dat er geen faillissement gestart kan worden met betrekking tot een bank, beleggingsonderneming of de verschillende type holdings en financiële instellingen die ook onder de BRRD vallen (dit zijn de entiteiten genoemd in artikel 3A:2, onderdelen c tot en met f, Wft) behoudens bepaalde voorwaarden met betrekking tot het horen van de afwikkelingsautoriteit. Dat dit niet mogelijk was voor de verschillende holdings en financiële

²⁸ Zie artikel 3A:2, onderdeel b, Wft.

instellingen was nog niet opgenomen in de Faillissementswet.

De verschillende holdings, zoals genoemd in artikel 212pp Fw, zijn holdings in een groep met een bank of een beleggingsonderneming als bedoeld in artikel 3A:2, onderdeel b, Wft. Holdings die geen instelling in zich hebben vallen aldus niet onder dit artikel. De financiële instellingen, die verschillende type financiële ondernemingen kunnen zijn, vallen alleen onder het toepassingsbereik van dit artikel indien zij een dochteronderneming zijn van een bank, een beleggingsonderneming zijn of een type holding als bedoeld in artikel 3A:2 Wft zijn. Bovendien moeten zij onder het toezicht op geconsolideerde basis van de moederonderneming vallen, overeenkomstig titel II van deel 1 van de verordening kapitaalvereisten.²⁹ Dit betekent dat holdings die geen instelling in zich hebben niet vallen onder het toepassingsbereik van dit artikel. De groei van financiële instellingen die onder deze bepaling is dus beperkt.

Alle drie de type holdings, zoals genoemd in artikel 212pp Fw, hebben geen vergunning. (Gemengde) financiële holdings kennen wel de figuur van de goedkeuring uit artikel 3:280a Wft. Financiële instellingen, zoals genoemd in artikel 212pp Fw, hebben soms een vergunning afhankelijk van het type onderneming dat zij zijn.³⁰ Omdat de holdings en financiële instellingen onderdeel zijn van de groep waar de instelling toe behoort, is ook minder relevant of en welk soort vergunning deze ondernemingen hebben. Van belang is dat voorkomen wordt dat op aanvraag van een schuldeiser bijvoorbeeld een financiële holding, als bedoeld in artikel 212pp Fw, failliet gaat. Hoewel deze financiële holding weliswaar geen bank is, kan het niettemin zijn dat de holding in de groepsstructuur waar een bank toebehoort, een belangrijke rol vervult met betrekking tot de mogelijkheden om een bank af te wikkelen. Denk bijvoorbeeld aan groepsstructuren waarbij onder een moederholding een bank zetelt. Hierbij is de financiële holding als 'hoogste' onderneming in de groep op grond van het afwikkelingsraamwerk uit de BRRD aangewezen als af te wikkelen entiteit en de entiteit is die externe MREL zal uitgeven, de aansturing van de groep verzorgt en deze holding op geconsolideerd niveau aan kapitaalvereisten moet voldoen. Hierdoor zou een schuldeiser door de financiële holding in faillissement te brengen de gehele bankengroep omver kunnen werpen en afwikkeling van de bank kunnen verstoren. Deze situatie is mogelijk als de bank en andere dochters van de holding interne MREL hebben uitgegeven aan de moederholding. Die interne MREL zorgt ervoor dat verliezen stroomopwaarts naar de holding worden doorgezet, en door conversie de dochter weer geherkapitaliseerd wordt. De verliezen bij de dochterbank zorgen ervoor dat de holding in afwikkeling moet gaan. De door de holding uitgegeven externe MREL worden op hetzelfde moment als de behandeling van de interne MREL, door uitoefeningen van de bevoegdheid tot afomki en gebruik van het bail-in instrument afgeschreven en geconverteerd. Hiermee wordt de dochterbank geherkapitaliseerd, en wordt voorkomen dat de bank in een wanordelijk faillissement belandt, met alle gevolgen van dien voor de kritieke functies van de bank.

Ook bij financiële instellingen die dochteronderneming van een bank zijn, kan een dergelijk risico spelen, doordat een bank een kritiek proces heeft uitbesteed aan een dergelijke dochter. Als bijvoorbeeld een bank haar hypotheekportefeuille houdt en laat beheren door een dochter, zou het faillissement van

²⁹ Dit betreft de artikelen 10 bis tot en met 24 van de verordening kapitaalvereisten.

³⁰ Op grond van de definitie in artikel 4, eerste lid, onderdeel 26, van de verordening kapitaalvereisten kan een financiële instelling een beleggingsonderneming, een gemengde financiële holding, een beleggingsholding, een type betaaldienstverlener, een vermogensbeheerder of een onderneming die nevediensten verricht zijn. Holdings en nevedienstenverlenende ondernemingen hebben in de regel geen vergunning, hoogstens een goedkeuring. Betaaldienstverleners hebben een vergunning van DNB. Beleggingsondernemingen en vermogensbeheerders een vergunning van de AFM.

die dochter grote gevolgen kunnen hebben voor de bank.

Als een dergelijke holding of financiële instelling volgens het reguliere faillissementsproces failliet zou kunnen gaan door een aanvraag van een schuldeiser, zou de correcte afwikkeling van een bankengroep danig worden verstoord. Dit zou in principe al kunnen gebeuren op het moment dat bekend wordt dat er het faillissement is aangevraagd van een dergelijke onderneming en dit in het nieuws verschijnt. Om dit soort scenario's te voorkomen worden de verschillende type holdings onder hetzelfde faillissementsregime als banken en beleggingsondernemingen gebracht. Uiteraard is DNB hiervoor de aangewezen toezichthouder. Wanneer DNB echter te maken krijgt met een faillissement van een financiële instelling die een AFM-vergunning heeft, dan wordt ervan uitgegaan dat DNB de AFM nauw betreft bij de verschillende handelingen die DNB moet verrichten.

Artikel III (Bankwet 1998)

Artikel 17 van de Bankwet 1998 wordt aangepast. Er is gekozen om een vierde lid toe te voegen, waarin geëxpliciteerd wordt dat het verkrijgen van zeggenschap, doordat DNB haar wettelijke taken en bevoegdheden uitoefent, niet beschouwd moet worden als overheersende zeggenschap als bedoeld in artikel 406 van Boek 2 BW. Hiermee rust er voor die gevallen geen plicht tot het opstellen van een geconsolideerde jaarrekening op DNB.

Uit hoofde van bijvoorbeeld haar afwikkelingstaak is het mogelijk dat DNB gedurende korte of langere tijd zeggenschap uitoefent over entiteiten genoemd in artikel 3A:2 Wft. Een ander voorbeeld vormt de zeggenschap die DNB kan uitoefenen over de in artikel 1:25d, derde lid, Wft genoemde rechtspersonen, of de zeggenschap die DNB kan uitoefenen over de Stichting Beleggers Compensatiefonds of Stichting Depositogarantiefonds Caribisch Nederland.

Zeggenschap die DNB verkrijgt over een rechtspersoon uit hoofde van de uitoefening haar wettelijke taken zou niet tot gevolg moeten hebben dat deze rechtspersoon daardoor tot de consolidatiekring van DNB zouden behoren.

ARTIKEL IV (Inwerkingtreding)

Dit wetsvoorstel treedt in werking bij koninklijk besluit. Het streven is om het wetsvoorstel zo spoedig mogelijk in werking te laten treden, omdat het mede gaat om (het vervolmaken van de) implementatie van de BRRD. Daarnaast betreft het voornamelijk bepalingen die gaan over de bevoegdheden van DNB in het eventuele geval dat er afwikkeling van een instelling plaats moet vinden.

De Minister van Financiën,

Bijlage: Reden van aanpassing in artikelen

Consistentie wetgeving: aanpassingen n.a.v. wijzigingen in andere artikelen en andere technische verbeteringen

Praktische uitwerking afwikkeling: aanpassingen i.r.t. de praktische uitvoerbaarheid van afwikkeling

Aanpassingen i.v.m. de completeness check van de Commissie: aanpassingen t.b.v. verbeterde implementatie BRRD

Praktische uitwerking faillissement: aanpassing n.a.v. ervaringen in recente faillissementscasus

Aangepast artikel in wetgeving	BRRD-artikel ³¹	Reden van aanpassing
<i>Wet op het financieel toezicht</i>		
1:1	N.v.t	Consistentie wetgeving
1:25d	N.v.t	Praktische uitwerking afwikkeling
1:47	N.v.t.	Consistentie wetgeving
1:75 en 1:75a	27 en 28	Consistentie wetgeving
1:76a	29	Consistentie wetgeving
1:76b	68	Consistentie wetgeving
3:265e	N.v.t	Consistentie wetgeving
3A:1	2	Praktische uitwerking afwikkeling / Aanpassingen i.v.m. de completeness check van de Commissie / Consistentie wetgeving
3A:2	1	Consistentie wetgeving
3A:5	93-95	Praktische uitwerking afwikkeling / Consistentie wetgeving
3A:6	38(1)(tweede zin), 40(1)(tweede zin), 42(1)(tweede zin), 54(3), 60(4)	Praktische uitwerking afwikkeling
3A:8a	N.v.t	Praktische uitwerking afwikkeling
3A:8b	68(1-2), 71 bis(3)	Consistentie wetgeving
3A:8c	71 bis(1-2)	Consistentie wetgeving
3A:9	4(1-3, 8-9), 10(1,3-7), 12(1-3,5), 13(3-8, 10)	Aanpassingen i.v.m. de completeness check van

³¹ De in deze kolom opgenomen artikelen zijn afkomstig uit de memorie van toelichting bij de BRRD I (Kamerstukken II 2014/15, 34208, nr. 3) en BRRD II (Kamerstukken II 2021/22, 35908, nr. 3).

		de Commissie
3A:9a	N.v.t.	Praktische uitwerking afwikkeling
3A:10	12(4), 15(1-3), 16(1-3)	Praktische uitwerking afwikkeling
3A:10a	17(3), 18(3)	Aanpassingen i.v.m. de completeness check van de Commissie
3A:11	10(2), 17(1-5), 18(1-8)	Praktische uitwerking afwikkeling / Consistentie wetgeving
3A:13c	55(2)	Aanpassingen i.v.m. de completeness check van de Commissie
3A:13d	55(7)	Aanpassingen i.v.m. de completeness check van de Commissie
3A:14-3A:16	45 t/m 45 quaterdecies	Aanpassingen i.v.m. de completeness check van de Commissie
3A:16a en 3A:16b	N.v.t.	Consistentie wetgeving
3A:16c	45 septies	Consistentie wetgeving
3A:17	36, 37(2), 59(3-6, 10), 60(5)	Aanpassingen i.v.m. de completeness check van de Commissie
3A:18	36, 82(1), 91(3-6, 8), 92(4)	Aanpassingen i.v.m. de completeness check van de Commissie
3A:18a	32 bis	Consistentie wetgeving
3A:18b	N.v.t.	Consistentie wetgeving
3A:19	96	Praktische uitwerking afwikkeling / Consistentie wetgeving
3A:20	34(1g), 73-75	Praktische uitwerking afwikkeling / Consistentie wetgeving
3A:20a	45 duodecies(1)	Praktische uitwerking afwikkeling
3A:20aa	81(1)	Praktische uitwerking afwikkeling / Aanpassingen i.v.m. de completeness check van de Commissie
3A:20c	33 bis(4)	Consistentie wetgeving
3A:20d	33 bis (2-3,5)	Aanpassingen i.v.m. de completeness check van de Commissie / Consistentie wetgeving

3A:21	47(1-2), 48(1-5), 49(1-4), 50(1-3), 59(1-2, 7), 60(1), 63(1g-1h)	Praktische uitwerking afwikkeling
3A:22	60(3), 63(1i), 64(1b)	Praktische uitwerking afwikkeling
3A:23	53(2)	Praktische uitwerking afwikkeling
3A:24	46(3), 60(2)	Praktische uitwerking afwikkeling
3A:25a	N.v.t	Praktische uitwerking afwikkeling / Consistentie wetgeving
3A:26	38(9), 47(4-5)	Praktische uitwerking afwikkeling
3A:26a	N.v.t	Praktische uitwerking afwikkeling
3A:27	N.v.t.	Consistentie wetgeving
3A:28	37(1), 38(1), 39(1), 63(1, 1c-1d)	Praktische uitwerking afwikkeling
3A:29	38(2-3), 39(1-3), 41(4), 42(6)	Praktische uitwerking afwikkeling
3A:30	37(6)	Consistentie wetgeving
3A:37	63(1c-1d)	Praktische uitwerking afwikkeling
3A:40	40(9), 41(1e, 1f)	Consistentie wetgeving
3A:40a	N.v.t	Consistentie wetgeving
3A:44	37(1), 43(2), 44(1-3,5,9-10), 46, 48(1-5), 49(1-4), 50(1-3), 63(1e-1g)	Praktische uitwerking afwikkeling
3A:45	60(3), 64(1b)	Praktische uitwerking afwikkeling
3A:47	52(1-6)	Aanpassingen i.v.m. de completeness check van de Commissie
3A:48	52(7-11)	Praktische uitwerking afwikkeling
3A:49	35, 67(1)(b), 72(1)	Praktische uitwerking afwikkeling / Consistentie wetgeving
3A:49a	63(1l)	Consistentie wetgeving
3A:50a	N.v.t	Praktische uitwerking afwikkeling
3A:51	63(1j-1k), 64(1a,1f),	Aanpassingen i.v.m. de completeness check van de Commissie

3A:52	69(1-4)	Consistentie wetgeving
3A:56	64(1c)	Praktische uitwerking afwikkeling
3A:63a	N.v.t	Consistentie wetgeving
3A:64	86(3)	Aanpassingen i.v.m. de completeness check van de Commissie
3A:70	100(3-4), 101(2)	Praktische uitwerking afwikkeling
3A:77	N.v.t	Consistentie wetgeving
4:89a	N.v.t	Consistentie wetgeving
Bijlagen bij 1:79 en 1:80	N.v.t	Praktische uitwerking afwikkeling / Consistentie wetgeving / Aanpassingen i.v.m. de completeness check van de Commissie
Aangepast artikel	BRRD-artikel	Reden van aanpassing
<i>Faillissementswet</i>		
212ha	86	Praktische uitwerking faillissement
212hf	N.v.t	Consistentie wetgeving
212ra	108	Consistentie wetgeving
212nna	117	Consistentie wetgeving
212oo	86(1)	Consistentie wetgeving
212pp	86(1)	Praktische uitwerking afwikkeling / Aanpassingen i.v.m. de completeness check van de Commissie
Aangepast artikel	BRRD-artikel	Reden van aanpassing
<i>Bankwet 1998</i>		
17	N.v.t	Praktische uitwerking afwikkeling