



Ministerie van Financiën
Directie Financiële Markten
Postbus 20201
2500 EE DEN HAAG

Van Hazellhoff Centre for Financial Law, Universiteit Leiden
Datum 19 december 2014
Betreft Reactie inzake het consultatievoorstel Implementatiewet Europees kader voor herstel en afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen van 21 november 2014

1. Inleiding

Het Hazellhoff Centre for Financial Law¹ maakt gaarne gebruik van de mogelijkheid in het kader van dit wetsvoorstel te reageren. In onderstaande reactie wordt ingegaan op zowel enkele algemene aspecten als op enkele meer specifieke punten.

2. Gekozen wijze van implementatie

Bij de totstandkoming van de Wet op het financieel toezicht ('Wft') werd door de wetgever beoogd te komen tot een inzichtelijke, doelgerichte en marktgerichte wet. Helaas heeft onder andere de grote hoeveelheid Europese regelgeving die inmiddels in de Wft is geïmplementeerd, nadelige consequenties gehad voor de overzichtelijkheid en de toegankelijkheid van de wet. Dit wetsvoorstel strekt tot implementatie van het Europees kader voor herstel en afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen, hoofdzakelijk in de Wft. In het wetsvoorstel wordt gekozen voor implementatie van dit kader door vele verwijzingen naar zowel de richtlijn herstel en afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen ('Richtlijn') als de verordening inzake een gemeenschappelijk afwikkelingsmechanisme ('Verordening'). Waar het banken betreft, heeft de wetgever ervoor gekozen bij de implementatie uit te gaan van de situatie waarin de Verordening van kracht zal zijn en, waar mogelijk, te verwijzen naar bepalingen van de Verordening. Slechts die onderdelen van de Richtlijn waarin de Verordening niet voorziet, worden in de Wft geïmplementeerd. Als gevolg hiervan zijn verschillende van de voorgestelde bepalingen niet voldoende leesbaar zonder

¹ Het Hazellhoff Centre for Financial Law maakt deel uit van het Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Leiden en verzorgt onderwijs en onderzoek op het terrein van het financiële recht. Drie hoogleraren leiden het Hazellhoff Centre for Financial Law: prof. mr. drs. M. Haentjens, prof. mr. R.P. Raas en prof. mr. W.A.K. Rank. Ook zijn drie jonge onderzoekers verbonden aan het Hazellhoff Centre: mr. T.C.A. Dijkhuizen, mr. V.Y.E. Caria en mr. L.G.A. Janssen.

raadpleging van de Richtlijn en de Verordening. Twee voorbeelden ter illustratie:

Artikel 3:301

(...)

2. Indien de Nederlandsche Bank consoliderende toezichthouder is, keurt zij, met inachtneming van de procedure van artikel 20 van de richtlijn herstel en afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen, het aangaan van de overeenkomst goed indien is voldaan aan het bepaalde ingevolge de artikelen 19, derde, vijfde lid, onderdeel b, zevende en achtste lid, en 23 van de richtlijn herstel en afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen.

3A:20

(...)

2. De artikelen 14 en 18, derde tot en met zesde lid, van de verordening afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen zijn van overeenkomstige toepassing.

3. De afwikkeling van een entiteit die onderdeel is van een groep als bedoeld in het eerste lid, waarvan de Nederlandsche Bank niet de groepsafwikkelingsautoriteit is, vindt plaats:

a. met inachtneming van artikel 91, vierde en vijfde lid, van de richtlijn herstel en afwikkeling banken en beleggingsondernemingen; en

b. overeenkomstig de afwikkelingsregeling, bedoeld in artikel 91, zesde lid, van de richtlijn herstel en afwikkeling banken en beleggingsondernemingen, tenzij het een dochteronderneming betreft en de Nederlandsche Bank overeenkomstig artikel 91, achtste lid, of artikel 92, vierde lid, van de richtlijn herstel en afwikkeling banken en beleggingsondernemingen anders beslist.

Zoals met bovenstaande voorbeelden wordt geïllustreerd, zal enkel raadpleging van de nationale wetgeving waarin de Richtlijn is geïmplementeerd niet voldoende zijn om de inhoud van de Richtlijn te kennen. Hierdoor blijkt onvoldoende het onderscheid tussen de directe werking van een Europese verordening en de bij een Europese richtlijn vereiste implementatie in nationale wetgeving. Bovendien maakt deze wijze van implementatie het wetsvoorstel er niet overzichtelijker op en roept het onduidelijkheden op ten aanzien van de interpretatie van de regels. Daarnaast blijft het de vraag of voor de interpretatie van de nieuwe regels in de Wft de Europese interpretatieregels of ook de nationale interpretatieregels van belang zijn.

De Richtlijn zal niet binnen de door de Europese wetgever gestelde termijn zijn omgezet in de Nederlandse wetgeving. In andere lidstaten, waaronder Duitsland, wordt de gestelde implementatiedeadline wel gehaald. Het is bovendien niet duidelijk binnen welke termijn de Richtlijn in Nederland zal zijn geïmplementeerd. Wij wijzen erop dat de te late Nederlandse implementatie en de verschillen die daardoor zullen ontstaan met de wetgeving in andere Europese lidstaten, de aankomende maanden rechtsonzekerheid met zich mee zullen brengen.

3. AFOMKI en bail-in

Afgezien van de verschillende nationale implementatiedata, wordt in onder andere Duitsland en het Verenigd Koninkrijk gekozen voor vervroegde inwerkingtreding van de bepalingen met betrekking tot het bail-in mechanisme. Artikel 130 BRRD geeft lidstaten de optie om de bail-in bepalingen pas vanaf 1 januari 2016 toepassing te laten vinden. In het wetsvoorstel wordt geen duidelijkheid gegeven over of van de optie in de Richtlijn gebruik wordt gemaakt of dat wordt aangesloten bij de vervroegde inwerkingtreding in andere lidstaten. Een afwikkeling van een bank of beleggingsonderneming zal al snel een internationale dimensie hebben. Toepassing van het bail-in mechanisme in een lidstaat zal hierdoor vergaande gevolgen kunnen hebben voor de posities van crediteuren en aandeelhouders op internationaal niveau. Wij denken dat onduidelijkheid over een stapsgewijze nationale inwerkingtreding van bepalingen uit de Richtlijn kan leiden tot onzekerheid en onrust in de markt en tot hogere financieringskosten voor banken. Wij adviseren op korte termijn een beredeneerde keuze te geven of het bail-in mechanisme in Nederland wel of niet vervroegd in werking zal treden.

Artikel 3A:15 Wft gaat, ter implementatie van hetgeen is bepaald in artikel 55 Richtlijn, in op de contractuele erkenning van de afschrijvings- en omzettingsbevoegdheden van een afwikkelautoriteit ten aanzien van bepaalde passiva. Het eerstgenoemde artikel vereist dat in alle overeenkomsten die geen betrekking hebben op deposito's met een bevoorrechte status in de zin van artikel 212ra eerste lid Faillissementswet, waarop het recht van een derde land van toepassing is en die tot stand zijn gebracht na de inwerkingtreding van het desbetreffende artikel, een bepaling wordt opgenomen waarin de bevoegdheden met betrekking tot AFOMKI en het bail-in mechanisme worden erkend. Artikel 55 lid 1 sub a Richtlijn geeft als vierde voorwaarde dat dit vereiste tot opname van een dergelijke bepaling in een overeenkomst niet geldt ten aanzien van overeenkomsten waarbij een verplichting tot stand komt die is uitgesloten van de toepassing van AFOMKI en het

bail-in mechanisme. Wij missen deze voorwaarde in artikel 3A:15 Wft. Het verdient daarom aanbeveling om deze bepaling uit de Richtlijn duidelijker naar voren te brengen in de vereisten in artikel 3A:15 Wft.

De Verordening en de Richtlijn verplichten alleen tot toepassing van AFOMKI voorafgaand aan een afwikkeling als de toepassing van een afwikkelingsinstrument voor een crediteur tot verlies zou leiden of als zijn vordering op de instelling zou worden geconverteerd in eigen vermogen. Deze restrictie is niet terug te vinden in het wetsvoorstel. De vraag is dan ook hoe de verplichte toepassing van AFOMKI zoals voorzien in het consultatievoorstel zich verhoudt tot de restrictie uit de Verordening en de Richtlijn.

4. Verschillende regimes verzekeraars enerzijds en banken en beleggingsondernemingen anderzijds

Bij de totstandkoming van de Interventiewet werd door de Nederlandse wetgever afgeweken van het op dat moment nog voorgestelde Europese kader voor herstel en afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen door het instrumentarium in de Interventiewet ook van toepassing te verklaren op verzekeraars. Veel Nederlandse financiële ondernemingen vervullen immers zowel bankactiviteiten als verzekeringsactiviteiten en zowel het falen van een bank als van een verzekeraar kan tot grote maatschappelijke verstoringen leiden. In het wetsvoorstel komt de wetgever echter weer terug op dit uitgangspunt van de Interventiewet. Er wordt voorgesteld nu toch twee verschillende regimes te creëren voor verzekeraars en banken. De huidige overdrachtsregeling in Deel 3 Wft wordt vooralsnog in stand gelaten voor verzekeraars, terwijl het voorgestelde afwikkelingsregime van toepassing is op banken en bepaalde beleggingsondernemingen. Naar onze mening zou één regime voor zowel banken als verzekeraars beter aansluiten op het nog steeds vervlochten bank- en verzekeringsbedrijf in Nederland. Dat klemmt temeer nu de wetgever volgens de toelichting voornemens is het afwikkelingsregime van de Richtlijn in de toekomst ook van toepassing te verklaren op verzekeraars.

De titel van het voorgestelde Deel 3A Wft luidt “Bijzondere prudentiële maatregelen financiële ondernemingen”. Uit de titel blijkt niet dat is gekozen voor een eigen regime voor verzekeraars in Deel 3 Wft en dat wordt voorgesteld Deel 3A Wft slechts van toepassing te verklaren op bepaalde financiële ondernemingen. Mocht de Minister toch voor het behoud van een apart regime voor verzekeraars in Deel 3 Wft opteren, dan zou de titel van Deel 3A Wft moeten worden verduidelijkt door bijvoorbeeld te spreken

over “Bijzondere prudentiële maatregelen bepaalde financiële ondernemingen”.

5. **Rechtsbescherming**

De verschillen tussen de huidige overdrachtsregeling in Deel 3 Wft en het voorgestelde afwikkelingsregime in Deel 3A Wft blijken ook ten aanzien van een eventueel vereiste ex-ante rechterlijke toets. De huidige artikelen 3:159w en 3:159x Wft stellen zowel de grootaandeelhouders van de probleeminstelling als de probleeminstelling zelf in de gelegenheid te worden gehoord voordat toepassing wordt gegeven aan de overdrachtsregeling. Bovendien dient de rechtbank het overdrachtsplan op grond van artikel 3:159ij Wft te toetsen aan een aantal randvoorwaarden alvorens de overdrachtsregeling uit te spreken.

In het wetsvoorstel wordt geen gebruik gemaakt van de in artikel 85 Richtlijn voorziene optie om een besluit tot het nemen van een crisispreventie- of een crisisbeheersingsmaatregel te onderwerpen aan voorafgaande rechterlijke goedkeuring. Artikel 85 lid 1 Richtlijn vereist dat bij een dergelijke ex-ante toets de procedures voor de goedkeuring van de aanvraag en de beoordeling van de aanvraag door de rechtbank 'snel' worden afgerond. Alleen Overweging 92 van de Richtlijn geeft aan wat in dit verband onder 'snel' moet worden verstaan: de rechtbank moet zijn beschikking binnen 24 uur geven. De toelichting bij het wetsvoorstel benadrukt dat er geen sprake zal zijn van een reële rechtsbescherming als binnen die korte termijn alle belanghebbenden moeten worden opgeroepen en gehoord, én de rechtbank zijn beslissing moet geven. Een ex-ante rechterlijke toetsing zonder het horen van belanghebbenden zou volgens de toelichting weinig toegevoegde waarde hebben.

Rechtsbescherming vormt een zeer belangrijk element in zowel de Richtlijn als in de Verordening. Er wordt naar onze mening in de toelichting bij het wetsvoorstel terecht gesteld dat de nodige bezwaren kleven aan een ex-ante rechterlijke toets binnen 24 uur. Bovendien worden de afwikkelingsbeslissingen van de Afwikkelingsraad in de zin van de Verordening ook niet onderworpen aan een ex-ante rechterlijke toets. De Verordening voorziet met betrekking tot die beslissingen slechts in de mogelijkheid tot beroep achteraf. Wij kunnen ons derhalve vinden in de in het wetsvoorstel voorgestelde beslissing om een besluit tot het nemen van een crisispreventie of een crisisbeheersingsmaatregel in de zin van het voorgestelde afwikkelingsregime niet te onderwerpen aan voorafgaande rechterlijke goedkeuring. Wel vragen wij ons af of ook dit verschil met de huidige overdrachtsregeling in

Deel 3 Wft niet pleit voor een gelijktrekking van het regime voor verzekeraars en het regime voor banken en bepaalde beleggingsondernemingen.

6. Verhouding wetsvoorstel tot Deel 6 Wft

Noch in de toelichting bij het wetsvoorstel, noch in de tekst van het wetsvoorstel zelf wordt gesproken over de verhouding tussen het instrumentarium in het wetsvoorstel en het instrumentarium van de Minister van Financiën in Deel 6 Wft. In overeenstemming met artikel 56 ev. Richtlijn mogen lidstaten overheidsinstrumenten voor financiële stabilisatie gebruiken, waaronder het instrument voor tijdelijke overheidseigendom, mits wordt voldaan aan strikte voorwaarden. Deze voorwaarden worden momenteel niet gesteld aan een onteigening in de zin van artikel 6:2 Wft door de Minister van Financiën. De wetgever lijkt voornemens de instrumenten van de onmiddellijke voorziening en de onteigening te behouden, ook met betrekking tot banken. De vraag is hoe dit zich verhoudt tot het voornemen van de wetgever om bij te implementatie uit te gaan van de situatie zoals die op 1 januari 2016 zal zijn. Vanaf dat moment is er op grond van de Verordening immers sprake van een geharmoniseerde set afwikkelingsinstrumenten voor falende banken. Zowel de Richtlijn als de Verordening vereisen bovendien dat er op nationaal niveau één afwikkelautoriteit wordt aangewezen. Onderhavig wetsvoorstel wijst De Nederlandsche Bank aan als nationale afwikkelautoriteit en kent voor de uitoefening van de afwikkelingsbevoegdheden geen rol toe aan de Minister van Financiën. Wij zouden het toejuichen dat de Minister verduidelijkt of, en zo ja hoe, het instrumentarium in Deel 6 Wft een plaats zal krijgen in de Wft na implementatie van het Europees kader voor herstel en afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen.

7. Noodregeling

In de toelichting bij het wetsvoorstel wordt voorgesteld de noodregeling in de zin van artikel 3:160 Wft vooralsnog in stand te laten. Artikel 3:160 Wft voorziet echter in een noodregeling voor banken en verzekeraars. Dit sluit niet aan op het bredere toepassingsgebied van het nieuwe afwikkelingsinstrumentarium, dat ook ziet op bepaalde beleggingsondernemingen, zoals wordt bepaald in het voorgestelde artikel 3A:2 Wft. Bovendien betwijfelen wij of de noodregeling toegevoegde waarde zal hebben na inwerkingtreding van het instrumentarium in het wetsvoorstel. De Richtlijn voorziet in maatregelen in verschillende fasen, namelijk van herstel- en afwikkelingsplannen tot aan een eventuele uiteindelijke afwikkeling van de instelling. Een toezichthouder zal na implementatie bevoegdheden hebben om al in een zeer

vroeg stadium in te grijpen om de financiële positie van een instelling te herstellen. Het wetsvoorstel voorziet daarnaast in de mogelijkheid dat er in de vroegtijdige interventiefase één of meer curatoren worden benoemd om het bestuur van de onderneming te vervangen en dat er gedurende de afwikkelingsfase een bijzondere bestuurder wordt aangesteld die alle bevoegdheden van de aandeelhouders en het bestuur kan uitoefenen. De toelichting bij het wetsvoorstel geeft op dit moment onvoldoende uitleg wat, naast het nieuwe instrumentarium uit het wetsvoorstel, ten aanzien van een bank de toegevoegde waarde zal zijn van de benoeming van een bewindvoerder gedurende een noodregeling.

8. Waarborgen voor aandeelhouders en crediteuren

In de toelichting bij het wetsvoorstel staat dat in lagere regelgeving zal worden bepaald dat bail-in van passiva uit hoofde van derivatentransacties slechts zal mogen worden toegepast na *close-out netting*. Een dergelijke tekst ontbreekt voor andere transacties waarbij netting een belangrijke rol kan spelen, zoals securities lending en repo's.

Bepaald zal worden dat De Nederlandsche Bank bij toepassing van het afwikkelingsinstrument van overdracht activa en/of passiva uit hoofde van bepaalde overeenkomsten alleen gezamenlijk zal overdrachten, geen activa zal overdragen zonder ook de daardoor gedekte verplichting en het voordeel van de zekerheid over te dragen. Ons is niet duidelijk wat moet worden begrepen onder "het voordeel van de zekerheid".

9. Tot slot

Wij hopen u voldoende over onze standpunten te hebben geïnformeerd. Graag zijn wij bereid bovenstaande reactie van een nadere toelichting te voorzien.