

Vergaderjaar 2014–2015

34 208

Wijziging van de Wet op het financieel toezicht en enige andere wetten ter implementatie van richtlijn nr. 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 Verordeningen (EU) nr. 1093/2010 en (EU) nr. 648/2012, van het Europees parlement en de Raad (PbEU 2014, L 173), alsmede ter implementatie van verordening (EU) nr. 806/2014 van het Europees parlement en de Raad van 15 juli 2014 tot vaststelling van eenvormige regels en een eenvormige procedure voor de afwikkeling van kredietinstellingen en bepaalde beleggingsondernemingen in het kader van een gemeenschappelijk afwikkelingsmechanisme en een gemeenschappelijk bankenafwikkelingsfonds en tot wijziging van Verordening (EU) nr. 1093/2010 van het Europees parlement en de Raad (PbEU 2014, L 225) (Implementatiewet Europees kader voor herstel en afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen)

Nr. 4

ADVIES AFDELING ADVISERING RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT¹

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 29 april 2015 en het nader rapport d.d. 21 mei 2015, aangeboden aan de Koning door de Minister van Financiën, mede namens de Minister van Veiligheid en Justitie. Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is cursief afgedrukt.

¹ De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Afdeling advisering van de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer

Bij Kabinetsmissive van 24 maart 2015, no. 2015000492, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Financiën, mede namens de Minister van Veiligheid en Justitie, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot wijziging van de Wet op het financieel toezicht en enige andere wetten ter implementatie van richtlijn nr. 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 Verordeningen (EU) nr. 1093/2010 en (EU) nr. 648/2012, van het Europees parlement en de Raad (PbEU 2014, L 173), alsmede ter implementatie van verordening (EU) nr. 806/2014 van het Europees parlement en de Raad van 15 juli 2014 tot vaststelling van eenvormige regels en een eenvormige procedure voor de afwikkeling van kredietinstellingen en bepaalde beleggingsondernemingen in het kader van een gemeenschappelijk afwikkelingsmechanisme en een gemeenschappelijk bankenafwikkelingsfonds en tot wijziging van Verordening (EU) nr. 1093/2010 van het Europees parlement en de Raad (PbEU 2014, L 225) (Implementatiewet Europees kader voor herstel en afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen), met memorie van toelichting.

Het voorstel voorziet in implementatie van Richtlijn nr. 2014/59/EU (hierna: de richtlijn) en Verordening (EU) nr. 806/2014 (hierna: de verordening). In het voorstel zijn herstel- en afwikkelingsregels voor kredietinstellingen, beleggingsinstellingen en diverse groepen opgenomen. Het voorstel hangt samen met de introductie van een Europees afwikkelingskader voor significante banken op basis van de verordening.

De Afdeling advisering van de Raad van State adviseert het voorstel naar de Tweede Kamer te zenden, maar acht op onderdelen een dragende motivering of aanpassing van het voorstel nodig. Naast opmerkingen van meer technische aard, betreft het in hoofdzaak het volgende. Het voorstel voegt diverse nieuwe (deel)onderwerpen en bevoegdheden voor De Nederlandsche Bank (DNB) toe aan de Wet op het financieel toezicht (Wft). Voorts wordt in het voorstel veelvuldig dynamisch verwezen naar de richtlijn, en worden bepalingen van de verordening van overeenkomstige toepassing verklaard. Daardoor wordt de inzichtelijkheid van het voorstel maar ook van de Wft als geheel niet vergroot. De Afdeling heeft, vanwege de korte implementatietermijn, begrip voor de gekozen wijze van implementatie, maar meent dat met een grondige herziening van de opzet van de Wft de toegankelijkheid moet worden verbeterd. In de toelichting zou concreet duidelijk gemaakt moeten worden dat en op welke termijn naar dit doel toe zal worden toegewerkt. Voor nu zou de inzichtelijkheid van het voorstel met een handleiding verbeterd kunnen worden.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 24 maart 2015, nr. 2015000492, machtigde Uwe Majesteit de Afdeling advisering van de Raad van State haar advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 29 april 2015, nr. W06.15.0082/III, bied ik U hierbij aan.

Het voorstel geeft de Afdeling aanleiding tot het maken van opmerkingen die naar haar oordeel enige aanpassing van het voorstel wenselijk maken. Hieronder zal de volgorde van de opmerkingen zoals de Afdeling in haar advies hanteert worden aangehouden.

1. Inleiding

Het voorstel moet worden begrepen binnen het bredere Europeesrechtelijke kader van toezicht op banken. Daarin moet ook de te implementeren richtlijn worden geplaatst.

Verordening 1024/2013 regelt het Europees prudentieel toezicht op banken.² De Europese Centrale Bank (ECB) voert op grond van die verordening voor alle banken van lidstaten die deelnemen aan de bankenunie de vergunningverlening en de goedkeuring van de verwerving van deelnemingen uit.³ Ten aanzien van significante banken voert de ECB ook de overige toezichtstaken uit.⁴ Het toezicht op niet-significante banken wordt uitgevoerd door de nationale toezichthouders (in Nederland DNB) met inachtneming van door de ECB op te stellen verordeningen, richtsnoeren en instructies. De prudentiële voorschriften waarop het toezicht betrekking heeft, met name de kapitaaleisen, zijn vastgelegd in een afzonderlijke richtlijn en verordening die niet alleen voor banken gelden, maar ook voor beleggingsondernemingen.⁵ Het toezicht is erop gericht te voorkomen dat instellingen⁶ in zodanige problemen komen dat zonder overheidsingrijpen een deconfiture onvermijdelijk is.

Verordening (EU) nr. 806/2014 voert een gemeenschappelijk afwikkelingsmechanisme voor alle deelnemende lidstaten in.⁷ Afwikkeling vindt plaats als entiteiten,⁸ ondanks het prudentieel toezicht toch falen. De regie wordt dan van de prudentiële toezichthouder overgenomen door een instantie die verantwoordelijk is voor de afwikkeling. Hierbij wordt overeenkomstig de onderverdeling van taken en bevoegdheden tussen het Europese banktoezicht van de ECB en het toezicht van nationale toezichthouders, een afbakening gemaakt tussen afwikkeling van significante banken en andere van groot belang geachte entiteiten door een Europese afwikkelingsraad (hierna: de afwikkelingsraad) en afwikkeling van overige entiteiten door nationale afwikkelingautoriteiten. Ter uitvoering van de verordening is DNB al eerder bij algemene maatregel van bestuur aangewezen als nationale afwikkelingsautoriteit.⁹

² 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.

³ Tot de bankenunie werd in 2012 door de EMU-landen besloten. De bankenunie omvat een complex van richtlijnen en verordeningen ten behoeve van de financiële stabiliteit in Europa en de versterking van de bankensector.

⁴ Een bank is significant als de hoogte van totale activa op de balans voldoet aan de in artikel 6, vierde lid, van Verordening 1024/2013 opgenomen criteria.

⁵ Het betreft de richtlijn kapitaalvereisten (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) en de verordening kapitaalvereisten (Verordening (EU) nr. 575/2013 van het Europees parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende prudentiële vereisten voor kredietinstellingen en beleggingsondernemingen en tot wijziging van Verordening (EU) nr. 648/2012).

⁶ Overeenkomstig de in de richtlijn gehanteerde begrippen wordt onder «instelling» een bank of beleggingsonderneming verstaan.

⁷ Deelnemende lidstaten zijn alle Euro-landen en lidstaten die gebruik maken van de «opt-in»-regeling in artikel 7 van Verordening 1024/2013.

⁸ Het toepassingsbereik van de verordening en de richtlijn is complex. Herstel- en afwikkelingsmaatregelen kunnen op banken, beleggingsondernemingen financiële instellingen en diverse soorten holdings worden toegepast (zie artikel 1 van de richtlijn). Voor zover het niet nodig is te specificeren wat voor instelling of holding het betreft, zal in dit advies overeenkomstig de verordening, de richtlijn en het voorstel het begrip «entiteit» worden gebruikt.

⁹ Stb. 2014, 542.

De te implementeren richtlijn bevat bepalingen voor het herstel en de afwikkeling van entiteiten. De werkingssfeer van de richtlijn is groter dan die van de verordening. Ten eerste is de richtlijn ook van toepassing op landen die niet deelnemen aan de bankenunie. Voorts is de richtlijn niet alleen van toepassing op de afwikkeling van banken, maar bevat zij ook bepalingen voor het herstel van entiteiten en is zij ook van toepassing op beleggingsondernemingen die niet onder een holding vallen. De in de richtlijn opgenomen bevoegdheden met betrekking tot afwikkeling komen grotendeels overeen met die van de verordening. De op basis van de richtlijn vastgestelde nationale bepalingen inzake afwikkeling, alsmede het op basis van de verordening ingestelde gemeenschappelijk afwikkelingsmechanisme moeten in overeenstemming en in samenhang met elkaar kunnen worden uitgevoerd.

2. Hoofdonderwerpen

a. Wijze van implementatie

i. Het voorstel voegt een nieuw deel 3A toe aan de Wft en breidt deel 3 van de Wft uit, waardoor de taken van DNB aanzienlijk worden uitgebreid. Door toevoeging van deelonderwerpen dijt de Wft verder uit. De Wft wordt hiermee steeds minder overzichtelijk en de toegankelijkheid van de Wft, die van meet af aan problematisch was,¹⁰ neemt door de vele wijzigingen en aanvullingen, verder af. Ook het toenemende gebruik van verordeningen voor de regulering van het financiële toezicht en van de techniek van het dynamisch verwijzen, zoals deze ook in dit voorstel worden toegepast, dragen bij aan de complexiteit van de Wft. Anders dan voorheen wellicht nog het geval was, bevat de tekst van Wft op essentiële onderdelen, zoals het banktoezicht, niet meer de kern van de financiële toezichtregelgeving en is de Wft op veel terreinen niet meer zelfstandig leesbaar. Verder is in Europese regels er niet voor gekozen de regels voor de verschillende sectoren te integreren, zoals dat in de Wft wél is gebeurd (van een sectoraal toezichtmodel naar een functioneel toezichtmodel¹¹), maar is de sectorale aanpak gehandhaafd. Dat betekent dat in de Wft ondanks de integratie op tal van plaatsen toch blijvend in sterke mate onderscheid zal moeten worden gemaakt tussen de verschillende sectoren.

Tegen deze achtergrond is er volgens de Afdeling aanleiding om de opzet van de Wft tegen het licht te houden en nader te bezien op welke wijze de Nederlandse financiële toezichtwetgeving het beste kan worden opgezet om deze beter toegesneden te laten zijn op de voorliggende Europese regels en de ontwikkeling daarvan. Daarbij zou de toegankelijkheid van de wetgeving voorop moeten staan. Gebruikers van de Wft die met dit voorstel de toegankelijkheid van de Wft verder in de knel zien komen, kan perspectief op verbetering worden geboden door in de toelichting concreet in te gaan op een dergelijk verbetertraject, met een daarbij behorend tijdspad.

De Afdeling adviseert om in de toelichting nader in te gaan op het vorenstaande.

ii. Bij de implementatie van de richtlijn is ervoor gekozen om niet het gehele kader voor herstel en afwikkeling, zoals dat in de richtlijn is opgenomen en dat door DNB zal worden toegepast, neer te leggen in de Wft. Op verschillende plaatsen is gekozen voor dynamische verwijzing

¹⁰ Zie hierover nader het advies van de Raad van State over de tweede nota van wijziging bij het voorstel voor de Wft (Kamerstukken II 2005/06, 29 708, nr. 20).

¹¹ Zie ook het advies van de Raad van State over de tweede nota van wijziging bij het voorstel voor de Wft (Kamerstukken II 2005/06, 29 708, nr. 20).

naar bepalingen van de richtlijn. Als er in de verordening een bepaling voor significante banken is met dezelfde strekking als de te implementeren richtlijnbe­paling (die ook voor andere entiteiten geldt), wordt die bepaling van de verordening van overeenkomstige toepassing verklaard. De jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie staat naar het oordeel van de Afdeling aan een dergelijke opzet niet in de weg.¹² Naar het oordeel van de Afdeling heeft deze benadering als voordeel dat de verordening voor alle entiteiten wordt toegepast en in die zin een eenduidig kader vormt. Een nadeel is echter dat wanneer er bij de afwikkeling van entiteiten die niet onder het Europese afwikkelingskader vallen verschillen bestaan tussen de verordening en de richtlijn, bij toetsing van de nationale wetgeving niet de verordening maar de richtlijn het relevante kader is.

Een andere beperking van de inzichtelijkheid wordt veroorzaakt door het feit dat in sommige bepalingen van de verordening die op grond van het voorstel van overeenkomstige toepassing zijn verklaard, wordt verwezen naar de richtlijn. De richtlijn moet dan op haar beurt worden geraadpleegd om te bepalen op welke wijze de verordening moet worden toegepast.¹³ Dit alles leidt ertoe dat gebruikers van de voorgestelde wetgeving, wisselend bepalingen uit de wet, de richtlijn of verordening moeten toepassen. Dit komt de toegankelijkheid van de wetgeving en een handzaam gebruik niet ten goede. Het is hierbij bovendien, waar is bepaald dat de verordening van overeenkomstige toepassing is, in sommige gevallen lastig na te gaan of en hoe richtlijn­bepalingen zijn geïmplementeerd, omdat bepalingen met betrekking tot dezelfde materie in de richtlijn en in de verordening een andere opzet hebben.¹⁴

¹² In het arrest van het Hof van 20 mei 1992, C-190/90 heeft het Hof overwogen dat de omzetting van een richtlijn in nationaal recht niet noodzakelijkerwijs vereist dat de bepalingen ervan formeel en woordelijk worden opgenomen in een uitdrukkelijke en specifieke wettelijke bepaling (overweging 17). Zie in dit verband ook arrest van het Hof van 30 MEI 1991, C-59/89, waarin is overwogen dat voor de omzetting van een richtlijn in intern recht niet noodzakelijkerwijs is vereist, dat de bepalingen ervan formeel en letterlijk in een uitdrukkelijke, specifieke wettelijke bepaling worden overgenomen, en naar gelang van de inhoud van de richtlijn een algemene juridische context daartoe voldoende kan zijn, wanneer deze daadwerkelijk de volledige toepassing van de richtlijn op voldoende bepaalde en duidelijke wijze verzekert. In het arrest van het Hof van 7 februari 1973 39/72, heeft het Hof bepaald dat bepalingen in verordeningen enkel rechtstreeks toepasselijk zijn op grond van hun bekendmaking in het publicatieblad van de gemeenschappen en dat iedere wijze van uitvoering die aan rechtstreekse toepassing in de weg staan, met het verdrag in strijd is (overweging 17). Aangezien verordening 806/2014 van overeenkomstige toepassing wordt verklaard ten aanzien van entiteiten die niet direct onder de verordening vallen, is verordening 806/2014 niet rechtstreeks toepasselijk op grond van zijn bekendmaking in het publicatieblad en staat deze overweging in dit geval dus niet aan de gekozen benadering in de weg.

¹³ Zie bijvoorbeeld de van overeenkomstige toepassing verklaarde artikelen 12, zestiende lid, en 79, eerste lid, van de verordening. Dit is evenwel een gevolg van de Europese regels zelf, waar de (implementatie)wetgever niets aan kan veranderen.

¹⁴ Zo verlenen de bepalingen in de verordening beslisbevoegdheid aan de afwikkelingsraad, die de nationale afwikkelingsautoriteit bij de uitvoering van een beslissing betreft op de in de verordening beschreven wijze (zie bijvoorbeeld de artikelen 11, eerste lid, en 12, zeventiende lid, van de verordening, die op grond van 3A:9, vijfde lid, en 3A:14 van het voorstel van overeenkomstige toepassing zijn). De richtlijn­bepalingen verlenen directe beslisbevoegdheid aan de nationale afwikkelingsautoriteit voor de afwikkelingen waarbij de afwikkelingsraad niet betrokken hoeft te zijn. In de verordening wordt in een aantal van overeenkomstige toepassing zijnde bepalingen verwezen naar het Europese afwikkelingsfonds en de ECB, waar de richtlijn de nationale financieringsregeling en bevoegde autoriteit (DNB) bedoeld (artikel 8, zesde lid, onderdeel a, en artikel 18, eerste lid, van de verordening). Alleen de lezer die op de hoogte is van de wijze waarop het afwikkelingssysteem werkt, weet dat hij in de bepalingen van de verordening dan «nationale financieringsregeling» en «DNB» moet lezen als ze in de Wft van overeenkomstige toepassing zijn verklaard.

De Afdeling heeft begrip voor de thans gekozen aanpak, mede in het licht van de omstandigheid dat voor de implementatie van de richtlijn een korte tijd beschikbaar is en de implementatietermijn inmiddels is verstreken. Wel heeft zij in de toelichting (of als bijlage bij de toelichting) een handleiding gemist waarin aan de hand van de artikelen in het wetsvoorstel de werking van het afwikkelingsstelsel wordt uiteengezet. Hierbij zou bijvoorbeeld gedacht kunnen worden aan te duiden in welke bepalingen van de Wft, de richtlijn en de verordening de verschillende maatregelen (gecategoriseerd naar de verschillende fasen van het herstellen en afwikkelingsproces) zijn geregeld.

De Afdeling adviseert de toelichting op dit punt aan te vullen.

iii. In verband met punt ii merkt de Afdeling voorts op dat in een aantal van de voorgestelde Wft-bepalingen waarin wordt verwezen naar de verordening of richtlijn moeilijk is vast te stellen wat de betreffende bepalingen op hoofdlijnen beogen te regelen, omdat geen of nauwelijks indicatie wordt gegeven over de onderwerpen van de bepalingen in de verordening of richtlijn waarnaar verwezen wordt. Zo zou in het voorgestelde artikel 3A:17 van de Wft, naast het van overeenkomstige toepassing verklaren van artikel 21, derde tot en met vijfde en zevende lid, van de verordening, tevens kunnen worden aangeduid dat die artikelleden een uitwerking zijn van de voorwaarden voor het toepassen van het instrument van afschrijving of omzetting van kapitaalinstrumenten (AFOMKI). De gebruiker kan dan makkelijker bepalen of het voor hem relevant is de desbetreffende bepalingen in de verordening te raadplegen.

De Afdeling adviseert het voorstel aan te passen.

b. Handhaving Interventiewet

Deel 6 van de Wft, dat met de Interventiewet aan de Wft is toegevoegd, en waarin bijzondere instrumenten zijn opgenomen die kunnen worden toegepast met het oog op de stabiliteit van het stelsel, blijft gehandhaafd. Voor die entiteiten waarop de richtlijn niet van toepassing is (bijvoorbeeld verzekeraars), is deze keuze zonder meer begrijpelijk. Er is evenwel voor gekozen om het hoofdstuk ook te handhaven voor instellingen waarop de richtlijn wél van toepassing is (bijvoorbeeld banken). Artikel 1, tweede lid, van de richtlijn bepaalt in dit verband dat het de lidstaten is toegestaan regels vast te stellen of te handhaven die strikter of aanvullend zijn mits deze van algemene strekking zijn en niet in strijd zijn met de richtlijn. De toelichting vermeldt dan ook terecht dat de regels uit deel 6 van de Wft de Europese afwikkelingsmechanisme voorrang heeft boven deel 6 van de Wft. In het verlengde hiervan wordt opgemerkt dat deel 6 niet of nauwelijks praktische betekenis zal hebben voor entiteiten die onder de richtlijn vallen.

De Afdeling begrijpt dat ook voor deze entiteiten niet op voorhand kan worden uitgesloten dat aan de instrumenten van deel 6 Wft in aanvulling op de thans voorgestelde instrumenten in zeer uitzonderlijke omstandigheden nog enige betekenis zou kunnen toekomen, en dat daarom de toepassing ervan ook voor de instellingen die vallen onder het nu voorgestelde instrumentarium, niet wordt uitgesloten. De toelichting merkt in dit verband terecht op dat de maatregelen van deel 6 meer het karakter van staatsnoodrecht krijgen. Daarmee is nog niet duidelijk in welke situaties deel 6 van de Wft toepassing zou kunnen of moeten vinden en hoe deze toepassing zich in dat geval verhoudt tot deel 3A van de Wft.

De Afdeling adviseert in de toelichting nader op het voorgaande in te gaan.

c. Minimumvereiste voor eigen vermogen

Bij een eventuele afwikkeling zullen niet alleen verschaffers van eigen vermogen, maar ook andere daartoe in aanmerking komende geldgevers verlies lijden. Toepassing van de instrumenten van AFOMKI en bail-in brengt dit mee. Om metterdaad tot een verantwoorde afwikkeling te kunnen komen zal het totale bedrag dat afgeschreven wordt, voldoende moeten zijn. Daarom wordt er door de afwikkelingsraad en de afwikkelingsautoriteiten op toegezien dat banken en beleggingsondernemingen voldoen aan een minimumvereiste voor het eigen vermogen en in aanmerking komende passiva. Dit vereiste wordt voor significante banken op grond van artikel 12, eerste lid, van de verordening vastgesteld door de afwikkelingsraad en voor de overige entiteiten op grond van artikel 12, tweede lid, van de verordening en het voorgestelde artikel 3A:14 van de Wft vastgesteld door de afwikkelingsautoriteit (DNB). In dat kader kan worden opgemerkt dat naar verwachting voor significante banken een door de Financial Stability Board opgestelde richtsnoer zal gelden. Uit de toelichting blijkt dat dit richtsnoer als bodem zal gelden.¹⁵

Het minimumvereiste wordt uitgedrukt als percentage van de totale passiva en het eigen vermogen van de instelling op basis waarvan kan worden bepaald of een instelling over voldoende eigen vermogen en in aanmerking komend kapitaal beschikt, om passiva geloofwaardig te kunnen omzetten of afschrijven of het instrument van de bail-in te kunnen toepassen. De voorwaarden om te kwalificeren als in aanmerking komende passiva, zijn opgenomen in artikel 12, zestiende lid, van de verordening, welke bepaling op grond van het voorgestelde artikel 3A:14, tweede lid, van de Wft van overeenkomstige toepassing is. Op grond van deze voorwaarden komen passiva die mogelijke belemmeringen bevatten om in de toekomst effectief te worden afgeschreven of omgezet, bijvoorbeeld omdat zij nog maar een korte looptijd hebben of direct of indirect door de instelling zelf zijn gefinancierd, niet als zodanig in aanmerking.

De instelling heeft echter ook te maken met de normale prudentiële eis voor het minimum eigen vermogen, waarop de ECB en DNB als prudentiële toezichthouders toezien. Deze vermogens eis gaat uit van een andere systematiek en is gebaseerd op de inschattingen van de risico's van uitzettingen.¹⁶

In beide hierboven genoemde gevallen van minimum vereisten ten aanzien van het eigen vermogen, moet de instelling over voldoende kapitaal van een bepaalde kwaliteit beschikken. De vraag rijst of de afwikkelingsautoriteit door het vaststellen van een hoog minimumvereiste voor eigen vermogen en in aanmerking komende passiva instellingen zou kunnen dwingen hogere kapitaalbuffers aan te houden dan op grond van de prudentiële eis voor het minimum eigen vermogen geldt. Als dit het geval is zou daarbij ook de vraag rijzen of het reëel is te veronderstellen dat de afwikkelingsautoriteit dit ook, onder omstandigheden, zal doen.

De Afdeling adviseert op het bovenstaande in te gaan.

¹⁵ Zie ook Kamerstukken II 2014/15, 32 013, nr. 86.

¹⁶ In de toekomst zal deze eis worden aangevuld met de zogenaamde hefboomratio, die een aanvullende eis voor het eigen vermogen inhoudt als percentage van het totaal aan uitzettingen.

2. Hoofdonderwerpen

a. Wijze van implementatie

i. De Afdeling merkt naar aanleiding van het voorliggende implementatiewetsvoorstel op dat de Wft op essentiële onderdelen niet meer de kern van de financiële toezichtregelgeving bevat en ten aanzien van veel onderwerpen niet meer zelfstandig leesbaar is. De Afdeling adviseert de opzet van de Wft tegen het licht te houden en nader te bezien op welke wijze de Nederlandse financiële toezichtwetgeving het beste kan worden toegesneden op de Europese regels en de ontwikkeling daarvan.

De afgelopen en huidige periode kenmerkt zich door veel nieuwe wetgeving op het terrein van de financiële markten, waarvan het grootste deel van Europese oorsprong is. Ik onderken dat de grote hoeveelheid nieuwe Europese regels in richtlijnen en in verordeningen, die rechtstreekse werking hebben, ervoor zorgt dat de toegankelijkheid van de financiële toezichtregelgeving in toenemende mate onder druk staat. Met het oog daarop zal worden verkend op welke wijze, mede in het licht van de door de Afdeling geschetste problematiek, kan worden bewerkstelligd dat de Wet op het financieel toezicht ook in de toekomst een adequaat wetgevingskader vormt waarin nationale en Europese regels zonder problemen kunnen worden ingepast. Met het in gang zetten van een dergelijk verbetertraject dient evenwel te worden gewacht tot een daarvoor geschikt moment, waarop in elk geval de thans lopende grote implementatietrajecten zijn afgerond. De Wft is momenteel nog te veel aan ingrijpende veranderingen onderhevig om met succes een verbetertraject in gang te kunnen zetten. Verder ligt het voor de hand dat een dergelijk traject, gelet op de omvang van de Wft, in tranches zal plaatsvinden.

ii. In de implementatietabel zijn onderwerpaanduidingen aangebracht, zodat de inzichtelijkheid met betrekking tot de verhouding tussen de verordening en de richtlijn in de verschillende fasen van het herstel- en afwikkelingsproces wordt vergroot. Verder wordt met het oog op een handzaam gebruik en de toegankelijkheid van de Wft, het gebruik van artikelopschriften geïntroduceerd in het nieuwe Deel 3A. In het opschrift wordt het onderwerp van het artikel geduid en indien relevant, hoe het artikel zich verhoudt tot de verordening.

iii. Naar aanleiding van het advies van de Afdeling zijn de verwijzingen naar de verordening en de richtlijn in het wetsvoorstel nogmaals nagelopen op een afdoende duiding van de inhoudelijke context. Waar nodig zijn nadere aanvullingen van de wettekst verricht.

b. Handhaving Interventiewet

De Afdeling onderschrijft in zijn advies de keuze in het wetsvoorstel om de bevoegdheden in Deel 6 van de Wft bij wijze van noodvoorziening te behouden ten aanzien van entiteiten die voortaan vallen onder de nieuwe afwikkelingsregels. De Afdeling vraagt in dit verband in welke situaties Deel 6 van de Wft toepassing vindt en hoe deze toepassing zich in dat geval verhoudt tot Deel 3A van de Wft. Voor het nieuwe Deel 3A van de Wft geldt dat de toepassing ervan op banken plaatsvindt ter uitvoering van het gemeenschappelijk afwikkelingsmechanisme (SRM). Zoals in de toelichting bij het wetsvoorstel is aangegeven, zijn de situaties waarin de bevoegdheden in Deel 6 alsnog toepassing zouden vinden naar hun aard moeilijk reeds van tevoren met concrete voorbeelden te duiden. Deel 6 van de Wft wordt juist behouden met het oog op onvoorziene situaties. In elk geval zou het moeten gaan om een (nood)situatie waarin het gemeen-

schappelijk afwikkelingsmechanisme onverhoopt niet functioneert of de mogelijkheden ervan tekort zouden schieten.

c. Minimumvereiste voor eigen vermogen

Op basis van de richtlijn kapitaalvereisten (CRD IV) zijn op een bank verschillende prudentiële eisen van toepassing met betrekking tot de hoeveelheid en kwaliteit van het aan te houden kapitaal. Er gelden minimumkapitaaleisen waar een bank te allen tijde aan moet voldoen, en aanvullende «kapitaalbuffers» waar een bank op mag interen. Daarnaast geldt voor banken op basis van de richtlijn herstel en afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen (BRRD) en de verordening gemeenschappelijk afwikkelingsmechanisme (SRM-verordening) een minimumvereiste voor eigen vermogen en in aanmerking komende passiva (MREL). De afwikkelingsautoriteit stelt voor elke bank een verplicht aan te houden bedrag aan eigen vermogen en in aanmerking komende passiva vast, uitgedrukt als een percentage van de totale passiva, inclusief het eigen vermogen. Het doel van deze eis is te waarborgen dat een bank voldoende geschikte vermogensinstrumenten heeft om in afwikkeling de verliezen op te vangen en te kunnen herkapitaliseren tot een adequaat niveau. De richtlijn en de verordening bepalen dat voor de MREL de volgende instrumenten meetellen: i) het kapitaal dat een bank al dan niet op basis van de prudentiële kapitaaleisen aanhoudt, en ii) de in de richtlijn gedefinieerde overige instrumenten, zoals achtergestelde schuld en senior obligaties. De MREL omvat daarmee meer typen instrumenten dan alleen eigen vermogen.

De Afdeling heeft de vraag opgeworpen of de afwikkelingsautoriteit via het bepalen van de MREL een bank *de facto* een hogere prudentiële kapitaalseis kan opleggen. Dit is niet het geval. De eis van MREL dient zoals hierboven beschreven een ander doel. Hier komt bij dat banken kunnen besluiten om naast eigen vermogen ook met andere typen instrumenten, zoals achtergestelde schuld en senior obligaties, te voldoen aan de MREL. Zodoende kan een bank zelf besluiten aan de MREL te voldoen door meer eigen vermogen aan te houden dan op basis van CRD IV verplicht is.

3. Overige opmerkingen

a. Volledige en correcte omzetting van de richtlijnbepalingen

i. Financiële steun tussen entiteiten

De voorgestelde nieuwe afdeling 3.6.5 bevat voorschriften voor het verlenen van financiële steun tussen entiteiten die deel uitmaken van dezelfde groep. Het voorgestelde artikel 3:300 van de Wft bepaalt dat de voorgestelde afdeling 3.6.5 van toepassing is op, kort samengevat, overeenkomsten tot het verlenen van financiële steun tussen een EU-moederonderneming met zetel in Nederland en dochterondernemingen buiten Nederland of een dochteronderneming in Nederland en een EU-moederinstelling buiten Nederland. Op grond van artikel 19, vijfde lid, onderdeel a, van de richtlijn zouden de bepalingen inzake het verlenen van financiële steun ook betrekking kunnen hebben op overeenkomsten tussen dochterondernemingen binnen dezelfde groep. Het voorgestelde artikel 3:300 van de Wft sluit niet hierbij aan.

ii. Informeren en raadplegen werknemersvertegenwoordiging

In artikel 34, vijfde lid, van de richtlijn is bepaald dat de afwikkelingsautoriteit bij het toepassen van afwikkelingsinstrumenten en het uitoefenen van afwikkelingsbevoegdheden in voorkomend geval de werknemersvertegenwoordigers informeert en raadpleegt. In artikel 34, zesde lid, van de richtlijn is bepaald dat de afwikkelingsautoriteit haar afwikkelingsbevoegdheden uitoefenen onverminderd de vertegenwoordiging van werknemers in de leidinggevende organen overeenkomstig de nationale wetgeving of praktijk. Volgens de transponeringstabel zullen deze verplichtingen worden geïmplementeerd in de Regeling taakuitoefening en grensoverschrijdende samenwerking financiële toezichthouders. De grondslag van deze regeling is artikel 1:69, derde lid, van de Wft, waarin is bepaald dat nadere regels kunnen worden gesteld met betrekking tot de samenwerking en geschillenbeslechting binnen het Europees Stelsel voor financieel toezicht (ESFT) en de verstrekking van gegevens en inlichtingen aan tot dat systeem behorende instanties of de Europese Commissie. Aangezien de werknemersvertegenwoordiging van entiteiten in afwikkeling niet tot het ESFT behoren¹⁷, biedt artikel 1:69, derde lid, van de Wft echter geen grondslag om de genoemde verplichtingen van de afwikkelingsautoriteit te kunnen regelen.

iii. Voorwaarden voor teruggang eigendomsinstrumenten

In het voorgestelde artikel 3A:31, eerste lid, van de Wft (dat betrekking heeft op het afwikkelingsinstrument van overgang van de onderneming) is bepaald dat DNB kan besluiten tot overgang naar de oorspronkelijke eigenaren van eigendomsinstrumenten, activa of passiva die eerder naar een nieuwe eigenaar waren overgegaan. Om tot een dergelijk overgang te besluiten, moet aan één van de in het tweede lid, onderdeel a, b of c, genoemde voorwaarden worden voldaan. Het voorgestelde artikel 3A:31 is opgenomen in de paragraaf inzake het instrument van overgang van de onderneming en dient volgens de toelichting en transponeringstabel ter implementatie van artikel 38, zesde lid, van de richtlijn. Op grond van artikel 38, zesde lid, van de richtlijn geldt als enige voorwaarde voor de teruggang naar de oorspronkelijke eigenaren dat de verkrijger toestemming moet geven. Die voorwaarde wordt in artikel 3A:31, eerste lid, onder a, inderdaad genoemd, maar niet in de voorwaarden onder b en c. Artikel 38, zesde lid, van de richtlijn vereist echter steeds deze instemming.

iv. Uitvoering afwikkeling in derde landen

Teneinde te voorkomen dat de afwikkeling van een entiteit wordt belemmerd door gebondenheid aan overeenkomsten waarop het recht van een derde land van toepassing is, geldt ter uitvoering van artikel 55, eerste lid, eerste alinea, van de richtlijn op grond van het voorgestelde artikel 3A:13, eerste lid, van de Wft een verplichting voor de entiteit om in dergelijke overeenkomsten een clause op te nemen waarin de wederpartij instemt met mogelijke toepassing van afwikkelingsbevoegdheden. Het voorgestelde artikel 3A:13, vierde lid, van de Wft voorziet in de mogelijkheid van ontheffing van een verplichting tot het opnemen een dergelijke contractuele clause. In dit artikel wordt niet voorzien in de mogelijkheid tot het verlenen van een ontheffing, in het geval dat Nederland een bindende overeenkomst heeft gesloten met een derde

¹⁷ Zie artikel 2 van Verordening (EU) nr. 1093/2010 van het Europees parlement en de Raad van 24 november 2010 tot oprichting van een Europese toezichthoudende autoriteit (Europese Bankautoriteit), tot wijziging van Besluit nr. 716/2009/EG en tot intrekking van Besluit 2009/78/EG van de Commissie.

land, waarin bepaald wordt dat de betreffende passiva of instrumenten, krachtens het recht van dat derde land, onderworpen kunnen zijn aan de afschrijvings- of omzettingsbevoegdheden van DNB (er wordt in het voorgestelde artikel 3A:13, vierde, van de Wft alleen verwezen naar «afwikkelingautoriteiten van een andere lidstaat» en niet naar DNB). Artikel 55, eerste lid, tweede alinea, van de richtlijn biedt wel de mogelijkheid dit te regelen. De toelichting motiveert niet waarom van deze mogelijkheid geen gebruik is gemaakt.

v. Bevoegdheid afdwingen staatssteunregels

Artikel 41, eerste lid, van de richtlijn noemt verschillende bevoegdheden waarover de afwikkelingsautoriteit ten aanzien van een overbruggingsinstelling moet beschikken. Volgens de toelichting zullen de meeste van die bevoegdheden worden geregeld bij of krachtens een op grond van het voorgestelde artikel 3A:37 van de Wft vast te stellen algemene maatregel van bestuur. Andere bevoegdheden bestaan al op grond van de huidige wetgeving. Dat laatste geldt volgens de toelichting ook ten aanzien van de onder artikel 41, eerste lid, onderdeel g, van de richtlijn genoemde bevoegdheid om operationele beperkingen op te leggen ten einde te verzekeren dat het functioneren van de overbruggingsinstelling in elk geval in overeenstemming met de staatssteunregels van de EU is. Deze bevoegdheid is volgens de toelichting al geregeld in artikel 1:75 van de Wft.¹⁸ De Afdeling wijst erop dat de aanwijzingsbevoegdheid van artikel 1:75, eerste lid, van de Wft alleen kan worden toegepast als niet wordt voldaan aan hetgeen bij of krachtens de Wft is bepaald. De staatssteunregels van de EU zijn echter niet in de Wft opgenomen, maar in de artikelen 107 en 109 van het EU-werkingsverdrag en de daarop gebaseerde verordeningen. Die regels kunnen niet op basis van artikel 1:75, eerste lid, van de Wft worden afgedwongen.

vi. Niet-geïmplementeerde bepalingen

De Afdeling heeft geen bepalingen aangetroffen ter implementatie van de artikelen 19, derde lid, 29, vijfde lid, en 33, derde lid, van de richtlijn.

vii. Conclusie

De Afdeling adviseert in de toelichting op de voorgaande punten in te gaan en het voorstel zo nodig aan te passen.

b. Erkenning en tenuitvoerlegging besluiten buitenlandseafwikkelingsautoriteiten

Afwikkelingsmaatregelen hebben in veel gevallen ook gevolgen voor dochterondernemingen, bijkantoren of activa en passiva die zich in andere landen bevinden dan die van de bevoegde afwikkelingsautoriteit. Artikel 66 van de richtlijn heeft betrekking op afwikkelingsmaatregelen die van toepassing zijn in meerdere lidstaten. De artikelen 93 tot en met 95 van de richtlijn hebben betrekking op afwikkelingsmaatregelen die van toepassing zijn in lidstaten en staten buiten de EU. Deze bepalingen worden geïmplementeerd in de voorgestelde artikelen 3A:4 en 3A:5 van de Wft. Hierbij wordt bepaald dat een besluit van een buitenlandse afwikkelingsautoriteit in Nederland wordt erkend en ten uitvoer wordt gelegd, respectievelijk ten uitvoer kan worden gelegd. Tegen een erkenning en ten uitvoerlegging van besluiten van bevoegde afwikkelingsautoriteiten in andere lidstaten kan in rechte niet worden opgekomen (artikel 3A:4, tweede lid, van de Wft). Blijkens de toelichting lijkt bedoeld

¹⁸ Artikelsgewijze toelichting bij het voorgestelde artikel 3A:37 van de Wft.

te zijn dat het in deze gevallen gaat om een erkenning van rechtswege. De Afdeling adviseert dit in de tekst van de bepaling tot uitdrukking te brengen.

Voorts stelt de toelichting dat niet wordt beoogd de gang naar de burgerlijke rechter op basis van een vordering uit onrechtmatige daad, uit te sluiten, maar wel te bewerkstelligen dat het Nederlandse recht geen grond biedt voor aantasting van de buitenlandse maatregel.¹⁹ In de tekst van het voorstel komt het gestelde in de toelichting naar het oordeel van de Afdeling onvoldoende tot uitdrukking. Weliswaar kan tegen het buitenlandse afwikkelingsbesluit zelf niet worden opgekomen, maar dat neemt niet weg dat bij de tenuitvoerlegging niet onrechtmatig gehandeld mag worden en tegen een mogelijke onrechtmatige tenuitvoerlegging kan worden opgekomen. De vraag rijst of de tekst van het voorgestelde artikel 3A:4, tweede lid, van de Wft dat bereikt, omdat de bedoeling van de bepaling niet expliciet naar voren komt. Daarbij kan eraan worden gedacht de rechtsmacht van de Nederlandse rechter ten aanzien van besluiten van een buitenlandse afwikkelingsautoriteit expliciet uit te sluiten.

De Afdeling adviseert de wettekst beter te laten aansluiten op datgene wat wordt beoogd.

c. Verhouding van enkele bepalingen tot de Algemene wet bestuursrecht

i. Bindend verzoek van DNB aan AFM

Op grond van het voorgestelde artikel 3A:54, tweede lid, van de Wft is de AFM verplicht gevolg te geven aan een verzoek van DNB om met betrekking tot door de instelling in afwikkeling uitgegeven financiële instrumenten de toelating tot de handel op een gereguleerde markt of de officiële notering te onderbreken, op te schorten of in te trekken. Aangezien de AFM aan zo'n verzoek uitvoering moet geven heeft het verzoek rechtsgevolg en kan de beslissing om een verzoek te doen als een besluit in de zin van artikel 1:3 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) kwalificeren. De Afdeling adviseert te bezien of het wenselijk is het besluit tot het doen van bedoeld verzoek door DNB op te nemen in de op grond van artikel 8:5 van de Awb vastgestelde bijlage.²⁰ De Afdeling is van oordeel dat moet worden voorkomen dat de uitvoering van de afwikkeling wordt belemmerd door geschillen tussen DNB en AFM.

De Afdeling adviseert in de toelichting op het voorgaande in te gaan en het voorstel zo nodig aan te passen.

ii. Administratief beroep

In het voorgestelde artikel 1:76, zevende lid, 1:76a, vierde lid, en 3A:47, vierde lid van de Wft is bepaald dat tegen een besluit van een curator en van de met dit voorstel in te voeren bijzondere bewindvoerder en bijzondere bestuurder, administratief beroep kan worden ingesteld bij de toezichthouder. Het betreft dan de toezichthouder die de curator,

¹⁹ Artikelsgewijze toelichting bij artikel 3A:4 van de Wft.

²⁰ Zie ook het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 12 december 2014 inzake Ontwerpbesluit tot wijziging van het Besluit uitvoering EU-verordeningen financiële markten in verband met de uitvoering en handhaving van verordening (EU) nr. 909/2014 van het Europees parlement en de Raad van 23 juli 2014 betreffende de verbetering van de effectenafwikkeling in de Europese Unie, betreffende centrale effectenbewaarinstanties en tot wijziging van Richtlijnen 98/26/EG en 2014/65/EU en Verordening (EU) nr. 236/2012 (PbEU 2014, L 257) W06.14.0394/III) (Stcrt. 2015, nr. 6333).

bijzondere bewindvoerder of bijzondere bestuurder heeft aangesteld en zijn taakopdracht heeft bepaald.

De voorgestelde procedure voor administratief beroep wijst erop dat er in het voorstel vanuit wordt gegaan dat beslissingen van een curator, bijzondere bewindvoerder of bijzondere bestuurder, besluiten zijn in de zin van artikel 1:3, eerste lid, van de Awb. Het betreft dan beslissingen die onder normale omstandigheden door organen van de instelling (zoals het bestuur) worden genomen en een civielrechtelijk karakter hebben. Na administratief beroep staat volgens de normale procesgang beroep open bij de bestuursrechter.

De Afdeling acht het niet wenselijk dat op beslissingen die een civielrechtelijk karakter hebben de bestuursrechtelijke rechtsbescherming van toepassing is. In dit verband wijst de Afdeling op een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak waarin ten aanzien van bepaalde beslissingen van de Minister die invloed hebben op de faillissementsboedel is overwogen dat deze geen besluiten zijn in de zin van artikel 1:3, eerste lid, van de Awb, omdat een behoorlijke taakverdeling tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter vergt dat deze laatste de beslissingen beoordeelt.²¹

De Afdeling adviseert in de toelichting op het voorgaande in te gaan en het voorstel zo nodig aan te passen.

iii. Beroepsprocedure bij toepassing artikel 14 van de verordening

In het voorgestelde artikel 3A:63, eerste lid, van de Wft is geregeld dat de beroepstermijn voor het indienen van een beroepschrift tegen besluiten op grond van in dat artikellid genoemde bepalingen, tien dagen bedraagt. Een van die bepalingen is artikel 14 van de verordening. Dat artikel biedt echter geen grondslag voor enig te nemen besluit. Hetzelfde kan worden opgemerkt over de opname van artikel 14 van de verordening in de bijlagen 1 en 2 van de Awb als bepaling waarop, voor de op basis daarvan genomen besluiten, een afwijkende bezwaar- of beroepsprocedure van toepassing is.

De Afdeling adviseert de verwijzing naar artikel 14 van de verordening in het voorgestelde artikel 3A:63, eerste lid, van de Wft te schrappen.

iv. Versnelde behandeling beroep

In de toelichting wordt vermeld dat in het voorstel is bepaald dat in beroepszaken waarbij rechtstreeks beroep bij het College van beroep voor het bedrijfsleven wordt ingesteld, uiterlijk 14 dagen na het instellen van beroep uitspraak wordt gedaan.²² De Afdeling heeft geen bepalingen aangetroffen waarin dit ook daadwerkelijk is geregeld. Het is van belang dit alsnog te regelen, te meer omdat het i.v.m. de duur van de beroepsprocedure voor de rechter ook van belang is om te bepalen in hoeverre hij in het kader van de versnelde behandeling op grond van artikel 8:52 van de Awb termijnen moet verkorten en procedurele bepalingen buiten toepassing met laten. Daarnaast kan met een wettelijke eis dat binnen 14 dagen uitspraak wordt gedaan, worden verzekerd dat aan de in artikel 85, derde lid, van richtlijn opgenomen eis wordt voldaan dat de rechterlijke toetsing snel wordt afgerond.

De Afdeling adviseert het voorstel aan te passen.

²¹ Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, 16 juni 2008, nr. nr. 200704350/1, JB 2008/189.

²² Paragraaf 3, onderdeel g, van de toelichting.

v. Overeenkomstige toepassing Lex Silencio Positivo

In het voorgestelde artikel 3:305, derde lid, van de Wft, is bepaald dat een EU-moederinstelling²³ met zetel in Nederland kan overgaan tot het verlenen van financiële steun binnen haar groep, indien niet binnen vijf werkdagen na kennisgeving van het voornemen tot steunverlening DNB de financiële steun verbiedt dan wel goedkeurt. Hierbij worden de artikelen 4:20b, tweede lid, 4:20c, 4:20e en 4:20f van de Awb van overeenkomstige toepassing verklaard. Deze bepalingen maken deel uit van paragraaf 4.1.3.3 van de Awb, waarin een regeling is opgenomen die, kort samengevat, inhoudt dat van rechtswege een positieve beschikking ontstaat indien een bestuursorgaan niet tijdig op een aanvraag beslist. De toelichting vermeldt dat deze bepalingen ter implementatie van deze Lex Silencio Positivo (LSP) van toepassing worden verklaard.

De voorgestelde procedure onderscheidt zich van die van de LSP met name daarin, dat er geen sprake is van een aanvraag, maar van een melding. Indien DNB de financiële steun niet verbiedt of goedkeurt, komt na het verstrijken van de vijf werkdagen daarom geen beschikking van rechtswege tot stand. Het staat de betreffende entiteit dan vrij om de steunverlening uit te voeren, omdat er geen wettelijk voorschrift is die dat verbiedt.²⁴ Deze veronderstelling ligt ook aan het voorstel ten grondslag, omdat artikel 4:20b, eerste lid, van de Awb niet van overeenkomstige toepassing is. Deze bepaling regelt de totstandkoming van een van rechtswege gegeven beschikking.

De totstandkoming van een beschikking van rechtswege op een aanvraag, zoals dat in artikel 4:20b, eerste lid, van de Awb is geregeld, is het uitgangspunt van de LSP, waarop ook de andere bepalingen uit paragraaf 4.1.3.3 van de Awb, die wel van overeenkomstige toepassing zijn, gebaseerd zijn. Het van overeenkomstige toepassing zijn van die andere bepalingen op de steunverlening zonder toepassing van artikel 4:20b, eerste lid, van de Awb, schept slechts onduidelijkheid over hoe die bepalingen moeten worden toegepast als er geen van rechtswege gegeven beschikking tot stand is gekomen. Zo zou bijvoorbeeld de vraag gesteld kunnen worden hoe een beschikking die niet tot stand is gekomen op grond van artikel 4:20c van de Awb wel bekend moet worden gemaakt. De Afdeling is van oordeel dat het de voorkeur heeft om, indien nodig, in de gevolgen van het verstrijken van de vijf werkdagen niet bij wege van verwijzing naar de LSP maar uitgeschreven in de wet te regelen.

De Afdeling adviseert het voorstel aan te passen.

3. Overige opmerkingen

a. Volledige en correcte omzetting van de richtlijnbevestigingen

i. De Afdeling wijst er terecht op dat de bepalingen inzake het verlenen van financiële steun ook betrekking kunnen hebben op overeenkomsten tussen dochterondernemingen binnen dezelfde groep. Het voorgestelde artikel 3:300 van de Wft sloot hierbij niet aan. Naar aanleiding van het advies is de regeling verbreed zodat de relevante bepalingen ook van

²³ Een moederinstelling in een lidstaat die geen dochteronderneming is van een andere instelling waaraan in een van de lidstaten vergunning is verleend, of van een in een van de lidstaten opgerichte financiële holding of gemengde financiële holding.

²⁴ Dat dit ook het standpunt van de regering is, blijkt uit het feit dat artikel 4:20b, eerste lid, van de Awb, waarin is bepaald dat bij een niet tijdige beslissing op een aanvraag tot het geven van een beschikking, de gevraagde beschikking van rechtswege wordt gegeven, niet van overeenkomstige toepassing wordt verklaard.

toepassing zijn op overeenkomsten tussen verschillende dochterondernemingen.

ii. De rechtsgrondslag van de ministeriële regeling waarnaar de Afdeling verwijst is met ingang van 22 juli 2013 (Stcrt. 2013, 19608) door een wijziging van artikel 5 van de regeling reeds uitgebreid met onder andere artikel 1:24, vierde lid, Wft. Die bepaling biedt grondslag voor een nadere regeling van de taakuitoefening van DNB bij de uitvoering van bindende EU-rechtshandelingen. Daarmee is het mogelijk de bepaling in de richtlijn omtrent het informeren en raadplegen van de werknemersvertegenwoordigers in die regeling te implementeren.

iii. Het advies van de Afdeling is opgevolgd en het wetsvoorstel is dienovereenkomstig aangepast.

iv. Het voorgestelde artikel 3A:13 Wft voorziet in een verplichting voor een entiteit om in overeenkomsten waarop het recht van een derde land van toepassing is, een clause op te nemen waarin de wederpartij instemt met mogelijke toepassing van afwikkelingsbevoegdheden. Het vierde lid voorziet in de mogelijkheid van ontheffing indien, kort gezegd, vast staat dat de afwikkelingsbevoegdheden door een afwikkelingsautoriteit kunnen worden toegepast. De Afdeling wijst er op dat artikel 3A:13, vierde lid, Wft ten onrechte is beperkt tot de toepassing van dergelijke bevoegdheden door een afwikkelingsautoriteit van een andere lidstaat en niet door DNB. Dit is een omissie. Het artikel is overeenkomstig het advies van de Afdeling aangepast. DNB kan uiteraard ook ontheffing verlenen als vast staat dat de afwikkelingsbevoegdheden door haar kunnen worden toegepast. Hetzelfde geldt voor de Afwikkelingsraad.

v. De Afdeling wijst erop dat artikel 1:75 Wft geen grondslag biedt om een aanwijzing te geven die ertoe strekt het functioneren van de overbruggingsinstelling in overeenstemming te doen zijn met de staatssteunregels van de EU. Naar aanleiding van het advies van de Afdeling is het wetsvoorstel aangevuld met de bevoegdheid voor DNB om een aanwijzing te geven aan de overbruggingsinstelling met betrekking tot de taakuitoefening.

vi. Naar aanleiding van het advies van de Afdeling zijn de artikelen alsnog geïmplementeerd in respectievelijk de artikelen 3:300, tweede lid, 1:76a, tweede lid, en 3A:18 Wft. Tevens is de toelichting op die artikelen aangevuld.

b. Erkenning en tenuitvoerlegging besluiten buitenlandse afwikkelingsautoriteiten

Het advies van de Afdeling is overgenomen en de tekst van de voorgestelde artikelen 3A:4 en 3A:5 Wft zijn dienovereenkomstig aangepast. Ook is het advies van de Afdeling overgenomen om de tekst van het voorgestelde artikel 3A:4, tweede lid, Wft aan te passen, zodat het doel van de bepaling – de gang naar de rechter uitsluiten voor wat betreft buitenlandse maatregelen – beter tot zijn recht komt. De tekst is aldus aangepast dat niet in rechte kan worden opgekomen tegen een door de afwikkelingsautoriteit van een andere lidstaat genomen besluit, maar wel tegen de tenuitvoerlegging ervan.

c. Verhouding van enkele bepalingen tot de Algemene wet bestuursrecht

i. De Afdeling signaleert terecht dat het besluit van DNB – inhoudende een verzoek aan de AFM om met betrekking tot de door de instelling in afwikkeling uitgegeven financiële instrumenten de toelating tot de handel

op een geregementeerde markt of de officiële notering te onderbreken, op te schorten of in te trekken – een besluit is in de zin van de Awb en er daarom daartegen bezwaar en beroep open staat voor de AFM. Het oordeel van de Afdeling dat dit de uitvoering van de afwikkeling kan belemmeren wordt onderschreven. Het wetsvoorstel voorziet naar aanleiding van het advies van de Afdeling in uitsluiting van voornoemd besluit van DNB van bezwaar en beroep.

ii. De Afdeling neemt, zo blijkt uit haar advies, tot uitgangspunt dat de curator, de bijzondere bewindvoerder of de bijzondere bestuurder beslissingen neemt die onder normale omstandigheden door organen van de instelling worden genomen en daarmee een civielrechtelijk karakter hebben.

De curator, bijzondere bewindvoerder en bijzondere bestuurder vinden echter hun rol in de uitoefening van het prudentieel toezicht of de uitvoering van een afwikkeling ingevolge de Wet op het financieel toezicht. Zij fungeren daarbij in wezen als verlengstuk van de toezichthouder of afwikkelingsautoriteit, zij het met een eigen verantwoordelijkheid. Als zodanig handelen zij voornamelijk in een bestuursrechtelijke in plaats van een civielrechtelijke context. De wet bepaalt dat het besluit tot benoeming van een curator of bijzondere bewindvoerder een beschrijving bevat van de belangen waardoor de curator zich dient te laten leiden, onderscheidenlijk welke rol en taken aan de bijzondere bewindvoerder worden toegekend.

Gegeven de achtergrond van de benoeming van een curator of bijzondere bewindvoerder, te weten grote financiële problemen bij een onderneming, zal de taakopdracht zien op het waarborgen van publieke belangen, in plaats van de behartiging van de private belangen waardoor het bestuur van een vennootschap zich onder normale omstandigheden zal laten leiden. Dit maakt dat de functionele context van beslissingen die een curator of bijzondere bewindvoerder zal (moeten) nemen, niet op een lijn te stellen zijn met beslissingen die de organen van de onderneming (zelfstandig) zouden nemen. Voor een bijzondere bestuurder, die bij een entiteit in afwikkeling wordt benoemd, geldt dit te meer omdat bij het bestuur van de onderneming het «*going concern*» niet langer aan de orde is. De taakopdracht van de bijzondere bestuurder is in de eerste plaats gericht op het waarborgen van een ordentelijke afwikkeling van de onderneming in het algemeen belang, zoals het bewaren van de stabiliteit van het financiële stelsel. De bijzondere bestuurder behartigt niet het belang van de onderneming als zodanig, noch behartigt hij, zoals in een situatie van een curator in faillissement, de belangen van de gezamenlijke schuldeisers.

Het voorgaande maakt dat rechterlijke toetsing van besluiten van een curator, bijzondere bewindvoerder of bijzondere bestuurder, gezien het bestuursrechtelijke normenkader waaraan deze besluiten dienen te worden getoetst, het beste kan plaatsvinden door de bestuursrechter. Bij toetsing zal immers primair aan de orde zijn of de curator, bijzondere bewindvoerder of bijzondere bestuurder zijn taakopdracht in het kader van het prudentieel toezicht of de afwikkeling op juiste wijze vervult, met inachtneming van de beginselen van behoorlijk bestuur.

De toelichting is dienovereenkomstig aangevuld.

iii. Het advies van de Afdeling is overgenomen en de wettekst en toelichting zijn dienovereenkomstig aangepast.

iv. Het advies van de Afdeling is overgenomen en het wetsvoorstel is dienovereenkomstig aangepast.

v. De Afdeling maakt een opmerking over het voorgestelde artikel 3:305, derde lid, Wft waarin een aantal bepalingen met betrekking tot de van rechtswege verleende beschikking uit de Algemene wet bestuursrecht van overeenkomstige toepassing zijn verklaard. Artikel 3:305, derde lid, bepaalt, kort gezegd, dat een EU-moederinstelling met zetel in Nederland kan overgaan tot het verlenen van financiële steun binnen haar groep, indien niet binnen vijf werkdagen na kennisgeving van het voornemen tot steunverlening DNB de financiële steun verbiedt dan wel onder voorwaarden goedkeurt. De Afdeling merkt op dat, nu geen sprake is van een aanvraag waarop altijd een besluit dient te volgen maar van een melding, de overeenkomstige toepassing van die bepalingen onduidelijkheid schept. Naar aanleiding van de opmerking van de Afdeling is de overeenkomstige toepassing van de bepalingen uit de Awb geschrapt. In plaats daarvan is opgenomen dat DNB uiterlijk binnen vijf werkdagen kan reageren op de melding van de onderneming met een verbod of een goedkeuring onder voorwaarden.

4. Redactionele bijlage

De Afdeling verwijst naar de bij dit advies behorende redactionele bijlage.

4. Redactionele bijlage

De redactionele kanttekeningen van de Afdeling zijn zoveel mogelijk verwerkt.

5. Aanvullende wijzigingen

Van de gelegenheid is gebruik gemaakt wetstechnische en redactionele verbeteringen door te voeren in het wetsvoorstel en de memorie van toelichting. Daarnaast zijn nog een aantal meer inhoudelijke wijzigingen doorgevoerd, die hieronder zijn toegelicht.

Ten eerste is de implementatie van de artikelen 49 en 50 van de richtlijn alsnog in het wetsvoorstel opgenomen. Artikel 49 van de richtlijn gaat over de behandeling van derivaten wanneer de afwikkelingsautoriteit gebruik maakt van haar afschrijvings- en omzettingsbevoegdheden (bevoegdheid tot afschrijving of omzetting van kapitaalinstrumenten of van het instrument van bail-in). Artikel 50 van de richtlijn gaat over de beginselen die de afwikkelingsautoriteit in acht moeten nemen wanneer zij gebruik maakt van haar omzettingsbevoegdheden. Eerder was implementatie van deze artikelen voorzien bij algemene maatregel van bestuur. Beide artikelen staan echter vrij uitgebreid en specifiek uitgeschreven in de richtlijn en bovendien is nadere uitwerking voorzien door EBA middels technische reguleringsnormen (artikel 49) en richtsnoeren (artikel 50). Daarom ligt het bij nader inzien meer voor de hand deze richtlijnartikelen te implementeren met een verwijzing op het niveau van de wet. Hiertoe is zowel in voorgestelde artikel 3A:21 Wft als in het voorgestelde 3A:44 Wft een derde lid toegevoegd.

Verder zijn de voorwaarden waaronder DNB het instrument van afsplitsing van activa en passiva toepast, aangevuld. Het gaat daarbij om de voorwaarden die zijn opgenomen in artikel 42, vijfde lid, van de richtlijn. Ook daarbij was het voornemen om deze voorwaarden op te nemen in een algemene maatregel van bestuur. Aangezien deze voorwaarden een beperking inhouden van de toepassing van deze bevoegdheid van DNB, lijkt het passender deze toe te voegen aan het wetsvoorstel. Hierop is het voorgestelde artikel 3A:41, tweede lid, Wft aangevuld.

Ook voorgestelde artikel 3A:49, derde lid, Wft is aangepast. Dit lid bevatte een grondslag voor het stellen van nadere regels met betrekking tot onder meer de benoeming en taak van de bijzondere bestuurder. Het stellen van deze regels wordt nu ondervangen door de van overeenkomstige toepassingverklaring van een aantal leden van de artikelen 1:76 en 1:76a Wft, waarin gelijksoortige regels zijn opgenomen ten aanzien van de curator en de bijzondere bewindvoerder.

Het voorgestelde artikel 3A:56 Wft is, naast een wijziging naar aanleiding van de redactionele opmerking van de Afdeling, verder aangepast. Het artikel betreft de bevoegdheid voor DNB een verzoek te doen aan de AFM om de handel in financiële instrumenten uitgegeven door (of met medewerking van) de entiteit in afwikkeling op te schorten of te onderbreken, dan wel deze instrumenten van de handel uit te sluiten. Naar aanleiding van de opmerking van de Afdeling is de grondslag van de bevoegdheid van de AFM in artikel 5:23h Wft opgenomen. Verder is dit artikel aangevuld met de grondslag in artikel 4:4b Wft. Dit artikel bevat eenzelfde bevoegdheid voor de AFM ten aanzien van beleggingsondernemingen die in Nederland een multilaterale handelsfaciliteit exploiteren of beleggingsondernemingen met systematische interne afhandeling.

Verder is de noodzaak tot opname in het wetsvoorstel van de bepalingen die in het voorgestelde artikel 3A:55 Wft waren opgenomen, komen te vervallen. In het eerste lid was opgenomen dat DNB geen afwikkelingsmaatregel neemt ten aanzien van activa die zich bevinden in een derde land, dan wel passiva of eigendomsinstrumenten die worden beheerd door het recht van een derde land, indien DNB het uiterst twijfelachtig acht dat deze zal worden uitgevoerd. Deze bepaling zal worden opgenomen in de Regeling taakuitoefening en grensoverschrijdende samenwerking financiële toezichthouders Wft. Het tweede lid van artikel 3A:55 Wft voorzag in de nietigheid van de afwikkelingsmaatregelen waarvan de uitvoering twijfelachtig werd geacht. Het regelen van de nietigheid is echter niet nodig, nu DNB het besluit tot het nemen van een dergelijke afwikkelingsmaatregel kan intrekken.

In het voorgestelde artikel 3A:57 Wft was nog niet geregeld dat artikel 1:76b Wft ook van toepassing is op een bevoegdheid die door DNB of de Afwikkelingsraad wordt uitgeoefend op grond van de verordening, op een besluit van een afwikkelingsautoriteit van een andere lidstaat of een derde land dat erkend is ingevolge de artikelen 3A:4 onderscheidenlijk 3A:5 Wft, of een gebeurtenis die daarmee rechtstreeks verband houdt. Deze omissies zijn hersteld.

Tot slot is het overgangsrecht met betrekking tot het afwikkelingsfonds technisch gewijzigd. In plaats van een wijziging van de regeling in Deel 3A van de Wft op het moment dat het gemeenschappelijk afwikkelingsfonds van start gaat, is nu voorzien in overgangsrecht voor de periode tot dat moment.

De Afdeling advisering van de Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal, nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

*De vicepresident van de Raad van State,
J.P.H. Donner*

Ik moge U, mede namens de Minister van Veiligheid en Justitie, verzoeken het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De Minister van Financiën,
J.R.V.A. Dijsselbloem

Redactionele bijlage bij het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State betreffende no. W06.15.0082/III

- In de toelichting aangeven of en in hoeverre gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheid in artikel 1, tweede lid, van de richtlijn.
- In het voorgestelde artikel 1:25d, derde lid, na «curator» toevoegen: of bijzondere bewindvoerder.
- In de toelichting bij het voorgestelde artikel 3A:1 van de Wft nader ingaan op de inhoud van de begrippen «trustee» en «dekkingspool».
- Gelet op artikel 76, tweede lid, onder d, van de richtlijn en het voorgestelde artikel 3A:60, onder a, van de Wft het begrip «netting-overeenkomst» in de voorgestelde artikelen 3A:1 en 3A:59 vervangen door: salderingsovereenkomst.
- In het voorgestelde artikel 3A:11, eerste lid, van de Wft voor «maatregelen» invoegen: de in artikel 17, vijfde lid, van de richtlijn herstel en afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen genoemde.
- Aan het voorgestelde artikel 3A:14 een vierde lid toevoegen, luidende:
 4. Het eerste lid laat onverlet dat een beleggingsonderneming met zetel in Nederland die beleggingsdiensten verleent of beleggingsactiviteiten verricht in Nederland, eveneens voldoet aan de verplichting te beschikken over het minimumbedrag aan eigen vermogen als bedoeld in artikel 3:53, eerste lid.
- Gelet op artikel 32, eerste en tweede lid, van de richtlijn in het voorgestelde artikel 3A:18, eerste lid, van de Wft verduidelijken of DNB/toezichthouder of DNB/afwikkelingsautoriteit vaststelt of een instelling faalt of waarschijnlijk zal falen.
- In het voorgestelde artikel 3A:35 van de Wft «vestrekken» vervangen door: verstrekken.
- In het voorgestelde artikel 3A:46, eerste lid, onderdeel b, van de Wft «tweede alinea» vervangen door: derde alinea, eerste volzin.
- In het voorgestelde artikel 3A:52 van de Wft «niet naleven van een verplichting uit overeenkomst» vervangen door: niet nakomen van een overeenkomst.
- In het voorgestelde artikel 3A:54, eerste lid, van de Wft na «verzoeken» invoegen: op grond van artikel 5:32h van de Wft. Voorts «overeenkomstig richtlijn nr. 2001/34/EG van het Europees parlement en de Raad van de Europese Unie van 28 mei 2001 betreffende toelating van effecten tot de officiële notering aan een effectenbeurs en de informatie die over de effecten moet worden gepubliceerd (PbEG L 184)» schrappen.
- In het voorgestelde artikel 3A:55 van de Wft «oordeelt» en «oordeel» vervangen door «vaststelt» respectievelijk «vaststelling».
- In hoofdstuk 6.1 van de Wft (dus niet in het voorgestelde artikel 3A:56, eerste lid, van de Wft) regelen dat artikel 1:76b van overeenkomstige toepassing is bij de uitoefening van een bevoegdheid, bedoeld in de artikelen 6:1 en 6:2 van de Wft.
- In het voorgestelde artikel 3A:58, tweede lid, van de Wft op dezelfde wijze rekening houden met richtlijn 98/26/EG als in artikel 3:159ac van de Wft.
- In het voorgestelde artikel 12b, eerste lid, van de Bankwet 1998 «artikel 3, artikel 4, eerste lid, onderdeel a» vervangen door: de artikelen 3 en 4, eerste lid, onderdeel a». Voorts voor «onderdeel c» invoegen: artikel 4, eerste lid.
- Op grond van de voorgestelde wijziging van artikel 212hf, tweede lid, van de Fw «beslissing of» telkens laten vervallen. Voorts «die» laten vervallen.
- In artikel V, onderdeel A na «artikel 80» invoegen: lid 2. Voorts «alle eigendomsinstrumenten, activa en passiva» vervangen door: alle eigendomsinstrumenten of alle activa en passiva.