

Vergaderjaar 2021–2022

36 105

Wijziging van de Wet op het financieel toezicht, de Faillissementswet en enige andere wetten ter uitvoering van Verordening (EU) 2021/23 betreffende een kader voor het herstel en de afwikkeling van centrale tegenpartijen (Uitvoeringswet verordening herstel en afwikkeling centrale tegenpartijen)

Nr. 3

MEMORIE VAN TOELICHTING

Inhoud	blz.
ALGEMEEN	1
§ 1. Inleiding	1
§ 2. Wijze van uitvoering	2
§ 3. Aanleiding en totstandkoming verordening	3
§ 4. Inhoud verordening	4
§ 5. Inhoud wetsvoorstel	6
5.1 <i>Uitvoering en rechtsbescherming (Wft)</i>	6
5.2 <i>Governance (Bankwet 1998)</i>	7
5.3 <i>Faillissement indien geen afwikkeling (Fw)</i>	7
5.4 <i>Rechtsbescherming (Awb)</i>	7
5.5 <i>Uitzonderingen op het civiele recht (BW)</i>	8
§ 6. Regeldruk, uitvoering en financiële gevolgen	8
§ 7. Consultatie	10
ARTIKELSGEWIJS	10
Transponeringstabel	21

ALGEMEEN**§ 1. Inleiding**

Dit wetsvoorstel voorziet, samen met het Uitvoeringsbesluit verordening herstel en afwikkeling centrale tegenpartijen¹ (hierna: uitvoeringsbesluit), in de aanpassingen die noodzakelijk zijn ter uitvoering van de Verordening (EU) 2021/23 van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 2020 betreffende een kader voor het herstel en de afwikkeling van centrale tegenpartijen en tot wijziging van de Verordeningen (EU) nr. 1095/2010, (EU) nr. 648/2012, (EU) nr. 600/2014, (EU) nr. 806/2014 en (EU) 2015/2365, en de Richtlijnen 2002/47/EG, 2004/25/EG, 2007/36/EG, 2014/59/EU en (EU) 2017/1132 (PbEU 2021, L 22) (hierna: de verordening). Het wetsvoorstel wordt mede namens de Minister voor Rechtsbescherming ondertekend en deze toelichting wordt mede namens hem gegeven, omdat het

¹ Stb. 2021, 545.

wetsvoorstel tevens wijzigingen bevat van de Faillissementswet (Fw), de Algemene wet bestuursrecht (Awb) en het Burgerlijk Wetboek (BW).

De verordening is op 11 februari 2021 in werking getreden. De verordening wordt trapsgewijs van toepassing. Op 12 februari 2022 wordt eerste deel van de verordening van toepassing, dat ziet op (de beoordeling van) het herstelplan. Het overgrote deel van de verordening gaat op 12 augustus 2022 gelden en als laatste worden op 12 februari 2023 de artikelen 9, veertiende lid, en 20 van de verordening, met betrekking tot de voorgefinancierde specifieke eigen middelen en de verlening van vergoeding aan niet in gebreke zijnde clearingleden, van toepassing. Daarnaast zijn enkele wijzigingen van andere EU-verordeningen reeds van toepassing, maar deze wijzigingen behoeven geen verdere uitvoering.²

In paragraaf 2 wordt de wijze van uitvoering besproken. In paragraaf 3 wordt ingegaan op de aanleiding en totstandkoming van de verordening. In paragraaf 4 wordt de inhoud van de verordening besproken. In paragraaf 5 komen de regeldrukkosten, uitvoering en financiële gevolgen van het wetsvoorstel aan de orde. De consultatie van het wetsvoorstel en de reactie daarop zal besproken worden in paragraaf 6. Daarna zullen de wijzigingen van deze uitvoeringswet artikelsgewijs worden gesproken. Aan het eind is een transponeringstabel toegevoegd.

§ 2. Wijze van uitvoering

Middels dit wetsvoorstel wordt, voor zover nodig, uitvoering gegeven aan de verordening. In principe werkt een EU-verordening rechtstreeks door in de Nederlandse rechtsorde en een verordening behoeft, in tegenstelling tot EU-richtlijnen, geen implementatie. Wel kan het noodzakelijk zijn om een aantal handelingen te verrichten zodat een verordening uitgevoerd kan worden binnen Nederland. In dit geval gaat het daarbij ten eerste om het aanwijzen van een bevoegde autoriteit die toezicht houdt op de naleving van de verordening door centrale tegenpartijen, het aanwijzen van een afwikkelingsautoriteit voor centrale tegenpartijen en het vaststellen van handhaafbare artikelen. Voor de verordening gebeurt dat middels het uitvoeringsbesluit ter wijziging van het Besluit uitvoering EU-verordeningen financiële markten (BuEUv³). Het uitvoeringsbesluit wijst De Nederlandsche Bank (DNB) aan als bevoegde autoriteit (artikel 2 BuEUv) en als afwikkelingsautoriteit (artikel 3a BuEUv).⁴ Hiermee wordt voldaan aan artikel 2, zevende lid, en artikel 3, eerste lid, van de verordening wat betreft de aanwijzing van een bevoegde autoriteit en afwikkelingsautoriteit.⁵ Ook de sanctionering van overtredingen van de verordening is door dit uitvoeringsbesluit mogelijk gemaakt.

Ten tweede kan het nodig zijn om Nederlandse wetgeving aan te passen indien deze niet in overeenstemming is met hetgeen in de verordening is bepaald of omdat een bepaald artikel in de verordening een opdracht aan de lidstaten bevat. Een andere mogelijkheid is dat voor de juiste

² Een ingevoegd artikel in de Verordening (EU) nr. 600/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 betreffende markten voor financiële instrumenten en tot wijziging van verordening (EU) nr. 648/2012 (PbEU 2014, L 173) (MiFIR) is met terugwerkende kracht van toepassing met ingang van 4 juli 2019 en een artikel in Verordening (EU) nr. 648/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 4 juli inzake otc-derivaten, centrale tegenpartijen en transactieregisters (PbEU 2012, L 201) (EMIR) is tegelijkertijd met de verordening op 11 februari 2021 van toepassing geworden.

³ Stb. 2012, 567.

⁴ Voor meer toelichting omtrent die toewijzing, zie de nota van toelichting bij het uitvoeringsbesluit.

⁵ Zie voor de aanwijzing van DNB als bevoegde autoriteit de nota van toelichting bij het uitvoeringsbesluit.

uitvoering van de verordening het toch noodzakelijk is om een wettelijke regeling op te nemen voor bepaalde bevoegdheden. Dit kan het geval zijn als er weliswaar een bevoegdheid wordt toegekend aan de aangewezen toezichthouder (in het geval van de verordening DNB) maar dat voor de uitvoering van die bevoegdheid de hulp van een andere toezichthouder nodig is (bijvoorbeeld de Autoriteit Financiële Markten (AFM)) die niet vanzelfsprekend onder het bereik van de verordening valt.

De verordening vertoont grote gelijkenissen met de richtlijn herstel en afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen (BRRD) welke in de Nederlandse wetgeving is geïmplementeerd in onder andere de Wet op het financieel toezicht (Wft). Omdat de verordening rechtstreeks doorwerkt in de Nederlandse rechtsorde, is de wijze van uitvoering van de verordening niet (geheel) gelijk aan de implementatie van deze richtlijn. Dit betekent dat een aantal artikelen dat in die richtlijn is opgenomen voor banken en beleggingsondernemingen en ook in de verordening is te vinden in de variant voor centrale tegenpartijen, niet in deze Uitvoeringswet zijn opgenomen, maar rechtstreekse werking hebben.

§ 3. Aanleiding en totstandkoming verordening

Een centrale tegenpartij is een onderneming die een grote rol speelt binnen de infrastructuur van het financiële systeem. De centrale tegenpartij plaatst zich tussen de oorspronkelijke tegenpartijen van een effectentransactie (bijvoorbeeld een derivatencontract) en wordt zo de koper van elke verkoper en de verkoper aan elke koper. Hierdoor bestaat het tegenpartijrisico tussen de twee oorspronkelijk handelende partijen niet meer, maar neemt de centrale tegenpartij het gehele tegenpartijrisico op zich. Doordat de centrale tegenpartij dit voor een veelvoud van transacties doet en hierdoor de mogelijkheid krijgt om transacties te netteren, wordt het algehele risico in de markt kleiner. Het garanderen, netteren en administreren van transacties door de centrale tegenpartij wordt aangeduid als «clearing». Om deel te kunnen nemen aan een centrale tegenpartij dienen partijen te voldoen aan de voorwaarden die de centrale tegenpartij aan deelname stelt. Per centrale tegenpartij zijn er gemiddeld 10 tot 20 ondernemingen aangesloten. Deze zogenoemde clearingleden zijn overwegend grote banken. Cliënten van clearingleden kunnen via die clearingleden op indirecte wijze gebruik maken van de diensten van de centrale tegenpartij. In het geval dat één van deze clearingleden failliet zou gaan, zal de centrale tegenpartij de transactie die door dit clearinglid was aangegaan alsnog uitvoeren en de daaruit voortvloeiende verplichtingen voldoen. Onder andere om het risico af te dekken dat de centrale tegenpartij opdraait voor de verliezen als een clearinglid failliet gaat, vraagt de centrale tegenpartij onderpand aan de clearingleden.

Om de kans te verkleinen dat een centrale tegenpartij niet meer aan zijn verplichtingen zou kunnen voldoen, bevat de Europese marktinfrastructuur verordening (EMIR)⁶ reeds een vergunningsregime voor centrale tegenpartijen met prudentiële en organisatorische vereisten. De toename in gebruik van centrale tegenpartijen, onder andere als gevolg van de door EMIR opgelegde verplichting om bepaalde typen OTC-derivaten⁷ enkel via centrale tegenpartijen te *clearen*, leidt ook tot nieuwe risico's.

⁶ Verordening (EU) nr. 648/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 4 juli inzake otc-derivaten, centrale tegenpartijen en transactieregisters (PbEU 2012, L 201) (European Market Infrastructure Regulation). EMIR bevat naast het vergunningsregime en prudentiële/organisatorische vereisten tevens het toezichtsregime voor centrale tegenpartijen.

⁷ OTC staat voor «over the counter» en wordt gebruikt om transacties aan te duiden die bilateraal plaatsvinden buiten een beurs om.

Doordat de centrale tegenpartij tussen een veelvoud van transacties komt te staan, concentreren zich in de centrale tegenpartij liquiditeits- en kredietrisico's. Dit is weliswaar inherent aan de functie van de centrale tegenpartij, namelijk zoveel mogelijk verschillende transacties tussen partijen onderling netteren om zo het totaal aan financiële transacties eenvoudiger en veiliger te maken, maar kan door die concentratie ook risico's opleveren voor de financiële stabiliteit. Omdat centrale tegenpartijen een dergelijke spilfunctie in het financiële stelsel vervullen, is een raamwerk voor herstel en afwikkeling nodig om de continuering van eventuele kritieke functies van de centrale tegenpartijen zoveel als mogelijk te kunnen waarborgen. De verordening strekt ertoe de kans op een wanordelijk faillissement van een centrale tegenpartij zo klein mogelijk te maken.

De verordening kent een lang totstandkomingsproces. Reeds in 2016 publiceerde de Europese Commissie het voorstel voor de verordening.⁸ De opzet was om voor centrale tegenpartijen ook een herstel- en afwikkelingsraamwerk op te zetten net zoals voor banken en beleggingsondernemingen is gedaan in de richtlijn herstel en afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen⁹ en de verordening gemeenschappelijk afwikkelingsmechanisme¹⁰. Hierdoor vertoont de verordening ook grote gelijkenissen met het afwikkelingskader voor banken en beleggingsondernemingen.

Na een lang onderhandelingstraject werd er een finaal akkoord bereikt door de Raad en het Europees Parlement. Voor Nederland was de inzet tijdens de onderhandeling gericht op het zoveel mogelijk voorkomen van aanspraak op publieke middelen. Voor het falen van de centrale tegenpartij dienen vooral haar clearingleden, aandeelhouders en crediteuren de kosten te dragen. Slechts in uitzonderlijke gevallen is gebruik van overheidsinstrumenten voor financiële stabilisatie mogelijk. Deze financiële steun dient, indien toch nodig, weer terugbetaald te worden. Uitgangspunt blijft dat door de fasen van herstel en afwikkeling de kans dat een overheid steun moet verlenen zo klein mogelijk wordt.

§ 4. Inhoud verordening

In deze paragraaf zal kort de inhoud van de verordening worden besproken. De eerste artikelen zien vooral op het toepassingsgebied, definities en het opzetten van afwikkelingscolleges en -comités. Ook bevat artikel 3 de verplichting voor lidstaten om een afwikkelingsautoriteit aan te wijzen die verantwoordelijk zal zijn voor de afwikkeling van centrale tegenpartijen. In Nederland is dat DNB.

De verordening bevat in de artikelen 9 tot en met 17 bepalingen over herstel- en afwikkelingsplannen, het beoordelen van de afwikkelbaarheid en het wegnemen van eventuele belemmeringen daarbij. De herstelplannen worden door een centrale tegenpartij opgesteld en bevatten

⁸ COM(2016) 856 final. Zie ook Kamerstukken II 2016/17, 22 112, nr. 2282 voor het BNC-fiche.

⁹ 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 (PbEU 2014, L 173).

¹⁰ Verordening (EU) nr. 806/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 15 juli 2014 tot vaststelling van eenvormige regels en een eenvormige procedure voor de afwikkeling van kredietinstellingen en bepaalde beleggingsondernemingen in het kader van een gemeenschappelijk afwikkelingsmechanisme en een gemeenschappelijk afwikkelingsfonds en tot wijziging van Verordening (EU) nr. 1093/2010 (PbEU 2014, L 225).

maatregelen die de centrale tegenpartij dient te nemen indien er sprake is van wanbetaling van een clearinglid of interoperabele centrale tegenpartij, een andere gebeurtenis dan wanbetaling of een combinatie van beide. Het herstelplan dient centrale tegenpartijen in staat te stellen kritieke functies te handhaven na een significante verslechtering van hun financiële situatie of wanneer zij dreigen niet te voldoen aan hun kapitaalvereisten en prudentiële vereisten op grond van EMIR.

In aanvulling op het herstelplan stelt de afwikkelingsautoriteit van de centrale tegenpartij een afwikkelingsplan op. Het afwikkelingsplan beschrijft welke afwikkelingsinstrumenten wanneer toegepast zouden kunnen worden en bevat onder andere een gedetailleerde beschrijving van de verschillende afwikkelingsstrategieën die binnen verschillende mogelijke scenario's kunnen worden toegepast en het tijdsbestek dat daarvoor staat. De centrale tegenpartij dient haar medewerking te verlenen aan de afwikkelingsautoriteit voor het opstellen van de plannen.

Daarnaast omvatten de artikelen 18 tot en met 20 van de verordening maatregelen die genomen kunnen worden in de vroegtijdige interventiefase. Deze fase bevindt zich nog vóór de afwikkelingsfase en heeft betrekking op situaties waarin naar het oordeel van de bevoegde autoriteit de verslechterende financiële en economische situatie van een centrale tegenpartij nog verholpen kan worden, voordat de centrale tegenpartij het punt bereikt waarop de autoriteiten geen andere mogelijkheid meer hebben dan deze af te wikkelen. In dergelijke gevallen kan de bevoegde autoriteit een of meerdere vroegtijdige interventiemaatregelen nemen, zoals (een deel van) het herstelplan activeren of een tijdelijke bewindvoerder benoemen.

De artikelen 21 tot en met 59 van de verordening bevatten algemene bepalingen over afwikkeling, zoals bijvoorbeeld afwikkelingsdoelstellingen, -voorwaarden, en -beginselen, de in verband met afwikkeling te verrichten waardering(en), de verschillende afwikkelingsinstrumenten en de afwikkelingsbevoegdheden en een aantal bevoegdheden om de werking van de afwikkelingsinstrumenten te garanderen. Zo is in artikel 22 van de verordening bepaald dat afwikkeling van een centrale tegenpartij volgt, als er aan drie cumulatieve voorwaarden is voldaan: *i)* de centrale tegenpartij faalt of zal waarschijnlijk falen (*failing or likely to fail*, FOLTF), *ii)* er is geen redelijk vooruitzicht dat een private oplossing of de inzet van het reguliere toezichtinstrumentarium de situatie ten goede zal keren; en *iii)* de afwikkeling van de centrale tegenpartij is noodzakelijk in het algemeen belang en liquidatie van de centrale tegenpartij volgens normale insolventieprocedures zou deze doelstellingen niet in dezelfde mate verwezenlijken.

Als besloten is tot afwikkeling, moet de afwikkelingsautoriteit bij de toepassing van de afwikkelingsinstrumenten en de uitoefening van de afwikkelingsbevoegdheden rekening houden met de afwikkelingsdoelstellingen (artikel 21) en afwikkelingsbeginselen (artikel 23). De afwikkelingsautoriteit kan, indien een centrale tegenpartij in afwikkeling raakt, kiezen om één of meerdere afwikkelingsinstrumenten toe te passen. Deze afwikkelingsinstrumenten zijn:

1. de positie- en verliestoewijzingsinstrumenten;
2. het afschrijvings- en omzettingsinstrument (bail-in);
3. het instrument van verkoop van de onderneming; en
4. het instrument van de overbruggings-centrale tegenpartij.

Ter ondersteuning van de afwikkelingsinstrumenten bevinden zich in de artikelen 48 tot en met 58 een aantal bevoegdheden die DNB rechtstreeks op grond van de verordening kan uitoefenen om de goede werking van de afwikkelingsinstrumenten te verzekeren.

In artikel 60 van de verordening is het *No Creditor Worse Off* (NCWO)-principe vastgelegd. Aandeelhouders, clearingleden en andere schuldeisers mogen niet slechter af zijn bij de toepassing van afwikkelingsinstrumenten op een centrale tegenpartij, dan het geval zou zijn als de centrale tegenpartij in faillissement zou zijn afgewikkeld. Indien een verslechterde positie na afwikkeling dan faillissement toch het geval is moeten de aandeelhouders, clearingleden en andere schuldeisers worden gecompenseerd. Ook voor de cliënten van clearingleden is bescherming ingebouwd via artikel 63 van de verordening. Daaruit volgt dat er onder omstandigheden compensatie kan volgen voor de cliënten.

Daarnaast bevat de verordening in de artikelen 65 tot en met 68 enkele waarborgen in situaties waarin bijvoorbeeld bepaalde contractvoorwaarden gewijzigd worden na inzet van een afwikkelingsinstrument en biedt artikel 69 bescherming voor het functioneren van systemen en regels van systemen die kwalificeren als systeem op grond van artikel 212a Fw.¹¹

Tot slot bevat de verordening passages over derdelandenbeleid, administratieve sancties en governance, en enkele wijzigingen van andere Europese richtlijnen en verordeningen. In de handhaafbaarheid van de artikelen uit de verordening is reeds voorzien door het Uitvoeringsbesluit.

§ 5. Inhoud wetsvoorstel

Zoals aangegeven werkt een verordening rechtstreeks door in de Nederlandse rechtsorde. Het overgrote deel van de verordening heeft, omdat het om rechtstreeks werkende voorschriften gaat, geen uitvoering in de Wft. Een beperkt aantal voorschriften uit de verordening vergt echter wel nog een aanpassing van de Wft of van andere wetten. Deze worden hieronder toegelicht.

5.1 Uitvoering en rechtsbescherming (Wft)

Voor een goede werking van de verordening is het nodig om enkele wijzigingen aan te brengen in de Wft. Deze zien allereerst op het mogelijk maken van goede handhaving van de verordening. Hoewel een groot deel hiervan reeds is geregeld in het uitvoeringsbesluit, dient er in Deel 1 van de Wft nog een enkele aanpassing gedaan te worden. Daarnaast bevat deel 3A van de Wft, getiteld *Deel Bijzondere maatregelen en voorzieningen betreffende financiële ondernemingen*, twee hoofdstukken over afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen (3A.1) en verzekeraars (3A.2). In een nieuw hoofdstuk 3A.3 worden, specifiek voor centrale tegenpartijen, enkele artikelen opgenomen die afwijking van geldende eisen van civiel recht, bestuursrecht en insolventierecht mogelijk maken en enkele artikelen die ervoor zorgen dat bepaalde bevoegdheden van de afwikkelingsautoriteit uitgevoerd kunnen worden, omdat zij hiervoor bijvoorbeeld de AFM moet instrueren om een feitelijke handeling te verrichten.

¹¹ In de verordening zelf wordt uiteraard verwezen naar «systemen die onder Richtlijn 98/26/EG vallen». Deze richtlijn, de Finaliteitsrichtlijn, is geïmplementeerd in hoofdstuk 11A Fw.

5.2 Governance (Bankwet 1998)

Artikel 3, derde lid, van de verordening geeft aan dat, indien de afwikkelingsautoriteit onderdeel is van een organisatie die ook andere taken bevat, er passende regelingen dienen te zijn om belangenconflicten te voorkomen. In het kader van deze verordening wordt in het bijzonder genoemd de scheiding tussen enerzijds de taken van DNB als afwikkelingsautoriteit van centrale tegenpartijen op grond van deze verordening en anderzijds zowel de taken die DNB uitvoert als bevoegde autoriteit voor centrale tegenpartijen uit hoofde van EMIR, als de taken als bevoegde autoriteit van de bij een centrale tegenpartij aangesloten clearingleden. Binnen DNB is er reeds een aparte divisie Resolutie belast met de afwikkeling van banken, beleggingsondernemingen en verzekeraars. De afwikkelingstaak voor centrale tegenpartijen zal binnen deze divisie worden belegd. Om belangenconflicten te mitigeren, zal het afdelingshoofd voor centrale tegenpartijen niet ook verantwoordelijk zijn voor de afwikkeling van Nederlandse clearingleden die aangesloten zijn bij de Nederlandse centrale tegenpartijen.

De wijziging in de Bankwet 1998 ziet op het vermijden van een beroep publieke middelen en het beperken van de inzet daarvan indien dat onvermijdelijk is ter bescherming van de financiële stabiliteit. Dit uitgangspunt geldt ook in geval van afwikkeling van centrale tegenpartijen.

5.3 Faillissement indien geen afwikkeling (Fw)

Indien een centrale tegenpartij niet voldoet aan de voorwaarde dat afwikkeling in het algemeen belang is, komt deze enkel in aanmerking voor faillissement. De Fw kent momenteel echter geen specifiek op centrale tegenpartijen toegesneden regeling, terwijl de verordening wel enkele specifieke eisen en beperkingen aan het faillissementsregime voor centrale tegenpartijen stelt. Het is daarom nodig om een nieuwe afdeling toe te voegen aan de Fw met enkele specifieke bepalingen ten aanzien van centrale tegenpartijen. Daarnaast worden centrale tegenpartijen uitgezonderd van andere delen van de Fw, zodat het regime voor surseance en de homologatie van onderhandse akkoorden niet van toepassing is op centrale tegenpartijen. Centrale tegenpartijen worden niet uitgezonderd van de titel met betrekking tot de schuldsanering natuurlijke personen aangezien een centrale tegenpartij altijd een rechtspersoon is.

5.4 Rechtsbescherming (Awb)

Besluiten die DNB neemt als bevoegde autoriteit of afwikkelingsautoriteit uit hoofde van de verordening zijn besluiten in de zin van de Awb. Dit geldt zowel voor besluiten die rechtstreeks op basis van (bevoegdheden in) de verordening worden genomen, als besluiten op grond van de Wft. Dit betekent dat het regime van de Awb telkens van toepassing is op de besluiten van DNB. Een afwikkelingsmaatregel is een ingrijpend besluit, dat ook snel kan leiden tot gevolgen die niet meer omkeerbaar zijn. Daarnaast is het van belang om duidelijkheid te geven aan de financiële markten over de staat van afwikkeling. Als, vanwege een langdurende juridische procedure in twee instanties, zekerheid uitblijft, kan dat nadelige gevolgen voor de financiële stabiliteit geven. Om de zekerheid te bieden dat centrale tegenpartijen hun kritieke functies voor het financiële stelsel kunnen blijven uitvoeren is een spoedig en onherroepelijk rechterlijk oordeel in deze gevallen gewenst (artikel 74, derde lid, onderdeel c, van de verordening). Vandaar dat de normale procedures volgens de Awb worden aangepast zodat er slechts in één instantie beroep mogelijk is. Dit zal nader worden toegelicht in het artikelsgewijze

gedeelte onder artikel I en Artikel V. Dit kader komt overeen met de wijze waarop het bijzondere procedureregime is geregeld voor banken en beleggingsondernemingen.

In artikel 74, eerste lid, van de verordening is een lidstaattoptie opgenomen dat het op grond van nationaal recht mogelijk kan zijn om voorafgaande rechtelijke goedkeuring te moeten krijgen als de bevoegde autoriteit of ontwikkelingsautoriteit een besluit wenst te nemen tot het toepassen van een crisispreventiemaatregel¹² of een ontwikkelingsmaatregel. Dit kan als de procedure voor deze goedkeuring en beoordeling snel afgerond wordt. Volgens overweging 71 zou een snelle afronding binnen 24 uur gebeurd moeten zijn.¹³ De vraag is in hoeverre dat mogelijk zal zijn gezien de grote haast waarmee maatregelen genomen zullen moeten worden om te zorgen dat een centrale tegenpartij zijn functies kan blijven uitoefenen. Deze mogelijkheid is bij de implementatie van de richtlijn herstel en afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen ook niet gekozen.¹⁴ Ook bij deze verordening zal geen gebruik worden gemaakt van deze lidstaattoptie.

5.5 Uitzonderingen op het civiele recht (BW)

Indien een ontwikkelingsinstrument wordt toegepast kan op grond van de verordening worden afgeweken van instemmingsvereisten, kennisgevingsvereisten en procedurevoorschriften uit het vennootschapsrecht of effectenrecht. Hiervoor wordt een losse bepaling ingevoegd in het nieuwe hoofdstuk 3A.3 van de Wft, gelijkend op de bepaling in artikel 3A:6 Wft, om dit uit te drukken. Daarnaast vergt dit enkele aanpassingen in het BW. Deze worden nader besproken bij de toelichting op artikel VI.

§ 6. Regeldruk, uitvoering en financiële gevolgen

Regeldruk

Dit wetsvoorstel geeft uitvoering aan de verordening en heeft betrekking op onder meer rechtsbescherming en bekostiging van de ontwikkelingsautoriteit. Daarmee levert het onderhavige wetsvoorstel geen regeldruk op, aangezien alle verplichtingen voor centrale tegenpartijen rechtstreeks volgen uit de verordening zelf.

¹² Een crisispreventiemaatregel wordt gedefinieerd in artikel 2, onderdeel 48, van de verordening als: «de uitoefening van bevoegdheden om een centrale tegenpartij te verplichten maatregelen te nemen om tekortkomingen in haar herstelplan te verhelpen op grond van artikel 10, leden 8 en 9, de uitoefening van bevoegdheden voor het aanpakken of wegnemen van belemmeringen voor de afwikkelbaarheid op grond van artikel 16 of de toepassing van een vroegtijdige-interventiemaatregel op grond van artikel 18».

¹³ In overweging 71 gaat het over crisisbeheersingsmaatregelen. Dit is de terminologie van de richtlijn herstel en afwikkeling van banken en beleggingsonderneming. Aangezien de verordening grote delen van deze richtlijn heeft gekopieerd, is hier de terminologie ook hetzelfde gebleven. De definitie van crisisbeheersingsmaatregel is gegeven in artikel 2, eerste lid, onderdeel 102, van de voornoemde richtlijn: «een ontwikkelingsmaatregel, dan wel de aanstelling van een bijzonder bestuurder uit hoofde van artikel 35, of een persoon uit hoofde van artikel 51, lid 2, of van artikel 72, lid 1». Dit betreft dus inderdaad ontwikkelingsmaatregelen en zodoende moet de term crisisbeheersingsmaatregel in overweging 71 van de verordening dan ook gelezen worden als ontwikkelingsmaatregel zoals in artikel 74 van de verordening staat.

¹⁴ Zie daarvoor Kamerstukken II 2014/15, 34 208, nr. 3, p. 30.

Uitvoering

DNB is op 1 december 2021 gevraagd om een uitvoeringstoets uit te voeren voor het wetsvoorstel¹⁵. In haar uitvoeringstoets van 21 januari 2022 geeft DNB aan dat, hoewel de herstel- en afwikkelingstaken ten aanzien van centrale tegenpartijen nieuw zijn, zij naar verwachting in staat is om het onderhavige wetsvoorstel uit te voeren. DNB geeft een aantal punten mee omtrent handhaving, de uitvoering van afwikkelingsmaatregelen en het faillissement van een centrale tegenpartij. Deze punten zijn in goed overleg met DNB geadresseerd in het wetsvoorstel. Daarnaast herhaalt DNB de opmerking die zij ook heeft gemaakt bij de uitvoeringstoets voor het Uitvoeringsbesluit verordening herstel en afwikkeling centrale tegenpartijen met betrekking tot de verplichtingen die opgelegd worden aan andere partijen dan de centrale tegenpartij.¹⁶ DNB geeft in haar uitvoeringstoets aan dat de uitoefening van haar taken ten aanzien van entiteiten in derde landen complex is. DNB zal hiervoor bezien of een invulling van haar taken via bijvoorbeeld contractuele regelingen of via de samenwerking met andere afwikkelingsautoriteiten, via het afwikkelingscollege, mogelijk is. In dit kader is relevant dat de verordening voorziet in mogelijkheden om samenwerking met autoriteiten in derde landen te bewerkstelligen, door middel van afspraken over wederzijdse erkenning en handhaving.

Op grond van artikel 95 van de Wet op de rechterlijke organisatie heeft de Raad voor de rechtspraak een adviestaak omtrent algemeen verbindende voorschriften van het Rijk op het terrein van de rechtspleging. Omdat deze uitvoeringswet wijzigingen aanbrengt in de Awb (versnelde procedure voor beroep in enige instantie bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven) en de Fw (concentratie van faillissementszaken van centrale tegenpartijen bij de Rechtbank Amsterdam) is de Raad voor de rechtspraak op 1 december 2021 om formeel advies gevraagd. In het advies van de Raad voor de rechtspraak van 9 februari 2022 geeft de Raad aan dat er twee punten zijn die beter kunnen worden toegelicht dan wel aangepast moeten worden¹⁷. Enerzijds ziet dit op het uitzonderingsregime voor afwikkelingsmaatregelen waartegen geen bezwaar en beroep ingesteld kan worden. De Raad vraagt om in de memorie van toelichting hier aandacht aan te besteden. Hierop is de memorie van toelichting aangepast. Anderzijds wijst de Raad op een aantal onvolkomenheden in de voorgestelde wijzigingen van de Faillissementswet. Deze punten zijn geadresseerd in het wetsvoorstel in lijn met het advies van de Raad.

Financiële gevolgen

Aan het houden van toezicht en handhaving zijn kosten verbonden. Sinds 2015 is de regel in Nederland dat de sector als geheel verantwoordelijk is voor alle kosten die de toezichthouders maken voor hun ZBO-taken, tenzij een taak specifiek is uitgezonderd. In 2013/14, ten tijde van de uitvoering van EMIR, is de keuze gemaakt om de kosten van het toezicht op centrale tegenpartijen niet neer te laten slaan op de sector, maar de kosten die DNB hiervoor maakt te laten lopen via de centralebankfinanciering.¹⁸ De redenering hierachter is dat centrale tegenpartijen worden gezien als belangrijk voor een goede werking van het betalingsverkeer en de financiële stabiliteit, en daarmee voor de uitvoering van de centrale banktaak. Hierdoor zijn de toezichtkosten niet eenduidig toe te wijzen aan

¹⁵ Tevens ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

¹⁶ Zie ook Stb. 2021, 545, paragraaf § 5 van de algemene toelichting.

¹⁷ Tevens ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

¹⁸ Dit is de financiering die rechtstreeks volgt vanuit de begroting van het Ministerie van Financiën en niet de ZBO-begroting.

de onder toezicht staande instellingen. Gezien de geringe populatie van centrale tegenpartijen was deze keuze ook geen grote belasting voor de begroting.

De eerder gemaakte keuze met betrekking tot bekostiging van DNB-taken voor centrale tegenpartijen wordt met dit wetsvoorstel gecontinueerd. De taken met betrekking tot herstel en afwikkeling van centrale tegenpartijen worden in de Wet bekostiging financieel toezicht 2019 door dit wetsvoorstel ook uitgezonderd van de doorberekening aan de sector. Bij deze keuze is mede van belang dat er op dit moment in Nederland twee centrale tegenpartijen zijn gezeteld. Doorberekening van alle kosten voor toezicht en afwikkeling op alleen deze twee centrale tegenpartijen zou onevenredig belastend zijn, omdat geen spreiding mogelijk is van bepaalde basale kosten die altijd aan de orde zijn bij de uitvoering van wettelijke taken. Verder is van belang dat de structurele kosten van deze taak nog niet geheel uitgekristalliseerd zijn. Het voornemen is wel dat de bekostiging van de afwikkelingstaak na afloop van het lopende kostenkader van DNB, en als het wettelijk kader voor herstel en afwikkeling van centrale tegenpartijen enige tijd gefunctioneerd heeft, zal worden gezien of doorberekening van de kosten aan de sector passend en proportioneel is.

Het wetsvoorstel heeft daardoor ook financiële gevolgen voor de Rijksbegroting, nu de financiering van de afwikkelingstaak door DNB zal worden gefinancierd door middel van centralebankfinanciering in plaats van doorberekening aan de sector via de ZBO-begroting. Dit komt uiteindelijk ten laste van de winstafdracht die DNB doet aan het Ministerie van Financiën.¹⁹

De kosten van de afwikkelingstaak die bij DNB komt te liggen worden door DNB geschat op ongeveer € 400.000 per jaar in de periode 2021–2024, bovenop de reeds bestaande kosten voor de afwikkelingstaak van centrale tegenpartijen en de toezichtstaak uit hoofde van EMIR. De kosten ontstaan door een grotere inzet van personeel, zowel van resolutie als juridische zaken, in verband met het organiseren van afwikkelingscolleges voor de Nederlandse centrale tegenpartijen, het opstellen van afwikkelingsplannen en het adviseren over de juridische uitvoering van de afwikkelingstaken. Daarnaast zijn hier ook kosten opgenomen voor huisvesting en werkplekkosten, en ondersteunende diensten zoals IT, HR, Finance, risicomangement en strategie.

§ 7. Consultatie

Een concept van het wetsvoorstel en de memorie van toelichting is openbaar geconsulteerd op www.internetconsultatie.nl van 11 december 2021 tot en met 21 januari 2022. Er zijn naar aanleiding hiervan geen reacties ontvangen.

ARTIKELSGEWIJS

Artikel I (Wet op het financieel toezicht)

A (1:1)

Aan artikel 1:1 Wft worden twee nieuwe definities toegevoegd. Allereerst is dat de definitie van centrale tegenpartij. Deze definitie komt uit de EMIR maar was nog niet eerder opgenomen in de Wft. De tweede definitie is de

¹⁹ De begrote winstafdracht tot en met 2026 bestaat nu alleen uit ESM-compensatie die hierdoor niet lager zal worden.

definitie die gebruikt wordt om Verordening (EU) 2021/23 aan te duiden: de verordening herstel en afwikkeling centrale tegenpartijen.

B (1:3a)

Artikel 1:3a, tweede lid, voorziet in de mogelijkheid dat de bij of krachtens EMIR en de verordening centrale effectenbewaarinstellingen gestelde regels ook handhaafbaar zijn door middel van de artikelen 1:75 (het geven van een aanwijzing) en 1:76 Wft (het aanstellen van een curator). Het artikel is aangevuld met een verwijzing naar de verordening herstel en afwikkeling centrale tegenpartijen, zodat ook ten aanzien van de regels die hieruit voortvloeien op grond van artikel 1:75 en 1:76 Wft handhavend kan worden opgetreden. Als gevolg hiervan is het tevens mogelijk voor DNB om een crisispreventiemaatregel als bedoeld in artikel 2, onderdeel 48, van de verordening op te leggen. Hierbij dienen de vereisten uit de verordening in acht te worden genomen.

C (3A:2)

Deze wijziging geeft uitvoering aan artikel 93 van de verordening, waardoor de richtlijn herstel en afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen gewijzigd wordt. Het toegevoegde derde lid in artikel 1 van die richtlijn is een reikwijdtebepaling waardoor de richtlijn niet van toepassing wordt verklaard op centrale tegenpartijen met een bankvergunning. Teneinde dit artikellid te implementeren is artikel 3A:2, onderdeel a, Wft aangepast. Hierdoor worden rechtspersonen waaraan ook een vergunning is verleend overeenkomstig artikel 14 van de EMIR-verordening uitgezonderd van de werking van hoofdstuk 3A.1 Wft.

D en E (3A:21 en 3A:44)

Met de wijzigingen in deze artikelen wordt een tekstuele verbetering aangebracht ten opzichte van de Implementatiewet verliesabsorptie- en herkapitalisatiecapaciteit van banken en beleggingsondernemingen.²⁰ Het niet benodigd zijn van de instemming van de krijger geldt zowel voor artikel 3A:21, als artikel 3A:44 Wft.

F (Hoofdstuk 3A.3)

Wijzigingsonderdeel F voegt een nieuw hoofdstuk toe aan Deel 3A met betrekking tot bijzondere maatregelen en voorzieningen betreffende financiële ondernemingen. Dit deel van de Wft bevat twee hoofdstukken: hoofdstuk 3A.1, wat ziet op de afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen, en hoofdstuk 3A.2, wat ziet op de afwikkeling van verzekeraars. Hieraan wordt «hoofdstuk 3A.3 Afwikkeling van centrale tegenpartijen» toegevoegd. Hierna zullen kort de verschillende ingevoegde artikelen worden besproken.

3A:139 Inleidende bepaling

De verordening werkt grotendeels rechtstreeks, maar op een aantal punten is nog nadere regeling nodig voor de aansluiting van de verordening op het Nederlands recht. Daarin voorziet dit hoofdstuk. Dit artikel geeft aan dat naast de verordening zelf nog enkele nationale regels van belang zijn bij afwikkeling van een centrale tegenpartij.

²⁰ Kamerstukken II 2020/21, 35 908, nr. 2.

3A:140 Definities

Dit artikel bevat een aantal definities die alleen in hoofdstuk 3A.3 gebruikt zullen worden en die voortvloeien uit de verordening en ook overeenkomstig artikel 2 van de verordening worden gedefinieerd.

3A:141 Procedures bij afwikkelingsmaatregelen

Besluiten die worden genomen door de afwikkelingsautoriteit dienen uitgezonderd te zijn van bepaalde procedurele voorschriften of vereisten die volgen uit andere wetgeving, zoals vennootschapsrecht of effectenrecht. Dit komt allereerst tot uitdrukking in verschillende artikelen van de verordening waarin hierop gewezen wordt (o.a. artikel 35, tweede lid, 40, eerste lid, 42, eerste lid of 48, tweede lid, van de verordening). Daarnaast bevatten de artikelen 90 tot en met 92 van de verordening aanpassingen van een drietal vennootschapsrechtelijke richtlijnen²¹ waarin de werking van die richtlijnen wordt beperkt voor de onderhavige verordening (en de richtlijn herstel en afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen). Teneinde deze uitzonderingen mogelijk te maken is artikel 3A:141 Wft opgenomen, dat grotendeels overeenkomt met 3A:6 Wft, dat dezelfde materie regelt voor het afwikkelingskader voor banken en beleggingsondernemingen. Enkele verschillen tussen de artikelen vloeien voort uit het feit dat 3A:141 Wft uitvoering geeft aan een verordening en artikel 3A:6 Wft ter implementatie dient van een richtlijn. Er is geen inhoudelijk verschil tussen de artikelen beoogd. Met de herstelwet financiële markten 2017 is artikel 3A:6 Wft voor het laatst ingrijpend gewijzigd. Daarbij is een niet-limitatieve opsomming gegeven van de verschillende soorten instemmingsvereisten, kennisgevingsvereisten en procedurele voorschriften waar artikel 3A:6 Wft een uitzondering op maakt.²² Die opsomming geldt ook voor artikel 3A:141 Wft. Daarbij kan worden toegevoegd dat in verband met wijzigingen aan de Vennootschapsrichtlijn²³ ter implementatie van de richtlijn grensoverschrijdende omzettingen, fusies en splitsingen²⁴ er nieuwe afdelingen worden toegevoegd aan het BW. Dit betreft de nog te verschijnen afdeling 6 van titel 7 en de nieuwe titel 7a van Boek 2 BW. Besluiten kunnen op grond van artikel 3A:141 Wft ook een afwijking omvatten van in die afdelingen opgenomen vereisten.

Ook kennisgevingsvereisten of procedurele voorschriften moeten de goede toepassing van een afwikkelingsmaatregel niet in de weg staan. De enige uitzondering hierop zijn een aantal procedurevoorschriften die in de verordening zelf zijn neergelegd in de artikelen 41 (procedurevoorschriften voor het instrument van verkoop van de onderneming), 43 (procedurevoorschriften voor het instrument van de overbruggingscentrale tegenpartij) en hoofdstuk VI (kennisgevingsvereisten, procedurevereisten en vertrouwelijkheidsvereisten voor onder meer de afwikkelingsautoriteit). Daarnaast is opgenomen in het derde lid dat ook het toepassen van afwikkelingsbevoegdheden uit de artikelen 48 en 49 van de

²¹ Richtlijn 2004/25/EG, Richtlijn 2007/36/EG en Richtlijn (EU) 2017/1132.

²² Kamerstukken II 2016/17, 34 634, nr. 3, onderdeel LL.

²³ Richtlijn (EU) 2017/1132 van het Europees Parlement en de Raad van 14 juni 2017 aangaande bepaalde aspecten van het vennootschapsrecht (PbEU 2017, L 169). Overigens is de afdeling 3A ingevoerd door een voorloper van de Vennootschapsrichtlijn, te weten Richtlijn 2005/56/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 oktober 2005 betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen (PbEU 2005, L 310). De laatstgenoemde richtlijn is opgegaan in Richtlijn 2017/1132. De vennootschapsrichtlijn is een codificatie van een aantal richtlijn op het gebied van vennootschapsrecht.

²⁴ Richtlijn (EU) 2019/2121 van het Europees Parlement en de Raad van 27 november 2019 tot wijziging van Richtlijn (EU) 2017/1132 met betrekking tot grensoverschrijdende omzettingen, fusies en splitsingen (PbEU 2019, L 321).

verordening niet geblokkeerd moet kunnen worden door wet, statuten of overeenkomsten. Deze bepaling komt grotendeels overeen met het derde lid van artikel 3A:6 Wft, dat geldt voor banken en beleggingsondernemingen. Onder de in deze artikelen genoemde beperkingen vallen onder meer vormvoorschriften die voortvloeien uit het Nederlandse recht, zoals het vereiste dat aandelen in een niet-beursgenoteerde naamloze vennootschap en besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid bij notariële akte worden uitgegeven. De enige uitzonderingen die in de verordening worden genoemd (artikel 48, tweede lid) zijn regels voortvloeiend uit de verordening zelf of de Europese staatssteunregels. Daarnaast geldt hetgeen in artikel 49, derde lid, van de verordening is opgenomen over de bescherming van arbeidscontracten.

Het vierde lid van artikel 3A:141 is een kopie van artikel 3A:6, vierde lid, Wft teneinde duidelijkheid te verschaffen over het tijdstip waarop een afwikkelingsmaatregel in werking treedt.

Zoals ook het geval is voor artikel 3A:6, geldt ook bij dit artikel dat vergaand wordt ingegrepen in de rechten van derden. Dit is passend gelet op het grote belang dat met effectieve afwikkeling van een centrale tegenpartij is gemoed. Dat neemt niet weg dat de afwikkelingsautoriteit rechten van derden niet nodeloos terzijde mag schuiven, zoals ook in de verordening is opgenomen in het reeds genoemde artikel 49, derde lid. Deze bevoegdheden kunnen slechts worden toegepast indien dit, ter verwezenlijking van de afwikkelingsdoelstellingen, dienstig is. De bevoegdheden die de verordening biedt en die vallen onder het bereik van artikel 3A:141 dienen te allen tijden proportioneel te worden toegepast.

3A:142 Ingrijpen in handel in financiële instrumenten

Met artikel 3A:142 Wft wordt uitvoering gegeven aan artikel 49, eerste lid, onderdeel c van de verordening herstel en afwikkeling centrale tegenpartijen. Dat artikel bepaalt dat de afwikkelingsautoriteit de bevoegde autoriteit kan opdragen de toelating tot de handel op een gereglementeerde markt of de officiële notering van financiële instrumenten te onderbreken of op te schorten. Overigens zijn er op dit moment geen Nederlandse centrale tegenpartijen die beursgenoteerd zijn. In lijn met de regeling voor banken van artikel 3A:56 Wft wordt met het voorgestelde 3A:142 Wft de bevoegdheid om, kort gezegd, de handel in door een centrale tegenpartij uitgegeven financiële instrumenten stil te leggen rechtstreeks aan DNB als afwikkelingsautoriteit toegekend. Dit volgt uit het eerste lid van artikel 3A:142 Wft. DNB wordt aldus in een afwikkelings-situatie van centrale tegenpartijen ten aanzien van degene die een handelsplatform exploiteert aangemerkt als de betrokken autoriteit in de zin van de verordening. De vormgeving van de bepaling is nodig om de praktische uitvoerbaarheid te garanderen van deze bijkomende bevoegdheid uit artikel 49, eerste lid, onderdeel c, van de verordening.

Het in praktische zin doen stilleggen van de handel na een daartoe strekkend besluit van DNB geschiedt doordat de AFM exploitanten van handelsplatformen middels een directe telefonische verbinding en emailadres (of anderszins digitale communicatie) en de overige toezichthouders middels een speciaal daartoe ingesteld ICT-systeem bericht dat de handel in een bepaald instrument dient te worden stilgelegd. Weliswaar kan DNB zelf de exploitanten berichten maar om praktische redenen (de beschikbaarheid van geschikte communicatiesystemen en de centrale functie van de AFM bij het ordelijk functioneren van de markt) is de tussenkomst van AFM daarbij wenselijk. Die wenselijkheid is ook gelegen in de omstandigheid dat de AFM met die tussenkomst

direct op de hoogte is van de handelsmaatregel van DNB, waardoor zij eveneens direct kan beoordelen of zij ten aanzien van andere instrumenten dan die waarvan de handel alsdan door DNB is stilgelegd, op basis van artikel 1:77d Wft zelf tot een handelsmaatregel zou kunnen en willen overgaan. Het kan bijvoorbeeld gaan om de handel in instrumenten die zijn uitgegeven door dochtermaatschappijen van de instelling in afwikkeling. Om die reden is in het derde lid tot uitdrukking gebracht dat de AFM, kort gezegd, DNB behulpzaam is bij de effectuering van het besluit om de handel stil te leggen. De AFM neemt daarbij niet zelfstandig besluiten maar verricht op instructie van DNB zo nodig een aantal feitelijke handelingen zoals het in kennis stellen van de exploitanten van de handelsplatformen van het besluit van DNB dat de handel dient te worden stilgelegd. Met de term «instructie» is tot uitdrukking gebracht dat de AFM dienaangaande ook geen beoordelingsvrijheid heeft. Ook indien de AFM van oordeel is dat stilleggen van de handel niet is aangewezen, dient zij in deze situatie uitvoering te geven aan de instructie van DNB. Om buiten twijfel te stellen dat de AFM het besluit van DNB direct openbaar kan maken en toezichthouders van andere lidstaten daarvan in kennis kan stellen bevat het vierde lid daarvoor een grondslag. Ten aanzien van toezichthouders uit derde landen geldt dat de AFM op eenzelfde wijze als bij de toepassing van artikel 1:77d Wft zich zal inspannen om die toezichthouders te informeren.

3A:143 Uitsluiting vernietigbaarheid

Op grond van artikel 27, negende lid, van de verordening kan een rechtshandeling in verband met de overdracht van eigendomsinstrumenten op grond van een afwikkelingsmaatregel niet getroffen worden door een zogeheten *actio pauliana* uit artikel 3:45 BW en de artikelen 42 tot en met 51 Fw. De faillissementspauliana zou anders aan de orde kunnen zijn als het restant van de centrale tegenpartij in faillissement wordt afgewikkeld.

3A:144–3A:146 Bijzondere procedureregels, rechtsvermoeden en rechtsgevolgen

Zoals opgemerkt in het algemeen deel is het noodzakelijk om de rechtsbescherming tegen afwikkelingsmaatregelen niet volgens de normaal gangbare procedure van bezwaar, beroep en hoger beroep te laten verlopen gezien de vertraging die dat kan opleveren. Voor alle besluiten tot het nemen van afwikkelingsmaatregelen die DNB neemt op grond van de verordening, geldt dat rechtstreeks beroep kan worden ingesteld in eerste en enige instantie bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven. Daarnaast geldt er een verkorte termijn van tien dagen voor het instellen van het beroep. Deze snelheid is gezien de aard van de maatregelen die genomen moeten worden noodzakelijk. Daarom wordt aangesloten bij de beperkingen die het afwikkelingsregime voor banken en beleggingsondernemingen kent door het College van Beroep voor het bedrijfsleven 14 dagen de tijd te geven voor een uitspraak na het instellen van beroep. Ook zal beroep de werking van het besluit niet schorsen, zoals bepaald in artikel 6:16 Awb en in artikel 74, vierde lid, onderdeel a, van de verordening.

Tijdens het beroep kan ook bij College van Beroep voor het bedrijfsleven worden verzocht om een voorlopige voorziening (artikel 8:81 Awb). Het besluit van DNB leidt tot een weerlegbaar vermoeden dat een opschorting van de handhaving ervan tegen het algemeen belang indruist (artikel 74, vierde lid, onderdeel b, van de verordening). Dit betekent een omdraaiing van de bewijslast, nu het uitgangspunt is dat de opschorting van het besluit in strijd is met het algemeen belang. De wederpartij zal het

tegendeel hiervan moeten bewijzen. Als een besluit wordt vernietigd kan de Nederlandse rechter, onder toepassing van artikel 8:72, derde lid onder a, Awb, bepalen dat de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit geheel of gedeeltelijk in stand blijven (artikel 74, zesde lid, van de verordening). Op grond van het toegevoegde artikel 3A:146 zal de rechter hiertoe moeten overgaan als kort gezegd de belangen van derden te goeder trouw dat vereisen. Deze procedure geldt dan zowel bij de afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen als bij de afwikkeling van centrale tegenpartijen.

G

De verordening past Richtlijn 2004/25 betreffende het openbare overnamebod aan.²⁵ Deze richtlijn is mede geïmplementeerd in afdeling 5.5 van de Wft. In artikel 5:71, eerste lid, onderdeel I, is opgenomen dat artikel 5:70 over het overnamebod niet van toepassing is indien er een afwikkelingsinstrument is gebruikt. Het onderdeel verwijst reeds naar de artikelen 3A:1 (banken) en 3A:77 (verzekeraars). Hier wordt 3A:140 (centrale tegenpartijen) aan toegevoegd.

Artikel II (Bankwet 1998)

A

De definitie van de verordening wordt toegevoegd aan artikel 1.

B

Evenals het geval is bij de afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen is het ook zaak dat bij de afwikkeling van centrale tegenpartijen het beroep op publieke middelen tot een minimum beperkt wordt. Dit wordt in de Bankwet 1998 tot uitdrukking gebracht met een verwijzing naar de afwikkelingsdoelstellingen in artikel 21 van de verordening. In artikel 4a wordt verwezen naar de taak bedoeld in artikel 4, eerste lid, onderdeel e, van de Bankwet 1998. Dit betreft «het uitoefenen van afwikkelingstaken met betrekking tot bepaalde financiële ondernemingen op voet van de daarvoor geldende wettelijke regelingen». Hieronder valt ook de afwikkelingstaak voor centrale tegenpartijen.

C

Dit onderdeel voegt de artikelen 12, 15 en 16 van de verordening toe aan het derde lid van artikel 12. De bijzondere stemprocedure die geregeld wordt in artikel 12b, tweede lid, van de Bankwet 1998 dient ook niet te gelden indien er gesproken wordt over de artikelen 12 (afwikkelingsplannen), 15 (beoordeling afwikkelingsplannen) en 16 (wegnemen van belemmeringen voor afwikkeling) van de verordening, gelijkend op wat er geregeld is voor de bepalingen uit 3A.1 Wft en de verordening gemeenschappelijk afwikkelingsmechanisme. Tevens is een tekstuele verbetering aangebracht in de opsomming van artikelen nu die reeks is uitgebreid door de Implementatiewet verliesabsorptie- en herkapitalisatiecapaciteit van banken en beleggingsondernemingen.

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

Artikel III (Wet bekostiging financieel toezicht 2019)

In de Wet bekostiging financieel toezicht 2019 (Wbft 2019) wordt een onderdeel toegevoegd in artikel 2, tweede lid, onderdeel c, om de centralebankfinanciering voor het toezicht en afwikkeling van centrale tegenpartijen mogelijk te maken. Zie voor verdere toelichting hierover het Algemeen deel, paragraaf 6 over financiële gevolgen.

Artikel IV (Faillissementswet)

A

De definitie van centrale tegenpartij in artikel 212a, onderdeel c, Fw bevat de definitie van centrale tegenpartij zoals gedefinieerd in artikel 2, onderdeel 1, van EMIR. Om de consistentie te bewaren met de definitie zoals deze in het nieuwe artikel 213II zal staan wordt de definitie in artikel 212a, onderdeel c, Fw aangepast zodat het een dynamische verwijzing naar de definitie van centrale tegenpartij in EMIR bevat.

B

De verordening legt in artikel 75 enkele beperkingen op met betrekking tot degene die het faillissement van een centrale tegenpartij kan aanvragen. Een faillissementsprocedure kan alleen gestart worden door (i) DNB als afwikkelingsautoriteit of (ii) door een ander (inclusief de centrale tegenpartij zelf), indien DNB als afwikkelingsautoriteit daarvoor toestemming geeft conform artikel 75, derde lid van de verordening.

Ook is het mogelijk dat DNB een gerecht in Nederland verzoekt maatregelen of procedures te schorsen als de centrale tegenpartij in afwikkeling daarbij partij is of kan worden (artikel 75, derde lid, tweede alinea van de verordening).

Om te voldoen aan artikel 75 van de verordening is het noodzakelijk om hiervoor regels op te nemen waarbij wordt afgeweken van de normale procedure zoals die is vastgelegd in Titel I Fw. Daarom wordt een nieuwe afdeling 11C toegevoegd aan Titel I Fw. Voor zover er in de nieuwe afdeling 11C of in de verordening niet wordt afgeweken, geldt het reguliere faillissementsrecht.

213II

Dit artikel bevat de definities die in afdeling 11C gebruikt zullen worden.

213mm

Als aangewezen rechtbank is gekozen voor de rechtbank Amsterdam. Daarmee wordt aangesloten bij het faillissementskader voor banken, beleggingsondernemingen en verzekeraars. Ter verduidelijking is in het tweede lid opgenomen dat een centrale tegenpartij die is gevestigd in een andere lidstaat niet in staat van faillissement kan worden verklaard in Nederland.

213nn

Dit artikel, dat grotendeels overeenkomt met artikel 212ha Fw voor banken, bevat de regel dat DNB alleen het faillissement kan aanvragen indien zij niet voornemens is een afwikkelingsmaatregel te treffen, omdat de centrale tegenpartij de publiekbelang toets uit artikel 22, eerste lid, onderdeel c, van de verordening niet passeert. Indien die publiekbelang

toets positief zou uitvallen, zou de centrale tegenpartij in afwikkeling gaan. Indien DNB het faillissement van een centrale tegenpartij aanvraagt, zendt zij een afschrift van het verzoekschrift aan de centrale tegenpartij zelf, de leden van het toezichtscollege en de leden van het afwikkelingscollege. In het derde en vierde lid is eenzelfde regeling opgenomen als in artikel 212ha Fw voor banken. Daarnaast is een verwijzing naar artikel 75, derde lid opgenomen. Hiermee wordt het nationale faillissementsrecht in lijn gebracht met de procedure van artikel 75 van de verordening.

In het derde lid wordt bepaald dat geen andere derde dan DNB het faillissement van een centrale tegenpartij kan aanvragen en in het vierde lid dat DNB moet worden gehoord alvorens de rechtbank beslist op een eigen aangifte tot faillietverklaring van een centrale tegenpartij. De aanscherping in het derde lid van wie het faillissement van een centrale tegenpartij kan aanvragen is opgenomen omdat een eventueel faillissement van een centrale tegenpartij grote consequenties kan hebben voor de financiële markten gezien de infrastructurele rol die een centrale tegenpartij daarin inneemt. Voorkomen moet worden dat een faillissement van een centrale tegenpartij bewerkstelligd kan worden door een individuele schuldeiser. Uiteraard blijft het mogelijk voor een schuldeiser om een rechtsvordering in te stellen tegen de centrale tegenpartij.

De verplichting die is opgenomen in het vierde lid om DNB in staat te stellen te worden gehoord, moet worden gezien als een nadere invulling van het kennisgevingsvereiste aan de afwikkelingsautoriteit uit de verordening: DNB zal eerst onverwijld door de rechtbank in kennis worden gesteld van de eigen aangifte door de centrale tegenpartij en krijgt daarna de gelegenheid te worden gehoord. Aan het slot van het vierde lid is verduidelijkt dat een dergelijke eigen aangifte alleen tot het uitspreken van het faillissement kan leiden als is voldaan aan de voorwaarden van artikel 75, derde lid van de verordening: dat wil zeggen dat DNB ofwel moet bevestigen dat zij niet voornemens is te besluiten tot toepassing van afwikkelingsmaatregelen ofwel gedurende ten minste zeven dagen niet heeft gereageerd op de kennisgeving van de rechtbank. Het faillissement van de centrale tegenpartij wordt niet uitgesproken als DNB aangeeft dat zij voornemens is te besluiten tot toepassing van afwikkelingsmaatregelen.

213oo en 213pp

Het eventuele verweer van de centrale tegenpartij tegen een verzoek van DNB om het faillissement uit te spreken moet toezien op de inhoudelijke voorwaarden voor het uitspreken van een faillissement, namelijk dat de centrale tegenpartij voldoet aan de voorwaarden uit artikel 22, eerste lid, onderdelen a en b, van de verordening. Het oordeel van DNB dat aan deze voorwaarden is voldaan, wordt door de rechtbank marginaal getoetst (213pp Fw) en wordt alleen terzijde geschoven als DNB daartoe niet in redelijkheid heeft kunnen komen (213oo, tweede lid, Fw).

213qq

Dit artikel verklaart de artikelen 212he, 212hga, eerste lid, en 212i Fw van overeenkomstige toepassing met dien verstande dat voor «bank» in de desbetreffende artikelen gelezen moet worden «centrale tegenpartij». Dit betreft procedurele artikelen omtrent een niet-openbare zitting (212he Fw), het kunnen voordragen van curatoren die benoemd worden bij het uitspreken van het faillissement (212hga, eerste lid, Fw), en het zonder advocaat kunnen indienen van een verzoek tot faillissement (212i Fw).

Evenals het geval is bij het faillissementsregime voor banken (artikel 212hi, tweede lid) wordt artikel 10 Fw niet van toepassing verklaard op het uitspreken van het faillissement van een centrale tegenpartij. In dit artikel is bepaald dat een schuldeiser en elke belanghebbende in verzet kan komen tegen de faillietverklaring. Gelet op de vereiste voortvarendheid van DNB, de noodzaak om rust te creëren op de financiële markten en op de ernst van de situatie bij een faillissement van een centrale tegenpartij, ligt het voor de hand artikel 10 Fw. uit te sluiten. Schuldeisers en belanghebbenden kunnen daardoor niet in verzet komen tegen de faillietverklaring.

C tot en met E (artikel 214, vierde lid, 284, vijfde lid, en 369, eerste lid)

De wijziging van deze drie artikelen zorgt er ten eerste voor dat centrale tegenpartijen worden uitgezonderd van de regimes met betrekking tot surseance (Titel II, artikel 214, vierde lid), en de homologatie van een onderhands akkoord (Tweede Afdeling, artikel 369, eerste lid). De reden daarvoor is dat centrale tegenpartijen opgenomen worden in deel 3A van de Wft en daarmee hun eigen herstel- en afwikkelingsregime krijgen, dat ook gericht is op het voorkomen van een faillissement. Het is onwenselijk als dit regime zou kunnen worden doorkruist door een surseance of de homologatie van een onderhands akkoord. Centrale tegenpartijen zijn niet opgenomen in de uitzondering van de Titel III Fw over schuldsanering natuurlijke personen (artikel 284, vijfde lid). Op grond van artikel 2, onderdeel 1, van EMIR is een centrale tegenpartij altijd een rechtspersoon en kan een centrale tegenpartij nooit onder het bereik van Titel III Fw vallen.

Tevens is in de artikelen een omissie hersteld door beleggingsondernemingen waarop hoofdstuk 3A.1 Wft van toepassing is en die daarmee hun eigen herstel- en afwikkelingsregime hebben, uit te zonderen van de surseance van betaling en de homologatie van een onderhands akkoord zoals reeds het geval is voor banken en verzekeraars. De richtlijn herstructurering en insolventie²⁶, die geïmplementeerd wordt in de regelingen omtrent schuldsanering en de afdeling inzake de homologatie van een onderhands akkoord, staat hieraan niet in de weg, nu deze richtlijn niet van toepassing is op banken, beleggingsondernemingen, verzekeraars en centrale tegenpartijen (artikel 1, tweede lid, onderdelen a tot en met d). Daarnaast zijn beleggingsondernemingen ook toegevoegd aan artikel 284, vijfde lid, Fw, waardoor beleggingsonderneming als bedoeld in artikel 212oo Fw uitgezonderd zijn van Titel III Fw.

Artikel V (Algemene wet bestuursrecht)

A

In Bijlage 1 van de Awb worden de artikelen 21–58 van de verordening opgenomen, die zien op afwikkelingsmaatregelen. Op grond van artikel 74 van de verordening dient de rechtsgang tegen afwikkelingsmaatregelen spoedig te verlopen. Hiervoor is een afwijking van de normale Awb-procedures opgenomen in artikel 3A:144–3A:146 van de Wft. Voor de rechtsgang tegen afwikkelingsmaatregelen geldt dan dat er rechtstreeks

²⁶ Richtlijn (EU) 2019/1023 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 betreffende preventieve herstructureringsstelsels, betreffende kwijtschelding van schuld en beroepsverboden, en betreffende maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van procedures inzake herstructurering, insolventie en kwijtschelding van schuld, en tot wijziging van Richtlijn (EU) 2017/1132 (Richtlijn betreffende herstructurering en insolventie) (PbEU 2019, L 172).

beroep bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb) moet worden ingesteld. Hiervoor dienen de bijlages bij de Awb te worden aangepast.

B

Bijlage 2 bij de Awb wordt als volgt gewijzigd. In artikel 1 wordt aangegeven dat er geen beroep mogelijk is tegen een weigering om een besluit te nemen of het niet tijdig nemen van een besluit tot het nemen van een afwikkelingsmaatregel. Ook is het niet mogelijk om beroep in te stellen tegen het niet nemen van een andere afwikkelingsmaatregel dan welke in een desbetreffend besluit is opgenomen. Hiermee is aangesloten bij de wijze waarop dit voor besluiten ingevolge de afdelingen 3A.1.3 tot en met 3A.1.5 Wft is geregeld voor banken. De reden hiervoor is dat er niet een «recht op afwikkeling» bestaat. Het uitsluiten van bezwaar en beroep betekent dat het niet mogelijk is om, indien DNB niet tijdig of geen afwikkelingsbesluit neemt, dit alsnog af te dwingen via de bestuursrechter.

In artikel 4 wordt mogelijk gemaakt dat er direct beroep ingesteld kan worden bij het CBb voor besluiten op grond van de artikelen 21 tot en met 58. Dit betreft alle afwikkelingsmaatregelen die DNB kan nemen, te weten het besluit tot afwikkeling, de inzet van een afwikkelingsinstrument alsmede de inzet van de bevoegdheden genoemd in de artikelen 48 tot en met 58.

In de artikelen 7 en 11 van Bijlage 2 is thans bepaald voor welke besluiten beroep bij de Rechtbank Rotterdam en hoger beroep bij het CBb kan worden ingesteld. In die opsommingen wordt de verordening herstel en afwikkeling centrale tegenpartijen toegevoegd voor wat betreft de artikelen 21 tot en met 58.

Artikel VI (Burgerlijk wetboek)

A

Ter uitvoering van de wijziging in artikel 5, vijfde lid, van Richtlijn 2007/36/EG²⁷ (op grond van artikel 91 van de verordening), is het nodig om een lid toe te voegen aan 2:115 BW. Hiermee wordt het mogelijk om, als een algemene vergadering bijeen wordt geroepen zodat er een besluit genomen kan worden over kapitaalverhoging als er voldaan is aan de voorwaarden voor vroegtijdige interventie op grond van artikel 18 van de verordening en de kapitaalverhoging nodig is om te voorkomen dat de afwikkelingsvoorwaarden uit artikel 22 van de verordening zijn vervuld, de vergadering 10 dagen na oproeping kan plaatsvinden in plaats van de gebruikelijke 15 dagen mits dit in de statuten staat.

Deze wijziging is ook nodig ondanks de toevoeging van artikel 3A:141 Wft zoals in dit wetsvoorstel opgenomen. Dat artikel ziet op afwikkelingsmaatregelen terwijl deze bepaling geldt voor als een centrale tegenpartij nog niet in afwikkeling is geraakt.

²⁷ Richtlijn 2007/36/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007 betreffende de uitoefening van bepaalde rechten van aandeelhouders in beursgenoteerde vennootschappen (PbEU 2007, L 184).

B

De verkrijging van goederen onder algemene titel kan ook plaatsvinden door toepassing van een afwikkelingsinstrument uit de verordening. Om dit duidelijk te maken is artikel 27, eerste lid, van de verordening toegevoegd aan het tweede lid van 3:80 BW. Tevens is door de toevoeging van de zinsnede met betrekking tot de overgang als bedoeld in artikel 3A:21, eerste lid, onderdeel b, van de Wft een tekstuele verbetering aangebracht van het implementatietraject van de richtlijn herstel en afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen.

Artikel VII

De verordening treedt gefaseerd in werking en zal bijna geheel van toepassing zijn met ingang van 12 augustus 2022.²⁸ De inwerkingtreding van deze wet zal plaatsvinden bij koninklijk besluit en wijkt hiermee af van de vaste verandermoment gezien het uitvoering van Europees recht betreft.

De Minister van Financiën,
S.A.M. Kaag

²⁸ Alleen de artikelen 19, veertiende lid, en 20 zijn pas van toepassing met ingang van 12 februari 2023.

Transponeringstabel behorende bij de verordening herstel en afwikkeling centrale tegenpartijen

Afkortingen:

Awb = Algemene wet bestuursrecht

Bbbfs = Besluit bestuurlijke boetes financiële sector

BW = Burgerlijk Wetboek

Fw = Faillissementswet

Uitvoeringsbesluit = Uitvoeringsbesluit verordening herstel en afwikkeling centrale tegenpartijen (Stb. 2021, 545).

Wft = Wet op het financieel toezicht

Bepaling EU-regeling	Bepaling in implementatieregeling of bestaande regeling <i>(Toelichting indien niet geïmplementeerd of naar zijn aard geen implementatie behoeft)</i>	Omschrijving beleidsruimte	Toelichting
1–2	Behoeft naar zijn aard geen uitvoering	–	Volgt uit de verordening
3	Uitgevoerd middels Uitvoeringsbesluit	–	Aanwijzing afwikkelingsautoriteit. Aan artikel 3, zesde lid, wordt uitvoering gegeven door middel van publicatie op de website van de Nederlandsche Bank.
4–27(8)	Behoeft geen uitvoering	–	Volgt uit de verordening
27(9)	Artikel I, onderdeel F	–	Artikel 3A:143 Wft
27(10)-35(1)	Behoeft geen uitvoering	–	Volgt uit de verordening
35(2)	Artikel I, onderdeel F	–	Artikel 3A:141 Wft
36–39	Behoeft geen uitvoering	–	Volgt uit de verordening
40(1)	Artikel I, onderdeel F	–	Artikel 3A:141 Wft
40(2)-41	Behoeft geen uitvoering	–	Volgt uit de verordening
42(1)	Artikel I, onderdeel F	–	Artikel 3A:141 Wft
42(2)-44	Behoeft geen uitvoering	–	Volgt uit de verordening
45–47	Artikel II, onderdeel B	–	Artikel 4a Bankwet 1998
48(1)	Behoeft geen uitvoering	–	Volgt uit de verordening
48(2)	Artikel I, onderdeel F	–	Artikel 3A:141 Wft
49(1)(a) + 49(1)(b)	Behoeft geen uitvoering	–	Volgt uit de verordening
49(1)(c)	Artikel I, onderdeel F	–	Artikel 3A:142 Wft
49(1)(d)-73	Behoeft geen uitvoering	–	Volgt uit de verordening
74	Artikel I, onderdeel F en Artikel V	–	Procedurele vereisten voor rechtsbescherming geregeld in 3A:144–3A:146 en de Awb-bijlagen. Van de lidstaatoptie in artikel 74(1) is geen gebruik gemaakt

Bepaling EU-regeling	Bepaling in implementatieregeling of bestaande regeling <i>(Toelichting indien niet geïmplementeerd of naar zijn aard geen implementatie behoeft)</i>	Omschrijving beleidsruimte	Toelichting
75	Artikel IV	–	Afdeling 11C Fw
76–81	Behoeft geen uitvoering	–	Volgt uit de verordening
82	Artikel I, onderdeel B	–	1:3a, tweede lid, Wft
83	Uitgevoerd middels Uitvoeringsbesluit	–	Artikelen 9, 13 en 70 een boetecategorie 3 toegekend in bijlage 2
84	Behoeft naar geen aard geen uitvoering	–	Bepaling gericht tot ESMA
85	Bestaand recht	–	Volgt reeds uit artikel 1b Bbbfs
86	Behoeft geen uitvoering	–	Wijzigingen verordening die geen uitvoering behoeft
87	Uitgevoerd middels Uitvoeringsbesluit	–	Artikel 45 bis opgenomen in de bijlagen bij het BuEUv.
88–9	Behoeft geen uitvoering	–	Wijziging van verordening en richtlijn die geen uitvoering of implementatie behoeft
90	Artikel I, onderdeel G	–	5:70 Wft
91	Artikel I, onderdeel F en artikel VI, onderdeel A	–	3A:141 Wft en 2:115 BW
92	Artikel I, onderdeel F	–	3A:141 Wft
93	Artikel I, onderdeel C	–	3A:2 Wft
94–95	Behoeft geen uitvoering	–	Wijziging verordeningen die geen uitvoering behoeft
96	Behoeft naar zijn aard geen uitvoering	–	Evaluatiebepaling gericht tot Europese Commissie
97	Artikel VII	–	Inwerkingtreding