

Vergaderjaar 2020–2021

35 908

Wijziging van de Wet op het financieel toezicht en de Faillissementswet ter implementatie van de richtlijn tot wijziging van de richtlijn herstel en afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen (Implementatiewet verliesabsorptie- en herkapitalisatiecapaciteit 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. 17 juni 2021 en het nader rapport d.d. 7 september 2021, aangeboden aan de Koning door de Minister van Financiën. Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 7 april 2021, nr. 2021000694, 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 7 juni 2021, nr. W06.21.0095/III, bied ik U hierbij aan.

De tekst van het advies treft u hieronder aan, voorzien van mijn reactie.

Bij Kabinetsmissive van 7 april 2021, no. 2021000694, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Financiën, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel tot wijziging van de Wet op het financieel toezicht en de Faillissementswet in verband met implementatie van de richtlijn tot wijziging van de richtlijn herstel en afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen (Implementatiewet verliesabsorptie- en herkapitalisatiecapaciteit van banken en beleggingsondernemingen), met memorie van toelichting. Het wetsvoorstel dient ter implementatie van de Europese wijzigingsrichtlijn² 2019/879 waarbij bijgedragen wordt aan het verder versterken van de financiële stabiliteit in de Europese bankenunie door meer gemeenschappelijke regels vast te leggen voor wanneer banken of beleggingsondernemingen falen of dreigen te falen.

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

² Richtlijn (EU) 2019/879 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2019 tot wijziging van Richtlijn 2014/59/EU met betrekking tot de verliesabsorptie- en herkapitalisatiecapaciteit van kredietinstellingen en beleggingsondernemingen en van Richtlijn 98/26/EU (PbEU 2019, L 150), ook wel bekend als BRRD II.

De Afdeling advisering maakt opmerkingen over het gebruik van verschillende open normen in het voorstel in relatie tot de bevoegdheden van De Nederlandsche Bank (DNB). Tevens gaat de Afdeling in op onduidelijkheden in relatie tot de voorgestelde wijzigingen in de Faillissementswet. Tot slot merkt de Afdeling op dat het voorstel op enkele punten nadere toelichting verdient. In verband daarmee is aanpassing wenselijk van de toelichting en eventueel van het voorstel.

1. Inhoud van het wetsvoorstel

Het wetsvoorstel geeft uitvoering aan de Europese richtlijn 2019/879/EU (wijzigingsrichtlijn) die Richtlijn 2014/59/EU³ (richtlijn) wijzigt. Samen met de Verordening 806/2014 (verordening)⁴ vormt de richtlijn de derde pijler van de Europese bankenunie. De richtlijn bevat een uniform raamwerk van eisen voor het herstel en de afwikkeling van niet significante banken en grote beleggingsondernemingen. De verordening regelt de (procedure voor) voorbereiding en daadwerkelijke afwikkeling van significante banken in de Europese bankenunie. De richtlijn en verordening zijn in 2015 geïmplementeerd door de Implementatiewet Europees kader voor herstel en afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen.⁵ Ook de verordening is recentelijk aangepast, door Verordening 2019/877 (wijzigingsverordening).⁶

De wijzigingsrichtlijn draagt bij aan het verder versterken van de financiële stabiliteit in de Europese bankenunie door meer gemeenschappelijke regels vast te leggen voor de situatie dat banken of beleggingsondernemingen falen of dreigen te falen. Het belangrijkste onderdeel bestaat uit wijzigingen van de eisen aan de bail-inbare kapitaalbuffers die moeten worden aangehouden. Een ander onderdeel bestaat uit een wijziging van de bevoegdheden van een afwikkelingsautoriteit.

Het voorstel wijzigt de Wet op het financieel toezicht (Wft) en de Faillissementswet (Fw). Aanvullend op de implementatie van de wijzigingsrichtlijn biedt dit voorstel volgens de regering een oplossing voor gevallen waarin de wijzigingsrichtlijn niet geheel aansluit op de wijzigingsverordening.⁷ De (wijzigings)verordening bevat een nadere taakverdeling tussen de Afwikkelingsraad en de nationale afwikkelingsautoriteiten.⁸

³ 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), ook wel bekend als BRRD I.

⁴ 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), ook wel bekend als SRMR I.

⁵ Wet van 11 november 2015, Stb. 2015, 431.

⁶ Verordening (EU) 2019/877 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2019 tot wijziging van Verordening (EU) nr. 806/2014 met betrekking tot de verliesabsorptie- en herkapitalisatiecapaciteit van kredietinstellingen en beleggingsondernemingen (PbEU 2019, L 150), ook wel bekend als SRMR II.

⁷ Memorie van toelichting, paragraaf 9. Wetswijzigingen naar aanleiding van verschillen BRRD – SRMR.

⁸ Artikel 7 verordening. De Afwikkelingsraad is primair bevoegd ten aanzien van (significante) banken of bankengroepen, moederondernemingen, beleggingsondernemingen en financiële instellingen die rechtstreeks onder (geconsolideerd) toezicht door de ECB vallen en ten aanzien van overige, grensoverschrijdende groepen. De bevoegdheden ten aanzien van overige entiteiten en groepen worden in beginsel uitgeoefend door de nationale afwikkelingsautoriteiten.

In Nederland wordt de functie van nationale afwikkelingsautoriteit door DNB vervuld. In de toelichting bij het voorstel wordt aangegeven dat in de wijzigingsrichtlijn op verschillende plaatsen wordt voorzien in de toekenning van bepaalde nieuwe bevoegdheden aan de nationale afwikkelingsautoriteit, maar dat equivalenten daarvan in de wijzigingsverordening ontbreken.⁹ Daarbij wordt geconcludeerd dat dit in meerdere gevallen gaat om een onbedoeld verschil.

Daarom is ervoor gekozen om bepaalde bevoegdheden voor DNB die in de verordening ontbreken alsnog in de Wft en de Fw op te nemen.¹⁰ De regering heeft deze aanpak uitgebreid afgestemd met de Europese Commissie. De Commissie heeft geadviseerd om in nationale wetgeving een oplossing te vinden voor de verschillen in de regeling van bevoegdheden tussen de richtlijn en de verordening.¹¹

Met het oog op het doel en de systematiek van de (wijzigings)richtlijn en de (wijzigings)verordening¹² begrijpt de Afdeling de aanpak die op dit punt wordt voorgesteld. Het realiseren van een oplossing in het nationaal recht, brengt echter het risico met zich dat de implementatie van deze bevoegdheden in de wijzigingsrichtlijn in de verschillende EU-lidstaten uiteenlopen. Voor een goed functionerende bankenunie is het echter belangrijk dat het gemeenschappelijk afwikkelingskader, neergelegd in de verordening, in alle deelnemende lidstaten op uniforme wijze wordt toegepast. De Afdeling ondersteunt daarom dat de regering haar aanpak afstemt met de Europese Commissie.

2. Nadere invulling vage criteria

Ter implementatie van de wijzigingsrichtlijn wordt aan DNB verschillende (ruime) bevoegdheden toegekend. In de wijzigingsrichtlijn worden, veelal in relatie tot deze bevoegdheden van DNB in de functie van nationale afwikkelingsautoriteit, verschillende vage en zeer open criteria gebruikt zoals «passend» en «redelijk». De Afdeling merkt op dat in het voorstel deze termen zijn overgenomen zonder dat deze worden verduidelijkt in de wettekst of de toelichting.¹³

Zo kan DNB de betalingsverplichtingen of leveringsverplichtingen die voortvloeien uit deposito's opschorten wanneer dat «gepast is» in de zin van de wijzigingsrichtlijn.¹⁴ Terwijl de bepaling van de wijzigingsrichtlijn waarnaar in het voorstel wordt verwezen bepaalt dat afwikkelingsautoriteiten dienen na te gaan «of de uitbreiding van de opschorting naar bepaalde deposito's gepast is». Daarmee wordt geen nader invulling

⁹ Memorie van toelichting, Algemeen deel, paragraaf 1. Inleiding, wetsvoorstel.

¹⁰ Memorie van toelichting, Algemeen deel, paragraaf 9. Wetswijzigingen naar aanleiding van verschillen BRRD – SRMR, wetsvoorstel.

¹¹ Memorie van toelichting, Algemeen deel, paragraaf 9. Wetswijzigingen naar aanleiding van verschillen BRRD – SRMR, wetsvoorstel.

¹² Zie tevens de mededeling van de Commissie met betrekking tot de interpretatie van bepaalde wettelijke bepalingen van het herziene kader voor de afwikkeling van banken in antwoord op vragen van de autoriteiten van de lidstaten PbEU 2020, C 321 en de mededeling van de Commissie met betrekking tot de interpretatie van bepaalde wettelijke bepalingen van het herziene kader voor de afwikkeling van banken in antwoord op vragen van de autoriteiten van de lidstaten (tweede mededeling van de Commissie) PbEU 2020, C 417.

¹³ Op grond van artikel 288 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie mogen lidstaten zelf de uitwerking van de richtlijn bepalen en hoeven zich niet te beperken tot het letterlijk overnemen van de tekst daarvan, mits het beoogde doel van de richtlijn is verzekerd.

¹⁴ Artikel I, onderdeel X (voorgesteld artikelen 3A:20c, derde lid Wft), wetsvoorstel en artikel I, punt 12 (artikel 33b, tweede lid, BRRD II), wijzigingsrichtlijn.

gegeven aan het vage criterium «passend».¹⁵ Een ander voorbeeld betreft de bevoegdheid van DNB om de handel in een financieel instrument op te schorten of te onderbreken. Op grond van het voorstel is dit mogelijk indien «dit naar het oordeel van DNB passend is».¹⁶

Enerzijds begrijpt de Afdeling de wens van enige discretionaire ruimte in de uitvoering, aangezien het situaties betreft waarin financiële instellingen in nood verkeren. Anderzijds wijst de Afdeling erop dat het niet nader duiden van deze criteria uit de wijzigingsrichtlijn afbreuk doet aan de rechtszekerheid voor de betrokken financiële instellingen.¹⁷ Hierdoor is immers onduidelijk hoe de betreffende voorschriften in de rechtspraak worden toegepast en gehandhaafd. Bij de toepassing van dergelijke vage en zeer open criteria valt te verwachten dat zich in de praktijk geschillen voordoen over de invulling daarvan.

Met het oog op de rechtszekerheid van betrokken financiële instellingen, adviseert de Afdeling, in de toelichting bij het voorstel nadere duiding te geven aan de afweging die bij de toepassing van de betreffende bevoegdheden moet worden gemaakt en de criteria die daarbij een rol spelen, en indien nodig het voorstel aan te passen.

2. In het wetsvoorstel zijn inderdaad enkele criteria overgenomen uit de richtlijn die een zekere flexibele inhoud hebben. Zo komt het woord «passend» vier maal en het woord «redelijk» drie maal voor in de voorgestelde artikelen.¹⁸ Voor een goed functionerend afwikkelingskader is het, zoals de Afdeling ook stelt in haar advies, belangrijk dat bij de implementatie van de wijzigingsrichtlijn in alle lidstaten zo nauw mogelijk wordt aangesloten bij de formuleringen in die richtlijn, teneinde een uniforme toepassing van het afwikkelingskader te bewerkstelligen. Een verduidelijking in de wettekst of de toelichting die per lidstaat verschilt brengt de uniformiteit van de toepassing van het afwikkelingskader niet dichterbij en zou mogelijk zelfs kunnen leiden tot een te beperkte toepassing. De Europese wetgever heeft gekozen voor een min of meer open afbakening van een bevoegdheid. Daarenboven is ook op inhoudelijke gronden afgezien van een nadere invulling. De praktijk is zo weerbarstig dat niet altijd op voorhand een verduidelijking kan worden gegeven zonder dat dat bij de wetstoepassing tot bezwaren zou leiden. Daarom zijn ook in andere artikelen van de Wet op het financieel toezicht (Wft) termen gebruikt die niet steeds nader zijn ingevuld. Tot slot wordt opgemerkt dat door deze termen, hoe open ook, de desbetreffende bevoegdheden meer zijn afgebakend dan bevoegdheden waarbij een dergelijke clausulering ontbreekt.

3. Vorderingen die voortvloeien uit eigenvermogensbestanddelen

De richtlijn harmoniseert de procedures voor afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen op Europees niveau. De richtlijn bevat een apart afwikkelingsregime met een pakket van afwikkelingsinstrumenten waaronder het bail-in instrument.¹⁹ Bail-in zorgt ervoor dat de verliezen en

¹⁵ Artikel I, onderdeel X, (voorgesteld artikelen 3A:20c, derde lid Wft), wetsvoorstel en zie ook artikel I, onderdeel AP (voorgesteld artikel 3A:52, zesde lid, Wft), wetsvoorstel.

¹⁶ Artikel I, onderdeel AU (voorgesteld artikel 3A:56, eerste en tweede lid, Wft), wetsvoorstel.

¹⁷ Zie (de toelichting bij) aanwijzing 2.14 van de Aanwijzingen voor de regelgeving. «Teneinde de burger voldoende rechtswaarborgen te bieden, behoren bestuursbevoegdheden zo nauwkeurig mogelijk wettelijk te worden ingekaderd.»

¹⁸ Het woord «passend» is overgenomen uit de artikelen 2, eerste lid, punt 5, 33 bis, eerste lid, onderdeel d, subonderdeel ii, onderscheidenlijk 64, tweede lid, van de BRRD II en het woord «redelijk» is overgenomen uit artikel 55 van de BRRD II.

¹⁹ Kamerstukken II 2014/15, 34 208, nr. 3, p. 3.

herkapitalisatiekosten van een falende instelling waar mogelijk terecht komen bij de aandeelhouders en schuldeisers.

Om dit verder vorm te geven schrijft de wijzigingsrichtlijn voor dat lidstaten hun nationale insolventiewetgeving dienen te wijzigen om ervoor te zorgen dat alle vorderingen die voortvloeien uit eigenvermogensbestanddelen in hun nationale op normale insolventieprocedure toepasselijke recht een lagere rang hebben dan die van vorderingen die niet voortvloeien uit een eigenvermogensbestanddeel.²⁰ Dit met het oog op het «no creditor worse off» beginsel, dat bepaalt dat in geval van afwikkeling van een falende bank geen schuldeiser slechter af mag zijn dan hij in faillissement zou zijn geweest.²¹ Op grond van dit beginsel kan in geval van afwikkeling voor individuele schuldeisers een recht op compensatie ontstaan.

In het wetsvoorstel is een verdergaande regeling opgenomen dan de richtlijn vergt.²² Het voorstel schrijft namelijk niet alleen voor dat vorderingen die voortvloeien uit eigenvermogensbestanddelen tijdens faillissement achtergesteld worden. In het voorstel is ook een rangregeling met een rangorde tussen deze achtergestelde vorderingen onderling opgenomen. Daarnaast is bepaald wat er gebeurt met de rang van dit type vorderingen die eerst wel tot het eigen vermogen behoren maar, door welke oorzaak dan ook, later niet meer.²³

De Afdeling merkt op dat slechts beperkt is toegelicht waarom het voorstel verder gaat dan de wijzigingsrichtlijn vergt. Eén van de aanleidingen zijn de consultatiereacties, maar een verdere toelichting in het voorstel hoe dit zich verhoudt met de Uniewetgeving wordt niet gegeven.²⁴ Ten aanzien van de rangorde wordt in de toelichting gesproken over het wegnemen van een onduidelijkheid zonder dat wordt uiteengezet welke onduidelijkheid dit betreft.²⁵

Voorts wordt naar een opinie van de Europese Bankautoriteit (EBA) verwezen. Deze ziet echter op een ander vraagstuk dan de implementatie, namelijk op wijzigingen in andere Uniewetgeving betreffende prudentiële behandeling van uitstaande kapitaalsinstrumenten.²⁶ Deze aanpak van de regering roept de vraag op hoe het voorstel zich op dit punt verhoudt tot de wijzigingsrichtlijn.²⁷

Het voorstel maakt onvoldoende duidelijk wat de gevolgen zijn van de voorgestelde rangregeling in de Faillissementswet. Ten eerste wordt onvoldoende duidelijk wat de verhouding van de voorgestelde rangregeling in faillissement is tot de positie van (houders van) de omschreven vorderingen in de situatie van afwikkeling. Hierbij is met name de vraag of er eventuele gevolgen van de rangregeling zijn voor de toepassing van het beginsel van «no creditor worse off», waarbij de positie van een schuldeiser in faillissement bepalend is.

²⁰ Artikel 1, punt 20, onderdeel c, wijzigingsrichtlijn.

²¹ Artikel 3A:20, eerste en tweede lid, Wft regelt dat bij toepassing van afschrijving of omzetting van kapitaalinstrumenten of een afwikkelingsinstrument aandeelhouders en schuldeisers geen grotere verliezen lijden dan wanneer de entiteit onmiddellijk daaraan voorafgaand overeenkomstig de normale procedure van de Faillissementswet zou zijn geliquideerd (Kamerstukken II 2014/15, 34 208, nr. 3, p. 87).

²² Artikel II wetsvoorstel, onderdeel F, (voorgesteld artikel 212re Faillissementswet).

²³ Memorie van toelichting, Algemeen deel, paragraaf 13, Consultatiereacties, wetsvoorstel.

²⁴ Memorie van toelichting, Algemeen deel, paragraaf 13, Consultatiereacties, wetsvoorstel.

²⁵ Memorie van toelichting, Artikelsgewijze toelichting, Artikel II, onderdeel F (voorgesteld artikel 212re Fw), wetsvoorstel.

²⁶ Opinion of the European Banking Authority on the prudential treatment of legacy instruments, EBA/Op/2020/17, 21 oktober 2020.

²⁷ Zie in dat kader ook aanwijzing 9.4 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

Ten tweede wordt onvoldoende duidelijk wat de gevolgen zijn van de voorgestelde wettelijk vastgelegde rangregeling in vergelijking met het huidige situatie in faillissement, waarbij voor de onderlinge rangorde de privaatrechtelijke verhoudingen bepalend zijn.

Aanvullend merkt de Afdeling op dat met artikel 212oo Fw artikelen die van toepassing zijn op het faillissement van een bank van overeenkomstige toepassing worden verklaard op beleggingsondernemingen. Met het voorstel inzake prudentieel toezicht op beleggingsondernemingen,²⁸ dat momenteel in behandeling is bij de Tweede Kamer, worden wijzigingen aangebracht in de definities die samenhangen met het begrip beleggingsonderneming in de Fw. Na inwerkingtreding van dat voorstel zal de reikwijdte van artikel 212oo Fw veranderen en derhalve een grotere groep beleggingsondernemingen onder deze speciale faillissementsregels voor banken brengen. Dit in afwijking tot de reikwijdte van de richtlijn. Uit de toelichting blijkt niet of dit zo is beoogd, en zo ja, waarom.

De Afdeling adviseert in het licht van het voorgaande de toelichting bij het voorstel op deze punten te verhelderen en zo nodig het voorstel aan te passen.

3. De Afdeling merkt terecht op dat de voorgestelde regeling die een rangorde aanbrengt tussen eigenvermogensbestanddelen (de achtergestelde vorderingen) onderling geen onderdeel uitmaakt van de richtlijn die slechts voorschrijft dat lidstaten ervoor zorgen dat vorderingen die voortvloeien uit eigenvermogensbestanddelen een lagere rang hebben dan vorderingen die niet voortvloeien uit eigenvermogensbestanddelen. Het ontbreken van regeling hiervan in de wijzigingsrichtlijn maakt dat er ruimte bestaat voor nationale keuzes op dit punt. Ook de Europese Bankautoriteit (EBA), acht het wenselijk een rangorde aan te brengen zoals naar voren komt uit haar opinie waarnaar in de memorie van toelichting wordt verwezen. De Afdeling merkt nog op dat deze opinie van de EBA op een ander vraagstuk dan de implementatie ziet. In antwoord hierop wordt opgemerkt dat de opinie inderdaad voornamelijk ziet op een ander vraagstuk, maar (in overweging 20 en 21) wel degelijk ingaat op onderhavige kwestie. Uit de opinie komt naar voren dat de wijzigingsrichtlijn (in artikel 48, zevende lid) geen rangschikkingsregels bevat voor de onderlinge verhouding tussen vorderingen die voortvloeien uit eigenvermogensbestanddelen en dat lidstaten mogelijk rangschikkingsregels voor de verschillende lagen van eigenvermogensbestanddelen (CET1, AT1 en Tier2) zullen invoeren in hun nationale insolventieregels ter voorkoming van zogenoemde «infection risks», waarvoor EBA een voorkeur uitspreekt. Naar aanleiding van de opmerking van de Afdeling dat slechts beperkt is toegelicht waarom het voorstel verder gaat (of genuanceerder is) dan de wijzigingsrichtlijn is de toelichting aangevuld met een passage waaruit naar voren komt dat de nuancering is aangebracht zodat buiten twijfel wordt gesteld in welke volgorde de bewuste vorderingen uit eigenvermogensbestanddelen in faillissement uit de boedel worden voldaan en daarmee ook in welke volgorde deze vorderingen moeten worden afgeschreven dan wel geconverteerd in afwikkeling. Voorts merkt de Afdeling in dit verband op dat een verdere toelichting hoe dit zich verhoudt met de Uniewetgeving ontbreekt. Ook op

²⁸ Wijziging van de Wet op het financieel toezicht en de Faillissementswet in verband met de implementatie van Richtlijn (EU) 2019/2034 van het Europees Parlement en de Raad van 27 november 2019 betreffende het prudentiële toezicht op beleggingsondernemingen en tot wijziging van Richtlijnen 2002/87/EG, 2009/65/EG, 2011/61/EU, 2013/36/EU, 2014/59/EU en 2014/65/EU (PbEU 2019, L 314), alsmede in verband met de uitvoering van Verordening (EU) 2019/2033 van het Europees Parlement en de Raad van 27 november 2019 betreffende prudentiële vereisten voor beleggingsondernemingen en tot wijziging van Verordeningen (EU) nr. 1093/2010, (EU) nr. 575/2013, (EU) nr. 600/2014 en (EU) nr. 806/2014 (PbEU 2019, L 314).

dit punt is de memorie van toelichting aangevuld in de zin dat is opgenomen dat Uniewetgeving niet in de weg staat aan deze verduidelijking. Overigens wordt voor de goede orde opgemerkt dat het niet nieuw is dat binnen een categorie vorderingen een onderlinge rangorde geldt: dat is ook het geval bij de categorie boedelschulden.

De Afdeling merkt op dat het wetsvoorstel onvoldoende duidelijk maakt wat de gevolgen van de voorgestelde rangregeling zijn. De Afdeling acht het onvoldoende duidelijk wat de verhouding van de voorgestelde rangregeling in faillissement is tot de positie van de omschreven vorderingen en de houders daarvan in afwikkeling, en vraagt of er eventuele gevolgen zijn voor de toepassing van het no-creditor-worse-off-beginsel. In antwoord hierop wordt opgemerkt dat het directe gevolg van de rangorde is dat wordt verduidelijkt wat de volgorde is waarin schuldeisers in faillissement uit de boedel worden voldaan, maar dat een zeer belangrijke reden voor het opnemen van de rangorde is dat daardoor tevens wordt verduidelijkt in welke volgorde vorderingen in afwikkeling aan afomki²⁹ of bail-in worden onderworpen. De rangorde heeft ook tot gevolg dat wordt verduidelijkt hoe het no-creditor-worse-off-beginsel moet worden toegepast: per categorie vordering moet worden beoordeeld of de schuldeiser in afwikkeling niet slechter af is dan in een fictief faillissement. De memorie van toelichting is op dit punt aangevuld.

De Afdeling merkt vervolgens op dat onvoldoende duidelijk is wat de gevolgen zijn van de rangregeling in vergelijking met de huidige situatie in faillissement, waarbij voor de onderlinge rangorde de privaatrechtelijke verhoudingen bepalend zijn. In antwoord hierop wordt opgemerkt dat in de huidige situatie mogelijk onduidelijk is wat de onderlinge rangorde van achtergestelde vorderingen is. In het kader van de rangregeling worden de verschillende achtergestelde vorderingen niet pro rata voldaan (nadat de concurrente en preferente vorderingen zijn voldaan), maar zal, afhankelijk van de mate van achterstelling, de ene categorie achtergestelde vorderingen eerder worden voldaan dan de andere categorie achtergestelde vorderingen. Partijen zullen hun privaatrechtelijke verhoudingen onderling regelen, en daarbij aansluiten bij de verordening kapitaalvereisten.³⁰

Aanvullend merkt de Afdeling nog op dat de artikelen die van toepassing zijn op het faillissement van een bank met artikel 2120o Faillissementswet (Fw) van overeenkomstige toepassing worden verklaard op beleggingsondernemingen terwijl de Implementatiewet richtlijn prudentieel toezicht beleggingsondernemingen³¹ wijzigingen aanbrengt in de definities die samenhangen met het begrip beleggingsonderneming, waardoor de reikwijdte van artikel 2120o Fw verandert. De Afdeling stelt dat daarmee een grotere groep beleggingsondernemingen onder deze speciale faillissementsregels voor banken wordt gebracht dan de reikwijdte van de richtlijn beoogt. Dat is niet juist. Artikel 2120o Fw strekt tot implementatie van de richtlijn sanering en liquidatie kredietinstellingen.³² Voor de reikwijdte van laatstgenoemde richtlijn (artikel 1, derde lid) is op grond van de richtlijn herstel en afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen (in artikel 117) aangesloten bij het begrip beleggingsonderneming

²⁹ Het afschrijven en omzetten van relevante kapitaalinstrumenten («afomki»).

³⁰ 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 (PbEU 2013, L 176), hierna: verordening kapitaalvereisten.

³¹ Kamerstukken II 2020/21, 35 783, nr. 2.

³² Richtlijn 2001/24/EG van het Europees Parlement en de Raad van 4 april 2001 betreffende de sanering en de liquidatie van kredietinstellingen (PbEU 2001, L 125). Zie ook Kamerstukken II 2016/17, 34 634, nr. 3, p. 20.

in artikel 4, eerste lid, onderdeel 2, van de verordening kapitaalvereisten. Deze definitie wordt met de verordening prudentiële vereisten beleggingsondernemingen gewijzigd (artikel 62, punt 3, onderdeel b, van de verordening).³³ Bij die gewijzigde begripsomschrijving wordt in de Implementatiewet richtlijn prudentieel toezicht beleggingsondernemingen in artikel 212oo Fw aangesloten, door te verwijzen naar beleggingsondernemingen met zetel in Nederland waaraan een vergunning als bedoeld in artikel 2:96 Wft is verleend. Anders dan de Afdeling betoogt volgt de reikwijdte van artikel 212oo Fw rechtstreeks uit de relevante Europese regelgeving.

4. Overige opmerkingen

a. Uitvoering SRMR-II

Zoals hiervoor is omschreven hangt de wijzigingsrichtlijn nauw samen met de wijzigingsverordening. De Afdeling wijst erop dat in het wetsvoorstel niet duidelijk wordt gemaakt of de wijzigingsverordening nog nadere uitvoering behoeft.

De Afdeling adviseert in de toelichting bij het voorstel te omschrijven of de wijzigingsverordening nadere uitvoering vergt. Gezien de verwevenheid tussen de wijzigingsrichtlijn en de wijzigingsverordening adviseert de Afdeling in het voorstel ook een transponeringstabel op te nemen voor de wijzigingsverordening.³⁴

a. Naar aanleiding van deze opmerking van de Afdeling is in de inleiding van de memorie van toelichting van het wetsvoorstel een passage opgenomen over de onderliggende regelgeving die noodzakelijk is voor de implementatie van de wijzigingsrichtlijn en de wijzigingsverordening. Voor de implementatie van de wijzigingsrichtlijn wordt een implementatiebesluit (Implementatiebesluit verliesabsorptie- en herkapitalisatiecapaciteit van banken en beleggingsondernemingen) en een implementatieregeling (Implementatieregeling verliesabsorptie- en herkapitalisatiecapaciteit van banken en beleggingsondernemingen) opgesteld. In het implementatiebesluit wordt voorzien in een aanpassing van het Besluit bestuurlijke boetes financiële sector waarmee de hoogte van de bestuurlijke boetes die kunnen worden opgelegd bij overtreding van de in dit wetsvoorstel opgenomen bepalingen wordt vastgesteld. Middels de implementatieregeling wordt voorzien in de implementatie van bepalingen die zien op samenwerking en informatieverstrekking tussen toezichthouders. Voor de uitvoering van de wijzigingsverordening wordt een wijziging van het Besluit uitvoering EU-verordeningen financiële markten voorbereid waarmee wordt voorzien in de handhaafbaarheid van de nieuwe bepalingen die de wijzigingsverordening toevoegt aan de verordening. Voor de uitvoering van de wijzigingsverordening is verder geen aanvullende regelgeving nodig. Het Besluit uitvoering EU-verordeningen financiële markten voorziet reeds in de aanwijzing van DNB als nationale afwikkelingsautoriteit in de zin van de verordening, belast met de uitvoering en handhaving van de bij of krachtens die verordening gestelde regels. Aan het slot van de toelichting is als bijlage een transponeringstabel opgenomen die de implementatie van de wijzigingsrichtlijn in de Wft, Fw,

³³ Verordening (EU) 2019/2033 van het Europees Parlement en de Raad van 27 november 2019 betreffende prudentiële vereisten voor beleggingsondernemingen en tot wijziging van Verordeningen (EU) nr. 1093/2010, (EU) nr. 575/2013, (EU) nr. 600/2014 en (EU) nr. 806/2014 (PbEU 2019, L 314).

³⁴ In lijn met aanwijzing 9.12 van de Aanwijzingen voor de regelgeving en paragraaf 2.7.2 van de Handleiding Wetgeving en Europa.

Algemene wet bestuursrecht (Awb) en de wijzigingsverordening in beeld brengt. Er is naar aanleiding van de opmerking van de Afdeling hieromtrent tevens voorzien in een transponeringstabel voor de artikelen van de wijzigingsverordening die geen equivalent in de wijzigingsrichtlijn hebben.

b. Gebruik overgangsregelingen

Zowel de wijzigingsverordening als de wijzigingsrichtlijn omvat verschillende overgangsregelingen voor financiële instellingen om te voldoen aan de MREL³⁵-vereisten.³⁶ De bepalingen uit de wijzigingsverordening zijn rechtstreeks van toepassing. De bepalingen uit de wijzigingsrichtlijn zijn geïmplementeerd door in de bepalingen van het voorstel hiernaar te verwijzen.³⁷ Hiermee is echter nog niet duidelijk of, en zo ja hoe, aan deze overgangsregelingen door DNB als nationale afwikkelingsautoriteit invulling wordt gegeven.

De Afdeling adviseert DNB expliciet de bevoegdheid toe te kennen om onder toepassing van de artikelen van de wijzigingsrichtlijn geschikte overgangsperiodes voor financiële instellingen te bepalen. Tevens adviseert de Afdeling in de toelichting bij het voorstel nader in te gaan of, en zo ja hoe, DNB als afwikkelingsautoriteit gebruik zal maken van in de wijzigingsrichtlijn en wijzigingsverordening opgenomen overgangsregelingen.

b. Voor banken is DNB rechtstreeks bevoegd toepassing te geven aan de overgangsrechtelijke bepalingen waar de Afdeling op doelt (artikel 12 duodecies van de wijzigingsverordening), omdat DNB is aangewezen als nationale afwikkelingsautoriteit in de zin van de verordening (in het Besluit uitvoering EU-verordeningen financiële markten) en deze bevoegdheid in artikel 7, derde lid, van de verordening rechtstreeks aan de nationale afwikkelingsautoriteiten is gegeven. Door de van overeenkomstige toepassingsverklaring van artikel 12 duodecies van de wijzigingsverordening (dat identiek is aan artikel 45 quaterdecies van de wijzigingsrichtlijn en waarmee wordt voorzien de implementatie van laatstgenoemd artikel) in de voorgestelde artikelen 3A:14, tweede lid, 3A:15, tweede lid en 3A:16, tweede lid, Wft kan DNB ook voor beleggingsondernemingen, EU-moederondernemingen en overige groepsentiteiten toepassing geven aan de bedoelde overgangsrechtelijke bepalingen (zie hiervoor tevens de toelichting hieromtrent m.b.t. artikel 45 quaterdecies van de wijzigingsrichtlijn in paragraaf 7 van de memorie van toelichting). Daaruit volgt dat DNB de (instellingsspecifieke) MREL aan deze entiteiten oplegt met inachtneming van het overgangsrecht en daarbij voorziet in een geschikte overgangsperiode. De toelichting is aangevuld met een passage met deze strekking.

c. Verstreken implementatietermijn

De wijzigingsrichtlijn had uiterlijk op 28 december 2020 geïmplementeerd moeten zijn. In de toelichting wordt geen aandacht besteed aan de overschrijding van deze implementatietermijn en de (mogelijke) gevolgen daarvan, bijvoorbeeld voor de financiële instellingen en hun schuldeisers. De Afdeling wijst in dat kader op eventuele gevolgen door de verwevenheid met de (wijzigings)verordening. Deze is immers per 28 december

³⁵ Minimum Requirement Own Funds and Eligible Liabilities.

³⁶ Artikel 45 quaterdecies wijzigingsrichtlijn en artikel 12 duodecies wijzigingsverordening.

³⁷ Artikel I, onderdeel L (voorgesteld artikel 3A:14 Wft), wetsvoorstel.

*2020 in werking getreden en is rechtstreeks toepasselijk. Ook wijst de Afdeling op de samenloop met overige wetgeving in het Bankenpakket.*³⁸

De Afdeling adviseert in de toelichting bij het voorstel hierop in te gaan.

c. In de inleidende paragraaf van de memorie van toelichting van het wetsvoorstel is naar aanleiding van deze opmerking van de Afdeling een passage opgenomen over de overschrijding van de implementatietermijn en de gevolgen daarvan. Daaruit komt naar voren dat de implementatietermijn van de wijzigingsrichtlijn op 28 december 2020 is verstreken. De wijzigingsverordening is vanaf die datum rechtstreeks van toepassing. Het verschil in reikwijdte tussen de wijzigingsrichtlijn en de wijzigingsverordening maakt dat de wijzigingen van het kader voor herstel en afwikkeling voor banken als gevolg van de directe werking van de wijzigingsverordening van toepassing zijn, terwijl deze voor beleggingsondernemingen als gevolg van de te late implementatie van de wijzigingsrichtlijn nog niet van toepassing zijn. Dit heeft vooral consequenties voor de bevoegdheden van DNB, waar het gaat om het toezicht op de nieuwe verplichtingen die voortvloeien uit de verordening en richtlijn. Ten aanzien van bestaande verplichtingen beschikt DNB over alle op grond van Europese regelgeving benodigde bevoegdheden. Er worden geen gevolgen verwacht van de te late implementatie in relatie met de samenloop met de overige wetgeving uit het Bankenpakket.³⁹

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

De Afdeling advisering van de Raad van State heeft een aantal opmerkingen bij het voorstel en adviseert daarmee rekening te houden voordat het voorstel bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal wordt ingediend.

5. De redactionele opmerkingen van de Afdeling zijn met uitzondering van de tweede en derde opmerking overgenomen. De tweede opmerking is niet geadresseerd omdat de definitie van «dochteronderneming van wezenlijk belang» waar de opmerking betrekking op heeft, is komen te vervallen, aangezien die definitie niet wordt gebruikt in het wetsvoorstel. De derde opmerking kon niet worden overgenomen omdat artikel 3A:11a geen leden kent.

De vice-president van de Raad van State

Th.C. de Graaf

³⁸ Het Bankenpakket bevat hervormingen van de prudentiële regelgeving voor banken en bepaalde beleggingsondernemingen. Van het Bankenpakket maken verder deel uit richtlijn 2019/878/EU van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2019 tot wijziging van Richtlijn 2013/36/EU met betrekking tot vrijgestelde entiteiten, financiële holdings, gemengde financiële holdings, beloning, toezichtsmaatregelen en -bevoegdheden en kapitaalconservingsmaatregelen (PbEU 2019, L 150); ook wel bekend als CRD-V; verordening (EU) 2019/876 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2019 tot wijziging van Verordening (EU) nr. 575/2013 wat betreft de hefboomratio, de nettostabielefinancieringsratio, vereisten inzake eigen vermogen en in aanmerking komende passiva, tegenpartijkredietrisico, marktrisico, blootstellingen aan centrale tegenpartijen, blootstellingen aan instellingen voor collectieve belegging, grote blootstellingen, rapportage- en openbaarmakingsvereisten, en van Verordening (EU) nr. 648/2012 (PbEU 2019, L 150), ook wel bekend als CRR-II; en verordening (EU) 2019/877 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2019 tot wijziging van Verordening (EU) nr. 806/2014 met betrekking tot de verliesabsorptie- en herkapitalisatiecapaciteit van kredietinstellingen en beleggingsondernemingen (PbEU 2019, L 150); ook wel bekend als SRMR-II.

³⁹ De richtlijn en verordening kapitaalvereisten (CRD V/CRR II) zijn geïmplementeerd in de Implementatiewet kapitaalvereisten 2020 en onderliggende en bijbehorende regelgeving, zie voor een overzicht daarvan Kamerstukken II 2019/20, 35 559, nr. 3.

6. Van de gelegenheid is gebruik gemaakt om enkele ondergeschikte wijzigingen in het voorstel en de memorie van toelichting aan te brengen.

- Op verschillende plaatsen is een onjuiste verwijzing naar de verordening (EU) nr. 600/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 betreffende markten in financiële instrumenten (PbEU 2014, L 173 («MiFIR»)) gewijzigd in een verwijzing naar Verordening (EU) Nr. 648/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 4 juli 2012 betreffende otc-derivaten, centrale tegenpartijen en transactieregisters (PbEU 2012, L 201 («EMIR»)). In verband daarmee is in artikel 1:1 Wft een definitie van de EMIR-verordening ingevoegd.
- In artikel 3A:1 Wft is in de verwijzing naar de verordening kapitaalvereisten in de definitie van «groepsafwikkelingsautoriteit» een precisering aangebracht.
- In artikel 3A:1 Wft is de definitie van «securitisatie» aangepast naar aanleiding van de inmiddels opgenomen definitie van «securitisatieverordening» in artikel 1:1 Wft.
- In artikel 3A:13, vierde lid, Wft is de verwijzing naar de Afwikkelingsraad vervallen. Eenzelfde wijziging was al opgenomen in artikel 3A:13, derde lid, Wft, in de versie die aan de Raad van State was gezonden, maar abusievelijk niet ook in het vierde lid.
- Het voorgestelde artikel 3A:13d Wft bepaalde, in de versie die aan de Raad van State was gezonden, dat alle verplichtingen waarvoor niet in de overeenkomst is bepaald dat de wederpartij instemt met, kort gezegd, afwikkelingsmaatregelen, niet meetellen voor de MREL. Die regel dient evenwel niet te gelden voor verplichtingen ten aanzien waarvan een ontheffing aan een entiteit met betrekking tot een bepaalde verplichting is verleend. Het artikel is aangepast.
- Artikel 3A:40 Wft, dat bepaalt dat een overbruggingsinstelling van rechtswege over een vergunning beschikt, heeft nu betrekking op de overbruggingsinstelling van een bank en van een beleggingsonderneming. Op grond van de verordening banktoezicht⁴⁰ is de ECB bevoegd om in geval van een bank een vergunning te verlenen. De nieuwe tekst van artikel 3A:40 houdt daar nu rekening mee en de reikwijdte van het artikel is daarom beperkt tot banken. Er is een nieuw artikel 3A:40a ingevoegd met betrekking tot beleggingsondernemingen.
- In artikel 212g Fw zijn enkele definities van gebruikte verordeningen en richtlijnen toegevoegd zodat deze gebruikt kunnen worden in de afdelingen 11AA en 11AB, wat de leesbaarheid van de artikelen ten goede komt.
- In artikel 212oo van de Fw is afdeling 11AA die betrekking heeft op het faillissement van een bank van overeenkomstige toepassing verklaard op het faillissement van een beleggingsonderneming met uitzondering van enkele artikelen. Aan de bepalingen die worden uitgezonderd voor deze beleggingsondernemingen zijn enkele nieuwe artikelen toegevoegd die vanwege het onderhavige wetsvoorstel en enkele andere wetsvoorstellen⁴¹ onderdeel gaan uitmaken van afdeling 11AA en die ofwel niet van toepassing zijn voor beleggingsondernemingen, ofwel uitsluitend van toepassing zijn voor beleggingsondernemingen waarvoor het afwikkelingsraamwerk geldt (op grond van de richtlijn), hetgeen is geregeld in een nieuwe toevoeging aan het artikel. Om redenen van overzichtelijkheid is het artikel opnieuw vastgesteld.

⁴⁰ 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 (PbEU 2013, L 287).

⁴¹ De Implementatiewet verliesabsorptie- en herkapitalisatiecapaciteit van banken en beleggingsondernemingen en Implementatiewet richtlijn gedekte obligaties.

- In de toelichting op artikel 212rf Fw is voor de goede orde toegevoegd dat, waar in dat artikel wordt gesproken over vorderingen die voortvloeien uit de daar bedoelde vermogensbestanddelen, daarmee niet wordt bedoeld op rentevorderingen.
- Er zijn enkele wijzigingen in de bijlagen van de Awb aangebracht. De eerste houdt verband met de wijziging van artikel 3A:64, die reeds was opgenomen in de versie van het wetsvoorstel die aan de Raad van State is gezonden. Met die wijziging wordt voorgesteld dat een verkorte procedure waaronder een 10-dagentermijn voor indiening van een beroepsschrift niet alleen geldt voor besluiten ingevolge de artikelen 3A:17 tot en met 3A:19 Wft, maar voor alle besluiten, genomen ingevolge de afdelingen 3A.1.3, 3A.1.4 en 3A.1.5 Wft met uitzondering van artikel 3A:48 Wft. Ten aanzien van besluiten die onder artikel 3A:64 Wft vallen, geldt op basis van deze verkorte procedure niet alleen dat de beroepstermijn 10 dagen is, maar ook dat bezwaar bij DNB niet mogelijk is en dat beroep rechtstreeks bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven moet worden ingesteld. Dat vergt een wijziging van de bijlagen van de Awb. Hiermee wordt een omissie hersteld. Op grond van de systematiek van de richtlijn en de keuzes die zijn gemaakt ten tijde van de eerste implementatie daarvan zou de verkorte procedure van toepassing moeten zijn voor alle crisisbeheersingsmaatregelen die ingevolge de afdelingen 3A.1.3, 3A.1.4 en 3A.1.5 Wft kunnen worden genomen en niet alleen voor de besluiten op grond van de artikelen 3A:17 tot en met 3A:19 Wft. Dat wordt met deze wijziging hersteld. Tot slot: in de memorie van toelichting bij de implementatie van de richtlijn is opgemerkt dat ook het besluit tot het weigeren van het nemen van een besluit tot afwikkeling of het besluit tot het niet toepassen van een afwikkelingsinstrument, is uitgesloten van bezwaar, beroep en hoger beroep.⁴² Dat was evenwel niet geregeld in de bijlage. Met een aanvulling van de bijlagen van de Awb wordt dat rechtgezet.

Ik verzoek U, in overeenstemming met mijn ambtgenoot voor Rechtsbescherming, 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,
W.B. Hoekstra

⁴² Kamerstukken II 2014/15, 34 208, nr. 3, p. 33.

Redactionele bijlage bij het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State betreffende no. W06.21.0095/III

- In artikel I, onderdeel F, onderdeel 2, artikel 3A:1, eerste lid, «49a» vervangen door «49bis».
- In artikel I, onderdeel F, onderdeel 2, artikel 3A:1, eerste lid, «onder a,» laten vervallen.
- In artikel I, onderdeel H, na «3A:11a» toevoegen «, derde lid».
- In artikel I, onderdeel K, artikel 3A:13a, tweede lid, «a en b» vervangen door «a, b en c.»
- In artikel I, onderdeel M, tweede subonderdeel, en onderdeel N, eerste subonderdeel, artikel 12duodecies, eerste lid en vijfde tot en met achtste lid van de verordening van overeenkomstige toepassing verklaren, analoog aan de wijziging artikel 3A:14, tweede lid, Wft in onderdeel L.
- In artikel I, onderdeel N, artikel 3A:16, eerste lid, «c tot en met f» vervangen door «d tot en met f».
- In artikel I, onderdeel W, artikel 3A:20, eerste lid, onderdeel c, «16, 18 of 21» vervangen door «de artikelen 16, 18 of 21».
- In artikel I, onderdeel X, artikel 3A:20c, derde lid, «kleine ondernemingen» vervangen door «kleine en middelgrote ondernemingen».
- In artikel I, onderdeel AP, artikel 3A:52, zesde lid, «kleine ondernemingen» vervangen door «kleine en middelgrote ondernemingen».
- In de artikelsgewijze toelichting, artikel I, onderdeel O, artikel «12 decies» vervangen door «artikel 12duodecies».
- In de toelichting de medebetrokkenheid van een of meer andere bewindspersonen, bijvoorbeeld vanwege (mede)verantwoordelijkheid voor de Faillissementswet, tot uitdrukking brengen (zie aanwijzing 4.40, tweede lid, van de Aanwijzingen voor de regelgeving).