**Raad vanState**

No. W06. 20 .0 26 8 /I11 's-Gravenhage, 21 oktober 2020

Bij Kabinetsmissive van 17 juli 2020, no.2020001543, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Financiën, mede namens de Minister voor Rechtsbescherming, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van houdende wijziging van de Wet op het financieel toezicht en van de Faillissementswet in verband met de bevoegdheid om vast te stellen dat een bank of beleggingsonderneming faalt of waarschijnlijk zal falen en in verband met de verificatie van interesten die lopen vanaf de faillietverklaring van een bank of beleggingsonderneming ter uitvoering van Richtlijn nr. 20 1 4 /59 /EU alsmede ter uitvoering van Verordening (EU) nr.

80 6 /20 14 , met memorie van toelichting.

Het wetsvoorstel regelt twee onderwerpen. Allereerst wordt voorzien in toekenning van de bevoegdheid om vast te stellen dat een, kort gezegd, niet­ significante bank faalt of waarschijnlijk zal falen aan de Nederlandsche Bank **(DNB).** Daarnaast wordt voor faillissementen van banken en beleggingsondernemingen voorzien in een uitzondering op de regel dat rente die loopt vanaf het moment van faillietverklaring niet wordt geverif ieerd.

De Afdeling advisering van de Raad van State maakt opmerkingen over de voorgestelde bevoegdheidstoekenning aan DNB en over het afzien van openbare consultatie van het wetsvoorstel. In verband daarmee is aanpassing wenselijk van de toelichting.

1. . Bevoegdheidstoekenning DNB
	1. *Inhoud voorstel*

Het wetsvoorstel voorziet in een nieuw artikel in de Wet op het financieel toezicht ( Wft ). 1 Daarin wordt bepaald dat DNB met betrekking tot niet-significante banken, of een andere entiteit binnen een bankengroep, ten aanzien waarvan DNB binnen het gemeenschappelijk afwikkelingsmechanisme als nationale afwikkelingsautoriteit bevoegd is om afwikkelingsbesluiten te nemen, tevens bevoegd is om vast te stellen of een dergelijke bank (of andere entiteit) "faalt of waarschijnlijk zal falen". Dit negatieve oordeel over de levensvatbaarheid is één van de vereisten om over te kunnen gaan tot afwikkeling.

Volgens de toelichting bij het voorstel volgt uit het systeem van de relevante Europese richtlijnen en verordeningen dat DNB over deze bevoegdheid beschikt, maar ontbreekt een uitdrukkelijke bepaling daartoe. Daarbij wordt gewezen op het feit dat DNB in deze gevallen het prudentieel toezicht uitoefent. Het voorstel vult een lacune op, aldus de toelichting.

1 Art ikel I van het voorstel.

AAN DE KONING

### 2

* 1. *Overleg Europese Commissie en Europese Centrale Bank*

De Afdeling merkt op dat het voorgestelde artikel strekt tot de toekenning in nationaal recht van een bevoegdheid die wordt toegepast binnen het gemeenschappelijk afwikkelingsmechanisme (SRM), zoals neergelegd in de SRM ­ verordening. 2 Het SRM vormt tezamen met de het gemeenschappelijk toezichtmechanisme **(SSM),** neergelegd in de SSM -ve rordening, 3 het geharmoniseerde kader voor het prudentieel toezicht op en de afwikkeling van banken(groepen) binnen de bankenun i e. Beide verordeningen bevatten een (rechtstreeks werkende) taak- en bevoegdheidsverdeling tussen de nationale autoriteiten en de Europese autoriteiten.

Het wetsvoorstel gaat uit van een kennelijke lacune in de bevoegdheidsverdeling tussen de nationale toezichthouders en de Europese Cent rale Bank (ECB), die een aanvullende regeling in nationaal recht noodzakelijk maakt. De Afdeling merkt op dat uit de toelichting niet blijkt of er over het voorstel overleg is geweest met de Europese Com missie, en wat de uitkomst is geweest van dit overleg. Verder wordt niet ingegaan op het (formele) standpunt van de ECB in deze kwestie. De positie van de ECB is van belang omdat de voorgestelde bevoegdheid van DNB raakt aan bevoegdheden van de ECB op grond van beide verordeningen, maar ook met het oog op een uniforme toepassing van deze verordeningen binnen de bankenunie.

In de toelichting wordt bovendien niet ingegaan op de precieze aard en achtergronden van de lacune in de bevoegdheidstoedeling in het Unierecht . Hiero ver merkt de Afdeling het volgende op.

* 1. *Europeesrechtel1ïk geharmoniseerd kader bevoegdheidstoedeling*

In de richtlijn herstel en afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen (BRR D) 4 wordt bepaald dat de prudentieel toezichthouder in beginsel de

vaststelling doet dat een bank of beleggingsonderneming faalt of dreigt te falen. 5 Voor af w ik keling van banken(groepen) binnen de bankenunie vult de SRM­ verordening de toepassing van de BRRD nader in. De bevoegdheidsverdeling ter zake van het nemen van afwikkelingsbesluiten volgt (rechtstreeks) uit de SRM-

2 Verordening (EU} **Nr.** 806 /20 14 van het Europees Parlement en de Raad van **1** 5 juli 2014 tot vasts te llin g 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. 10 93 / 20 10 , PbEU 20 14, L 225 (Sin gle R esolu tion M echanism R egulat io n) .

3 Verordening (EU} Nr. 10 24 /20 13 van de Raad van 15 oktober 2013 waarbij aan de Europese Centrale Bank speci fieke taken worden opgedragen betreffende het beleid inzake het prudentieel toezicht op kredietinste llingen , PbEU 20 13 , L 287(Single Super visory Mechanism Re gulation} .

4 Richtlijn 20 14 /59 van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 betreffende de

tot standbreng ing van een kader voor het herstel en de af wikkelin g van kredietinstellingen en beleggingsondernemingen en tot wijzi ging van Richtlijn 82/891 /EEG van de Raad en de Ri chtl ijnen 2001/24/EG , 200 2/47/EG , 2004 /25/EG , 2005 / 56 /EG , 200 7/36 /EG, 2011/3 5/EU, 2012 /30 /EU en

20 13 / 36 /EU en de Verorden in gen (EU) nr. 1093 /2010 en (EU) nr. 648 /20 12, van het Europees Parlement en de Raad (PbEU 20 14 , L 173 ).

5 Zie artikel 32, eerste lid, BRRD. Niettemin kunnen lidstaten desgewenst bepalen dat tevens de

(nationale} af wikkelingsaut oriteit hiertoe bevoegd is.

3

vero rdening. 6 Voor afwikkelingsbesluiten door de Europese afwikkelingsraad ten aanzien van significante en bepaalde niet-significante banken(groepen) is de ECB als prudent ieel toezichthouder bevoegd om (dreigend) falen vast te stellen . 7

Voor af w ikkelingsbesluit en door de nationale afwikkelingsautoriteiten ten aanzien van de overige niet -significant e banken(groepen),8 ontbreekt echter een parallelle regeling over de bevoegdheid om (dreigend) falen vast te st ellen .9 Aldus geeft de S AM -verordening op dit punt geen expliciete regeling. Vanwege het ontbreken van deze expl iciet e regeling wordt met de voorgestelde bepaling in de Wft DNB aangewezen als de bevoegde autoriteit die vaststelt of sprake is van (dreigend)

falen. Hoewel dit niet zo wordt toegel icht , gaat de Afdeling ervan uit dat hiermee de eerdergenoemde bepaling in de BRRD alsnog in het nationaal recht wordt

geïm plem ent eerd .

In de toelichting wordt niet ingegaan op de verhouding tot de SSM-verordening en de daarin opgenomen taak- en bevoegdheidsverdeling voor het prudentieel toezicht op banken. In de SSM -vero rden ing worden in dat kader (exclusief) aan de ECB specifieke staken opgedragen. Ter uitvoering van het prudentieel toezicht zijn nationale toezichthouders ten aanzien van niet-significante banken(groepen) belast met de toezichtstaken die zien op de uit oefen ing van het "doorlopend t oezicht " , terwijl de ECB exclusief bevoegd is (blijf t ) tot verlening en intrekking van

vergunningen en bovendien op enig moment het toezicht op een niet-significante bank volledig aan zich kan trekken.

Gelet op dit geharmoniseerde kader, acht de Afdel ing het van belang dat wordt gemotiveerd dat daaruit niet reeds de bevoeg dheid van de ECB of DNB tot

vast stell ing van (dreigend) falen bij afwikkeling volgt en dat om die reden een aanvullende bevoegdheidstoekenning in het nationaal recht noodzakelijk is ter uitvoering van artikel 32, eerste lid, van de BRRD.

* 1. *Conclusie*

Het wetsvoorstel gaat uit van een kennelijke lacune in het Unierecht. Vanwege de uniforme toepassing van het toezi cht s- en afwikkelingskader is het van belang dat in de toelichting wordt ingegaan op de uitkomsten van overleg met de Europese Commissie en de ECB. Daarbij zou nader moeten worden gemotiveerd dat niet reeds uit het geharmoniseerde kader van prudentieel toezicht op en afwikkeling van banken de bevoeg dheid van de ECB of DNB tot vaststelling van (dreigend) falen bij afwikkeling volgt .

6 Art ikel 7 en art ik el 18 SAM - verordening .

7 Art ikel 18 , eerste lid, t weede alinea , van de SAM -verorden ing.

8 Het betreft niet-significante banken die onder rechtstreeks toezicht staan van de ECB , of waar bij de af wikkeling ervan een beroep zal worden gedaan op het Europese afwikkelingsfonds. Zie art ikel 7, derde lid, van de SAM -verordening .

9 Zie artike l 7, derde lid , vierde al inea , van de SAM -verordening , waarin de tweede alinea van art ik el 18, eerste lid, van die verorden ing niet van overeenkomstige t oepassing wordt verklaard .

### 4

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

1. Afzien van consultatie

De Afdeling merkt op dat over het wetsvoorstel geen openbare consultatie heeft plaatsgevonden. De regering heeft uitgangspunten vastgesteld aangaande

int ern et consu lt at ie. 10 Daarin is aangegeven dat ten behoeve van de transparantie van het wetgevingsproces in principe alle voorstellen voor wetgeving in internetconsultatie wordt gebracht, tenzij het bijvoorbeeld om puur technische wijzigingen of de implementatie van EU-regelgeving gaat. In die laatste gevallen is internetconsultatie optioneel. Ook indien sprake is van spoed- of noodwetgeving, kan dit een grond vormen om van consultatie af te zien.

In de toelichting wordt niet gemotiveerd waarom is afgezien van openbare consultatie. De voorgestelde wijzigingen van de Faillissementswet betreffen in elk geval geen implementatie, maar een uitzondering op een belangrijk nationaal rechtsbeginsel met betrekking tot de fixatie van vorderingen in faillissement.11

De Afdeling adviseert daarom het wetsvoorstel alsnog aan een toereikend consultatieproces te onderwerpen, tenzij zwaarwegende redenen zich daartegen verzetten.

1. 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.

De vice-president van de Raad van St ate ,

10 Brief van de ministers van Economische Zaken en van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties , Wonen en Rij ksdienst van 17 november 2016 (Najaarsrapportage regeldruk), Kamerstukken Il

20 16/1 7, 29 515 , nr. 397 , en Draaiboek voor de regelgeving, nr. 16 .

11 Artikel Il van het voorstel.

Redactionele bijlage bij het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State betreffende no.W0 6. 20.0 26 8/III

In artikel 1, artikel 3A:20A, "andere entiteiten dan de in artikel 7, tweede lid, van de verordening gemeenschappelijk afwikkelingsmechanisme" vervangen door "de entiteiten, bedoeld in artikel 7, derde lid, van de verordening gemeenschappelijk afwikkelingsmechanisme", gelet op het feit dat de ECB de bevoegde autoriteit is ten aanzien van de entiteiten bedoeld in artikel 7, vierde lid, onderdeel b, en vijfde lid, blijkens artikel 18, eerste lid, van die verordening.

Verduidelijk in de toelichting wat de inwerkingtreding van artikel Il van het wetsvoorstel voor gevolgen heeft voor de verificatie van eventuele negatieve rentevorderingen die na de faillissementsdatum ontstaan.

F

# Raad vanstate

p tbu '.!0019 - r\_o:, o EA Den l, l 1J

-:.,

-0

V}

## .x'f;;

-

:..,

bil

### .bC.O

·.::

"'

•• • •••••••• •

(;Iu

> *.r*

*.*.*t:*.*J*.

b"i'l

C

*t*

C

.0..

E

bil

'-'

]



 2 6 OKT. 2020

J

## D&I

.!: ö

C .>.,(

C:

N cc

No 09738

M ini st erie v an T.a.v .

f4, j