

GECOMBINEERDE COMMISSIE VENNOOTSCHAPSRECHT

van de

Nederlandse Orde van Advocaten

en de

Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie

Advies inzake

Wijziging van de Wet op het financieel toezicht en enige andere wetten ter implementatie van richtlijn nr. 2014/59/EU van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 betreffende de totstandbrenging van een kader voor het herstel en de afwikkeling van kredietinstellingen en beleggingsondernemingen (BRRD), alsmede ter implementatie van verordening (EU) nr. 806/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 15 juli 2014 tot vaststelling van eenvormige regels en een eenvormige procedure voor de afwikkeling van kredietinstellingen en bepaalde beleggingsondernemingen in het kader van een gemeenschappelijk afwikkelingsmechanisme en een gemeenschappelijk bankenafwikkelingsfonds (VoSRM): de

**Implementatiewet Europees kader voor herstel en afwikkeling van banken en
beleggingsondernemingen (34 208)**

De Gecombineerde Commissie heeft niet tijdig voor de inbrengdatum van dit vrij ingewikkelde wetsvoorstel kunnen reageren gezien de beperkte tijd die daarvoor was gegeven maar wil niettemin alsnog een reactie indienen, beperkt tot de volgende punten:

1. De financiële toezichtswetgeving wordt te ingewikkeld

De Gecombineerde Commissie meent dat beter voor een andere wijze van implementatie gekozen kan worden. Namelijk: een aparte implementatiewet voor de BRRD, in plaats van het invlechten van de implementatie van de BRRD in de Wet op het financieel toezicht (**Wft**). De achtergrond van deze opmerking is als volgt. Dit stelsel voor herstel en afwikkeling raakt een vrij specifieke groep financiële ondernemingen, namelijk: banken, (bepaalde) beleggingsondernemingen en (bepaalde) groepsonderdelen. Bovendien gaat het hier niet om een toezichtstaak van De Nederlandsche Bank die onderdeel is van haar reguliere taak, maar om specifieke herstel- en afwikkelingsbevoegdheden die moeten worden uitgeoefend in afbakening met de (Europese) Afwikkelingsraad. Als dit in een aparte wet zou worden opgenomen, zou (i) de Wft niet worden belast met (veel) extra regels die slechts voor een kleine groep van belang zijn en (ii) de specifieke taak van DNB beter afgebakend kunnen worden van de algemene taken op grond van de Wft. Hierbij speelt ook mee dat het wetsvoorstel leidt tot potentieel grote ingrepen in het Nederlandse vennootschapsrecht. Zie bijvoorbeeld art. 1:75a, afdeling 3.6.5 (art. 3:302, 3:303), 3A:6, 3A:12, 3A:50, etc. Ook om die reden zou het beter zijn om deze bijzondere regels bij elkaar te houden, en niet te vervlechten in de toch al niet erg toegankelijke Wft, zodat voor de praktijk beter duidelijk is in welke bijzondere omstandigheden deze inbreuken aan de orde kunnen zijn.

2. De regels voor verzekeraars raken te versnipperd

Het is de bedoeling blijkens het voorstel om de afdelingen 3.4.5A.1 en 2 (alleen) te handhaven voor verzekeraars. De Gecombineerde Commissie begrijpt deze keuze, nu er (nog) geen Europees kader is voor herstel en afwikkeling van verzekeraars. Het is wel zo dat het handhaven van deze regeling (alleen) voor verzekeraars de diversiteit van regelingen nog groter maakt. Immers: voor banken en (bepaalde) beleggingsondernemingen gaat nu het stelsel gelden van de BRRD/VoSRM. Basale regels over het soort ingrijpen, de voorwaarden daarvoor, de rechtsbescherming voor verzekeraars en banken gaan daardoor uit elkaar lopen. Een nadeel is ook dat bepaalde verzekeraars omdat zij onderdeel zijn van een 'bankengroep' (ook) te maken kunnen krijgen met het BRRD/VoSRM stelsel. Over deze mogelijke samenloop geeft het wetsvoorstel geen duidelijkheid.

3. Het handhaven van Deel 6 heeft geen inhoudelijke betekenis

Het is tevens de bedoeling om Deel 6 van de Wft te handhaven voor alle financiële ondernemingen. Dus ook voor de banken en beleggingsondernemingen die vallen onder de BRRD/VoSRM, maar dan als 'staatsnoodrecht'. De Gecombineerde Commissie meent dat dit technisch kan, met dien verstande dat eigenlijk geen situatie denkbaar is waar nog ruimte zou kunnen zijn voor toepassing van het onteigeningsinstrument van Deel 6 voor de partijen die onder het BRRD/VoSRM stelsel vallen en dat onverhoopte toepassing zou moeten plaatsvinden in afstemming met de Afwikkelingsraad.

4. De positie van holdings en groepsonderdelen is onduidelijk

De Gecombineerde Commissie acht de positie van de diverse holdings en de financiële instellingen (zie art. 3A:2) onduidelijk. Allereerst moet worden bedacht dat voor de 'buitenwereld' de positie van financiële holdings, gemengde financiële holdings, gemengde holdings en financiële instellingen die onder geconsolideerd toezicht vallen, niet duidelijk is. Er vindt geen openbare registratie plaats van deze hoedanigheden. Vanwege de ruime omschrijvingen van letters (c)-(f) is het niet zo dat alleen groepen waarin een bank of (bepaalde) beleggingsonderneming zitten die vallen onder de BRRD/VoSRM onder dit hoofdstuk vallen. Bijvoorbeeld: ook een holding van een 'kleine' beleggingsonderneming is een financiële holding. De Gecombineerde Commissie kan zich niet voorstellen dat bedoeld is om ook deze groepen onder de reikwijdte te brengen, via de holding. Iets soortgelijks kan zich voordoen ten aanzien van gemengde financiële holdings, die bijvoorbeeld kunnen bestaan uit een 'kleine' beleggingsonderneming en een grote verzekeraar (waarmee de kwalificatie van een financieel conglomeraat aan de orde is, en via deze weg die van gemengde financiële holding). Ook hier lijkt niet de bedoeling dat hoofdstuk 3A.2 toepassing gaat vinden. Ook in geval er binnen de groep (wel) sprake is van een partij die onder het BRRD/VoSRM stelsel valt (zoals het geval zou zijn geweest bij SNS REAAL) rijst de vraag hoe dan, mede gelet op de aanwezigheid van een verzekeraar in de groep, de BRRD/VoSRM bevoegdheden zouden uitpakken. Bijvoorbeeld: wat gebeurt er als op het niveau van de holding (eerst) een 'AFOMKI' plaatsvindt van instrumenten die niet alleen voor de bank maar ook voor de verzekeraar 'meetellen' en/of vervolgens nog een bail-in plaatsvindt? Het wetsvoorstel biedt op dit punt geen duidelijkheid.

5. De operationele onafhankelijkheid binnen DNB is onvoldoende verankerd

Ingevolge art. 3.3 BRRD moet er binnen DNB operationele onafhankelijkheid zijn tussen de afwikkelingsfunctie ingevolge de BRRD/VoSRM en de overige taken van DNB. De Gecombineerde Commissie acht art. 12b van de Bankwet hiervoor onvoldoende en de voorgestelde stemmenverdeling (waarbij de directeur 'afwikkeling' bepaalde besluiten altijd kan doorzetten tegen de wens van de rest van de directieuren) nogal theoretisch. De Gecombineerde Commissie meent dat er meer nodig is om, zoals art. 3.3 BRRD eist, operationele onafhankelijkheid te garanderen en belangenconflicten tussen

toezichtsfuncties en herstel en afwijking te voorkomen. Het gaat dan immers niet alleen om het directionelniveau.

6. De bevoegdheden van DNB als afwikkelaar zijn onduidelijk

Vanwege de invlechting in de Wft (zie punt 1) wordt er voor de bevoegdheden van DNB geen onderscheid gemaakt tussen de afwikkelingstaak en de overige taken. Betekent dit (bijvoorbeeld) dat DNB ook als 'afwikkelaar' alle handhavingsbevoegdheden heeft uit deel 1 en hoe verhoudt zich dit tot de specifieke BRRD/VoSRM bevoegdheden? Zou het niet beter zijn om de bevoegdheden die worden toegekend in het kader van de afwikkelingsbevoegdheid apart op te nemen (in deel 3 of een apart stukje van deel 1), zodat duidelijk is dat de 'gewone' bevoegdheden voor die taak niet gelden.

7. De afwikkelbevoegdheden van DNB dienen te worden beperkt tot de afwikkeltaak

Artikel 1:75a Wft bevat zeer vergaande bevoegdheden voor DNB (namelijk: het vereisen dat de juridische of operationele structuur wordt gewijzigd of voorschrijven dat bepaalde besluiten ter goedkeuring aan de AVA moeten worden voorgelegd). Naar de inzichten van de Gecombineerde Commissie zouden deze bevoegdheden alleen aan de orde kunnen zijn in de context van de afwikkelingstaak. Die beperking blijkt echter niet.

8. Rechtsbescherming

De rechtsbescherming acht de Gecombineerde Commissie een belangrijk aandachtspunt. In zijn algemeenheid kan worden geconstateerd dat het nieuwe Europese kader voor rechtsbescherming, ook in vergelijking met de (voor banken/beleggingsondernemingen) 'oude' deel 3 bepalingen, mager is. Zo is niet (langer) voorzien in afstemming bij voorbaat met de aandeelhouders (vergelijk art. 3:159w Wft en art. 3A.6), die in het kader van een voorafgaande rechterlijke toets worden gehoord. Art. 85 BRRD laat op zich toe dat er sprake is van een voorafgaande rechterlijk goedkeuring, in welk kader ook voorzien zou kunnen worden in het horen van aandeelhouders. Dat moet dan overigens wel binnen 24 uur (overweging 92 van de BRRD). De Gecombineerde Commissie begrijpt de afweging (p. 31 MvT) dat zeer de vraag is of een dergelijke ex ante toetsing bijdraagt aan effectieve rechtsbescherming. De Gecombineerde Commissie meent echter dat de afwezigheid van een ex ante toetsing het belang van een effectieve ex post toetsing groter maakt. In dit kader kan worden geconstateerd dat er een verschuiving is van de civiele rechter naar de bestuursrechter. Hiermee wijkt de implementatie van de BRRD af van de bestaande systematiek waarin de toepassing van het overgangsregime van Deel 3, de noodregeling en de bevoegdheden onder de Faillissementswet in handen zijn van de civiele rechter. In het wetsvoorstel is voor deze omslag naar de bestuursrechter geen overtuigende motivering opgenomen. Voorts: niet altijd zal duidelijk zijn welke bestuursrechter (de Europese of de nationale) bevoegd is, bijvoorbeeld indien zowel de Afwikkelingsraad als DNB betrokken zijn bij een dossier. De Gecombineerde Commissie meent dat bij enige betrokkenheid van DNB gewaarborgd zou moeten zijn dat een rechtzoekende in ieder geval terecht kan bij de Nederlandse bestuursrechter. Bij zeer ingrijpende beslissingen (zoals de afschrijving of omzetting van kapitaalinstrumenten) is gekozen voor slechts één instantie, rechtstreeks beroep bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven. De Gecombineerde Commissie vindt dit geen goede keuze en pleit voor een volwaardige rechtsbescherming.

9. De rechtsbescherming in geval van waarderingskwesaties

De Gecombineerde Commissie vraagt aandacht voor de toepassing van art. 3A:20. De hier beschreven regel is dat bij afschrijving of omzetting van kapitaalinstrumenten: de voormalige houders niet slechter af mogen zijn dan bij faillissement en de schade zal op zo kort mogelijke termijn worden

vastgesteld door een onafhankelijke taxateur, om vervolgens te worden gecompenseerd uit het afwikkelfonds. Het SNS dossier, waar de waardering plaatsvindt onder leiding van een gespecialiseerde rechter (de Ondernemingskamer) laat zien dat waarderingskwesties ingewikkeld en tijdrovend zijn. Onduidelijk is welke rechtsbescherming onder de BRRD/VoSRM systematiek geldt in het kader van deze afwikkeling. De Gecombineerde Commissie brengt in herinnering dat in het kader van Deel 6 juist uitdrukkelijk is gekozen voor het aanwijzen van de civiele Ondernemingskamer voor het vaststellen van de schadeloosstelling bij onteigening wegens de daar aanwezige expertise.

Den Haag, 21 augustus 2015