

Vergaderjaar 2021–2022

35 945

Wijziging van de Wet op het financieel toezicht en de Faillissementswet in verband met de bevoegdheid om vast te stellen of 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. 2014/59/EU alsmede ter uitvoering van Verordening (EU) nr. 806/2014

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. 21 oktober 2020 en het nader rapport d.d. 12 oktober 2021, aangeboden aan de Koning door de Minister van Financiën, mede namens de Minister voor Rechtsbescherming. Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 17 juli 2020, nr. 20210001543, 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 21 oktober 2020, nr. W06.20.0268/III, bied ik U hierbij aan.

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

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 ahangig 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. 2014/59/EU alsmede ter uitvoering van Verordening (EU) nr. 806/2014, 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,

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.

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 geverifieerd.

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

a. Inhoud voorstel

Het wetsvoorstel voorziet in een nieuw artikel in de Wet op het financieel toezicht (Wft).² 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.

b. 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.³ Het SRM vormt tezamen met de het gemeenschappelijk toezichtmechanisme (SSM), neergelegd in de SSM-verordening,⁴ het geharmoniseerde kader voor het prudentieel toezicht op en de afwikkeling van banken(groepen) binnen de bankenunie. 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 Centrale 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 Commissie, en wat de

² Artikel I van het voorstel.

³ 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 (Single Resolution Mechanism Regulation).

⁴ 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 (Single Supervisory Mechanism Regulation).

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. Hierover merkt de Afdeling het volgende op.

c. Europeesrechtelijk geharmoniseerd kader bevoegdheidstoedeling

In de richtlijn herstel en afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen (BRRD)⁵ wordt bepaald dat de prudentieel toezichthouder in beginsel de vaststelling doet dat een bank of beleggingsonderneming faalt of dreigt te falen.⁶ Voor afwikkeling 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-verordening.⁷ Voor afwikkelingsbesluiten door de Europese afwikkelingsraad ten aanzien van significante en bepaalde niet-significante banken(groepen) is de ECB als prudentieel toezichthouder bevoegd om (dreigend) falen vast te stellen.⁸

Voor afwikkelingsbesluiten door de nationale afwikkelingsautoriteiten ten aanzien van de overige niet-significante banken(groepen),⁹ ontbreekt echter een parallelle regeling over de bevoegdheid om (dreigend) falen vast te stellen.¹⁰ Aldus geeft de SRM-verordening op dit punt geen expliciete regeling. Vanwege het ontbreken van deze expliciete 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 toegelicht, gaat de Afdeling ervan uit dat hiermee de eerdergenoemde bepaling in de BRRD alsnog in het nationaal recht wordt geïmplementeerd.

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-verordening 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 uitoefening van het «doorlopend toezicht», terwijl de ECB exclusief bevoegd is (blijft) tot verlening en intrekking van vergunningen en bovendien op enig moment het toezicht op een niet-significante bank volledig aan zich kan trekken.

⁵ Richtlijn 2014/59 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).

⁶ Zie artikel 32, eerste lid, BRRD. Niettemin kunnen lidstaten desgewenst bepalen dat tevens de (nationale) afwikkelingsautoriteit hiertoe bevoegd is.

⁷ Artikel 7 en artikel 18 SRM-verordening.

⁸ Artikel 18, eerste lid, tweede alinea, van de SRM-verordening.

⁹ Het betreft niet-significante banken die onder rechtstreeks toezicht staan van de ECB, of waar bij de afwikkeling ervan een beroep zal worden gedaan op het Europese afwikkelingsfonds. Zie artikel 7, derde lid, van de SRM-verordening.

¹⁰ Zie artikel 7, derde lid, vierde alinea, van de SRM-verordening, waarin de tweede alinea van artikel 18, eerste lid, van die verordening niet van overeenkomstige toepassing wordt verklaard.

Gelet op dit geharmoniseerde kader, acht de Afdeling het van belang dat wordt gemotiveerd dat daaruit niet reeds de bevoegdheid van de ECB of DNB tot vaststelling 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.

d. Conclusie

Het wetsvoorstel gaat uit van een kennelijke lacune in het Unierecht. Vanwege de uniforme toepassing van het toezichts- 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 bevoegdheid van de ECB of DNB tot vaststelling van (dreigend) falen bij afwikkeling volgt.

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

1. De Afdeling maakt een aantal opmerkingen over het onderdeel van het voorstel waarin 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».

De Afdeling acht het van belang dat wordt gemotiveerd dat niet reeds uit het geharmoniseerde kader van prudentieel toezicht op en afwikkeling van banken de bevoegdheid van de ECB of DNB tot vaststelling van falen of waarschijnlijk zal falen bij afwikkeling volgt. Ik merk hierover het volgende op.

De richtlijn herstel en afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen¹¹ (hierna: BRRD) vormt, kort gezegd, het Europees kader voor de omgang met falende banken en beleggingsondernemingen. In artikel 32, eerste lid, onderdeel a, BRRD wordt bepaald dat de afwikkelingsautoriteit een afwikkelingsmaatregel niet eerder kan nemen dan nadat de prudentieel toezichthouder de vaststelling doet dat een bank of beleggingsonderneming faalt of waarschijnlijk zal falen. Artikel 32, tweede lid, BRRD bevat de lidstaatoptie dat ook de afwikkelingsautoriteit die vaststelling kan doen, indien aan bepaalde voorwaarden is voldaan. Deze vaststelling over de overlevingskansen is een van de drie vereisten om over te kunnen gaan tot afwikkeling.

De verordening gemeenschappelijk afwikkelingsmechanisme¹² (hierna: SRM-verordening) vormt het juridisch kader voor de afwikkeling van banken(groepen) binnen de bankenunie en vult de toepassing van de

¹¹ 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).

¹² Verordening (EU) nr. 806/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 15 juli 2014 tot vaststelling van eenvormige regels en een eenvormige procedure voor de afwikkeling van kredietinstellingen en bepaalde beleggingsondernemingen in het kader van een gemeenschappelijk afwikkelingsmechanisme en een gemeenschappelijk bankenafwikkelingsfonds en tot wijziging van Verordening (EU) nr. 1093/2010 van het Europees Parlement en de Raad (PbEU 2014, L 225).

BRRD nader in. Artikel 18, eerste lid, SRM-verordening heeft betrekking op significante banken en banken die onderdeel uitmaken van een grensoverschrijdend actieve bankengroep. De tweede alinea van dit artikel bepaalt dat de ECB bevoegd is om te beoordelen of is voldaan aan de voorwaarde »faalt of waarschijnlijk zal falen«. De vraag of aan de andere twee vereisten voor afwikkeling is voldaan, dient voor deze banken te worden beantwoord door de Europese Afwikkelingsraad (de *Single Resolution Board, de SRB*). Het is vervolgens ook de SRB die de feitelijke afwikkeling van significante banken en bankengroepen ter hand neemt. Voor, kort gezegd, niet-significante banken zet de SRM-verordening een deel van de BRRD rechtstreeks om in de rechtsorde van de lidstaten die deel uitmaken van de bakenunie. Artikel 7, derde lid, SRM-verordening kent rechtstreeks aan de nationale afwikkelingsautoriteiten de bevoegdheid toe om te beoordelen of is voldaan aan de vereisten dat er geen alternatieve «oplossingen» zijn en dat de afwikkeling in het algemeen belang is.

De SRM-verordening beantwoordt echter niet expliciet de vraag welke autoriteit bevoegd is om te beoordelen of een niet-significante bank faalt of waarschijnlijk zal falen. Uit de BRRD en het systeem van de SRM-verordening volgt wel dat dit in ieder geval de prudentieel toezichthouder zou moeten zijn. De verordening bankentoezicht¹³ (hierna: SSM-verordening) regelt de verdeling van taken op het gebied van het prudentieel toezicht binnen de bankenunie tussen de ECB en de nationale toezichthouders. In de SSM-verordening wordt dienaangaande een aantal taken aan de ECB opgedragen en wordt aan de ECB een aantal bevoegdheden toegekend om die taken uit te oefenen. Daarin wordt niet genoemd de bevoegdheid om vast te stellen of een bank faalt of waarschijnlijk zal falen.

Ter uitvoering van het prudentieel toezicht zijn de nationale toezichthouders ten aanzien van niet-significante banken belast met de uitoefening van het «doorlopend» prudentieel toezicht. De ECB is belast met het «doorlopend» toezicht op significante banken en is daarenboven exclusief bevoegd tot verlening en intrekking van vergunningen en verklaringen van geen bezwaar aan alle banken. De ECB kan bovendien op elk moment het toezicht op een niet-significante bank aan zich trekken.

De conclusie luidt dat voor Nederland DNB bevoegd zou moeten zijn om vast te stellen of een niet-significante bank of beleggingsonderneming faalt of waarschijnlijk zal falen. Nu de SRM-verordening deze bevoegdheid niet aan de nationale toezichthouder toekent, dient, ter omzetting van artikel 32 van de BRRD, een bepaling in de Wft te worden opgenomen. Dit voorstel strekt daartoe.

De Afdeling merkt voorts op dat uit de toelichting niet blijkt of er over het voorstel overleg is geweest met de Europese Commissie, en wat de uitkomst is geweest van dit overleg. Verder wordt niet ingegaan op het (formele) standpunt van de ECB in deze kwestie, aldus de Afdeling.

Het ontbreken van een regeling in de SRM-verordening heeft aanleiding gegeven tot contact op ambtelijk niveau tussen mijn ministerie en de diensten van de Europese Commissie. In dat overleg hebben de diensten van de Commissie geadviseerd om in de nationale wetgeving de bevoegdheid om te beoordelen of een niet-significante bank faalt of waarschijnlijk zal falen toe te kennen aan de nationale toezichthouder. DNB heeft contact gehad met de ECB. De ECB heeft aangegeven zich niet

¹³ 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).

bevoegd te achten om te beoordelen of een niet-significante bank faalt of waarschijnlijk zal falen.

De toelichting bij het voorstel is in het licht van het voorgaande aangevuld.

2. Afzien van consultatie

De Afdeling merkt op dat over het wetsvoorstel geen openbare consultatie heeft plaatsgevonden. De regering heeft uitgangspunten vastgesteld aangaande internetconsultatie.¹⁴ 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.¹⁵

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

2. De Afdeling merkt terecht op dat ten behoeve van de transparantie van het wetgevingsproces in principe alle voorstellen voor wetgeving in internetconsultatie worden gebracht, tenzij het bijvoorbeeld om puur technische wijzigingen, de implementatie van EU-regelgeving of spoed- of noodwetgeving gaat.

Bij de totstandkoming van dit wetsvoorstel is overwogen dat behoedzame en zorgvuldige communicatie hierover van belang was, om te voorkomen dat dit voorstel onbedoeld als een signaal zou worden gezien dat er sprake zou zijn van een acute crisis bij een of meerdere Nederlandse banken. Deze afweging werd versterkt door de op dat moment, in het voorjaar van 2020, onzekere marktomstandigheden als gevolg van de Covid-19 crisis. Om die reden is op dat moment afgezien van publieke consultatie. Tegelijkertijd onderschrijf ik het uitgangspunt dat in beginsel, ten behoeve van de transparantie van het wetgevingsproces, voorstellen voor wetgeving in internetconsultatie worden gebracht. Dit is bij regelgeving op het terrein van de financiële markten ook staande praktijk. Gelet hierop is een ontwerp van dit wetsvoorstel alsnog publiek geconsulteerd in de periode van 22 april tot 3 juni 2021. Op dat moment waren de marktomstandigheden als gevolg van de Covid-19 crisis enigszins gestabiliseerd, waardoor er geen sprake meer was van zwaarwegende redenen die zich tegen consultatie zouden verzetten.

N.a.v. de consultatie van het onderhavige wetsvoorstel is één reactie ontvangen, die louter betrekking had op de terminologie (met betrekking tot het woord «verificatie»). Deze reactie heeft geen aanleiding gegeven tot aanpassing van het wetsvoorstel of de memorie van toelichting. De

¹⁴ Brief van de Ministers van Economische Zaken en van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, Wonen en Rijksdienst van 17 november 2016 (Najaarsrapportage regelgedruk), Kamerstukken II 2016/17, 29 515, nr. 397, en Draaiboek voor de regelgeving, nr. 16.

¹⁵ Artikel II van het voorstel.

memorie van toelichting is aangevuld met een opmerking van dezelfde strekking.

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

3. Met de redactionele kanttekeningen van de Afdeling is rekening gehouden.

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 State
Th.C. de Graaf*

4. Van de gelegenheid is gebruik gemaakt om in de memorie van toelichting nog een aantal wijzigingen van technische aard aan te brengen zonder dat het advies van de Afdeling daartoe aanleiding gaf.

Ik verzoek U, mede namens mijn ambtgenoot voor Rechtsbescherming, het hierbij gevoegde 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

- In artikel I, 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 II van het wetsvoorstel voor gevolgen heeft voor de verificatie van eventuele negatieve rentevorderingen die na de faillissementsdatum ontstaan.