

Aan de voorzitter en de leden
van de Vaste Commissie voor Financiën
van de Tweede Kamer der Staten-Generaal
Postbus 20018
2500 EA Den Haag

Den Haag, 18 juni 2015

Ref: B15.12

Betreft: Wetsvoorstel Implementatiewet Europees kader voor herstel en afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen (Kamerstukken II 2014/15, 34 208, nrs. 1-4)

Geachte dames en heren,

Eumedion, het corporate governance forum voor institutionele beleggers, heeft met belangstelling kennis genomen van het bij uw Kamer ingediende wetsvoorstel ter implementatie van de richtlijn herstel en afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen¹ (hierna: de richtlijn) en van de verordening inzake een gemeenschappelijk afwikkelingsmechanisme² (hierna: verordening). Eumedion steunt het wetsvoorstel maar wil nog wel enkele zorgpunten onder uw aandacht brengen. Veel van deze zorgen heeft Eumedion eerder verwoord in haar consultatiereactie van 17 december 2014³ op het voorontwerp van het wetsvoorstel. Wij zouden het zeer op prijs stellen wanneer u onze gezichtspunten, die wij hieronder uiteenzetten, bij de schriftelijke behandeling van het wetsvoorstel zou willen betrekken.

¹ 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).

² 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).

³ <http://www.eumedion.nl/nl/public/kennisbank/wet-en-regelgeving/2012/2014-12-commentaar-voorontwerp-wet-impl-brrd.pdf>.

1. Verhouding tot de Interventiewet

Op grond van Deel 6 van de Wft kan de minister van Financiën in geval van ernstig en onmiddellijk gevaar voor de stabiliteit van het financiële stelsel besluiten tot onteigening. Deel 6 van de Wft kan in beginsel worden toegepast op alle financiële ondernemingen, waaronder banken en beleggingsondernemingen, die ook onder de reikwijdte van de richtlijn en de verordening vallen. In het wetsvoorstel wordt voorgesteld om Deel 6 van de Wft ongewijzigd te handhaven. In de memorie van toelichting (p. 51) valt te lezen dat met de komst van het gemeenschappelijk afwikkelingsmechanisme (*Single Resolution Mechanism, SRM*) de regeling in Deel 6 van de Wft ten aanzien van banken en bankengroepen niet of nauwelijks praktische betekenis meer heeft en dat de uitzonderlijke (nood)situaties waarin dit noodrecht nog zou kunnen worden toegepast zich naar hun aard moeilijk van tevoren laten duiden. Uit de toelichting blijkt dat het in ieder geval zou moeten gaan om situaties waarin het SRM niet voorziet dan wel waarin de mogelijkheden van het SRM onverhoopt zouden zijn uitgeput. Ook na de toevoeging van deze passage aan de memorie van toelichting naar aanleiding van het advies van de Raad van State, wordt helaas uit de toelichting niet duidelijk aan wat voor soort situaties moet worden gedacht. Eumedion vraagt zich daarom nog steeds af waarin de rechtvaardiging is gelegen is om Deel 6 van de Wft bovenop het Europese kader te behouden. Graag wijst Eumedion er in dit verband nog op dat momenteel van banken, beleggingsondernemingen en verzekeraars wordt verlangd dat zij hun kapitaalbuffers versterken. Additionele nationale regelgeving kan het voor Nederlandse banken, beleggingsondernemingen en verzekeraars extra lastig maken om het benodigde vermogen aan te trekken ten opzichte van ondernemingen die alleen aan het Europese kader hoeven te voldoen. Een uniform Europees herstel- en afwikkelingsinstrumentarium dat in alle EU-lidstaten op dezelfde wijze wordt toegepast, verdient daarom sterk de voorkeur boven 28 verschillende nationale stelsels. Daarom rijst de vraag of en zo ja, in welke lidstaten in aanvulling op het Europees herstel-en afwikkelingsinstrumentarium wordt voorzien in een nationale onteigeningsbevoegdheid. Eumedion acht het wenselijk dat hierover meer duidelijkheid wordt verschaft.

Ook is onduidelijk waarom afdeling 3.5.4a Wft (overdrachtsregeling) in stand wordt gehouden voor verzekeraars. Het Europese kader voor herstel en afwikkeling richt zich op banken en op bepaalde beleggingsondernemingen, maar niet op verzekeraars. In de memorie van toelichting (p. 47) staat dat de overdrachtsregeling uit het huidige Deel 3 van de Wft ook op verzekeraars kan worden toegepast en dat er voor is gekozen de huidige regeling met betrekking tot verzekeraars in stand te laten. Eumedion mist een overtuigende toelichting waarom de Nederlandse wetgeving, in afwijking van het Europese kader, een regeling voor herstel en afwikkeling van verzekeraars zou moeten bevatten. Waarom wordt de vraag of de overdrachtsregeling voor verzekeraars in stand moet worden gehouden niet meegenomen in de onlangs door het kabinet aangekondigde inventarisatie van de benodigde versterkingen en uitbreidingen van het herstel-en afwikkelingskader van verzekeraars⁴?

⁴ Kamerstukken II 2014/15, 32 013, nr. 101, p. 14.

2. Buitenwerkingstelling aandeelhoudersrechten en ex ante rechterlijke toetsing

De gevolgen van een interventie door de Nederlandsche Bank (DNB) kunnen voor aandeelhouders en andere kapitaalverschaffers zeer ingrijpend zijn. In dat licht bezien is de rechtsbescherming van deze partijen nogal mager te noemen. Zo worden op grond van het wetsvoorstel de aandeelhouders niet betrokken bij de totstandkoming van besluiten in het kader van vroegtijdige interventie en afwikkeling. Ook de rechter wordt de mogelijkheid ontnomen om dergelijke maatregelen ex ante te toetsen terwijl de richtlijn lidstaten juist uitdrukkelijk de ruimte laat om dergelijke besluiten te onderwerpen aan voorafgaande rechterlijke goedkeuring. Uit de memorie van toelichting (p. 30) volgt dat van deze lidstaatoptie geen gebruik wordt gemaakt. Ter rechtvaardiging worden in de memorie van toelichting twee redenen gegeven. Ten eerste wordt aangegeven dat het de vraag is in hoeverre bij een procedure die in 24 uur moet worden afgerond, kan worden gesproken van effectieve rechtsbescherming. Daarnaast wordt erop gewezen dat in het kader van de verordening uitdrukkelijk niet is gekozen voor een ex ante rechterlijke toetsing van vergelijkbare besluiten door de Afwikkelingsraad en dat het niet voor de hand ligt om de rechtsbescherming bij besluitvorming op grond van de verordening en op grond van de nationale wetgeving ter implementatie van de richtlijn en de verordening fundamenteel uiteen te laten lopen. Eumedion vindt deze redenering niet overtuigend. De regering geeft niet aan waarom zij vindt dat er wel sprake is van een effectieve rechtsbescherming op het moment dat zowel de aandeelhouders als de rechter in het geheel niet worden betrokken bij de totstandkoming van besluiten in het kader van vroegtijdige interventie en afwikkeling.

Gezien het feit dat de inzet van een afwikkelingsbevoegdheid zulke ingrijpende gevolgen kan hebben voor aandeelhouders en omdat de normale beschermingsbevoegdheden voor kapitaalverschaffers buiten werking worden gesteld, is het bij uitstek van belang dat DNB als nationale afwikkelingsautoriteit de belangen van aandeelhouders bij de voorbereiding van herstel- of afwikkelingsmaatregelen voldoende meeweegt. Het zorgvuldigheidbeginsel vergt dat DNB rechtstreeks betrokken belangen bij de besluitvorming moet meewegen⁵. In de toelichting (p. 82) wordt opgemerkt dat de afwikkelingsautoriteit proportioneel dient te handelen en de rechten van derden “niet nodeloos terzijde” mag schuiven. Desalniettemin volgt het meewegen van belangen van aandeelhouders evenwel niet ‘van nature’ uit de wettelijke afwikkelingstaak en uit de doelstelling en ‘cultuur’ van DNB. Om dit te ondervangen adviseert Eumedion om het gebruik van bevoegdheden door de nationale afwikkelingsautoriteit ex ante door de rechter te laten toetsen en daarbij een ‘hoorrecht’ voor aandeelhouders met een significant belang (> 5% van het geplaatst kapitaal) op te nemen in het wetsvoorstel. Dit is overeenkomstig het bestaande artikel 3:159w Wft.

3. Schadevergoeding

Wanneer er door DNB of een andere afwikkelingsautoriteit is besloten tot “afschrijven of omzetten van kapitaalinstrumenten” of het gebruik van een afwikkelingsinstrument (bijvoorbeeld *bail-in*) geldt het uitgangspunt dat geen enkele aandeelhouder of schuldeiser grotere verliezen lijdt dan die hij zou

⁵ Artikel 3:2 en 3:4 Awb.

hebben geleden indien de entiteit in een normale faillissementsprocedure zou zijn geliquideerd (*no creditor worse off*-beginsel)⁶.

Daartoe dient, voorafgaand aan het besluit tot afschrijving of omzetting een initiële (provisorische) waardering te worden gemaakt van de waarde die schuldeisers of aandeelhouders in faillissement zouden hebben ontvangen.⁷ Wanneer de afwikkelingsmaatregel vervolgens is toegepast, dient op een zo kort mogelijke termijn een *ex-post* waardering te worden uitgevoerd.⁸ In de memorie van toelichting (p. 87) valt te lezen dat de voorwaarde “zo kort mogelijke termijn” niet betekent dat onmiddellijk na toepassing van de instrumenten de waardering moet worden verricht, maar dat het in de rede ligt om de waardering te (laten) verrichten zodra de afwikkeling is afgerond. Verder wordt aangegeven dat de tijd die de afwikkeling in beslag neemt, afhangt van de omstandigheden van het geval. Uit de memorie van toelichting blijkt niet aan welke tijdsspanne aandeelhouders mogen denken voor de definitieve waardering die op haar beurt bepalend is voor een compensatie uit het door de banken gefinancierd gemeenschappelijk afwikkelingsfonds (*Single Resolution Fund*, SRF) indien het *no creditor worse off* beginsel is geschonden⁹. In de SNS REAAL-casus wachten getroffen aandeelhouders en crediteuren al meer dan twee jaar op een definitieve waardering en het einde is helaas nog niet in zicht. Los van de hoogte van de waardering heeft deze duur op zichzelf al een negatief effect op het gevoel van rechtszekerheid en het vertrouwen van kapitaalverschaffers in banken als zodanig. Eumedion acht het wenselijk dat de regering meer duidelijkheid verschaft op welke termijn na afwikkeling de getroffen kapitaalverschaffers de *ex-post* waardering tegemoet kunnen zien.

4. Rechtsbescherming

Wanneer de besluitvorming en de handhaving ten aanzien van herstel- of afwikkelingsmaatregelen zijn voorbehouden aan de Nederlandse afwikkelingsautoriteit en nationaal van aard zijn, vindt ook de rechtsbescherming inbedding in het Nederlands recht.¹⁰ Hierover wil Eumedion enkele opmerkingen maken.

De overdrachtsregeling uit Deel 3 van de Wft blijft, met inbegrip van het rechtsbeschermingsregime (civielrechtelijk), na inwerkingtreding van de in het wetsvoorstel voorgestelde wijzigingen nog slechts gelden ten aanzien van verzekeraars. In de memorie van toelichting (p. 30 en 31) valt te lezen dat er voor banken en beleggingsondernemingen voor een andere opzet van rechtsbescherming is gekozen (bestuursrechtelijk). Als reden wordt gegeven dat zich bij afwikkeling op grond van de verordening en het nieuwe Deel 3A van de Wft, anders dan bij toepassing van de bevoegdheden ingevolge Deel 3 van de Wft, geen verwantschap voordoet met de noodregeling en het commune faillissementsrecht. In het kader van Deel 3A van de Wft is er volgens de regering veeleer sprake van zelfstandige uitoefening van wettelijke bevoegdheden door een bestuursorgaan waarbij bestuursrechtelijke rechtsbescherming het meest is aangewezen. Daarnaast wordt aangegeven dat nu er geen sprake is van een *ex ante* rechterlijke toets, er ook om die reden niet hoeft te worden

⁶ Artikel 3A:20 van het wetsvoorstel.

⁷ Artikel 3A:17 van het wetsvoorstel en artikel 20 verordening.

⁸ Artikel 3A:20 van het wetsvoorstel artikel 20, lid 16 verordening.

⁹ Kamerstukken II 2014/15, 34 208, nr. 3, p. 37.

¹⁰ Kamerstukken II 2014/15, 34 208, nr. 3, p. 31.

gekozen voor het alternatief van civielrechtelijke rechtsbescherming. Voor een aandeelhouder zou het geen verschil moeten maken of zijn aandelen gedwongen worden overgedragen op grond van Deel 3 van de Wft of van Deel 3A van de Wft. Niet valt in te zien waarom een aandeelhouder wiens aandelen worden overgedragen op grond van Deel 3A van de Wft de normale civiele rechtsmiddelen moeten worden onthouden. Eumedion is er niet van overtuigd dat het civielrechtelijke model van rechtsbescherming niet zou kunnen worden gecontinueerd.

Eumedion vindt het verder onwenselijk dat voor een zeer ingrijpend besluit van DNB tot afschrijving of omzetting van relevante kapitaalinstrumenten de bestuursrechtelijke bezwaarfase is uitgesloten en slechts beroep in één instantie openstaat (College van Beroep van het bedrijfsleven)¹¹. In de memorie van toelichting wordt de keuze voor deze uitgekledede vorm van rechtsbescherming summier beargumenteerd door erop te wijzen dat “deze besluiten een ingrijpend karakter hebben en bovendien snel leiden tot onomkeerbare gevolgen”, waarbij toepassing van de algemene procedures van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) “de continuïteit van cruciale interventies kunnen ondermijnen” en dat een snel rechterlijk oordeel (binnen 14 dagen) de rechtszekerheid ten goede komt. Deze onderbouwing is niet erg overtuigend. Het maken van bezwaar of beroep op grond van de Awb heeft in beginsel geen schorsende werking waardoor de genomen afwikkelingsmaatregelen desgewenst met spoed geëffectueerd kunnen worden. Mocht de rechter een beroep tegen een afwikkelingsbesluit gegrond verklaren (dit kan overigens ook bij beroep in één instantie gebeuren), omdat het besluit onrechtmatig tot stand is gekomen, dan is het juist zeer wenselijk dat de “continuïteit van cruciale interventies” wordt ondermijnd. Overigens kan de bestuursrechter bepalen dat bij vernietiging de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit van DNB in stand blijven¹².

Dat een snel rechtelijk oordeel in één instantie de rechtszekerheid ten goede komt, wagen wij te betwijfelen. Een uitgekleed stelsel van rechtsbescherming, zoals door de regering voorgesteld, doet juist afbreuk aan de rechtszekerheid. Dit heeft de toepassing van het sterk vergelijkbare en evenzeer uitgekledede rechtsbeschermingsregime van artikel 6:7 Wft inzake de nationalisatie van SNS REAAL pijnlijk aangetoond. En dan staat er op grond van Deel 6 van de Wft nog een afzonderlijk rechtsbeschermingsregime open voor de geboden vergoeding van de onteigende effecten en vermogensbestanddelen. Dit is in het wetsvoorstel niet het geval. Tegen de geboden waardering kan immers slechts als onderdeel van een beroep tegen het afwikkelingsbesluit beroep worden aangetekend¹³. Gelet hierop adviseert Eumedion om voor besluiten van DNB tot afschrijving of omzetting van kapitaalinstrumenten de gewone rechtsbeschermingsprocedure op grond van de Awb van toepassing te laten zijn.

¹¹ Kamerstukken II 2014/15, 34 208, nr. 3, p. 32 en 33.

¹² Artikel 8:72, derde lid, Awb.

¹³ Kamerstukken II 2014/15, 34 208, nr. 3, p. 86.

Wij zijn uiteraard graag bereid ons commentaar mondeling nader toe te lichten. Onze contactpersoon is Diana van Kleef (diana.vankleef@eumedion.nl, tel. 070 2040 302).

Met vriendelijke groet,

Drs. Rients Abma
Directeur

Stichting Eumedion
Zuid Hollandlaan 7
2596 AL DEN HAAG