

Internetconsultatie

Datum 8 september 2016
Referentie BR2545

Betreft: Consultatiereactie Wijzigingswet Financiële Markten 2018

Geachte heer/mevrouw,

Graag maakt de Nederlandse Vereniging van Banken (NVB) gebruik van de mogelijkheid om te reageren op de consultatie van het ontwerp van het wetsvoorstel "Wijzigingswet Financiële Markten 2018" (hierna "het Ontwerp Wijzigingswet 2018").

Het Ontwerp Wijzigingswet 2018 bevat wijzigingen van de Wet op het financieel toezicht (Wft), het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv), Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek en enige andere wetten. Het Ontwerp Wijzigingswet 2018 bestaat op hoofdlijnen uit zeven verschillende onderwerpen. We geven in de bijlage onze reactie hierop.

We benoemen hier een algemeen aandachtspunt. Het valt ons op dat een aantal aanvullingen/afwijkingen wordt geïntroduceerd van EU-regelgeving. Wij zouden graag willen benadrukken dat het wat ons betreft ongewenst is om nieuwe, nationale aanvullingen en/of afwijkingen te introduceren. Dit helpt niet bij de breed gedeelde wens tot de totstandkoming van een Single Rulebook en het terugdringen van nationale discreties en opties.

Wij zijn vanzelfsprekend graag tot een nadere toelichting bereid.

Met vriendelijke groet,

Eelco Dubbeling
Directeur

Bijlage: NVB-reactie op het Ontwerp Wijzigingswet 2018

1. *De verplichting om goedkeuring van DNB te hebben voor het afgeven of wijzigen van garanties en de bevoegdheden in het kader van de uitbetaling van garanties*

Voorstel NVB

De NVB roept het Ministerie van Financiën op om in overleg met de sector, toezichthouders en de wetenschap het voorstel nog eens diepgaand – zowel qua inhoud als proces - te analyseren en mogelijk te heroverwegen.

Overwegingen en vragen NVB

- Algemeen
Het voorstel strekt ertoe dat het verlenen of wijzigen van of uitbetalen op grond van zogenaamde “403-verklaringen” en vergelijkbare garanties afgegeven door of ten behoeve van onder toezicht staande financiële instellingen wordt onderworpen aan de voorafgaande goedkeuring van DNB. Het voorstel geeft daarmee de Nederlandse nationale toezichthouder de bevoegdheid om financiële ondernemingen die onderdeel uitmaken van een (internationaal) financieel conglomeraat, te isoleren. Dit voorstel is niet goed te plaatsen tegen de achtergrond van de ontwikkelingen in het financieel toezicht van de afgelopen decennia dat gericht is op meer consolidatie, meer inhoudelijke convergentie (Single Rulebook) en op internationale concentratie (Europese bankenunie).
- Terughoudendheid met aanpassingen aan garanties.
In de financiële sector zijn garanties veel voorkomend en vormen een essentieel onderdeel van de vele rechtsverhoudingen. Dat brengt met zich mee dat men terughoudendheid moet zijn bij aanpassingen ten aanzien van garanties en garantiestructuren. Het voorstel kan ertoe leiden dat in een internationale context bij partijen twijfels ontstaan over de betrouwbaarheid van Nederlandse partijen waar het garanties betreft. Alleen al de mogelijkheid van het intrekken van een verleende goedkeuring zal grote organisatorische en commerciële effecten hebben, alsmede uitstraling naar de betrouwbaarheid van Nederlandse banken in internationale transacties en structuren.
- Te nauwe relatie tussen toezichthouder en instelling.
Het voorstel leidt ertoe dat de toezichthouder erg dicht op de bedrijfsmatige en commerciële afwegingen, en bedrijfsvoering van de instelling komt te zitten. De NVB is van mening dat het ondernemen aan de instellingen dient te worden overgelaten en dat er een zuivere afbakening van taken en verantwoordelijkheden dient te zijn.
- Strijdigheid met Europese context.

Op meerdere plaatsen in de Memorie van Toelichting wordt aangegeven dat nationale regelgeving noodzakelijk is vanwege een lacune in de Europese regelgeving. Het is echter onwenselijk om vermeende lacunes in Europese regelgeving op nationaal niveau in te vullen. Zo is het moeilijk verenigbaar met het Single Supervisory Mechanism (SSM). Nationale afwijkingen binnen de eurozone worden door de ECB juist zoveel mogelijk beperkt. Ook doet het afbreuk aan het gelijke speelveld voor banken, aangezien in andere Europese lidstaten deze regeling niet geldt. Bovendien worden garanties ten behoeve van buitenlandse dochtervennootschappen in veel gevallen afgegeven op verzoek van lokale toezichthouders. Het college van toezichthouders is de meest aangewezen plek om daarover met elkaar in gesprek te gaan. Met de voorgestelde regeling loopt de instelling het risico ‘klem’ te komen zitten tussen de verschillende visies en botsende belangen van de verschillende toezichthouders.

De Richtlijn financiële conglomeraten voorziet in toezicht op intra-groeptransacties. Concerngaranties zijn (zie ook de brief van DNB d.d. 27 juni 2013 als bijlage bij kamerstukken II 2012-2013, 32 545, nr. 14, hierna Brief DNB) te kwalificeren als intragroeptransacties in de zin van deze richtlijn. Volgens artikel 8 lid 1 van deze richtlijn wordt het toezicht op intra-groeptransacties uitgeoefend “overeenkomstig de voorschriften die zijn neergelegd in de leden 2 tot en met 4, in artikel 9, in afdeling 3 van dit hoofdstuk en in bijlage II.” Geen van deze bepalingen laat toe dat concerngaranties worden onderworpen aan een voorafgaande prudentiële toetsing; invoering van een dergelijke toetsing betekent dat het toezicht op intra-groeptransacties niet meer “overeenkomstig” de bepaling in artikel 8 lid 1 van deze richtlijn wordt gehouden.

- Vermenging van de rol van de toezichthouder en die van de resolutie-autoriteit.

De Memorie van Toelichting geeft aan dat DNB de garantie toetst op zowel prudentiële als ook op resolutiecriteria. DNB combineert hier twee verschillende taken, namelijk die van prudentieel toezichthouder, een taak die wordt vervuld binnen de wettelijke kaders van de SSM - Verordening, en die van resolutieautoriteit, een taak die wordt vervuld binnen de kaders van de SRM-Verordening. De Memorie van Toelichting verwijst naar artikel 10 van de SRM-Verordening waarin, kort gezegd, wordt bepaald dat de Afwikkelingsraad (Single Resolution Board) oordeelt of een bank afwikkelbaar is. Volgens de Memorie van Toelichting is hier sprake van een lacune. Dit standpunt kan echter worden betwist. De vraag of een bank afwikkelbaar is, wordt niet beantwoord door het strikt toepassen van een lijst met vereisten maar is een afweging van diverse factoren en gezichtspunten, waaronder die genoemd in Bijlage C bij de BRRD. Het beoordelen van de afwikkelbaarheid is een iteratief proces waarbij geen ex ante goedkeuring past ten aanzien van afzonderlijke elementen, zoals garanties.

Wij wijzen voorts op het volgende. Het verbod tot uitbetaling, zoals voorzien in het Ontwerp Wijzigingswet 2018, kan worden opgelegd indien de uitbetaling naar redelijke verwachting de financiële stabiliteit in de nabije toekomst zou bedreigen. Volgens de Memorie van Toelichting lijken de voorwaarden hiervoor stringent te zijn: slechts in uitzonderlijke gevallen zal van deze bevoegdheid gebruik worden gemaakt. Dit roept de vraag op hoe dit criterium zich verhoudt tot de vereisten voor het overgaan tot resolutiemaatregelen volgens artikel 18 lid 1 Verordening (EU) Nr. 86/2014 respectievelijk interventie volgens de artikelen 6:1 en 6:2 Wft. Is het denkbaar dat de situatie waarop het voorgestelde artikel 3:310 Wft ziet, zich kan voordoen vóórdat overgegaan wordt tot resolutiemaatregelen respectievelijk interventie?

- Nut en noodzaak van het voorstel.

Het is zeer de vraag of deze regeling noodzakelijk is: zowel de prudentieel toezichthouder als de resolutie-autoriteiten hebben reeds voldoende instrumenten ter beschikking om daar waar garanties complicaties geven, maatregelen te treffen om de nadelige effecten te mitigeren of de garantie in te (laten) trekken. In de eerder genoemde brief van DNB wordt onder meer als argument voor haar wetgevingswens aangevoerd dat concerngaranties de afwikkelbaarheid binnen groepen onevenredig kunnen verminderen. Het argument wordt niet nader geconcretiseerd. De Memorie van Toelichting volgt dezelfde lijn. Door het ontbreken van concretisering wordt onvoldoende duidelijk welke situaties de wetgever op het oog heeft. Hierdoor is het onmogelijk om vast te stellen in welke behoefte het voorstel voorziet en of het voorstel in het licht van die behoefte adequaat en proportioneel is.

Het voorstel houdt in dat iedere concerngarantie zonder uitzondering aan prudentiële toetsing vooraf wordt onderworpen. In de Memorie van Toelichting wordt onvoldoende aandacht geschonken aan het proportionaliteitsgehalte van deze maatregel. Dat verrast, omdat het Evaluatierapport Interventiewet de verwachting wekt dat gezocht wordt naar een proportionele benadering ("om mogelijke ongewenste neveneffecten .. te beperken"; blz. 30). Het Ontwerp

Wijzigingswet 2018 bevat een totaalverbod behoudens ontheffing. Het gaat er aan voorbij dat verschillende typen concerngaranties denkbaar zijn met verschillende prudentiële implicaties. Zo is de uitwerking van een concerngarantie met beperkte looptijd geheel anders dan die van een concerngarantie voor onbepaalde tijd. De Memorie van Toelichting onderkent deze verschillen niet. Het zou in onze ogen heel goed denkbaar zijn om voor garanties met een beperkte looptijd een minder stringent regime toe te passen. Eventuele ongewenste ontwikkelingen kunnen in het doorlopend toezichtproces worden bijgestuurd, bijvoorbeeld door een aanwijzing tot niet-verlenging van de garantie.

Hoewel de Memorie van Toelichting zich daar niet over uitspreekt, heeft het er alle schijn van dat de oorspronkelijke wetgevingswens van DNB wel moet zijn ingegeven door een destijds geconstateerd manco in de Interventiewet. Inmiddels staat de Interventiewet nu ook ingrijpen bij de topholding van een financiële groep toe, indien die topholding niet zelf een onder toezicht staande instelling is. Gecoördineerd optreden ten aanzien van een financiële groep in zijn geheel is daarmee mogelijk geworden. Hierdoor is dit argument achterhaald.

Bij geconsolideerd toezicht worden de activa en passiva en de daaraan verbonden risico's van de afzonderlijke groepsmaatschappijen toegerekend aan de topholding. Consolidatie van een nieuwe (kandidaat-)groepsmaatschappij kan er dus toe leiden dat er van het ene moment op het andere aanzienlijk meer activa/passiva/risico's aan de topholding worden toegerekend dan tot dan toe het geval was. Consolidatie is niet discretionair, maar vindt plaats als aan de daarvoor gestelde vereisten wordt voldaan. Gewoonlijk is dat het geval bij een aandelenbelang van 50% of meer. De verwerving/uitbreiding van gekwalificeerde deelnemingen in en door banken is reeds onderworpen aan toetsing vanuit prudentieel perspectief. Er is dan ook geen overtuigende noodzaak voor een prudentiële toetsing van concerngaranties nu (1) de bewuste risico's van de groepsmaatschappijen al in het kader van het geconsolideerde toezicht aan de topholding zijn toegerekend (2) de wet voorziet in een prudentiële toets op het moment dat die toerekening aanvangt en (3) de ontwikkeling van de bewuste risico's zowel voor als na afgifte van een concerngarantie in het kader van het SREP-proces kan worden gevolgd.

De Memorie van Toelichting wijst verder op het feit dat uit recente jurisprudentie van de Hoge Raad volgt dat een concerngarantie tot gevolg kan hebben dat een achtergestelde schuld van de dochtermaatschappij bij de moedermaatschappij wordt "opgewaardeerd" tot een gewone, niet-achtergestelde schuld. Door deze "opwaardering" zou de solvabiliteitspositie van de moedermaatschappij worden aangetast. Dit probleem wordt niet opgelost door de invoering van een prudentiële toetsing, maar kan worden ondervangen door juiste toepassing van de verslaggevingsregels. Bovengenoemd arrest vormt dus evenmin een argument voor invoering van een prudentiële toetsing van concerngaranties.

- Reikwijdte van het voorstel.

Door de formulering van het voorgestelde artikel 3:306 Wft is de reikwijdte van de voorafgaande goedkeuring onduidelijk. Op basis van de voorgestelde tekst is een goedkeuring alleen nodig als de verklaring van aansprakelijkheid betrekking heeft op "alle of nagenoeg alle" schulden van een andere persoon. Dat leidt tot onzekerheid wanneer sprake is van "alle of nagenoeg alle". De afbakening is niet specifiek genoeg. De aard van een garantie verlangt dat het instrument hard en ongeclausuleerd is. Het praktisch gevolg zal zijn dat DNB altijd gevraagd zal worden zich uit te laten over iedere garantie, hetzij door het verlenen c.q. het onthouden van een goedkeuring, hetzij ter bevestiging dat geen voorafgaande goedkeuring vereist is. Derden die belang hebben bij de garantie, bijvoorbeeld investeerders, zullen immers hierover altijd duidelijkheid wensen van de bank en/of de begunstigde dochtervennootschap. Indien deze duidelijkheid niet gegeven kan worden, zal dat leiden tot een risico-opslag, extra kosten en daarmee een doorbreking van het gelijke speelveld voor banken in de eurozone.

Een punt dat direct met het voorgaande samenhangt is het volgende. Het voorstel bepaalt in artikel 3:308 lid 2 Wft dat de toezichthouder aan de goedkeuring beperkingen kan stellen, dan wel voorschriften kan verbinden. Gegeven de aard van garanties en de (economische) gevolgen dient een garantie uit de aard duidelijk en ongeclausuleerd te zijn. Dat volgt reeds uit de wet voor de 403-verklaring, maar geldt in het algemeen voor garanties. Het effect van beperkingen en voorschriften kan zijn dat de begunstigen of diens crediteuren de garantie niet meer kunnen accepteren c.q. de garantie niet meer functioneert. Het is niet wenselijk dat de toezichthouder het risico loopt betrokken te worden in een onderhandelingsproces over de formulering van de garantie.

Het voorstel lijkt te zijn geschreven met de '403-verklaring' voor ogen, maar heeft gezien de tekst van artikel 3:306 Wft een veel ruimer bereik. Het bestrijkt bijvoorbeeld ook garanties die in een meerpartijenovereenkomst zijn opgenomen. Een voorbeeld is de joint venture-overeenkomst, waarbij de andere deelnemende partijen ook garanties van de bank willen ten aanzien van de joint venture vennootschap waarin zij, naast de bank, deelnemen. Bij innovatieve samenwerkingsverbanden is dat niet ongebruikelijk. Indien een dergelijke contractuele garantie betrekking heeft op alle of nagenoeg alle schulden van de joint venture vennootschap, is een voorafgaande goedkeuring door DNB van deze overeenkomst noodzakelijk. Dat kan een beperking zijn bij de ontwikkeling en innovatie door Nederlandse banken.

Toepassing van de toestemmingseis van artikel 7 lid 1 sub b CRR op een moedermaatschappij die onderworpen is aan prudentieel toezicht op geconsolideerde basis, is een "Fremdkörper" in de toezichtsystematiek. Het kan geen argument zijn voor de introductie van een algemene prudentiële toetsing van concerngaranties. Artikel 7 lid 1 sub b CRR dient dus uitsluitend binnen de context van die bepaling te worden toegepast en niet bij analogie naar andersoortige garanties te worden geëxtrapoleerd.

- Gevolg van de sanctie van nietigheid.
Naast de onduidelijkheid over de reikwijdte van de verplichting, doet ook de sanctie van nietigheid afbreuk aan het karakter van een garantie. Als een verleende goedkeuring wordt ingetrokken, zijn rechtshandelingen van de dochter vanaf dat moment niet meer gedekt door de garantie van de moeder. De wederpartijen zullen daarover geïnformeerd moeten worden c.q. de bank zal actie moeten ondernemen om de juridische situatie in overeenstemming te brengen met het gegeven dat de garantie niet langer geldt. In dit verband wijzen wij ook op artikel 1:23 Wft. Hierin is het uitgangspunt neergelegd dat een privaatrechtelijke rechtshandeling die, kort gezegd, is verricht in strijd met de Wft niet uit dien hoofde aantastbaar is, tenzij in de wet anders is bepaald. Uit de Memorie van Toelichting volgt dat de sanctie van nietigheid tot grote onzekerheid op de financiële markten zou leiden. 'Goed functionerende markten zijn gebaat bij vertrouwen en continuïteit.' Precies om die reden is het onwenselijk om nu de sanctie van nietigheid te verbinden aan het verstrekken van garanties zonder goedkeuring, in het bijzonder omdat ook de reikwijdte van deze goedkeuring zo onduidelijk is.

Behalve dat met de sanctie van nietigheid een uitzonderingspositie in de systematiek van de Wft wordt gecreëerd, past dit waar het 403-verklaringen betreft ook niet goed in de systematiek van Boek 2 BW, de Handelsregisterwet en de Europese richtlijnen die hieraan ten grondslag liggen. Immers, 403-verklaringen dienen door deponering bij het Handelsregister openbaar gemaakt te worden. Het publiek dient hierop te kunnen afgaan. Dat uitgangspunt is met name onder invloed van de Eerste Europese Richtlijn Vennootschapsrecht zover doorgevoerd dat gebreken in oprichtingshandelingen van vennootschappen niet tot nietigheid kunnen leiden, maar slechts tot ontbinding. Tegen deze achtergrond is het merkwaardig dat zonder hierop specifiek gerichte toelichting een bij het Handelsregister gedeponeerde concerngarantie die zonder toestemming is afgegeven, onvervroren ex tunc nietig wordt verklaard. Daarmee wordt onvoldoende recht gedaan aan de belangen van derden die hier te goeder trouw op afgaan zijn.

- Ontbreken van termijn waarop beslissing moet worden genomen.

In het voorstel ontbreekt de termijn waarop de toezichthouder uiterlijk de beslissing op een verzoek tot goedkeuring moet hebben verleend. Gezien de belangen die zijn verbonden aan transacties en situaties waarin garanties als de onderhavige worden verstrekt en het zo veel mogelijk mitigeren van vertrouwensrisico's is het zaak dat op de kortst mogelijke termijn duidelijkheid komt. Een dergelijke termijn kan maximaal enkele dagen bedragen.

- Uitbetalingsverbod geeft negatieve effecten.

De voorgestelde prudentiële toetsing kan leiden tot een verbod tot uitbetaling als dit naar redelijke verwachting de financiële stabiliteit in de nabije toekomst zou bedreigen. Dit roept de vraag op of de wederpartij die gerechtigd is tot uitbetaling onder de garantie het verbod niet zal zien als een (al dan niet terechte) aanwijzing dat "er iets mis is" met de betrokken instelling. Het opleggen van een uitbetalingsverbod zou het startschot voor een bankrun kunnen zijn en zal de financiële stabiliteit dus eerder bedreigen dan deze beschermen. Voorts geldt dat wederpartijen als gevolg van het uitbetalingsverbod zelf met liquiditeitsproblemen geconfronteerd kunnen worden. Het uitbetalingsverbod kan leiden tot besmetting van sectoren die buiten het zicht van de toezichthouders liggen.

De Ontwerp Wijzigingswet 2018 laat in het midden of een verbod tot uitbetaling permanent of tijdelijk is. Als het uitbetalingsverbod als tijdelijk is bedoeld, dan rijst de vraag waarom dit zou moeten gelden voor onbepaalde tijd, dat wil zeggen totdat de toezichthouder dit weer intrekt. Hierdoor komen de belangen van de gerechtigden tot betaling onder de concerngarantie in het gedrang. Het ligt veel meer voor de hand dat het uitbetalingsverbod voor bepaalde tijd wordt uitgevaardigd met de mogelijkheid van verlenging. Mocht onverhoopt zijn bedoeld dat het uitbetalingsverbod een blijvend karakter heeft, dan zou moeten worden nagegaan of dan niet sprake is van onteigening en of het voorstel in dit opzicht aan de daarvoor geldende grondrechtelijke eisen voldoet.

- Verjarings- en vervaltermijnen.

De Memorie van Toelichting besteedt geen aandacht aan de vraag welke consequenties een eventueel uitbetalingsverbod heeft voor verjarings- en vervaltermijnen. Lopen deze gedurende de looptijd van een uitbetalingsverbod gewoon door of lopen deze gewoon af?

- Paritas creditorum.

Het verbod tot uitbetaling onder een concerngarantie treft uitsluitend degenen die gerechtigd zijn tot uitbetaling onder de garantie en niet de overige schuldeisers, terwijl beide groepen van schuldeisers in de regel gelijkwaardige vorderingsrechten hebben. Het verbod verstoort dus de paritas creditorum doordat de gerechtigden onder de garantie wél door het verbod worden getroffen en de andere crediteuren niet. Het valt niet in te zien hoe betaling aan de ene groep crediteuren de financiële stabiliteit wel zou kunnen bedreigen en betaling aan de andere groep crediteuren niet. Een overtuigende rechtvaardiging voor dit verschil in behandeling ontbreekt echter terwijl die in het licht van artikel 1 Grondwet geboden is.

- Rol van het rechterlijk vonnis.

De Memorie van Toelichting laat in het midden hoe het verbod tot uitbetaling onder een concerngarantie zich verhoudt tot een veroordelend rechterlijk vonnis tot uitbetaling. Betekent het verbod dat het rechterlijke vonnis opzij wordt gezet? Zo ja, hoe valt dit te plaatsen tegen de achtergrond van de staatsrechtelijke verhouding tussen de bestuurskolom en de rechterlijke macht? Wat zijn de consequenties indien het vonnis is gewezen in een jurisdictie die het fenomeen "contempt of court" kent? Als het vonnis niet opzij wordt gezet, is het verbod dan nog te handhaven: de schuldeiser kan dan overgaan tot executiemaatregelen zodat bij de instelling

geen sprake meer is van meewerken, maar van ondergaan? Of moet het uitbetalingsverbod worden gezien als (alsnog ingetreden) overmacht van de schuldenaar, zodat deze ook niet meer in verzuim is (en wettelijke rente niet meer loopt)?

2 *De concentratie van bank- en effectenzaken bij de rechtbank Amsterdam*

Voorstel NVB

De voorgestelde concentratie van bank- en effectenzaken bij de rechtbank Amsterdam roept – mede gelet op de daarvoor gegeven motivering – de vraag op waarom niet wordt overwogen om ook de behandeling van Wft-zaken (exclusief) bij de rechtbank Amsterdam onder te brengen (in plaats van, zoals nu, bij de rechtbank Rotterdam).

Overweging NVB

Het betreft weliswaar formeel verschillende rechtsgebieden (civiel- onderscheidenlijk bestuursrecht), maar door de toenemende vervaging van de grenzen tussen het civiel-, bestuurs- en strafrecht in de financiële sector is er veel voor te zeggen de rechtbank Amsterdam tot hét kennis- en rechtscentrum voor de financiële sector te laten uitgroeien. Om die reden zijn ook de Thema-zittingen van het project 'Niet-Melders' (Wwft) exclusief belegd bij de rechtbank Amsterdam.

3. *Een verbod op het leggen van derdenbeslag onder DNB op bepaalde tegoeden die financiële ondernemingen aanhouden bij DNB*

Voorstel NVB:

Wij stellen een wijziging voor inhoudende dat het beslag niet mag worden gelegd op goederen (i.p.v. tegoeden) bestemd voor de openbare dienst of goederen die bij De Nederlandsche Bank N.V. worden aangehouden ten behoeve van een systeem als bedoeld in 212a, onder b, van de Faillissementswet.

Overweging NVB

- Naast de betaalrekeningen die voor het afwikkelingsverkeer worden gebruikt, bestaat er ook een zogenaamd collateral account (effecten). Intraday lopen banken risico op elkaar, dat hiermee wordt afgedekt. Dat brengt met zich dat die rekening evenmin moet kunnen worden beslagen. Dit is eenvoudig te realiseren door het woord 'tegoeden' te veranderen in het meer algemene begrip 'goederen' en in de Memorie van Toelichting op te nemen dat daaronder dus ook deze rekening valt. Het woord 'goederen' sluit tevens beter aan bij hetgeen daarvoor is bepaald over de openbare dienst en het sluit ook beter aan bij de tekst van 475 e.v.. In het algemeen vindt derdenbeslag immers niet plaats op 'tegoeden' maar op vorderingen en roerende zaken.

4. *Een aantal aanpassingen in de Wet beloningsbeleid financiële ondernemingen, waaronder toepassing van het Europese bonusplafond (100 – 200%) voor beheerder van beleggingsinstellingen binnen een groep*

Voorstel NVB

Het Ontwerp Wijzigingswet 2018 volgt niet de systematiek van de Europese wetgeving. Nederlandse banken moeten hierdoor tegelijkertijd voldoen aan – mogelijke strijdige - Europese en nationale regelgeving. Wij verzoeken daarom expliciet aan te geven in de wet dat de mogelijkheid om aanvullende regels te stellen bij Algemene Maatregel van Bestuur (hierna AMvB) alleen geldt voor een beperkt aantal financiële ondernemingen zoals hieronder gedefinieerd.

Overweging

- Doordat de Nederlandse wetgeving streeft naar een wetgevingssystematiek voor alle financiële ondernemingen die onder de reikwijdte van artikel 1:112 Wft vallen ontstaat er een knelling met (eventueel toekomstige) wetgevingsontwikkelingen die directe werking kunnen hebben voor zowel kredietinstellingen als beleggingsondernemingen. De Nederlandse systematiek volgt niet de Europese systematiek qua wetgeving.
- Het valt te begrijpen dat de wetgever op enig moment de mogelijkheid wil hebben om bepaalde aspecten uit de EBA Guidelines of technische standaarden (hierna tezamen EBA RTS) van toepassing te verklaren op de partijen die niet rechtstreeks worden geraakt door deze regelgeving. Echter, het is onwenselijk om kredietinstellingen en beleggingsondernemingen, zowel aan de direct werkende Europese regels te laten voldoen als aan de Nederlandse vereisten zoals die worden vastgelegd in een Algemene Maatregel van Bestuur. Zeker indien er op enig moment een verschil tussen beide documenten bestaat. Ter voorkoming van dit risico zou de wetgever expliciet moeten aangeven dat de mogelijkheid om aanvullende regels te stellen bij AMvB alleen geldt voor financiële ondernemingen zoals bedoeld in artikel 1:112 Wft met uitzondering van kredietinstellingen en beleggingsondernemingen en van financiële ondernemingen die op grond van artikel 1:113 Wft worden meegenomen in de groepstoepassing van de vereisten.

Vragen van de NVB

- Op grond van artikel 1:111 lid 2 Wft kunnen aanvullende regels worden gesteld bij AMvB voor de vaste beloning. Hiermee wordt de mogelijkheid gecreëerd om aanvullende Nederlandse vereisten te stellen, die kunnen afwijken van de EBA RTS die reeds direct van toepassing zijn op banken. Wat is de achtergrond van de aanpassing van artikel 1:113 en 114 Wft? Wil de Minister eventuele openbaarmakingsverplichtingen die op basis van een EBA RTS van toepassing zijn ook voor de overige financiële ondernemingen codificeren? Hoe zullen deze nadere regels zich dan verhouden ten opzichte van een EBA RTS die rechtstreeks werkt voor kredietinstellingen en beleggingsondernemingen?
- Indien de toezichthouder (in aanvulling op een EBA RTS) nadere regels wil stellen met betrekking tot openbaarmakings- en publicatieverplichtingen dan zal dit voor significante kredietinstellingen worden vastgelegd in een ECB Verordening die rechtstreeks van toepassing zal zijn. Hoe zullen deze zich tot elkaar verhouden?
- Hoe verhoudt deze wijziging in artikel 1:121 Wft zich tot artikel 1:113 Wft dat er voor moet zorgen dat een aantal eisen rondom beloningsbeleid ook door dochterondernemingen moeten worden toegepast? Indien nodig, zou een aanpassing van artikel 1:112 Wft wetstechnisch niet correcter zijn? Tenzij er sprake is van een niet correcte implementatie van de CRD-IV richtlijn, zal eerst de CRD-IV dienen te worden aangepast alvorens een verduidelijking van de implementatiewetgeving te bewerkstelligen.

Overige opmerking

- Indien EBA RTS (in tegenstelling tot andere landen) in Nederland worden gecodificeerd verhoudt dit zich niet tot de status van de EBA RTS

5. *De verlenging van de termijn voor het nemen van een besluit op de aanvraag van een bankvergunning van dertien naar zesentwintig weken.*

Voorstel NVB

We stellen voor om deze verlenging niet door te voeren.

Overwegingen NVB

- Waarom zou het verlengen van een beslistermijn kunnen bijdragen aan het verschaffen van helderheid (voor en tijdens de aanvraag) over informatie die aangeleverd dient te worden? De toezichthouder zou in zijn algemeenheid al duidelijkheid daarover kunnen verschaffen, voordat de formele vergunningaanvraag wordt ingediend (om zo ook opschorting van de aanvraagtermijn te voorkomen).
- De termijn die de ECB nodig heeft voor de besluitvorming op de aanvraag voor een bankvergunning, gaat ten koste van de termijn die DNB heeft voor de beoordeling van de aanvraag. Conform artikel 14 lid 3 SSM wordt een ontwerpbesluit (ingediend door DNB) geacht te zijn vastgesteld door de ECB, tenzij de ECB bezwaar aantekent binnen een termijn van ten hoogste tien werkdagen. De termijn van DNB wordt dus formeel gezien slechts met tien dagen verkort. Is een verdubbeling van de termijn dan wel gerechtvaardigd?
- DNB geeft aan dat de termijn van dertien weken een verkeerd beeld geeft. Kan de toezichthouder wellicht zelf geen stappen zetten om het aanvraagproces te verbeteren? Is onderzoek gedaan naar hoe dat sneller kan? Kan DNB inzicht geven in feitelijke gang van zaken en op basis daarvan motiveren dat een lange(re) termijn nodig is?

6. *De mogelijkheid voor de AFM om ten behoeve van het toezicht op de naleving van vakbekwaamheidseisen informatie op te vragen bij DUO.*

Vraag NVB

- Met deze wetswijziging zullen financiële instellingen niet meer in staat zijn om te kunnen toetsen of de verstrekking van persoonsgegevens van bepaalde werknemers aan de toezichthouder aan de belangrijkste privacy principes voldoet. DUO zal dit in de nieuwe situatie voortaan moeten doen. Uit de memorie van toelichting blijkt niet of een Privacy Impact Assessment heeft plaatsgevonden om na te gaan of aan de principes van de Wet bescherming persoonsgegevens (o.a. proportionaliteit, subsidiariteit, transparantie, beveiliging van gegevens) wordt voldaan. Kan de Minister aangeven of dit het geval is?

7. *De introductie van de bevoegdheid van DNB om onder bepaalde omstandigheden het depositogarantiestelsel in te zetten voor de financiering van een overdracht van deposito-overeenkomsten die worden aangehouden bij een bank in de noodregeling of het faillissement.*

Voorstel NVB

Wij verzoeken het Ministerie van Financiën en DNB om het voorliggend voorstel te heroverwegen. Het voorstel heeft zowel (i) uitvoeringstechnisch als (ii) inhoudelijk-principieel complicaties. Hieronder wordt op beide zaken ingegaan.

Algemeen

- Eerder was sprake van een regeling voor de overdracht van deposito's met financiering uit het DGS in het kader van de Interventiewet. De betreffende bepalingen daarover zijn met de implementatie van de BRRD ingetrokken. Nu komt het aspect van de financiering uit het DGS weer terug. De vraag rijst waarom niet is aangesloten bij deze eerder voorgestelde regeling voor de Interventiewet. Het huidige voorstel bepaalt niets over de overdracht en de (civielrechtelijke) elementen daarvan, terwijl juist daar veel vragen rijzen.
- Een van de argumenten voor deze bevoegdheid is de verkorting van de periode dat depositohouders niet over hun geld kunnen beschikken. Het is de bedoeling dat dat deze termijn uiterlijk in 2024 zeven werkdagen bedraagt. Is het wel mogelijk om binnen zo'n korte termijn deposito's over te dragen? Duren dat soort processen niet langer?
- In hoeverre heeft de depositohouder een keuze? Als zijn deposito wordt overgedragen aan een bank waar de klant al honderdduizend euro aanhoudt en er komt nog meer bij vanwege de verkoop, dan lijkt dat niet in het belang van de depositohouder. De depositohouder is mogelijk meer gebaat bij een keuze die in de huidige implementatie van de richtlijn is opgenomen dat bij een aankondiging van een fusie de depositohouder zijn deposito eenvoudig kan op nemen en elders onder kan brengen. In dit geval heeft de depositohouder zelf een keuze zodat deze maximaal kan genieten van de bescherming van het depositogarantiestelsel. Hoe wordt met de belangen van de depositohouder rekening gehouden bij een overdracht?
- Zou de Memorie van Toelichting kunnen worden verduidelijkt bijvoorbeeld door een scenarioschets op te nemen en een duidelijke beschrijving van rollen en taken toe te voegen?

Uitvoeringstechnische complicaties:

- Overdracht van spaarrekening is niet eenvoudig. Het is in de praktijk niet eenvoudig om (spaar)rekeningen over te dragen aan een andere bank. Spaarrekeningen zitten vaak niet in Equens, maar hebben een cijfer meer en vaak een bancaire tegenrekening (wat niet bij dezelfde bank hoeft te zijn). Bestaande spaarproducten kunnen vaak niet direct bij een nieuwe bank worden geadministreerd. Hiervoor zijn nog diverse administratieve en systeemtechnische aanpassingen nodig. Tot die tijd zijn de rekeningen niet (goed) beschikbaar.
- De rekeninghouder moet deelnemen aan het betalingsverkeer. Een overboeking van spaarsaldi moet van een rekening-courant die deelneemt aan het betalingsverkeer. Bij de faillerende bank zou dus het spaarsysteem en het rekening-courant-systeem in de lucht gehouden moeten worden. In de praktijk beëindigen curatoren dit echter direct. Het voorstel besteedt ten onrechte geen aandacht aan de vraag hoe deze operationele problemen kunnen worden ondervangen.
- Overeenkomst. Naar verwachting wordt voor de overdracht een overeenkomst tussen DNB/overdragende bank en ontvangende bank gesloten. Gegeven de vele praktische aspecten die moeten worden geregeld is het de vraag of die overeenkomst kan worden afgerond voordat de overdragende bank failliet gaat en de DGS uitkeringen plaats vinden. Zeker als de uitkeringstermijn zeven dagen zal bedragen lijkt dit een behoorlijke uitdaging.

- Nadruk enkel op hoofdsom. Het lijkt er op dat de bedoeling is om de nominale hoofdsom veilig te stellen waarbij het te verwachten is dat de overnemende bank er als het ware een direct opvraagbaar tegoed van maakt. Hoe kan – en dan binnen de korte termijnen die ter beschikking staan – worden bepaald of de klant daar niet slechter van wordt? Bestaat de kans dat de klant een (gedeelte van) de rente-aanspraak verliest? Welke voorwaarden (gaan) gelden?
- Administratieve classificatie. De financiering uit het DGS is volgens het voorstel beperkt tot de door het DGS gedekte middelen. De niet DGS gedekte gedeeltes van deposito's (zoals het gedeelte van een deposito boven de dekkingsgrens van honderdduizend euro) kunnen dus niet in de financiering worden betrokken en zullen dus waarschijnlijk niet door de overnemende bank worden overgenomen. Dat vergt een zorgvuldige administratieve classificatie/verwerking. Ook hier speelt de vraag of dit binnen de korte termijnen haalbaar zal zijn.
- Ontbreken van civielrechtelijke aspecten. Het ontbreken van een uitgewerkte regeling in het voorstel brengt onder andere met zich mee dat de gewone (zakenrechtelijke) regels voor overdracht gelden. Dat impliceert toestemming van deponitohouders. Er is geen overdracht van rechtswege. Het vergaren van alle toestemmingen vergt ook nog eens veel tijd.

Inhoudelijk-principiële punten:

- Onduidelijkheid over de rol van DNB. DNB kan besluiten tot het inzetten van DGS voor de overdracht. In welke hoedanigheid doet DNB dat? Als toezichthouder (die tot de toepassing van een vangnetregeling kan besluiten), als resolutieautoriteit of als DGS uitvoerder? Hierover is het voorstel niet duidelijk. Indien DNB optreedt in haar rol als resolutieautoriteit, dan zou het Single Resolution Fund, hiervoor gebruikt moeten worden (met inachtneming van de drempel van 8% voordat aanspraak gemaakt kan worden op het fonds).
- Financiering van de overdracht versus de overdracht zelf. Het voorstel biedt geen duidelijkheid over een aantal vragen die rijzen in het kader van de DGS overdracht:
 - Vanuit welke juridische situatie vindt de overdracht plaats?
 - Is er sprake van een civielrechtelijke contractovername?
 - Wie besluit over de overdracht?
 - Wie bewerkstelligt de (zakenrechtelijke) overgang?
 - Kan een overdracht van deposito's nog steeds als onderdeel van een overdrachtsplan? Zo ja, hoe werkt dat dan?
- Banken als financiers bij een DGS overdracht. Banken zijn vanuit verschillende posities betrokken bij een DGS overdracht. Zij zijn de financiers van het DGS fonds. Daarnaast kunnen zij partij of crediteur zijn in bankfaillissementen. Soms zijn banken opgenomen in de crediteurencommissie. Er dient in het voorstel beter met de belangen van de banken in hun diverse rollen rekening te worden gehouden. Zo dienen de banken bij beslissingen rondom een mogelijke overdracht (actief en inhoudelijk) vooraf betrokken te worden.
- Prijsvorming. In de Nederlandse context is maar een paar banken (met name operationeel en financieel) in staat om een deposito-portefeuille over te nemen. Hoe verloopt dan de prijsvorming? Wat is de rol en (verwachte) mening van de ACM en welke (mogelijke) nadere voorwaarden stelt de AFM vanuit haar taken en verantwoordelijkheden?
- Artikel. 3:265f lid 2. Blijkens de Memorie van Toelichting is bedoeld uitvoering te geven aan de laatste zin van artikel 11 lid 6 Richtlijn DGS. Betwijfeld kan worden of met het voorstel hetzelfde wordt bewerkstelligd als wat de Richtlijn DGS beoogt. Om discussies te vermijden is het beter om de tekst uit de Richtlijn DGS te volgen.
Het is voorts wenselijk dat de wet duidelijkheid schept over het gedeelte van de deposito's dat niet in de overdracht wordt betrokken. Onder de oude Interventiewet was dit geregeld in artikel 3:159n Wft (oud).

- Artikel 3:265f lid 3: Het voorstel bevat de voorwaarde dat DNB het besluit tot beschikbaar stellen van een bedrag ter financiering van een overdracht van deposito-overeenkomsten uitsluitend kan nemen indien dat in het belang is van de gezamenlijke depositohouders voor zover die worden gegarandeerd door het DGS. Het voorstel geeft niet aan waarom deze voorwaarde en belangenbehartiging is opgenomen. De Richtlijn DGS geeft geen noodzaak om een dergelijke voorwaarde op te nemen. Het stellen van het belang van één groep belanghebbenden bij een bankfaillissement boven dat van anderen – in het bijzonder van de financiers van het DGS - is niet terecht.
- Aanpassing contractvoorwaarden: Welke mogelijkheden heeft de ontvangende bank om de deposito-voorwaarden na overdracht aan te passen aan de eigen voorwaarden?
- Bankspaardeposito's eigen woning. Onder de oude regeling in de Interventiewet waren de verbonden deposito's eigen woning van overdracht en financiering door het DGS uitgesloten. Het Ontwerp Wijzigingswet 2018 geeft hierover geen uitsluitel. Wij zijn van mening deze deposito's ook in dit voorstel uitdrukkelijk moeten worden uitgesloten. Een uitzondering zou kunnen gelden voor bankspaardeposito's eigen woning waar geen eigenwoningschuld meer tegenover staat (denk aan verhuisregelingen bijv.). De vraag is echter of deze rekening naar haar (fiscale) aard geschikt is om op dezelfde voorwaarden te worden overgenomen. Daarnaast zijn er verdere bijzondere omstandigheden zoals niet ter vrije beschikking staande deposito's of deposito's waarop beslag is gelegd. Ook die situaties blijven nu onduidelijk.
- Juiste bepaling van de vergoeding uit het DGS. Het voorstel bevat geen regeling voor de juiste bepaling van de vergoeding uit het DGS. Zo is het bijvoorbeeld niet duidelijk welk moment bepalend is voor de vaststelling van de hoogte van de vergoeding. Tussen het moment dat DNB met een overnemende bank overeenstemming bereikt over de overdracht van deposito's en de daadwerkelijke overboeking vanuit het DGS Fonds zullen naar verwachting vele mutaties hebben plaatsgevonden. Het is zaak dat het juiste bedrag ten laste van het DGS Fonds wordt gebracht.

Overige opmerkingen inzake de overdracht van DGS

- De artikelsgewijze toelichting heeft het over 5 leden, terwijl in het wetsvoorstel 3:265f slechts 4 leden telt. Mogelijk is lid 5 later omgezet in het aparte artikel 3:265g.
- Het algemene deel van de Memorie van Toelichting stelt dat houders van termijndeposito's direct over hun geld moeten kunnen beschikken, ook als de looptijd nog niet is verstreken. Dit is vreemd, want als de bank niet failliet zou zijn gegaan, zouden ze ook niet kunnen beschikken over het deposito.

8. Overige punten ten aanzien van de Wijzigingswet Financiële Markten 2018

Verzoek NVB ten behoeve van het gebruik van het BSN

- Op 9 juni 2016 heeft de NVB een brief aangeboden aan het Ministerie van Financiën inzake het gebruik van het BSN¹. Dit gaat kort gezegd om het volgende. In artikel 3:17 lid 6 van de Wet op het financieel toezicht (Wft) staat dat een bank voor het voeren van een administratie in het kader van een uitbetaling uit hoofde van het depositogarantiestelsel (DGS) gebruik maakt van het burgerservicenummer (BSN). De banken zijn van mening dat voor een adequate uitvoering van alle verplichtingen uit hoofde van het DGS en het benodigde gebruik van het BSN daarbij additionele wettelijke waarborgen noodzakelijk zijn. In de genoemde brief zijn we daar nader op in gegaan. Zou een dergelijke aanpassing ook kunnen worden opgenomen in de Wijzigingswet Financiële Markten 2018?

Reactie NVB op voorstelde wijziging 1:93 Wft.

- De voorgestelde wijziging van artikel 1:93 Wft is te ruim verwoord. Uit jurisprudentie volgt dat vertrouwelijke informatie in de zin van de Wft alle informatie omvat die de toezichthouders in het kader van hun toezichthoudende taken hebben ontvangen. Dit is een breed palet aan bedrijfsgevoelige informatie. Dit is de reden waarom het aantal partijen met wie deze informatie gedeeld kan worden zeer beperkt is. Wij begrijpen niet met welk doel de toezichthouders deze informatie met de Dienst Justis zou moeten kunnen delen. De voorgestelde wijziging schiet dan ook zijn doel voorbij.
- Om te bereiken dat de toezichthouder informatie bij Dienst Justis kan opvragen, is naar onze mening de voorgestelde wijziging evenmin het geëigende middel. Op grond van art. 5 van de Wet controle op rechtspersonen jo. art. 2 sub b en e van het Besluit controle op de rechtspersonen kan de Dienst Justis reeds uit eigen beweging of desgevraagd risicomeldingen met de toezichthouders delen. De voorgestelde wijziging van de Wft is overbodig.

Uitzondering op de geheimhoudingsplicht AFM

- Artikel I-B. In de tekst van de Memorie van Toelichting worden de gevolgen voor de betrokkenen (natuurlijke personen) niet besproken als deze instanties (AFM/DNB en Dienst Justis) meer informatie uitwisselen. Hoe wordt voldaan aan de privacybeginselen van proportionaliteit, subsidiariteit en transparantie ten opzichte van de betrokkene?

¹ <https://www.nvb.nl/publicaties-standpunten/publicaties/5184/verzoek-nvb-aan-het-Ministerie-van-financien-i-h-k-v-het-depositogarantiestelsel-dgs.html>