

**EVALUATIE
INTERVENTIEWET**

Inhoudsopgave

Samenvatting	4
1. Inleiding	5
2. Doelstelling en aanpak	6
2.1 Doelstelling	6
2.2 Afbakening	6
2.3 Toezeggingen van de minister van Financiën	6
2.4 Aanpak	7
3. Wettelijk kader	8
3.1 Inleiding	8
3.2 Bevoegdheden van DNB in het kader van de Interventiewet	8
3.3 Bevoegdheden van de minister van Financiën in het kader van de Interventiewet	9
3.4 Regeling voor trigger events (rechten van wederpartijen na een gebeurtenis)	9
4. Beschrijving van de toezichtinstrumenten zoals ingezet bij SNS en de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State	11
4.1 Aanleiding tot ingrijpen door de minister van Financiën	11
4.2 Inzet interventiebevoegdheden door de minister van Financiën	12
4.3 Uitspraak Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State	13
4.4 Waarom kon DNB niet ingrijpen op grond van afdeling 3.5.4A Wft?	14
5. Europese ontwikkelingen	15
5.1 Inleiding	15
5.2 Voorstel voor een Europese crisismanagementrichtlijn	15
5.2.1 <i>Algemene kenmerken van het richtlijnvoorstel</i>	15
5.2.2 <i>Planningfase</i>	16
5.2.3 <i>Vroegtijdige-interventiefase</i>	16
5.2.4 <i>Afwikkelingsfase</i>	17
5.2.5 <i>Criterium voor afwikkeling</i>	17
5.2.6 <i>Afwikkelingsinstrumenten</i>	17
5.2.7 <i>Internationaal-juridische aspecten van afwikkeling</i>	18
5.2.8 <i>Regeling voor trigger events</i>	18
5.2.9 <i>Government financial stabilisation tools</i>	19
5.3 Voorstel voor een Single Resolution Mechanism	19
6. Inventarisatie interviews en literatuur	20
6.1 Inleiding	20
6.2 Bevoegdheden van DNB	20
6.2.1 <i>Ingrijpen op niveau moedermaatschappij</i>	20
6.2.2 <i>Aandelenoverdracht</i>	20
6.2.3 <i>Overbruggingsinstelling</i>	21
6.2.4 <i>Regeling voor trigger events</i>	21
6.2.5 <i>Verwevenheden</i>	22
6.2.5.1 <i>Financiële verwevenheden, waaronder vvgb-plicht voor 403-verklaringen</i>	22
6.2.5.2 <i>Operationele verwevenheden</i>	23
6.3 Bevoegdheden van de minister van Financiën	24
6.3.1 <i>Criterium ernstig en onmiddellijk gevaar</i>	24
6.3.2 <i>Onteigening potentiële claims</i>	24
6.3.3 <i>Onteigening onderhandse leningen</i>	25

6.3.4	<i>Samenloop deel 3 Wft en deel 6 Wft en bail-in</i>	25
6.4	Samenloop met de BRRD	26
7.	Conclusies en aanbevelingen	27
7.1	Bevoegdheden van DNB	27
	7.1.1 <i>Ingrijpen op niveau moedermaatschappij</i>	27
	7.1.2 <i>Aandelenoverdracht</i>	28
	7.1.3 <i>Overbruggingsinstelling</i>	28
	7.1.4 <i>Regeling voor trigger events</i>	29
	7.1.5 <i>Verwevenheden</i>	29
	7.1.5.1 <i>Financiële verwevenheden, waaronder vvgb-plicht voor 403-verklaringen</i>	29
	7.1.5.2 <i>Operationele verwevenheden</i>	30
7.2	Bevoegdheden van de minister van Financiën	31
	7.2.1 <i>Criterium ernstig en onmiddellijk gevaar</i>	31
	7.2.2 <i>Onteigening potentiële claims</i>	31
	7.2.3 <i>Onteigening onderhandse leningen</i>	32
7.3	Bindend raamwerk voor interventie	32
7.4	Verhouding met de BRRD	33
7.5	Conclusie	33

Samenvatting

De minister van Financiën heeft in het belang van de stabiliteit van het financiële stelsel op 1 februari 2013 besloten tot onteigening van bepaalde effecten en vermogensbestanddelen van SNS REAAL en SNS Bank. Tijdens het debat over de nationalisatie van SNS in de Tweede Kamer is toegezegd dat er een evaluatie van de Interventiewet zou plaatsvinden. Deze evaluatie heeft tot doel antwoord te geven op de vraag of het instrumentarium uit de Interventiewet heeft gefunctioneerd ten aanzien van de problemen bij SNS. Daarnaast komt de vraag aan de orde of het instrumentarium met het oog op de toekomst aanpassing behoeft.

In deze evaluatie wordt een beschrijving gegeven van de bevoegdheden die De Nederlandsche Bank (DNB) en de minister van Financiën op grond van de Interventiewet hebben. Tevens wordt ingegaan op de wijze waarop de minister van Financiën de beschikbare toezicht- en afwikkelingsinstrumenten ten aanzien van SNS heeft ingezet. De beantwoording van de onderzoeksvragen vindt plaats tegen de achtergrond van de Europese ontwikkelingen op het gebied van crisisinterventie. Op Europees niveau wordt er momenteel gewerkt aan de afronding van een richtlijn voor herstel en afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen (Bank Recovery and Resolution Directive; BRRD).

Op basis van deze evaluatie kan worden geconstateerd dat de interventiebevoegdheden uit de Interventiewet, gelet op het stabiliteitsdoel van die bevoegdheden, hebben gefunctioneerd in het geval van SNS. De minister van Financiën heeft door middel van de onteigening de stabiliteit van het financiële stelsel kunnen waarborgen. Uit de inbreng van respondenten en de bestudeerde literatuur blijkt dat de interventiebevoegdheden van DNB respectievelijk de minister van Financiën op bepaalde punten kunnen worden verbeterd. Ten aanzien van de interventiebevoegdheden van DNB wordt onder meer aanbevolen om DNB de bevoegdheid te geven om in te kunnen grijpen op het niveau van een moedermaatschappij van een Nederlandse bank en/of verzekeraar. Daarnaast wordt aanbevolen om bij de implementatie van de BRRD in de Nederlandse wet- en regelgeving aandacht te besteden aan een mogelijkheid voor de toezichthouder om een overbruggingsinstelling tijdelijk te ontheffen van bepaalde eisen uit de Wft. Voorts wordt aanbevolen om gelet op een Europees level playing field de regeling voor trigger events uit de Wft niet verdergaand uit te breiden dan de BRRD zal voorschrijven.

Aangezien de bevoegdheden die de minister op grond van de Interventiewet heeft in zekere zin het ultieme sluitstuk van de interventieladder vormen, wordt aanbevolen om deze bevoegdheden, uiteraard met inachtneming van de uitgangspunten van de BRRD, te handhaven. Uit deze evaluatie blijkt dat het niet noodzakelijk is om het criterium voor ingrijpen door de minister op basis van de Interventiewet te herzien. Aanbevolen wordt om de wet zodanig aan te passen dat de minister ook andere vorderingsrechten die derden hebben op een probleeminstelling (die anders slechts als passief vermogensbestanddeel van de probleeminstelling zouden kunnen worden onteigend) kan onteigenen.

Een herijking van de Interventiewet is noodzakelijk om ervoor te zorgen dat het instrumentarium van de Interventiewet in overeenstemming wordt gebracht met de BRRD. De voorgestelde verbeteringen van de Interventiewet zullen grotendeels worden ondervangen door de implementatie van de BRRD. Gelet op de implementatiedatum van 1 januari 2015 verdient het aanbeveling om deze verbeteringen van de Interventiewet mee te nemen in de implementatie van de BRRD of deze parallel aan de implementatie van de BRRD uit te voeren.

1. Inleiding

Op 13 juni 2012 is de Wet bijzondere maatregelen financiële ondernemingen, de zogenoemde Interventiewet, in werking getreden. Op 1 februari 2013 heeft de minister van Financiën noodgedwongen voor het eerst gebruik gemaakt van zijn bevoegdheden op grond van deze wet en heeft hij bepaalde effecten en vermogensbestanddelen van SNS REAAL en SNS Bank (hierna gezamenlijk aangeduid als SNS) onteigend. Tijdens het debat over de nationalisatie van SNS in de Tweede Kamer, gehouden op 6 februari 2013, is toegezegd dat er een evaluatie van de Interventiewet zou plaatsvinden. De evaluatie heeft tot doel antwoord te geven op de vraag of het instrumentarium uit de Interventiewet heeft gefunctioneerd ten aanzien van de problemen bij SNS. Daarnaast komt de vraag aan de orde of het instrumentarium met het oog op de toekomst aanpassing behoeft.

Dit rapport geeft een beschrijving van de evaluatie die de afgelopen maanden is uitgevoerd en de uitkomsten daarvan. Dit rapport is als volgt opgebouwd. In hoofdstuk 2 wordt ingegaan op de doelstelling en aanpak. In hoofdstuk 3 wordt een beschrijving gegeven van de bevoegdheden die De Nederlandsche Bank (DNB) en de minister van Financiën op grond van de Interventiewet hebben. In hoofdstuk 4 wordt beschreven op welke wijze de minister van Financiën de beschikbare toezicht- en afwikkelingsinstrumenten ten aanzien van SNS heeft ingezet. In hoofdstuk 5 wordt aandacht besteed aan de Europese ontwikkelingen op het gebied van crisisinterventie: daarin wordt uitgebreid stilgestaan bij het voorstel voor een richtlijn voor herstel en afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen (Bank Recovery and Resolution Directive; BRRD) dat op 6 juni 2012 door de Europese Commissie is gepubliceerd en waarover eind december 2013 een politiek akkoord is bereikt tussen de Raad en het Europees Parlement. In hoofdstuk 6 wordt een overzicht gegeven van de reacties ten aanzien van de interventiebevoegdheden van DNB en de minister van Financiën. In het afsluitende hoofdstuk wordt de vraag beantwoord of de interventiebevoegdheden uit de Interventiewet hebben gefunctioneerd ten aanzien van de problemen bij SNS. In dat hoofdstuk komt tevens aan de orde of de interventiebevoegdheden uit de Interventiewet met het oog op de toekomst kunnen worden verbeterd.

2. Doelstelling en aanpak

2.1 Doelstelling

De evaluatie heeft tot doel antwoord te geven op de vraag of het instrumentarium uit de Interventiewet heeft gefunctioneerd ten aanzien van de problemen bij SNS. Op basis van de uitkomsten van de evaluatie kan worden gezien of er verbeteringen en aanpassingen van het instrumentarium uit de Interventiewet wenselijk en mogelijk zijn.

De in de evaluatie te beantwoorden hoofdvragen zijn:

- Hebben de interventiebevoegdheden uit de Interventiewet gefunctioneerd ten aanzien van de problemen bij SNS?
- Kunnen de interventiebevoegdheden uit de Interventiewet met het oog op de toekomst worden verbeterd?

Elk van de hoofdvragen kan worden onderverdeeld in twee subvragen, die het onderscheid kenmerken tussen de bevoegdheden van DNB en de minister van Financiën:

- Hebben de interventiebevoegdheden van DNB ten aanzien van SNS gefunctioneerd? Kunnen de interventiebevoegdheden van DNB met het oog op de toekomst worden verbeterd?
- Hebben de interventiebevoegdheden van de minister van Financiën ten aanzien van SNS gefunctioneerd? Kunnen de interventiebevoegdheden van de minister met het oog op de toekomst worden verbeterd?

2.2 Afbakening

De focus van de evaluatie ligt op de toereikendheid van het instrumentarium uit de Interventiewet. Aangezien de Interventiewet ten aanzien van SNS voor het eerst is toegepast, richt deze evaluatie zich op het instrumentarium dat kan worden ingezet ten aanzien van (de holdings van) banken. De evaluatie strekt zich niet uit tot een onderzoek naar de tijdigheid en toereikendheid van het handelen van DNB en het ministerie van Financiën ten aanzien van SNS. De vraag naar de tijdigheid en toereikendheid staat centraal in de evaluatie die is uitgevoerd door de Evaluatiecommissie Nationalisatie SNS REAAL.

Op grond van de Interventiewet hebben de onteigenden recht op schadeloosstelling. Op 4 maart 2013 heeft de minister van Financiën de onteigenden een aanbod tot schadeloosstelling gedaan en heeft hij de ondernemingskamer van het Gerechtshof te Amsterdam verzocht de schadeloosstelling overeenkomstig zijn aanbod vast te stellen.¹ Op 11 juli 2013 heeft de ondernemingskamer een tussenuitspraak gedaan. De Nederlandse Staat heeft vervolgens aangekondigd cassatie in te stellen tegen deze uitspraak van de ondernemingskamer. De Nederlandse Staat heeft aangegeven dat zij het belangrijk vindt dat de Hoge Raad zich uitlaat over de vraag hoe bepaalde onderdelen van de wet moeten worden uitgelegd, voordat het door de ondernemingskamer bevolen deskundigenonderzoek van start gaat. Op 9 oktober 2013 heeft de Nederlandse Staat het cassatieverzoekschrift ingediend bij de Hoge Raad. Op dit moment heeft de Hoge Raad hierover nog geen uitspraak gedaan. Gelet hierop zal in deze evaluatie niet worden ingegaan op het onderdeel uit de Interventiewet dat betrekking heeft op de schadeloosstelling.

2.3 Toezeggingen van de minister van Financiën

In aanvulling op de hierboven geschetste afbakening zal in deze paragraaf worden ingegaan op enkele toezeggingen die de minister van Financiën heeft gedaan.

Tijdens het debat over de nationalisatie van SNS zijn enkele toezeggingen gedaan met betrekking tot onderwerpen waarnaar in de evaluatie van de Interventiewet zal worden gekeken. Ten eerste is

¹ Het aanbod bedroeg €0,- voor de onteigende effecten en vermogensbestanddelen van SNS Bank en SNS REAAL.

toegezegd dat bij de evaluatie van de Interventiewet zou worden gekeken of het zinvol zou zijn als DNB niet alleen bij verzekeraars en banken rechtstreeks kan ingrijpen, maar ook bij een holding waarin een verzekeraar of een bank zich bevindt.² Tijdens het debat over het rapport van de parlementaire enquêtecommissie financieel stelsel van de Tweede Kamer, gehouden op 14 februari 2013, is daarnaast gevraagd of de minister van Financiën het aspect van een bindend raamwerk voor interventies door de toezichthouder kon meenemen in de evaluatie van de Interventiewet. Toegezegd is dat dit aspect eveneens zou worden meegenomen in de evaluatie.

Naast deze debatten is ook de jaarlijkse "wetgevingsbrief" van DNB³ aan de minister van Financiën aanleiding geweest voor enkele toezeggingen. In haar brief van 27 juni 2013 heeft DNB de minister verzocht om bij de evaluatie van de Interventiewet aandacht te besteden aan bepaalde onderwerpen. In reactie op de wetgevingswensen van DNB ten aanzien van de evaluatie van de Interventiewet is aangegeven dat de door DNB opgebrachte punten zouden worden meegenomen.⁴ In deze evaluatie wordt ingegaan op de vraag of het overdrachtsinstrument van DNB ook zou moeten kunnen worden ingezet jegens de moedermaatschappij van een bank of verzekeraar. Daarnaast wordt aandacht besteed aan de spanning tussen effectieve crisisbestrijding enerzijds en het juist en tijdig informeren van markten en contractpartijen anderzijds (trigger events) en de vraag of er een nadere regeling zou moeten worden opgesteld voor het instellen van een overbruggingsinstelling. Voorts is in voornoemde reactie aangegeven dat het door DNB in haar wetgevingsbrief opgebrachte verzoek om het afgeven van 403-verklaringen en soortgelijke concerngaranties vvgb-plichtig te maken, eveneens zou worden meegenomen in deze evaluatie.

2.4 Aanpak

Het ministerie van Financiën heeft de evaluatie van de Interventiewet in overleg met DNB uitgevoerd. Ten behoeve van de evaluatie is gebruik gemaakt van een combinatie van bronnen. Ten eerste is relevante literatuur bestudeerd die voor, tijdens en na de inwerkingtreding van de Interventiewet is gepubliceerd alsmede de literatuur die naar aanleiding van de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State over de nationalisatie van SNS is verschenen. Ten tweede zijn, voor zover relevant, de consultatiereacties op het Wetsvoorstel bijzondere maatregelen financiële ondernemingen nogmaals gezien. Gesprekken met zowel personen binnen als buiten het ministerie van Financiën die betrokken zijn geweest bij het opstellen van de Interventiewet dan wel bij de nationalisatie van SNS vormden de derde hoofdbron. Er is in totaal met 18 personen gesproken. Op basis van de bestudeerde literatuur, consultatiereacties en gehouden interviews is zowel ten aanzien van de bevoegdheden van de minister van Financiën als die van DNB een samenvatting van de reacties opgesteld.

² Handelingen II 2012/13, nr. 49, item 9, p. 78.

³ Bijlage bij Kamerstukken II 2012/13, 32 545, nr. 14.

⁴ Kamerstukken II 2012/13, 32 545, nr. 14.

3. Wettelijk kader

3.1 Inleiding

Vanaf september 2008 zijn er in verschillende landen (zoals het Verenigd Koninkrijk, Duitsland en België) wettelijke regelingen ingevoerd om de autoriteiten de mogelijkheid te geven om effectiever, geloofwaardiger en transparanter te interveniëren bij financiële ondernemingen wanneer dat noodzakelijk is voor de stabiliteit van het financiële stelsel. In Nederland is op 13 juni 2012 de Interventiewet in werking getreden. De Interventiewet heeft de interventiebevoegdheden van zowel DNB als de minister van Financiën uitgebreid. Om de effectiviteit van de maatregelen uit de Interventiewet te bevorderen, bevat de Interventiewet ook een regeling met betrekking tot de rechten van wederpartijen na een interventie maatregel. In de volgende paragrafen zullen de maatregelen uit de Interventiewet worden toegelicht.

3.2 Bevoegdheden van DNB in het kader van de Interventiewet

De bevoegdheden van DNB uit de Interventiewet zien op een tijdige en ordentelijke afwikkeling van individuele financiële ondernemingen die in problemen verkeren. Deze bevoegdheden zijn opgenomen in deel 3 van de Wet op het financieel toezicht (Wft). DNB kan op grond hiervan interveniëren bij een vergunninghoudende bank of verzekeraar met zetel in Nederland indien zij van oordeel is dat er tekenen zijn van een gevaarlijke ontwikkeling met betrekking tot het eigen vermogen, de solvabiliteit of de liquiditeit onderscheidenlijk de technische voorzieningen, en redelijkerwijs te voorzien is dat die ontwikkeling niet voldoende of niet tijdig ten goede zal keren. Indien DNB van oordeel is dat aan het voornoemde criterium is voldaan, kan zij ten aanzien van een bank of verzekeraar een plan opstellen tot overdracht van deposito-overeenkomsten (indien mogelijk met financiering met middelen van het depositogarantiestelsel), overige passiva of activa, of door de probleeminstelling uitgegeven aandelen aan een private derde partij. Deze derde partij kan in principe ook een overbruggingsinstelling zijn. Een combinatie van de bovengenoemde soorten overdracht is ook mogelijk. De overdracht kan in beginsel alleen plaatsvinden indien een geschikte private derde partij bereid is de deposito-overeenkomsten, activa of passiva anders dan deposito's of de aandelen over te nemen. Om een overdracht in gang te zetten, moet DNB eerst de rechtbank verzoeken de overdrachtsregeling uit te spreken. Bij dit verzoek dient DNB het overdrachtsplan ter goedkeuring voor te leggen. De rechtbank beslist of er is voldaan aan het criterium om de overdrachtsregeling uit te spreken. De rechtbank keurt het overdrachtsplan goed tenzij de hierin opgenomen prijs niet een redelijke prijs is (voor de overdracht van de aandelen, deposito-overeenkomsten en activa en/of passiva) of het overdrachtsplan niet die elementen bevat die door de wet worden voorgeschreven. Nadat de rechtbank de overdrachtsregeling heeft uitgesproken en daarmee het overdrachtsplan heeft goedgekeurd, wordt het overdrachtsplan door de overdrager uitgevoerd.

Zoals hierboven is aangegeven, kan een overbruggingsinstelling de overnemende partij zijn. De Interventiewet voorziet er namelijk in dat deposito-overeenkomsten, activa of passiva, of aandelen aan een overbruggingsinstelling kunnen worden overgedragen. Een overbruggingsinstelling is een instelling die is opgericht door of vanwege de Nederlandse Staat of DNB. Het doel van een overbruggingsinstelling is dat de aan haar overgedragen deposito-overeenkomsten, activa of passiva, of aandelen later worden overgedragen aan een overnemer die niet is opgericht door de Nederlandse Staat of DNB. In de Interventiewet is bepaald dat bij algemene maatregel van bestuur regels kunnen worden gesteld met betrekking tot een overbruggingsinstelling.⁵ Tot op heden zijn deze nadere regels niet gesteld.

De interventiebevoegdheden van DNB strekken zich alleen uit tot (vergunninghoudende) individuele banken en verzekeraars met zetel in Nederland. Andere financiële ondernemingen of de moedermaatschappij van de betrokken bank of verzekeraar vallen niet onder de reikwijdte van deze interventiebevoegdheden. Uit de consultatiereacties op het concept-wetsvoorstel van de

⁵ Kamerstukken II 2011/12, 33 059, nr. 3, p. 28.

Interventiewet⁶ blijkt dat van de veertien partijen die destijds een reactie hebben ingediend, er twee (waaronder DNB) de vraag hebben opgebracht of de bevoegdheden van DNB niet mede van toepassing zouden moeten zijn op de moedermaatschappij (holding) van de betrokken probleeminstelling. De minister van Financiën heeft tijdens het debat over de nationalisatie van SNS aangegeven dat er destijds bij de indiening van het wetsvoorstel op dit punt een afweging is gemaakt. De minister heeft aangegeven dat in de context van het debat van het moment waarop de Interventiewet werd ontworpen – over de vergaande mogelijkheden die hierin geïntroduceerd werden – besloten is om de verstrekkende bevoegdheid om in te grijpen op het niveau van de moedermaatschappij exclusief bij de minister te beleggen.

3.3 Bevoegdheden van de minister van Financiën in het kader van de Interventiewet

De interventiebevoegdheden van de minister van Financiën zijn opgenomen in deel 6 van de Wft. De minister van Financiën kan interveniëren bij een financiële onderneming met zetel in Nederland, indien hij van oordeel is dat de stabiliteit van het financiële stelsel ernstig en onmiddellijk in gevaar komt door de situatie waarin die onderneming zich bevindt. Uit de memorie van toelichting blijkt dat het uitdrukkelijk niet de bedoeling is om de interventiebevoegdheden van de minister louter als voorzorgsmaatregel toe te passen wanneer de situatie van een bepaalde onderneming wellicht zorgelijk is maar er (nog) geen concreet of direct gevaar is voor de stabiliteit van het stelsel. Voorts is in de toelichting aangegeven dat de minister alvorens hij gebruik maakt van zijn interventiebevoegdheden hij zich er van zal moeten vergewissen dat er in redelijkheid geen bruikbare alternatieven zijn. Daarnaast moet de aanleiding om in te grijpen voldoende acuut zijn om het ingrijpen te rechtvaardigen. Alleen wanneer de minister, alle relevante belangen afwegend, tot het oordeel komt dat er - mede gelet op de financiële gevolgen die voor de Nederlandse Staat aan andere alternatieven verbonden kunnen zijn - er in redelijkheid geen alternatieven zijn, mag hij ingrijpen. De minister van Financiën kan in dat geval besluiten tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen ten aanzien van de betrokken financiële onderneming (artikel 6:1 Wft) of tot onteigening (artikel 6:2 Wft). De minister van Financiën kan zijn interventiebevoegdheden zo nodig in afwijking van wettelijke voorschriften of statutaire bepalingen toepassen.

Onmiddellijke voorzieningen zijn met name governance-gerelateerde maatregelen. Hierbij kan gedacht worden aan de tijdelijke benoeming van een commissaris met een doorslaggevende stem; ook is het mogelijk dat een goedkeuringsrecht van aandeelhouders tijdelijk buiten werking wordt gesteld. De onteigeningsbevoegdheid van de minister van Financiën kan zowel betrekking hebben op vermogensbestanddelen (activa en/of passiva) van de betrokken onderneming als op door of met medewerking van die onderneming uitgegeven effecten. De effecten en vermogensbestanddelen kunnen worden onteigend ten name van de Nederlandse Staat of ten name van een in het besluit van de minister van Financiën aangewezen privaatrechtelijke rechtspersoon met volledige rechtsbevoegdheid. De interventiebevoegdheden van de minister van Financiën strekken zich ook uit tot de moedermaatschappij van de betrokken financiële onderneming, indien die moedermaatschappij haar zetel in Nederland heeft (artikel 6:4 Wft). De memorie van toelichting geeft als mogelijke reden voor het betrekken van de moedermaatschappij in de onteigening dat de problemen van de dochter (mede) het gevolg zijn van problemen van de moeder. Daarnaast wordt aangegeven dat het ook denkbaar is dat de moedermaatschappij, hoewel zij zelf niet in problemen verkeert, wel de sleutel kan vormen tot de oplossing voor de gevaarlijke situatie waarin haar dochter zich bevindt. Voorts wordt opgemerkt dat het algemeen belang dat gemoeid is met een zorgvuldige besteding van de algemene middelen met zich kan brengen dat niet uitsluitend de dochter, maar ook haar moeder wordt onteigend.

3.4 Regeling voor trigger events (rechten van wederpartijen na een gebeurtenis)

Om de effectiviteit van de maatregelen uit de Interventiewet te bevorderen, bevat afdeling 3.5.8 Wft een zogenoemde regeling voor trigger events. Financiële overeenkomsten of andersoortige overeenkomsten die financiële ondernemingen met hun wederpartijen aangaan, bevatten vaak

⁶ Dit lag van 4 maart tot en met 6 mei 2011 ter publieke consultatie voor.

bepalingen betreffende "events of default" of "notification events" (gezamenlijk ook wel aangeduid als trigger events). Events of default zijn gebeurtenissen of omstandigheden als gevolg waarvan een partij in verzuim is. Vaak bedingt een wederpartij dat een event of default haar een bepaalde bevoegdheid geeft, bijvoorbeeld om de overeenkomst te beëindigen. Notification events zijn omstandigheden ten aanzien waarvan is bedongen dat zij dienen te worden gemeld aan de wederpartij. De regeling voor trigger events uit de Interventiewet beoogt te voorkomen dat een financiële onderneming door een interventie maatregel (met het doel om de continuïteit van de onderneming te waarborgen) verder in de problemen wordt gebracht doordat wederpartijen overgaan tot vervroegde beëindiging van de met die onderneming gesloten overeenkomsten. De financiële onderneming kan in het ergste geval zelfs worden geconfronteerd met een cascade van vorderingen die worden opgeëist en het ontstaan van omvangrijke open posities die opnieuw moeten worden afgedekt. De Wft bepaalt dat een wederpartij van –kort gezegd– een Nederlandse bank of verzekeraar zonder toestemming van DNB geen beroep kan doen op een contractueel beding dat hem naar aanleiding van een als zodanig gedefinieerde gebeurtenis het recht geeft om bepaalde contractuele rechten uit te oefenen. Met andere woorden, deze contractuele rechten van wederpartijen mogen niet worden uitgeoefend indien zich een "gebeurtenis" voordoet. Onder een gebeurtenis vallen vooral de maatregelen die DNB en de minister van Financiën op grond van de Interventiewet kunnen nemen. De contractuele rechten van wederpartijen mogen evenmin worden uitgeoefend bij gebeurtenissen indien er sprake is van een direct verband met het ingrijpen door DNB of de minister van Financiën, zoals maatregelen ter voorbereiding van een interventie of maatregelen die met de uitvoering daarvan verband houden. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat contractuele bedingen waarbij de wederpartij zich op een zelfstandige grond kan beroepen, van kracht blijven.⁷ Een voorbeeld kan dit verduidelijken. Stel dat een wederpartij van een Nederlandse bank contractueel heeft bedongen dat zij bij een afwaardering van de kredietwaardigheid van de bank haar contract voortijdig mag beëindigen (parallele beëindigingsgrond). Wanneer DNB een overdrachtsplan voorbereidt en er tegelijkertijd vanwege de financiële positie van de financiële onderneming een afwaardering van de kredietwaardigheid plaatsvindt, kan de wederpartij van de bank zonder toestemming van DNB een beroep blijven doen op deze parallele beëindigingsgrond.

In het conceptvoorstel van de Interventiewet was voorgesteld om alle (in de Wft genoemde) reguliere toezichtmaatregelen onder de werking van de regeling voor trigger events te laten vallen. Daar werd uiteindelijk in het ingediende wetsvoorstel van afgezien, mede naar aanleiding van de consultatiereacties op dit punt. De memorie van toelichting geeft aan dat een zodanig ruim begrip van trigger events ertoe zou leiden dat bijvoorbeeld ook een door DNB gegeven aanwijzing als consequentie zou hebben dat een wederpartij bepaalde bedongen rechten niet zou mogen uitoefenen. Een dergelijke regeling zou, aldus de memorie van toelichting, Nederlandse financiële ondernemingen in een onevenredig nadelige positie brengen ten opzichte van hun buitenlandse concurrenten. Bij het ontwerp van de regeling voor trigger events is gekeken naar soortgelijke regelingen in het buitenland. Een soortgelijke regeling als de Nederlandse geldt in het Verenigd Koninkrijk.

⁷ Kamerstukken I 2011/12, 33 059, nr. C, p. 7.

4. Beschrijving van de toezichtinstrumenten zoals ingezet bij SNS en de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

4.1 Aanleiding tot ingrijpen door de minister van Financiën

In het onteigeningsbesluit van de minister van Financiën en de brief aan de Tweede Kamer over de nationalisatie van SNS is uitgebreid ingegaan op de aanleiding tot het ingrijpen door de minister. Zoals in paragraaf 2.2 is aangegeven, staat de vraag naar de tijdigheid en toereikendheid centraal in de evaluatie die is uitgevoerd door de Evaluatiecommissie Nationalisatie SNS REAAL. In deze paragraaf zal de aanleiding tot ingrijpen daarom slechts kort worden samengevat.

Het voornaamste probleem van SNS Bank was de zwaar verliesgevende vastgoedportefeuille van SNS Property Finance. Door de grote financiële en operationele verwevenheden binnen de SNS REAAL groep, zoals de financiering van SNS Property Finance door SNS Bank en de garantstelling (in de zin van 2:403 BW) van SNS REAAL voor de schulden van SNS Bank en SNS Property Finance, zouden de verliezen op de vastgoedportefeuille hebben geleid tot het faillissement van SNS Bank en SNS REAAL. Vanwege de financiële en operationele verwevenheden tussen SNS Bank en haar dochterondernemingen ASN Bank en RegioBank zou een faillissement van SNS Bank eveneens tot het faillissement van ASN Bank en RegioBank hebben geleid. DNB achtte een faillissement van SNS Bank onwenselijk vanwege de gevolgen voor de stabiliteit van het financiële stelsel. Daarnaast heeft DNB geconcludeerd dat ook een faillissement van de moedermaatschappij SNS REAAL uit het oogpunt van financiële stabiliteit te risicovol zou zijn.

Vanaf december 2011 zijn door een werkgroep van het ministerie van Financiën en DNB verschillende private, publieke en combinaties van private en publieke oplossingen voor de problemen van SNS onderzocht. Nadat op 16 januari 2013 de onderzochte publiek-private oplossing waarbij de drie Nederlandse grootbanken gezamenlijk met de Nederlandse Staat de SNS REAAL groep zouden stabiliseren niet uitvoerbaar was gebleken, bleef er één alternatief over. Dat was een samenwerkingsverband tussen de Nederlandse Staat en een private equity partij. Bij brief van 18 januari 2013 heeft DNB de uitkomsten van het SREP 2012 aan SNS Bank gemeld in de vorm van een voorgenomen SREP-besluit⁸. DNB heeft aangegeven dat indien SNS Bank haar kapitaalpositie niet kon versterken, althans geen oplossing kon presenteren die naar het oordeel van DNB een voldoende mate van zekerheid van slagen had en welke op korte termijn daadwerkelijk zou leiden tot aanvulling van het kapitaalstekort, zij het onverantwoord achtte dat SNS Bank het bankbedrijf zou blijven uitoefenen. SNS Bank had tot 31 januari 2013 de tijd om een finale oplossing te presenteren. Tot en met 31 januari 2013 is intensief onderhandeld over een samenwerkingsverband tussen de Nederlandse Staat en een private equity partij. Vanwege de financiële consequenties voor de Nederlandse Staat en de onzekerheden betreffende de haalbaarheid en uitvoerbaarheid heeft de Nederlandse Staat op 31 januari 2013 kenbaar gemaakt dat deze optie niet haalbaar was. Op 31 januari 2013 heeft DNB geconstateerd dat SNS Bank er niet in was geslaagd om een finale oplossing te presenteren. DNB achtte het niet langer verantwoord dat SNS Bank het bankbedrijf zou uitoefenen. DNB raadde de minister van Financiën op 1 februari 2013 aan om zo snel mogelijk gebruik te maken van zijn bevoegdheden op grond van deel 6 Wft, omdat er sprake was van een situatie van ernstig en onmiddellijk gevaar voor de stabiliteit van het financiële stelsel en geen van de onderzochte oplossingen haalbaar was gebleken. DNB had aangegeven dat wanneer de minister van Financiën niet zou besluiten om tot onteigening over te gaan, DNB zich vanuit haar toezichtverantwoordelijkheid genoodzaakt zou zien om over te gaan tot het aanvragen van de noodregeling. Dit zou de toepassing van het depositogarantiestelsel betekenen. Mede vanwege de omvang van de depositobasis van SNS Bank en daardoor de omvang van de claim die op het depositogarantiestelsel zou komen te rusten, kleefden hieraan onaanvaardbare risico's voor de stabiliteit van de Nederlandse financiële sector en

⁸ Het besluit van DNB ex artikel 3:111a, tweede lid, Wft dat volgde op de Supervisory Review and Evaluation Process 2012.

de daaraan deelnemende financiële instellingen. De minister van Financiën heeft op 1 februari 2013 vastgesteld dat de uitzonderlijke omstandigheid zich voordeed dat er sprake was van een ernstig en onmiddellijk gevaar voor de stabiliteit van het financiële stelsel en dat er geen alternatieven waren om dit acute gevaar af te wenden. Om te voorkomen dat SNS REAAL en SNS Bank failliet zouden zijn gegaan, heeft de minister van Financiën op 1 februari 2013 omwille van de waarborging van de stabiliteit van het financiële stelsel, als ultimum remedium, gebruik gemaakt van zijn bevoegdheden uit deel 6 van de Wft.

4.2 Inzet interventiebevoegdheden door de minister van Financiën

In het structureren van de onteigeningsmaatregel en bij de keuze welke instrumenten wel en niet onteigend zouden worden, heeft de minister van Financiën de (crediteuren)rangorde gehanteerd die in een faillissement zou hebben gegolden. In een faillissementssituatie geldt de zogenoemde faillissementsladder. Kort gezegd komt de faillissementsladder erop neer dat de aandeelhouders pas iets betaald krijgen nadat de achtergestelde crediteuren betaald zijn. De achtergestelde crediteuren krijgen op hun beurt pas iets betaald nadat de concurrente/senior schuldeisers betaald zijn. Hoewel overwogen, is ervan afgezien om de senior schulden van SNS REAAL of SNS Bank te onteigenen. Volgens DNB zou de onteigening van de senior crediteuren een negatieve impact hebben op de financiering van andere Nederlandse financiële instellingen en daarmee op de financiële stabiliteit. Naar het oordeel van DNB was de onteigening van de senior schulden daarom op dat moment onverantwoord uit een oogpunt van financiële stabiliteit.⁹ De minister van Financiën heeft vervolgens besloten tot onteigening van (i) alle aandelen in het kapitaal van SNS REAAL, (ii) alle achtergestelde schulden van zowel SNS REAAL als SNS Bank, (iii) de Core Tier 1 capital securities van de Stichting Beheer SNS REAAL en (iv) de verplichtingen en aansprakelijkheden van SNS REAAL en SNS Bank die voortvloeien uit het voormalig bezit van de onteigende effecten en vermogensbestanddelen (potentiële claims). Zonder de onteigeningsmaatregel zouden SNS REAAL en SNS Bank failliet of in liquidatie zijn gegaan. In dat geval zouden onteigende de aandeelhouders en de achtergestelde crediteuren ook hun inleg kwijt zijn geweest.¹⁰

Uit het onteigeningsbesluit blijkt dat niet alle achtergestelde schulden effecten waren, maar dat het voor een deel ging om onderhandse leningen. Aangezien deze onderhandse leningen in een faillissement dezelfde senioriteit hadden gehad als de achtergestelde effecten heeft de minister van Financiën de onderhandse leningen ook in de onteigening betrokken. Omdat de onderhandse leningen geen effecten zijn, heeft de minister niet de onderhandse leningen zelf maar de daarmee corresponderende (passieve) vermogensbestanddelen van SNS REAAL en SNS Bank onteigend ten name van een separate stichting. Hier is voor gekozen om te voorkomen dat de schulden op de Nederlandse Staat zouden overgaan.¹¹

Zoals hierboven reeds is aangegeven, heeft de minister van Financiën besloten om ook de verplichtingen en aansprakelijkheden van SNS REAAL en SNS Bank die voortvloeien uit het voormalig bezit van de onteigende effecten en vermogensbestanddelen (potentiële claims) te onteigenen. Uit het onteigeningsbesluit blijkt dat als gevolg van de onteigening en de daaruit resulterende hersteloperatie, SNS wederom verhaal zou bieden en daarmee een aantrekkelijke partij zou worden om een schadevergoedingsvordering tegen in te stellen. Daarnaast wordt in het onteigeningsbesluit aangegeven dat het niet aanvaardbaar zou zijn als onteigende beleggers via het instellen van een schadevergoedingsvordering op deze wijze alsnog een vergoeding van SNS voor hun verlies zouden kunnen realiseren. Voorts wordt aangegeven dat het niet verenigbaar met de strekking van de wetsbepalingen van hoofdstuk 6.3 Wft zou zijn dat het koersverlies en beleggersrisico op de Nederlandse Staat zou worden afgewenteld. Gelet hierop heeft de minister

⁹ Onteigeningsbesluit, nr. 54.

¹⁰ Onteigeningsbesluit, nr. 51.

¹¹ Onteigeningsbesluit, nr. 52.

van Financiën besloten om potentiële claims ten name van de hiervoor genoemde separate stichting te onteigenen.¹²

Op SNS was het structuurregime uit het Burgerlijk Wetboek van toepassing. Op grond van dit regime kan de algemene vergadering van aandeelhouders de leden van de raad van bestuur en de leden van de raad van commissarissen niet rechtstreeks benoemen, schorsen of ontslaan. Met toepassing van artikel 6:1, eerste lid, van de Wft zijn enkele onmiddellijke voorzieningen getroffen die het mogelijk maakten dat voor een periode van zes maanden de leden van de raad van bestuur en leden van de raad van commissarissen, evenals de voorzitters en vicevoorzitters van die raden, rechtstreeks door de algemene vergadering van aandeelhouders (lees: de Nederlandse Staat) konden worden benoemd, geschorst en ontslagen.

4.3 Uitspraak Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

Tegen het onteigeningsbesluit is door een groot aantal belanghebbenden beroep ingesteld bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: Afdeling). In de beroepsprocedure ging het om de vraag of de Minister in redelijkheid (i) heeft kunnen oordelen dat er op 1 februari 2013 sprake was van een ernstig en onmiddellijk gevaar voor de stabiliteit van het financiële stelsel en (ii) heeft kunnen komen tot de onteigening van de in het onteigeningsbesluit genoemde effecten uitgegeven door en vermogensbestanddelen van SNS REAAL en SNS Bank en de daarin getroffen onmiddellijke voorzieningen. Op 25 februari 2013 heeft de Afdeling uitspraak gedaan. In de uitspraak heeft de Afdeling de ingestelde beroepen grotendeels ongegrond verklaard, met dien verstande dat de Afdeling de onteigening van de potentiële claims heeft vernietigd. Door de uitspraak van de Afdeling is het hoofdbesluit tot onteigening onherroepelijk geworden. In de Interventiewet is voor een duaal stelsel gekozen, waarin de schadeloosstelling bij onteigening is losgekoppeld van het hoofdbesluit tot onteigening.¹³ De minister heeft de onteigende partijen op 4 maart 2013 een aanbod tot schadeloosstelling gedaan. Zoals vermeld in paragraaf 2.2 gaat deze evaluatie, gelet op de nog lopende juridische procedures over de schadeloosstelling, niet nader in op dat aspect.

Hieronder zal kort worden ingegaan op de voor deze evaluatie relevante overwegingen van de Afdeling ten aanzien van de toepassing van de interventiebevoegdheden uit deel 6 van de Wft. Volgens de Afdeling impliceert het doel waarvoor de in de artikelen 6:1 en 6:2 van de Wft neergelegde bevoegdheden zijn toegekend dat de minister niet gehouden was om te wachten op een 'bank run' alvorens hij deze bevoegdheden mocht gebruiken. De Afdeling heeft geoordeeld dat de minister zich op het standpunt heeft mogen stellen dat de stabiliteit van het financiële stelsel ernstig en onmiddellijk in gevaar was door de situatie waarin SNS REAAL en SNS Bank zich bevonden en de minister derhalve bevoegd was om met het oog op de stabiliteit van dat stelsel te besluiten tot onteigening van vermogensbestanddelen van SNS REAAL en SNS Bank en onteigening van door of met medewerking van die ondernemingen uitgegeven effecten. Met betrekking tot de wijze waarop de minister gebruik heeft gemaakt van zijn bevoegdheid heeft de Afdeling onder meer opgemerkt dat het de minister vrijstond om bij de uitwerking van het onteigeningsbesluit ook de financiële belangen van de Staat mee te wegen en dat er geen rechtsregel is die de minister verplicht om reeds voor de onteigening door de beleggers geleden verliezen ten laste van de algemene middelen te compenseren. Door vele appellanten was tijdens de zitting betoogd dat passiva van een onderneming, zoals schulden, zich naar hun aard niet voor onteigening lenen, althans dat artikel 6:2 van de Wft daarin niet voorziet. De Afdeling heeft opgemerkt dat uit de memorie van toelichting bij de Interventiewet blijkt dat het begrip activa en passiva ruim moet worden uitgelegd en dat daaronder moeten worden verstaan alle overdraagbare rechten en verplichtingen van de onderneming, ongeacht of deze op de balans van de onderneming zijn vermeld. De Afdeling heeft geoordeeld dat artikel 6:2 van de Wft de minister de bevoegdheid verleent om ook passiva van een financiële onderneming te onteigenen.

¹² Onteigeningsbesluit, nr. 55.

¹³ Kamerstukken II 2011/12, 33 059, nr. 3, p. 72.

De Afdeling heeft geoordeeld dat de minister in redelijkheid niet kon besluiten tot onteigening van de potentiële claims. De Afdeling heeft aangegeven dat deze claims bij een faillissement een concurrente vordering zouden opleveren. De Afdeling heeft geoordeeld dat de minister door de potentiële claims toch te onteigenen niet in overeenstemming heeft gehandeld met de door hem gemaakte keuze om concurrente vorderingen in beginsel buiten de onteigening te houden. Voorts heeft de Afdeling opgemerkt dat de minister met het onteigenen van de potentiële claims binnen de concurrente vorderingen een onderscheid maakte tussen de vorderingen van de onteigende aandeel- en obligatiehouders en die van anderen. De Afdeling heeft geconcludeerd dat dit niet in overeenstemming was met de keuze van de minister om binnen een bepaalde categorie geen onderscheid tussen verschillende partijen te maken. Hieraan doet volgens de Afdeling niet af dat dit volgens de minister noodzakelijk was om te voorkomen dat de onteigende aandeel- en obligatiehouders hun koersverlies en beleggersrisico alsnog zouden kunnen afwentelen op de Staat of SNS.

4.4 Waaron kon DNB niet ingrijpen op grond van afdeling 3.5.4A Wft?

Zoals in paragraaf 4.1 is opgemerkt, heeft een werkgroep verschillende oplossingen onderzocht voor de problemen van SNS. Hierbij is onder meer gekeken naar de mogelijkheid van een overdracht door DNB op grond van afdeling 3.5.4A Wft: hetzij van activa en passiva of onder het depositogarantiestelsel gegarandeerde deposito's van SNS Bank, ASN Bank en RegioBank, hetzij van de aandelen in SNS Bank. In het geval van SNS was een overdrachtsplan geen optie. Hiervoor zijn verschillende redenen te geven.¹⁴ Vanwege de risico's terzake van SNS Property Finance was er de facto geen private partij geïnteresseerd in een overdracht van de activa en passiva van of de aandelen in SNS Bank. DNB heeft in haar brief van 24 januari 2013 aangegeven dat er daarmee ook geen private partij voorhanden was aan wie de aandelen of de activa en passiva van SNS Bank door middel van het overdrachtsinstrument hadden kunnen worden overgedragen. Een rechtstreekse overdracht van aandelen of activa en passiva van SNS Bank aan de Staat door middel van het overdrachtsinstrument is wettelijk niet toegestaan. DNB heeft erop gewezen dat om het overdrachtsinstrument te kunnen inzetten de Staat een nieuwe brugbank in de vorm van een afzonderlijke juridische entiteit had moeten oprichten aan wie vervolgens de aandelen of de activa en passiva van SNS Bank via het overdrachtsinstrument hadden kunnen worden overgedragen. Deze brugbank zou - gezien de opstelling van de Europese Commissie ten aanzien van financiering door private sector partijen en bij gebreke aan een resolutiefonds of bail-in mogelijkheden - volledig door de Staat gefinancierd moeten worden. Overigens zou een dergelijke overdracht op zichzelf het door DNB geconstateerde kapitaaltekort van SNS Bank nog niet hebben aangevuld. DNB heeft in haar brief van 24 januari 2013 aangegeven dat ook na een overdracht van de aandelen of de activa en passiva van SNS Bank aan een door de Staat opgerichte en gefinancierde brugbank SNS REAAL en SNS Bank dusdanig zwak gekapitaliseerd zouden achterblijven, dat - zonder additionele steunmaatregelen - ernstig rekening zou moeten worden gehouden met een insolventie van SNS REAAL. Zoals ook aangegeven in haar brieven van 23 mei 2012 en 24 januari 2013 achtte DNB een faillissement van de moedermaatschappij SNS REAAL uit oogpunt van financiële stabiliteit te risicovol.

¹⁴ Onteigeningsbesluit, nr. 39.

5. Europese ontwikkelingen

5.1 Inleiding

De financiële crisis van de afgelopen jaren heeft niet alleen in Nederland, maar wereldwijd tot het besef geleid dat het bestaande instrumentarium versterking en harmonisatie behoeft. Vanaf 2010 heeft de Financial Stability Board (FSB) op verzoek van de G20-landen onderzoek gedaan en aanbevelingen uitgebracht om het moreel risico (moral hazard) van systeemrelevante financiële instellingen (SIFI's) te verminderen. Naast aanbevelingen over meer kapitaal dat door SIFI's moet worden aangehouden om de kans te verkleinen dat zij in problemen komen, beveelt de FSB aan dat het mogelijk moet worden om SIFI's effectief af te wikkelen. Met het oog op het vaststellen van effectieve afwikkelingsregelgeving en met het oog op de praktische afwikkelbaarheid van banken heeft de FSB dan ook in 2011 richtsnoeren uitgebracht.¹⁵ Eén van de richtsnoeren betreft het opstellen van living wills, in het Nederlands ook wel herstel- en afwikkelingsplannen genoemd.

5.2 Voorstel voor een Europese crisismanagementrichtlijn

Ook in Europa is op verschillende niveaus regelgeving ontwikkeld voor de afwikkeling van banken. Zo kennen - naast Nederland - onder andere België, Duitsland, Denemarken, Frankrijk, Ierland, het Verenigd Koninkrijk, Zweden en Zwitserland nationale interventiewetgeving. Op het niveau van de Europese Unie heeft de Europese Commissie de ontwikkeling van een Europees kader voor crisismanagement in de financiële sector ter hand genomen. Daarbij heeft zij de richtsnoeren van de FSB in ogenschouw genomen en ook gezien welke interventie-instrumenten er in de verschillende lidstaten reeds zijn opgenomen in nationale wetgeving. Op 6 juni 2012 heeft de Europese Commissie een voorstel voor een richtlijn voor herstel en afwikkeling van banken en bepaalde beleggingsondernemingen (BRRD) gepubliceerd.¹⁶ Het Raadsakkoord over dit voorstel is op 26 juni 2013 bereikt.¹⁷ Eind december 2013 is een politiek akkoord bereikt tussen de Raad en het Europees Parlement over de BRRD. Naar verwachting zal de richtlijn begin 2014 formeel worden vastgesteld. Aangezien er op het moment van de afronding van deze evaluatie nog geen definitieve tekst van de BRRD is vastgesteld, wordt er in deze evaluatie verwezen naar de teksten die ten tijde van het politieke akkoord beschikbaar waren.¹⁸ De uiterste datum voor implementatie in nationale wetgeving is 1 januari 2015. Het deel van de richtlijn dat bail-in betreft zal uiterlijk op 1 januari 2016 in werking moeten treden.

5.2.1 Algemene kenmerken van het richtlijnvoorstel

De reikwijdte van de BRRD omvat naast banken ook bepaalde beleggingsondernemingen¹⁹ die onder het volledige kapitaalvereistenraamwerk van de CRD-richtlijn²⁰ en de CRR-verordening²¹ vallen. De BRRD biedt ook de mogelijkheid om het afwikkelingsinstrumentarium toe te passen op een holding waarin minimaal een bank of beleggingsonderneming is geplaatst.

Een grondgedachte van de BRRD is dat bij een afwikkelingsactie niet (zoals in het verleden) de belastingbetalers maar de aandeelhouders en schuldeisers de verliezen van een bank of

¹⁵ Financial Stability Board, *Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions*, November 2011.

¹⁶ Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de totstandbrenging van een kader voor het herstel en de afwikkeling van kredietinstellingen en beleggingsondernemingen, COM 2012 (280).

¹⁷ Kamerstukken II 2012/13, 21 501-07, nr. 1071.

¹⁸ Council of the European Union, Proposal for a Directive establishing a framework for the recovery and resolution of credit institutions and investment firms (BRRD), Final compromise text, 2012/0150 (COD) 17958/13, 18 December 2013.

¹⁹ Hierna wordt kortheidshalve telkens volstaan met de aanduiding "beleggingsondernemingen".

²⁰ Richtlijn nr. 2013/36/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende toegang tot het bedrijf van kredietinstellingen en het prudentieel toezicht op kredietinstellingen en beleggingsondernemingen, tot wijziging van Richtlijn 2002/87/EG en tot intrekking van de Richtlijnen 2006/48/EG en 2006/49/EG (PbEU 2013, L 176).

²¹ Verordening (EU) nr. 575/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende prudentiële vereisten voor kredietinstellingen en beleggingsondernemingen en tot wijziging van Verordening (EU) nr. 648/2012 (PbEU 2013, L 176).

beleggingsonderneming nemen, net zoals zij bij het faillissement van de instelling verliezen zouden hebben geleden. Hiervoor is een zogeheten bail-in-instrument opgenomen in de BRRD. In paragraaf 5.2.6 zal nader op dit instrument worden ingegaan.

De BRRD betreft minimumharmonisatie. Dat houdt in dat lidstaten ervoor moeten zorgen dat in elk geval de bepalingen uit de BRRD worden omgezet in de nationale wetgeving, maar dat zij daarnaast nog meer mogen regelen op dit terrein. Hiervoor geldt wel dat het meerdere niet in strijd mag komen met de BRRD. Ten aanzien van het afwikkelingsinstrumentarium voorziet de BRRD zelf hierin in artikel 31, zevende lid. Op grond daarvan mogen lidstaten nog andere instrumenten beschikbaar stellen voor de afwikkeling van een bank of een beleggingsonderneming op voorwaarde dat daarbij de principes en afwikkelingsdoelen zoals geformuleerd in de BRRD worden gerespecteerd en dat de grensoverschrijdende afwikkeling niet wordt bemoeilijkt.

De BRRD is te onderscheiden in drie delen. Ten eerste zorgt de BRRD voor een geharmoniseerd kader voor het opstellen van herstelplannen door banken en beleggingsondernemingen en afwikkelingsplannen door de nationale autoriteiten. Ten tweede krijgt de toezichthouder op grond van de BRRD de bevoegdheid om vroegtijdig in te grijpen ("early intervention") bij een instelling indien deze binnen afzienbare tijd niet langer aan de voorwaarden van haar vergunning zal kunnen voldoen en het bestuur van de instelling niet of niet voldoende ingrijpt om die situatie ten goede te doen keren. Het derde onderdeel van de BRRD zorgt voor een geharmoniseerd instrumentarium voor de ordentelijke afwikkeling (resolutie) van een bank of beleggingsonderneming indien deze zonder interventie failliet zou gaan. De drie delen worden hierna uitgebreider besproken.

5.2.2 Planningfase

Het eerste deel van de richtlijn bevat een regelgevend kader voor de zogeheten planningfase: een aantal doorlopende verplichtingen voor instellingen en bevoegdheden van de toezichthouder op het gebied van de afwikkelbaarheid van een instelling. Instellingen of groepen moeten over een herstelplan beschikken dat jaarlijks of vaker wordt bijgewerkt (artikel 5 BRRD). Dit plan moet specifiek omschreven informatie en procedurebeschrijvingen bevatten, een palet aan opties dat door het bestuur van de instelling kan worden ingezet als herstelmaatregel alsmede indicatoren die bepalen wanneer deze maatregelen worden genomen. Het herstelplan moet worden goedgekeurd door de toezichthouder.

De afwikkelingsautoriteit stelt, met informatie afkomstig van de instelling, voor elke instelling of groep een afwikkelingsplan op en werkt dit minimaal jaarlijks bij. Daarbij beoordeelt de autoriteit tevens de afwikkelbaarheid van de instelling (artikel 13 BRRD) en kan zij de instelling verplichten specifieke maatregelen te treffen om beter afwikkelbaar te worden (artikel 14 BRRD).

Instellingen die niet grensoverschrijdend actief zijn en waarvan de potentiële gevolgen van deconfiture voor het stelsel beperkt zijn, kunnen van de toezichthouder of afwikkelingsautoriteit toestemming krijgen om een simpeler herstelplan te overleggen en/of minder omvangrijke informatie te verstrekken ten behoeve van het afwikkelingsplan (artikel 4 BRRD).

5.2.3 Vroegtijdige-interventiefase

Indien de situatie van een op zichzelf zonder problemen lopende onderneming verslechtert, moet het bestuur maatregelen nemen om het tij te keren ("vroegtijdige interventie"). Daarbij kan het bestuur kiezen uit de maatregelen die door de instelling zelf in het herstelplan zijn opgenomen, of een andere maatregel nemen indien dat opportuun wordt geacht. Uitgangspunt is dat het bestuur van de instelling dit bepaalt, zoals het ook de rest van het dagelijks beleid bepaalt. Indien het bestuur van de instelling zijn verantwoordelijkheid echter niet neemt, of de maatregelen van het bestuur niet in voldoende mate de situatie kunnen herstellen, kan de toezichthouder in het kader van haar reguliere toezicht de instelling verplichten om (aanvullende) maatregelen te nemen.

De BRRD geeft de mogelijkheid aan de toezichthouder om, als geen van de maatregelen in de vroegtijdige-interventiefase hebben gewerkt maar er niettemin geen reden is om tot afwikkeling over te gaan, een zogeheten temporary administrator aan te stellen bij de instelling. Dit is qua idee deels vergelijkbaar met het concept van de stille curator die op grond van artikel 1:76 van de Wft bij een financiële onderneming kan worden aangesteld: de temporary administrator stelt orde op zaken. De rol van de temporary administrator wordt per casus bepaald door de toezichthouder. Afhankelijk van de invulling van de taakomschrijving van de administrator door de toezichthouder kan deze goedkeuringsrechten hebben ten aanzien van besluiten van het bestuur van de instelling, plaatsnemen in het bestuur of in de plaats komen van het bestuur.

5.2.4 Afwikkelingsfase

Zoals hiervoor gemeld, ligt aan de BRRD de gedachte ten grondslag dat de aandeelhouders en schuldeisers de verliezen van de bank of beleggingsonderneming nemen ("bail-in"), net zoals zij bij faillissement van de instelling verliezen zouden hebben geleden. In een faillissementssituatie geldt de in paragraaf 4.2 genoemde faillissementsladder, waarbij aandeelhouders als laatsten uit de boedel uitgekeerd krijgen, nadat de achtergestelde crediteuren en de concurrente crediteuren zijn voldaan. In afwikkeling gaat de instelling niet failliet, maar wordt beoogd de essentiële functies van de instelling overeind te houden. De verdeling van de verliezen over de verschillende categorieën aandeelhouders en schuldeisers gebeurt in afwikkeling zo veel mogelijk op dezelfde manier als in een situatie van faillissement.²² Daarbij moet telkens worden gezorgd dat schuldeisers niet slechter af zijn bij afwikkeling dan in een faillissementssituatie.

5.2.5 Criterium voor afwikkeling

Het criterium op grond waarvan in de BRRD wordt besloten tot ingrijpen bij een instelling, bestaat uit drie delen. Ten eerste is vereist dat de instelling "failing or likely to fail" is en dus (mogelijk) failliet zou gaan bij gebreke van een dergelijk ingrijpen. Dit criterium is op enkele manieren ingevuld. Zo is een instelling "failing or likely to fail" als zij niet meer voldoet aan de voorwaarden waaronder zij een vergunning heeft verkregen of wanneer zij binnen afzienbare tijd daaraan niet meer zou voldoen, als zij te weinig activa tegenover haar passiva kan plaatsen, als zij haar schulden niet meer kan betalen of als zij niet kan voortbestaan zonder (bepaalde vormen van) staatssteun. Het tweede aspect van het afwikkelingscriterium op grond van de BRRD is dat er geen redelijk vooruitzicht is dat een private oplossing of de inzet van het reguliere toezichtsinstrumentarium de situatie ten goede zal doen keren. Ten derde moet afwikkeling van de instelling noodzakelijk zijn met het oog op het algemeen belang. Daarbij wordt getoetst of het ingrijpen noodzakelijk en proportioneel is en of een normale insolventieprocedure niet tot dezelfde resultaten zou leiden.

5.2.6 Afwikkelingsinstrumenten

De BRRD definieert vier afwikkelingsinstrumenten. Voordat de afwikkelingsautoriteit een afwikkelingsinstrument inzet, zal zij eerst moeten bezien of door middel van het afschrijven van de kapitaalinstrumenten van de probleeminstelling en de conversie van de achtergestelde schuld in aandelen, het kapitaaltekort verholpen zou zijn. Dit instrument, genaamd "Write Down of Capital Instruments" (WDCI), is strikt genomen nog geen afwikkelingsinstrument maar bevindt zich wel in de gereedschapskist van de afwikkelingsautoriteit. Als WDCI volstaat, is vervolgens geen verdere afwikkeling met bijbehorende herstructurering noodzakelijk. Als de afwikkelingsautoriteit voorziet dat WDCI niet voldoende zal opleveren om alle verliezen van de probleeminstelling te dragen, moet de autoriteit verder gaan met bail-in van crediteuren, het eerste afwikkelingsinstrument. De autoriteit kan bail-in combineren met één van de andere drie afwikkelingsinstrumenten: de verkoop (overdracht) van aandelen, activa en/of passiva (waaronder deposito's) aan: a) een derde, b) een overbruggingsinstelling of c) een asset management vehicle (met uitzondering van aandelen).

²² Artikel 38 BRRD.

Het 'bail-in-afwikkelingsinstrument' in de BRRD zorgt voor de verdeling van de verliezen in afwikkeling. Met dat instrument kan worden afgeschreven op de waarde van de aandelen van de instelling en vervolgens op de verschillende categorieën schulden van de onderneming, in de mate waarin dat nodig is om alle verliezen van de instelling te adresseren. Bail-in is in de praktijk een vervolg op WDCI (dat enkel aangrijpt op het deel van de balans dat onder CRD als kapitaalinstrumenten kwalificeert). Indien geconstateerd wordt dat WDCI niet zou volstaan om het kapitaaltekort op te lossen, zou dan ook direct moeten worden bezien in hoeverre verdere bail-in van crediteuren noodzakelijk is. Het bail-in-instrument maakt het ook mogelijk om bepaalde schulden om te zetten in (nieuwe) aandelen in de instelling, zodat nieuw eigen vermogen voor de instelling wordt gegenereerd. In uitzonderingsgevallen kan een klein deel van de verliezen of van de herkapitalisatie, in plaats van door aandeelhouders en schuldeisers, gedragen worden door een bijdrage uit een privaat gefinancierd resolutiefonds.²³ Met het oog op het daadwerkelijk kunnen uitvoeren van een bail-in, en daarmee daadwerkelijk de geleden verliezen bij de schuldeisers te leggen, is in de BRRD een verplichting voor elke instelling opgenomen om op haar balans op elk moment voldoende bail-inbaar kapitaal en/of bail-inbare schuld aan te houden. De afwikkelingsautoriteit bepaalt voor elke instelling het aan te houden niveau van bail-inbaar kapitaal en schuld ("minimum requirement for eligible liabilities", MREL).

De BRRD besteedt voorts aandacht aan de doeleinden van afwikkeling. Ten eerste is een doel dat met behulp van afwikkeling wordt bereikt, het zorgen voor de continuïteit van kritieke functies. Dat zijn activiteiten en diensten die essentieel zijn voor het functioneren van de reële economie of die, indien zij zouden worden stopgezet, waarschijnlijk zouden leiden tot een verstoring van de financiële stabiliteit. Zo'n verstoring van de financiële stabiliteit zou bijvoorbeeld kunnen optreden vanwege de verwevenheid, omvang of complexiteit van de instelling of de onvervangbaarheid van de dienstverlening. In het verlengde van het eerste doel wordt met afwikkeling beoogd significante nadelige effecten voor het financiële stelsel te vermijden en daarmee besmetting te voorkomen, alsmede de normale marktdiscipline te laten doorgaan. Een derde doel van afwikkeling dat de BRRD noemt, is het minimaliseren van steun aan financiële instellingen van overheidswege. Tot slot noemt de BRRD ook de bescherming van depositohouders als een doeleinde van afwikkeling.

5.2.7 Internationaal-juridische aspecten van afwikkeling

In de context van de FSB is afgesproken dat de landen die lid zijn van de FSB een afwikkelingsregime met bail-in gaan opzetten in hun wetgeving. Uiteindelijk zouden al die landen een bail-in van een bank in een andere staat moeten erkennen. Voorlopig is dat nog niet het geval. Bovendien zijn veel schuldinstrumenten van banken gestructureerd naar het recht van een ander land. Dit alles kan de effectieve inzet van het bail-in-instrument bemoeilijken. Daarom bepaalt de BRRD dat Europese banken in de voorwaarden van bepaalde door hen nieuw uit te geven schuldinstrumenten moeten opnemen dat op grond van Europese regelgeving onder bepaalde omstandigheden kan worden afgeschreven op het betreffende schuldinstrument.

5.2.8 Regeling voor trigger events

In de BRRD is tevens een regeling opgenomen om trigger events te neutraliseren. De regeling geldt ten aanzien van gebeurtenissen die in de BRRD als "crisis prevention measure" of als "crisis management measure" zijn gedefinieerd. Het eerste betreft kort gezegd alle maatregelen die de toezichthouder dan wel de afwikkelingsautoriteit neemt ten aanzien van een instelling in de planningfase (ten aanzien van de herstelbaarheid en de afwikkelbaarheid van de instelling), in de vroegtijdige interventiefase of de uitvoering door de afwikkelingsautoriteit van WDCI. Een "crisis management measure" betreft kort gezegd de inzet van één of meer afwikkelingsinstrumenten door de autoriteit in de afwikkelingsfase. Indien de instelling de overeenkomst blijft naleven, mag het enkele feit dat zich een trigger event heeft voorgedaan op grond van de BRRD geen aanleiding voor de wederpartij zijn om een beëindigings- of verrekeningsbeding in te roepen. In direct

²³ Andere doeleinden waarvoor het resolutiefonds kan worden ingezet, zijn met name de verstrekking van garanties of (tijdelijke) financiering aan een overbruggingsinstelling of een bad bank.

verband daarmee is een bevoegdheid voor de afwikkelingsautoriteit opgenomen om de naleving van de overeenkomst op te schorten tot uiterlijk middernacht na de volgende werkdag; de BRRD bepaalt dat een dergelijke opschorting geen "trigger" vormt.

5.2.9 *Government financial stabilisation tools*

Het politieke akkoord tussen de Raad van Ministers en het Europees Parlement over de BRRD regelt dat nationale overheden bevoegd blijven om een kapitaalinjectie te doen of tijdelijk te nationaliseren. Wel dient daarbij onder meer te worden voldaan aan de doeleinden van afwikkeling. Deze doeleinden zijn beschreven in paragraaf 5.2.6.

5.3 Voorstel voor een Single Resolution Mechanism

De BRRD geeft op Europees niveau een kader van normen en instrumenten die in elk geval in de nationale rechtsordes van de lidstaten moeten worden opgenomen (minimumharmonisatie). De wetgeving op het gebied van privaatrecht en faillissementsrecht verschilt evenwel per lidstaat; daarom zal de inpassing van de BRRD in de nationale rechtsordes naar verwachting op bepaalde punten verschillen. In het kader van de Bankenunie wordt op basis van de BRRD verder gewerkt aan een kader voor Europese besluitvorming en financiering van afwikkeling, inclusief een Europees resolutiefonds (Single Resolution Mechanism (SRM)). De Europese Commissie heeft op 10 juli 2013 een voorstel uitgebracht voor een verordening die dat moet bewerkstelligen.²⁴ Het Raadsakkoord hierover is op 18 december 2013 bereikt.²⁵ Onlangs zijn de trilogonderhandelingen tussen de Raad en het Europees Parlement aangevangen om tot een akkoord te komen.

In de BRRD worden de lidstaten verplicht om één of meer afwikkelingsautoriteiten op nationaal niveau aan te wijzen die beslissen op welk moment en op welke wijze een bank of beleggingsonderneming zou moeten worden afgewikkeld²⁶. In het Raadsakkoord over het SRM van 18 december 2013 wordt deze bevoegdheid in bepaalde gevallen toebedeeld aan een Europese afwikkelingsautoriteit (Single Resolution Board, SRB). Het gaat hierbij om de volgende gevallen: a) banken die onder direct toezicht van de ECB vallen, b) banken die grensoverschrijdende activiteiten verrichten en c) waarin een resolutiebesluit van een nationale afwikkelingsautoriteit ten aanzien van een bank die onder indirect ECB toezicht staat het gebruik van de middelen uit het Europese resolutiefonds vereist. Nationale afwikkelingsautoriteiten beslissen voor de overige banken die onder indirect ECB toezicht staan of beleggingsondernemingen over het moment waarop deze zouden moeten worden afgewikkeld²⁷. Er is op dit moment nog geen politiek akkoord over de SRM-verordening. In het kader van deze evaluatie voert het daarom te ver om de SRM-verordening in beschouwing te nemen.

²⁴ Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad 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, COM 2013/0520.

²⁵ http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ecofin/140190.pdf.

²⁶ Artikel 3 BRRD bepaalt wie op nationaal niveau kunnen worden aangewezen als afwikkelingsautoriteit. De BRRD laat de ruimte om DNB en/of het ministerie van Financiën als afwikkelingsautoriteit aan te wijzen.

²⁷ Kamerstukken II 2013/14, 21501-07 nr. 1112.

6. Inventarisatie interviews en literatuur

6.1 Inleiding

Op basis van de literatuurstudie en de gesprekken die zijn gevoerd met zowel personen binnen als buiten het ministerie van Financiën die betrokken zijn geweest bij het opstellen van de Interventiewet dan wel bij de nationalisatie van SNS, is er een overzicht opgesteld van de reacties ten aanzien van de interventiebevoegdheden van DNB en de minister van Financiën. In dit hoofdstuk worden deze reacties beschreven.

6.2 Bevoegdheden van DNB

In de paragrafen 6.2.1 tot en met 6.2.5 wordt ingegaan op hetgeen uit de gevoerde gesprekken en onderzochte literatuur is gebleken ten aanzien van de interventiebevoegdheden van DNB waar zij op grond van de Interventiewet over beschikt.

6.2.1 Ingrijpen op niveau moedermaatschappij

Tijdens de gesprekken is gevraagd of DNB – net als de minister – bevoegdheden zou moeten krijgen om te kunnen ingrijpen op het niveau van de moedermaatschappij van een probleeminstelling. Uit de gevoerde gesprekken blijkt dat er bij het merendeel van de respondenten behoefte bestaat om DNB dergelijke bevoegdheden te geven. Ook in de literatuur wordt er door meerdere auteurs op gewezen dat DNB bevoegdheden zou moeten krijgen om in te grijpen op het niveau van de moedermaatschappij.²⁸ Zoals in paragraaf 3.2 is aangegeven, is hier ook door twee partijen (onder wie DNB) aandacht voor gevraagd in hun consultatiereactie op het concept-wetsvoorstel van de Interventiewet. In de gesprekken is door meerdere respondenten opgemerkt dat een eventueel optreden van DNB ten aanzien van een moedermaatschappij wel altijd subsidiair en proportioneel zou moeten zijn. Aangegeven is dat hieraan bij een concern dat ook andere activiteiten verricht dan het uitoefenen van het bedrijf van bank eerder voldaan zal zijn naarmate de bank groter is binnen het concern. Eén respondent heeft aangegeven dat het lastig is om een algemene regel te geven wanneer DNB wel of niet zou mogen ingrijpen ten aanzien van een moedermaatschappij. Of er al dan niet wordt ingegrepen, is volgens deze respondent afhankelijk van het effect van de insolventie van een bank of verzekeraar op de rest van het concern. Door meerdere respondenten is opgemerkt dat een randvoorwaarde voor de bevoegdheid tot ingrijpen op het niveau van de moedermaatschappij is dat DNB alleen zou moeten kunnen ingrijpen bij een concern waar een bank en/of verzekeraar deel van uitmaakt. Voorts werd er door meerdere respondenten op gewezen dat er op dit punt aansluiting zou moeten worden gezocht bij de BRRD. Enkele respondenten lieten zich kritisch uit over de wenselijkheid van het toebedelen van een dergelijke bevoegdheid aan DNB. Eén respondent gaf aan dat de wetgever zich moet afvragen of het gerechtvaardigd is om in te grijpen bij een moedermaatschappij als de stabiliteit van het financiële stelsel niet in het geding is.

6.2.2 Aandelenoverdracht

Enkele respondenten hebben aangegeven dat bezien zou moeten worden of de aandelenoverdracht niet uitgebreid zou moeten worden in die zin dat de regeling voortaan niet alleen ziet op aandelen maar op effecten. Op deze wijze zouden volgens deze respondenten ook de eigendomsrechten in instellingen zonder aandelenstructuur kunnen worden overgedragen. Enkele respondenten gaven aan dat de financiering van een overdrachtsplan hiermee realistischer zou worden. Indien onder deze regeling ook de door de probleeminstelling uitgegeven obligaties en andere verhandelbare effecten tegen een redelijke prijs aan een derde zouden kunnen worden overgedragen, zou volgens deze respondenten burden sharing kunnen worden bereikt. Eén respondent stelde in dit kader voor om naast effecten ook onderhandse leningen op te nemen. Enkele respondenten stonden kritischer

²⁸ B. Bierens, 'Over het besluit tot nationalisatie van SNS REAAL en de rechterlijke toetsing daarvan: terugkijken en vooruitblikken', *Tijdschrift voor financieel recht*, nr. 4 april 2013. Ook: H. Koster, 'De praktische gang van zaken rondom SNS', *Ondernemingsrecht* 2013/35.

ten opzichte van dit voorstel en gaven aan dat hetzelfde resultaat al bereikt kan worden door middel van de activa/passiva-overdracht.

6.2.3 Overbruggingsinstelling

Verschillende respondenten hebben tijdens de gesprekken opgemerkt dat de werking van een overbruggingsinstelling nog nadere aandacht verdient. Enkele respondenten constateerden dat de wet weliswaar ruimte biedt voor het stellen van nadere regels met betrekking tot de overbruggingsinstelling in lagere regelgeving maar dat die nadere regels tot op heden nog niet zijn gesteld. Eén respondent gaf aan dat het praktisch zou zijn om de contouren van een overbruggingsinstelling in lagere regelgeving uit te werken. Een andere respondent stelde dat een deel van de markt in de veronderstelling verkeert dat er vanwege het ontbreken van nadere regels momenteel in het geheel geen mogelijkheid zou zijn om de overbruggingsinstelling als interventieinstrument in te zetten. Desgevraagd gaf een derde respondent aan dat van tevoren lastig te voorzien is hoe een overbruggingsinstelling er in een specifiek geval uit zou moeten zien; deze respondent gaf aan dat omwille van de flexibiliteit niet alles in regels gegoten zou moeten worden. Wel leek het dezelfde respondent praktisch om concepten van de noodzakelijke oprichtingsdocumenten (akte van oprichting, statuten) door DNB te laten voorbereiden, zodat er in geval van nood direct een basis is die als uitgangspunt kan worden genomen. Twee respondenten gaven aan dat voor een overbruggingsinstelling onverkort een vergunningplicht geldt indien zij als bank actief wil zijn; die vergunningplicht zou volgens deze respondenten mogelijk zorgen voor vertraging in het effectueren van de overdracht.²⁹ Zij suggereerden dat DNB bij het opzetten van een overbruggingsinstelling tijdelijk ontheffing van bepaalde vergunningvereisten zou moeten kunnen verlenen. Volgens één van de respondenten zou de mogelijkheid tot ontheffing in de nog uit te werken lagere regelgeving kunnen worden vervat. Eén van de respondenten heeft erop gewezen dat de Nederlandse Staat op grond van de Interventiewet geen overnemende partij mag zijn; deze respondent vroeg zich af op welke wijze de overbruggingsinstelling moet worden gefinancierd. Enkele respondenten hebben een koppeling gelegd tussen bail-in en de inzet van een overbruggingsinstelling: wanneer bail-in wordt geïntroduceerd, zoals de BRRD voorstelt, wordt het mogelijk om de rechten van crediteuren te converteren in aandelen en hun vordering af te schrijven. Op deze manier kan nieuw eigen vermogen worden verschaft aan de overbruggingsinstelling. In de BRRD wordt het, zo geeft een respondent aan, overigens ook mogelijk om een overbruggingsinstelling mede te financieren via leningen uit het resolutiefonds. Met deze nieuwe financieringsbronnen zal volgens deze respondent naar verwachting het belang van de overbruggingsinstelling als interventieinstrument toenemen.

6.2.4 Regeling voor trigger events

In haar jaarlijkse wetgevingsbrief³⁰ heeft DNB aangegeven dat zij vindt dat de regeling in de Interventiewet ten aanzien van trigger events een te beperkte reikwijdte kent en daarmee een belemmering vormt voor een effectieve interventiestrategie.³¹ In de reactie daarop aan de Tweede Kamer is door de minister van Financiën toegezegd dat de reikwijdte van de regeling voor trigger events zal worden aangepast aan hetgeen de BRRD hierover zal bepalen. Niettemin is tijdens de gesprekken dit onderwerp vaak ter sprake gekomen.

Eén respondent ging in op het algemeen belang dat met de trigger-eventsbepalingen wordt beschermd: de individuele wederpartij zal wellicht, bezorgd over de situatie bij de instelling, zijn eigen positie willen veiligstellen ten koste van de instelling en daarmee ten koste van het algemeen belang. Met een vroegtijdige interventie wordt juist beoogd de instelling in beter vaarwater te brengen zodat deze verder kan functioneren zoals voorheen. Door een respondent werd gesteld dat het kenmerk van een geslaagde vroegtijdige interventie is dat "er geen haan naar kraait".

²⁹ Zo ook: V. de Serière, *Als de stille noodklok luidt... Overheidsingrijpen in privaatrechtelijke verhoudingen ten behoeve van stabiliteit in de financiële sector*, Serie Onderneming en recht, deel 71, Deventer: Kluwer, 2012, p. 6.

³⁰ Bijlage bij Kamerstukken II 2012/13, 32 545, nr. 14.

³¹ Zie voor een bespreking van het huidige wettelijk kader rondom trigger events paragraaf 3.4 van dit rapport.

Enkele respondenten gaven aan dat in bancaire kredietovereenkomsten vaak wordt gefocust op toezichtmaatregelen om de overeenkomst te kunnen beëindigen of om zekerheden te kunnen verlangen. Deze respondenten noemden daarbij de figuur van de stille curator³² als voorbeeld van een toezichtmaatregel die vaak als trigger event is opgenomen in overeenkomsten. Zij onderstreepten dat de stille curator momenteel niet onder de regeling van de trigger events valt en dat dit de effectieve inzetbaarheid van die regeling kan ondermijnen. Overigens is door middel van de Wijzigingswet financiële markten 2014³³ inmiddels ook de stille curator, indien benoemd in het kader van de voorbereidingen van een overdrachtsplan, onder de reikwijdte van de regeling voor de trigger events gebracht.

Verschillende respondenten herinnerden aan het feit dat het uiteindelijke wetsvoorstel voor de Interventiewet een beperktere regeling ten aanzien van trigger events kende dan de versie die voor marktconsultatie was voorgelegd. Het geconsulteerde concept-wetsvoorstel verbood ook de uitoefening van trigger-eventsbedingen die betrekking hebben op een reguliere aanwijzing van de toezichthouder. Bedoelde respondenten gaven aan dat de keuze voor een beperktere reikwijdte destijds was gemaakt met het oog op de mogelijk hogere financieringskosten die Nederlandse banken zouden moeten maken bij een bredere reikwijdte van de bepaling ten opzichte van hun buitenlandse concurrenten aangezien geldschieters relatief minder rechten zouden kunnen uitoefenen en het daarmee gepaard gaande risico zouden willen inprijzen. In de memorie van toelichting werd deze afweging destijds eveneens gemaakt.³⁴ Enkele respondenten hebben erop gewezen dat een eventuele uitbreiding van de regeling voor trigger events niet zo ver zou moeten gaan dat daar alle reguliere aanwijzingen van de toezichthouder onder vallen. De regeling voor trigger events zou volgens deze respondenten duidelijk terug te voeren moeten zijn op de Interventiewet en de daaraan gerelateerde bevoegdheden. Eerder werd in de literatuur gevreesd dat naar aanleiding van de invoering van de regeling voor trigger events via de Interventiewet de in overeenkomsten opgenomen trigger events zouden aangrijpen bij eerder in de tijd gelegen toezichtmaatregelen³⁵. Eén van de respondenten gaf desgevraagd aan dat wederpartijen tot op heden hier niet toe lijken te zijn overgegaan.

Enkele respondenten gaven aan dat ook de BRRD zal voorzien in een regeling voor trigger events; de reikwijdte daarvan zal zich ook uitstrekken tot maatregelen van de toezichthouder in het kader van vroegtijdige interventie en maatregelen die de toezichthouder of de afwikkelingsautoriteit kan vereisen van een instelling met het oog op het beter afwikkelen van die instelling ("crisis prevention measures"). Daarmee zullen volgens deze respondenten ook aanwijzingen van de toezichthouder in die fase, alsmede de benoeming van een stille curator in het kader van vroegtijdige interventie, niet langer kunnen leiden tot uitoefening van een trigger-eventsbeding.

6.2.5 Verwevenheden

6.2.5.1 Financiële verwevenheden, waaronder vvgb-plicht voor 403-verklaringen

Een moedermaatschappij van een financiële onderneming kan ervoor zorgen dat de administratieve lasten van de totale groep worden verminderd door een 403-verklaring af te geven aan één of meer van haar dochterondernemingen. In een 403-verklaring verklaart de moedermaatschappij zich hoofdelijk aansprakelijk voor de schulden uit rechtshandelingen van haar dochter. Indien door een moedermaatschappij een 403-verklaring is afgegeven aan haar dochter, hoeft deze dochter niet langer een eigen jaarrekening openbaar te maken. De financiële gegevens van die dochteronderneming worden in dat geval namelijk opgenomen in de geconsolideerde jaarrekening van de moedermaatschappij.

³² Artikel 1:76 van de Wft.

³³ Stb. 2013, 487.

³⁴ Kamerstukken II 2011/12, 33 059, nr. 3, p. 37.

³⁵ Deze vrees werd voorafgaand aan de inwerkingtreding uitgesproken in B. Joosen, 'De Interventiewet nader beschouwd', *Bedrijfsjuridische berichten*, 2012/5.

DNB heeft in haar wetgevingsbrief, overigens als algemene wetgevingswens en niet slechts in het kader van de (evaluatie van de) Interventiewet, verzocht om het afgeven van 403-verklaringen en soortgelijke concerngaranties door een instelling te onderwerpen aan een verklaring van geen bezwaar (vvgb) van DNB. Tijdens de gesprekken is gevraagd of 403-verklaringen en garanties vvgb-plichtig zouden moeten worden gemaakt. Enkele respondenten hebben aangegeven toegevoegde waarde te zien in het vvgb-plichtig maken van het afgeven van 403-verklaringen. Deze respondenten hebben aangegeven dat DNB op deze wijze meer grip krijgt op het afgeven van dergelijke verklaringen. De voorstanders van een vvgb-plicht merkten op dat een dergelijke plicht niet zou moeten zien op bestaande 403-verklaringen. Als punt van aandacht gaven respondenten aan dat als een 403-verklaring eenmaal is afgegeven, deze blijft afgegeven. Meerdere respondenten vroegen zich af hoe moet worden omgegaan met de risico's die de dochter (waarvoor de 403-verklaring is afgegeven) op zich laadt nadat een vvgb is verleend. Eén van de respondenten merkte op dat het lastig is om te bepalen op welke gronden een vvgb zou moeten worden geweigerd. Een aantal respondenten plaatsten vraagtekens bij het nut en de noodzaak van het vvgb-plichtig maken van het afgeven van 403-verklaringen. Meerdere respondenten vroegen zich af of de 403-verklaring zelf het probleem is of dat dat de risico's zijn die worden aangegaan door een dochter waarvoor een 403-verklaring is afgegeven. Deze respondenten gaven aan dat DNB op grond van haar huidige wettelijke bevoegdheden (via artikel 3:111a van de Wft) al kan eisen dat er meer kapitaal wordt aangehouden door een bank die een 403-verklaring heeft afgegeven aan haar dochter omdat de moedermaatschappij daarmee risico's van de dochter op haar balans neemt. Het afgeven van een dergelijke verklaring heeft volgens deze respondenten geen gevolgen voor de financiële positie van het concern als geheel omdat slechts de risico's op een andere plaats in het concern worden gelokaliseerd. Eén van de respondenten heeft geopperd om in de Interventiewet te regelen dat een afgegeven 403-verklaring met terugwerkende kracht zou moeten kunnen worden ingetrokken indien een instelling zich in "interventievaarwater bevindt". In de literatuur worden ook gedachten gewijd aan deze problematiek.³⁶

6.2.5.2 Operationele verwevenheden

Respondenten hebben aangegeven dat de grote infrastructurele en andere verwevenheden binnen SNS een complicerende factor vormden. Verwevenheden zijn bedrijfseconomisch gezien logisch, aldus één van de respondenten, omdat op die manier synergievoordelen binnen de groep kunnen worden bereikt. Zij kunnen echter in sommige gevallen het zicht en daarmee het toezicht op de groep belemmeren. In de gesprekken is de vraag gesteld of DNB meer bevoegdheden zou moeten krijgen om deze verwevenheden, indien noodzakelijk, te ontvlechten. Eén respondent wees erop dat artikel 1:75 Wft zou moeten worden aangepast voor het geval dat DNB een aanwijzing geeft met betrekking tot interne verwevenheden. Volgens deze respondent zou het in dat geval mogelijk moeten zijn dat overeenkomsten tussen de persoon aan wie een aanwijzing wordt gegeven en derden kunnen worden aangetast. Een tweede respondent gaf aan dat er reeds regels gelden ten aanzien van grote posities van de instelling en dat die in beginsel ook gelden ten aanzien van interne concentratierisico's zoals intragroepsleningen. Volgens weer een andere respondent zou de problematiek moeten worden geadresseerd in het proces rondom de afwikkelingsplannen die door DNB worden opgesteld. In dat proces zal worden gezien welke operationele verwevenheden bij afwikkeling problematisch zouden kunnen blijken. Met het oog op de afwikkelbaarheid van de relevante onderdelen van een probleeminstelling zouden die relevante onderdelen zich in beginsel zelf moeten kunnen bedruipen, aldus de respondent; voor uitbestede dienstverlening zou daarbij eventueel een doorleverplicht op grond van een *service level agreement* behulpzaam kunnen zijn.³⁷

³⁶ V. de Serière, 'Het voorstel voor een Interventiewet nader beschouwd, ook in vergelijking met wetgeving in ons omringende landen', *Ondernemingsrecht*, 2011/65, par. 10.

³⁷ Zie ook: V. de Serière, *Als de stille noodklok luidt... Overheidsingrijpen in privaatrechtelijke verhoudingen ten behoeve van stabiliteit in de financiële sector*, Serie Onderneming en recht, deel 71, Deventer: Kluwer, 2012, p. 22.

6.3 Bevoegdheden van de minister van Financiën

In de paragrafen 6.3.1 tot en met 6.3.4 is een overzicht opgenomen van hetgeen uit de gevoerde gesprekken en onderzochte literatuur is gebleken ten aanzien van de interventiebevoegdheden van de minister van Financiën waar hij op grond van de Interventiewet over beschikt.

6.3.1 *Criterium ernstig en onmiddellijk gevaar*

Aan de respondenten is de vraag voorgelegd of het criterium uit de wet voor ingrijpen door de minister met het oog op de toekomst aanpassing behoeft. De reacties van de respondenten op dit punt waren verdeeld. Een aantal respondenten heeft aangegeven dat het criterium van de minister geen aanpassing behoeft. Deze respondenten hebben erop gewezen dat het mogelijk was om in het belang van de financiële stabiliteit effecten en vermogensbestanddelen van SNS REAAL en SNS Bank te onteigenen en dat de onteigening door de Afdeling (met uitzondering van de onteigening van de potentiële claims) in stand is gelaten. Andere respondenten merkten op dat het overweging verdient om in het criterium het element "onmiddellijk" te vervangen. Eén respondent heeft voorgesteld om het criterium "onmiddellijk" te vervangen door "onafwendbaar". Een andere respondent heeft aangegeven dat in de wet zou moeten worden geëxpliciteerd dat de minister kan ingrijpen als er sprake is van een ernstig gevaar dat tot ingrijpen noopt. Door deze respondent is geopperd om te kijken naar formuleringen die worden gebruikt in andere wetten, zoals Landbouwwetten, op grond waarvan noodmaatregelen kunnen worden genomen.

6.3.2 *Onteigening potentiële claims*

Zoals in paragraaf 4.3 is aangegeven, is het onteigeningsbesluit van de minister door de Afdeling grotendeels in stand gelaten, maar is het besluit op het punt van de onteigening van potentiële claims vernietigd. Gelet hierop is tijdens de gesprekken gevraagd of de Interventiewet zou moeten worden aangepast met het oog op de onteigening van potentiële claims. Er werd door respondenten op gewezen dat uit de uitspraak van de Afdeling niet blijkt dat het onteigenen van potentiële claims onmogelijk zou zijn. Over de vraag of een wettelijke regeling op dit punt wenselijk is, lopen de meningen uiteen. Eén respondent heeft aangegeven dat het onlogisch en onrechtvaardig is als een onteigende belegger, bijvoorbeeld via het instellen van een onrechtmatige-daadactie tegen de probleeminstelling, alsnog een vergoeding voor het door hem geleden beleggersverlies zou krijgen en op deze wijze zou profiteren van de onteigening. Een andere respondent heeft opgemerkt dat het de vraag is of de wetgever moet toestaan dat beleggers verliezen alsnog vergoed krijgen omdat ze het verpakken als een actie op grond van onrechtmatige daad. Volgens deze respondent dringen deze beleggers als het ware voor op de "faillissementsladder". Diezelfde respondent vroeg zich wel af of onteigening de juiste route is om dit probleem op te lossen. Voorstanders van de invoering van een wettelijke regeling hebben erop gewezen dat de waardebepaling van onteigende potentiële claims lastig is. Enkele respondenten hebben geopperd om de waarde van dergelijke claims te bevriezen op het moment van onteigening. Ook in de literatuur die is verschenen naar aanleiding van de uitspraak van de Afdeling wordt erop gewezen dat het gevaar bestaat dat de verschaffers van achtergesteld kapitaal na een interventie zullen proberen om door middel van een concurrente vordering tot schadevergoeding alsnog hun aanspraken te verhalen op de alsdan geherkapitaliseerde (voormalige) probleembank. In de literatuur zijn kritische kanttekeningen geplaatst bij de vernietiging door de Afdeling van de onteigening van de potentiële claims.³⁸ Voorts is in de literatuur aangegeven dat nog eens zou moeten worden doorgerekend in hoeverre het wenselijk is dat er na onteigening van achtergesteld kapitaal ruimte blijft bestaan voor een concurrente vordering tot schadevergoeding in samenhang met de onteigende effecten.³⁹ Tegenstanders van een wettelijke regeling op dit punt hebben aangegeven dat het te ver zou gaan om beleggers hun

³⁸ Noot M. Scheltema, 'Beroep tegen besluit Minister van Financiën tot onteigening aandelen SNS en achtergestelde leningen verworpen', *Ondernemingsrecht*, 2013/38 en B. Bierens, 'Over het besluit tot nationalisatie van SNS REAAL en de rechterlijke toetsing daarvan: terugkijken en vooruitblikken', *Tijdschrift voor financieel recht*, nr. 4 april 2013.

³⁹ B. Bierens, 'Over het besluit tot nationalisatie van SNS REAAL en de rechterlijke toetsing daarvan: terugkijken en vooruitblikken', *Tijdschrift voor financieel recht*, nr. 4 april 2013.

claim te ontzeggen. In dit kader is erop gewezen dat beleggers eventuele claims ook in een faillissement zouden kunnen indienen. Eén van de respondenten wees erop dat een actie op grond van onrechtmatige daad een andersoortige claim is en dat een dergelijke claim niet aanhangig wordt gemaakt uit hoofde van het aandeelhouderschap maar uit andere hoofde, bijvoorbeeld in de hoedanigheid van een misleide investeerder. Dezelfde respondent gaf aan dat een besluit om te interveniëren door de Staat voor sommigen een voordeel en voor anderen een nadeel oplevert, en voegde daaraan toe dat iemand niet kan worden verweten dat zijn debiteur opeens rijker is geworden doordat de Staat heeft geïntervenieerd.

6.3.3 *Onteigening onderhandse leningen*

Meerdere respondenten hebben opmerkingen gemaakt over het feit dat in het geval van SNS niet de achtergestelde onderhandse leningen zelf maar de daarmee corresponderende (passieve) vermogensbestanddelen van SNS Bank respectievelijk SNS REAAL zijn onteigend ten name van een separate stichting. In de gesprekken is gevraagd hoe de respondenten aankeken tegen een bevoegdheid voor de minister om achtergestelde schulden die geen effecten zijn (zoals bijvoorbeeld achtergestelde onderhandse leningen) aan de activa-zijde, dat wil zeggen aan de activa-zijde van de balans van een derde partij, te onteigenen. De meerderheid van de respondenten heeft aangegeven dat zij zich kunnen vinden in een dergelijke uitbreiding van de bevoegdheid van de minister. Door één respondent is geopperd om het begrip 'effecten' uit artikel 6:2, eerste lid, Wft te vervangen door het begrip 'financieel instrument'. Een andere respondent heeft aangegeven dat de minister niet alleen effecten en vermogensbestanddelen zou moeten kunnen onteigenen maar ook vorderingsrechten. Ook in de literatuur wordt geopperd om de onteigening van de onderhandse leningen aan de activa-zijde mogelijk te maken.⁴⁰ In de literatuur is opgemerkt dat uit de letter van de wet niet blijkt dat onder vermogensbestanddelen activa en passiva moet worden verstaan en dat de wettelijke grondslag voor de onteigening van onderhandse leningen aan de magere kant was.⁴¹ In één van de gesprekken is daarentegen scherpe kritiek geuit ten aanzien van het idee om achtergestelde schulden die geen effecten zijn aan de activa-zijde te onteigenen. In dat geval zou de minister van Financiën namelijk niet langer uitsluitend de balans van een financiële onderneming kunnen afwikkelen, maar zou hij rechtstreeks kunnen ingrijpen ten aanzien van elke partij die een vorderingsrecht heeft op de probleeminstelling. De betreffende respondent vroeg zich af of een dergelijke vergaande bevoegdheid voor de minister nodig is. Volgens voornoemde respondent verdient het de voorkeur om, net als in het geval van SNS, ook in de toekomst de passieve vermogensbestanddelen van de probleeminstelling te onteigenen ten name van een separate stichting. Een andere respondent gaf aan dat alleen zolang wordt aangesloten bij de balans van de probleeminstelling zelf interventies ten aanzien van de vermogensbestanddelen onder Nederlands recht kunnen worden behandeld. Een actiefpost op de balans van een buitenlandse partij is volgens die respondent waarschijnlijk moeilijker te onteigenen onder Nederlands recht.

6.3.4 *Samenloop deel 3 Wft en deel 6 Wft en bail-in*

Een respondent heeft opgemerkt dat er een incongruentie bestaat tussen deel 3 Wft en deel 6 Wft. Deze respondent wees erop dat artikel 3:159aa, zesde lid, Wft bepaalt dat een gegrondverklaring van verzet tegen een eerder uitgesproken overdrachtsregeling slechts tot vernietiging van de overdrachtsregeling leidt indien de ongedaanmaking van deze regeling geen onevenredig ernstige gevolgen zou hebben. Deze respondent heeft geopperd om een soortgelijke bepaling op te nemen in deel 6 Wft voor het geval de Afdeling een besluit van de minister zou vernietigen.

Enkele respondenten hebben de vraag gesteld waarom bepaalde bevoegdheden zijn belegd bij DNB en andere bij de minister. Daarbij hebben sommige respondenten erop gewezen dat de criteria voor ingrijpen van de minister en DNB onderling verschillen. Twee respondenten hebben geopperd

⁴⁰ B. Bierens, 'Over het besluit tot nationalisatie van SNS REAAL en de rechterlijke toetsing daarvan: terugkijken en vooruitblikken', *Tijdschrift voor financieel recht*, nr. 4 april 2013.

⁴¹ H. Hendriks, 'De eerste interventie van Nederland', *V&O*, 2013, nr. 3 en M. de Jongh en A. Schild, 'Supersnelrecht bij de Afdeling, de nationalisatie van SNS', *Nederlands Juristenblad*, 22-03-2013.

om alle bevoegdheden bij DNB neer te leggen en de minister een goedkeuringsbevoegdheid te geven als er aan een ingreep financiële consequenties voor de Staat zijn verbonden. Eén van de respondenten heeft aangegeven dat nationalisatie qua resultaat een vorm is van een overbruggingsinstelling en dus niet perse vérstrekender is dan hetgeen DNB momenteel kan. Deze respondent ziet twee redenen waarom de minister momenteel betrokken kan zijn: enerzijds vanwege de stabiliteit van het financiële stelsel en anderzijds vanwege de financiële consequenties voor de Staat. Vanaf de implementatie van de BRRD zou, in de lezing van deze respondent, het laatstgenoemde aspect wegvallen en zou betrokkenheid van de minister alleen nog kunnen zien op gevallen waarin er mogelijk sprake is van een gevaar voor de stabiliteit van het financiële stelsel.

Meerdere respondenten hebben opgemerkt dat de Interventiewet zou moeten voorzien in de mogelijkheid van bail-in. In de literatuur wordt geconstateerd dat de Interventiewet niet voorzag in een uitgewerkte regeling om de achtergestelde obligaties en onderhandse leningen af te schrijven of te converteren in aandelen.⁴² Enkele respondenten vragen zich af of de minister respectievelijk DNB niet bijvoorbeeld obligaties zou moeten kunnen converteren in achtergestelde obligaties of aandelen of deze zou moeten kunnen afschrijven tot een lager bedrag.⁴³ Daarbij kijken enkele respondenten ook reeds vooruit naar de bail-inregeling die in de BRRD zal worden opgenomen.

6.4 Samenloop met de BRRD

De interviews met respondenten zijn gevoerd op basis van de tekst van het Raadsakkoord over de BRRD. In die tekst waren, anders dan in de meest recente tekst van de BRRD, nog geen bepalingen met betrekking tot de inzet van "government financial stabilisation tools" opgenomen (zie ook paragraaf 5.2.9). In de gesprekken is gevraagd of het wenselijk/mogelijk is om de bevoegdheden uit deel 6 Wft te handhaven naast de bevoegdheden uit de BRRD. Meerdere respondenten hebben aangegeven dat dat inderdaad wenselijk is (voor zover dat mogelijk is onder de BRRD). Enkele respondenten hebben er daarbij op gewezen dat de bevoegdheden uit deel 6 Wft in het verlengde liggen van het instrumentarium van de BRRD. Door sommige respondenten is erop gewezen dat het niet mogelijk is om op dit moment te voorzien aan welke (economische) systeemcrises in de toekomst wellicht het hoofd moeten worden geboden. Voorstanders van het handhaven van deel 6 Wft hebben opgemerkt dat de minister indien hij zou besluiten tot onteigening wel de beginselen uit de BRRD in acht moet nemen, zoals het beginsel dat bestaande financiers zoveel mogelijk de verliezen moeten lijden die zij in een faillissementssituatie zouden hebben geleden. Volgens één van de respondenten zou deel 6 Wft in de mogelijkheid moeten voorzien om eerst als tijdelijke oplossing tot onteigening over te gaan en daarna alsnog bail-in toe te passen. Dit zou volgens deze respondent nuttig kunnen zijn in het geval dat spoed geboden is en bail-in op zeer korte termijn niet kan worden uitgevoerd.

In de gesprekken is gevraagd of het wenselijk is om vooruitlopend op de implementatie van de BRRD in de Nederlandse wet- en regelgeving eventuele aanpassingen van de Interventiewet die voortkomen uit deze evaluatie door te voeren. Verschillende respondenten gaven aan dat zij eventuele aanpassingen graag zo spoedig mogelijk doorgevoerd zouden zien. Tegelijkertijd gaven zij aan te beseffen dat aan de BRRD in Europees verband politieke prioriteit wordt gegeven, wat waarschijnlijk resulteert in een korte implementatietermijn voor die richtlijn. Volgens deze respondenten is het dan de vraag of het in de praktijk nog positieve effecten zal sorteren wanneer het regelgevend kader eerst wordt aangepast om de aanbevelingen uit deze evaluatie te verwerken en vervolgens snel daarna wederom wordt aangepast om de BRRD in de Nederlandse wet- en regelgeving te implementeren.

⁴² M. de Jongh en A. Schild, 'Supersnelrecht bij de Afdeling, de nationalisatie van SNS', *Nederlands Juristenblad*, 22-03-2013.

⁴³ H. Koster, 'De praktische gang van zaken rondom SNS', *Ondernemingsrecht*, 2013/35.

7. Conclusies en aanbevelingen

In hoofdstuk 6 is een overzicht gegeven van de gevoerde gesprekken en de bestudeerde literatuur. In dit hoofdstuk wordt de inbreng van de respondenten en de bestudeerde literatuur in een beleidsperspectief geplaatst en worden enkele aanbevelingen gedaan ten aanzien van de interventiebevoegdheden van DNB en de minister van Financiën. Zoals in hoofdstuk 5 is aangegeven, wordt er momenteel op Europees niveau gewerkt aan de afronding van de BRRD. Aangezien er op het moment van de afronding van deze evaluatie nog geen definitieve tekst van de BRRD is vastgesteld, wordt er in dit hoofdstuk verwezen naar de teksten die ten tijde van het politieke akkoord op de BRRD beschikbaar waren.⁴⁴

7.1 Bevoegdheden van DNB

In de paragrafen 7.1.1 tot en met 7.1.5 wordt ingegaan op de interventiebevoegdheden van DNB en worden enkele aanbevelingen gedaan.

7.1.1 Ingrijpen op niveau moedermaatschappij

Bij de totstandkoming van deel 3 Wft is – zoals beschreven in paragraaf 3.2 – ervoor gekozen om DNB uitsluitend interventiebevoegdheden te geven ten aanzien van verzekeraars en banken met zetel in Nederland, en de bevoegdheid om in te grijpen op het niveau van de moedermaatschappij van voornoemde banken en verzekeraars exclusief bij de minister te beleggen. Voorop moet worden gesteld dat het in het geval van SNS geen verschil zou hebben gemaakt als DNB ook op het niveau van de moedermaatschappij had kunnen ingrijpen, onder andere omdat vanwege de diverse problemen van de SNS groep er de facto geen private partij geïnteresseerd was in een overname van de aandelen of van de activa en passiva van SNS. De inzet van het overdrachtsinstrumentarium had dan ook het door DNB geconstateerde kapitaalgat niet opgevuld. Eén van de centrale thema's uit deze evaluatie is de vraag of DNB – net als de minister – bevoegdheden zou moeten krijgen om te kunnen ingrijpen op het niveau van de moedermaatschappij (holding) van een bank en/of verzekeraar. Uit de gevoerde gesprekken en de literatuur blijkt dat hier behoefte aan is. Een moedermaatschappij waarin de aandelen van één of meer Nederlandse banken en/of verzekeraars zijn ondergebracht, zal niet altijd zelf een financiële onderneming zijn. Deze zal gelet hierop veelal niet onder de reikwijdte van de interventiebevoegdheden van DNB vallen. Niettemin is het denkbaar dat de moedermaatschappij van een bank en/of verzekeraar wel de sleutel kan vormen tot de oplossing voor de problemen waarin haar dochtermaatschappij zich bevindt. Om de effectiviteit van de overdrachtsregeling uit deel 3 Wft te vergroten, verdient het aanbeveling om DNB de bevoegdheid te geven om de moedermaatschappij van een bank en/of verzekeraar te betrekken in de overdrachtsregeling. Deze gedachte is ook in lijn met de Europese ontwikkelingen op dit gebied. Op grond van de BRRD zal de afwikkelingsautoriteit onder voorwaarden bevoegd zijn om het afwikkelingsinstrumentarium uit de BRRD toe te passen op een moedermaatschappij die minimaal een bank of beleggingsonderneming als dochter heeft.

Zoals in hoofdstuk 6 is aangegeven, hebben meerdere respondenten opgemerkt dat een eventueel optreden van DNB ten aanzien van een moedermaatschappij wel altijd aan de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit zou moeten worden voldaan. DNB dient bij de inzet van haar interventiebevoegdheden ten aanzien van een moedermaatschappij vanzelfsprekend te voldoen aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het proportionaliteitsbeginsel en het subsidiariteitsbeginsel.

Het is wenselijk om DNB de bevoegdheid te geven om in te kunnen ingrijpen op het niveau van een moedermaatschappij van een Nederlandse bank en/of verzekeraar.

⁴⁴ Council of the European Union, Proposal for a Directive establishing a framework for the recovery and resolution of credit institutions and investment firms (BRRD), Final compromise text, 2012/0150 (COD) 17958/13, 18 December 2013.

7.1.2 Aandelenoverdracht

Enkele respondenten hebben aangegeven dat de bevoegdheid tot overdracht van aandelen zou moeten worden uitgebreid tot een regeling die expliciet voorziet in de overdracht van alle soorten effecten die zijn uitgegeven door de probleeminstelling. Daaronder zouden dan ook obligaties en eigendomsrechten in instellingen zonder aandelenstructuur vallen. Met behulp hiervan zouden verliezen kunnen worden neergelegd bij de houders van die effecten, aldus deze respondenten.

De definitie van "aandeel" uit artikel 3:159a Wft omvat naast verhandelbare aandelen ook andere daarmee gelijk te stellen verhandelbare waardebewijzen of rechten. Hierbij kan worden gedacht aan verhandelbare effecten in instellingen zonder aandelenstructuur. De huidige wettelijke regeling voorziet er reeds in dat van een instelling zonder aandelenstructuur de eigendom via het instrument van de aandelenoverdracht kan worden overgedragen. Op dit punt is een aanpassing van de wet niet noodzakelijk.

Voor zover respondenten met de door hen gemaakte opmerkingen hebben beoogd dat het overdrachtsinstrumentarium in bail-in zou moeten voorzien, kan het volgende worden opgemerkt. Het bail-in instrument, zoals dat in de BRRD is opgenomen, voorziet in mogelijkheden om crediteuren te dwingen verliezen te nemen en op deze wijze mee te betalen aan de afwikkeling van een bank door afschrijving van hun obligaties, dan wel door gedeeltelijke conversie ervan in aandelen.

De BRRD voorziet in een regeling voor de overdracht van aandelen die materieel vergelijkbaar is met de aandelenoverdracht uit de Interventiewet. Daarnaast bevat de BRRD het bail-in instrument dat een mogelijkheid creëert om obligatiehouders van een bank verliezen te laten nemen en op deze wijze te laten meebetalen aan de kosten van een afwikkeling. Dit is wenselijk. Door de implementatie van de BRRD zal in de Nederlandse wet-en regelgeving het bail-in instrument worden opgenomen.

7.1.3 Overbruggingsinstelling

In sommige gesprekken werd de suggestie gewekt dat het momenteel niet mogelijk is om een overbruggingsinstelling op te richten omdat er ten aanzien van de overbruggingsinstelling tot op heden geen nadere regels zijn gesteld bij algemene maatregel van bestuur. De Wft bepaalt dat ten aanzien van de overbruggingsinstelling nadere regels *kunnen* worden gesteld. Hieruit volgt dat een uitwerking van de delegatiegrondslag niet noodzakelijk, maar mogelijk is. Ook zonder dat deze nadere regels zijn gesteld, kan derhalve een overbruggingsinstelling worden opgericht. Mede gelet op de Europese ontwikkelingen op dit gebied (BRRD) ligt het niet voor de hand om op dit moment bij algemene maatregel van bestuur nadere regels te stellen ten aanzien van de overbruggingsinstelling. Voorkomen moet worden dat nationale regelgeving wordt voorbereid die conflicteert met de implementatie van de BRRD.

Sommige respondenten menen dat in de nadere regels voor de overbruggingsinstelling kan worden bepaald dat DNB ontheffing kan verlenen van bepaalde vergunningvereisten. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat het doel van de delegatiegrondslag in de wet is dat regels kunnen worden gesteld met betrekking tot de oprichting, de rechtsvorm, de financiering, het bestuur en de werkwijze van een overbruggingsinstelling, alsmede regels met betrekking tot de voorwaarden waaronder aan een overbruggingsinstelling kan worden overgedragen.⁴⁵ Gelet op de huidige formulering van artikel 3:159t, tweede lid, Wft is het niet mogelijk om in lagere regelgeving te bepalen dat DNB ontheffing kan verlenen van bepaalde vergunningvereisten. Hiervoor zou een wijziging van de Wft noodzakelijk zijn. Het is niettemin denkbaar dat een overbruggingsinstelling op het moment van oprichting (nog) niet aan alle wettelijke vereisten kan voldoen. Voor het effectief functioneren van de overbruggingsinstelling kan het daarom wenselijk zijn dat DNB over de bevoegdheid beschikt om (tijdelijk) ontheffing te verlenen van bepaalde vergunningvereisten.

⁴⁵ Kamerstukken II 2011/12, 33 059, nr. 4, p. 16.

Vermeldenswaard is dat de BRRD uitdrukkelijk de ruimte laat aan de afwikkelingsautoriteit om ten behoeve van een snelle afwikkeling de toezichthouder te verzoeken om een overbruggingsinstelling tijdelijk ontheffing te verlenen van bepaalde vereisten.

De bestaande wettelijke regeling biedt voldoende mogelijkheden om een overbruggingsinstelling op te richten. Mede gelet op de Europese ontwikkelingen (BRRD) is het op dit moment niet opportuun om nadere regels te stellen via een algemene maatregel van bestuur. Een overbruggingsinstelling zal in beginsel aan de vergunningplicht en aan alle relevante vergunningsvereisten moeten voldoen. Bij de implementatie van de BRRD zal aandacht moeten worden besteed aan een mogelijkheid voor de toezichthouder om een overbruggingsinstelling tijdelijk te ontheffen van bepaalde eisen uit de Wft.

7.1.4 Regeling voor trigger events

In haar jaarlijkse wetgevingsbrief⁴⁶ heeft DNB aangegeven dat zij vindt dat de regeling in de Interventiewet ten aanzien van trigger events een te beperkte reikwijdte kent en daarmee een belemmering vormt voor een effectieve interventiestrategie.⁴⁷ DNB verzocht om die reden om verruiming van de reikwijdte van de regeling voor trigger events zodat ook reguliere toezichtmaatregelen die niet voortvloeien uit de Interventiewet eronder vallen. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan het geven van een aanwijzing of het benoemen van een stille curator. Zoals in paragraaf 5.2.8 is aangegeven, bevat ook de BRRD een regeling ten aanzien van trigger events. Die regeling geldt ten aanzien van gebeurtenissen die als "crisis prevention measure" of als "crisis management measure" zijn gedefinieerd in de BRRD. Het betreft hier maatregelen die de toezichthouder of de afwikkelingsautoriteit neemt in zowel de planningfase (zoals een aanwijzing om de afwikkelbaarheid van een instelling te vergroten), de vroegtijdige-interventiefase (onder meer het heenzenden van een bestuurder indien de instelling in zwaar weer verkeert of het aanstellen van een zogeheten temporary administrator bij een instelling) als de afwikkelingsfase (zoals bijvoorbeeld toepassing van bail-in of een overdracht). De regeling uit de BRRD gaat derhalve verder dan de huidige regeling voor trigger events uit de Interventiewet.

Elke trigger-eventsbepaling vormt een inbreuk op de contractsvrijheid. Er dient daarom een balans te bestaan tussen effectieve crisisbestrijding en contractsvrijheid. Hiertoe dient een afweging te worden gemaakt in hoeverre de beoogde voordelen van een uitbreiding van de regeling voor trigger events opwegen tegen de verwachte effecten op de financieringskosten van Nederlandse banken. Voorkomen moet worden dat Nederlandse banken in een nadelige concurrentiepositie komen te verkeren ten opzichte van banken uit andere lidstaten. Het uitbreiden van de reikwijdte van de regeling voor trigger events naar alle reguliere toezichtmaatregelen zou daarom te ver voeren. De BRRD voorziet al in een ruimer toepassingsbereik dan de huidige wettelijke regeling. Gelet op een Europees level playing field verdient het aanbeveling om de regeling voor trigger events niet verdergaand uit te breiden dan de BRRD zal voorschrijven.

Door de implementatie van de BRRD zal de regeling voor trigger events worden uitgebreid. Dit is wenselijk. Gelet op een Europees level playing field verdient het aanbeveling om de regeling voor trigger events uit de Wft niet verdergaand uit te breiden dan de BRRD zal voorschrijven.

7.1.5 Verwevenheden

7.1.5.1 Financiële verwevenheden, waaronder vvgb-plicht voor 403-verklaringen

DNB heeft in haar wetgevingsbrief, overigens als algemene wetgevingswens en niet slechts in het kader van de (evaluatie van de) Interventiewet, verzocht om het afgeven van 403-verklaringen en soortgelijke concerngaranties door een instelling te onderwerpen aan een vvgb van DNB.

⁴⁶ Bijlage bij Kamerstukken II 2012/13, 32 545, nr. 14.

⁴⁷ Zie voor een bespreking van het huidige wettelijk kader rondom trigger events paragraaf 3.4 van deze evaluatie.

Zoals in paragraaf 6.2.5.1 is opgemerkt, hoeft een dochtermaatschappij waarvoor een 403-verklaring is afgegeven (door haar moedermaatschappij) niet langer een eigen jaarrekening openbaar te maken. De financiële gegevens van die dochteronderneming worden in dat geval namelijk opgenomen in de geconsolideerde jaarrekening van de moedermaatschappij. De Wft bevat reeds een verplichting voor Nederlandse banken om de jaarrekening aan DNB te verstrekken (artikel 3:71 Wft) en om rapportagestaten te verstrekken (artikel 3:72 Wft). Uit de evaluatie is niet gebleken dat de informatieverstrekking over geconsolideerde jaarrekeningen aan DNB tekortschiet. Hierbij dient de kanttekening te worden geplaatst dat DNB veelal pas nadat een 403-verklaring is afgegeven op de hoogte zal zijn van het feit dat een dergelijke verklaring of een soortgelijke garantie is afgegeven.

In een 403-verklaring verklaart de moedermaatschappij zich, zoals in paragraaf 6.2.5.1 is aangegeven, hoofdelijk aansprakelijk voor de schulden uit rechtshandelingen van haar dochter. Hierdoor wordt de onderlinge verwevenheid tussen de moedermaatschappij en de dochter vergroot, hetgeen voor lastige situaties kan zorgen bij interventie in een probleeminstelling. Het is van belang dat de moedermaatschappij niet zelf in de problemen komt indien een door haar afgegeven 403-verklaring of soortgelijke garantie door de schuldeisers van haar dochter wordt ingeroepen. Mogelijk draagt een vvgb-plicht voor het afgeven van dergelijke verklaringen bij aan het verkrijgen van meer grip op financiële verwevenheden binnen een concern door de toezichthouder. Het is echter de vraag of het vvgb-plichtig maken van het afgeven van 403-verklaringen en soortgelijke garanties volstaat om het onderliggende probleem – voorkomen dat een moedermaatschappij in de problemen komt doordat een door haar afgegeven 403-verklaring wordt ingeroepen - op te lossen. Het gaat hierbij immers ook om de risico's die door een dochter, waarvoor een 403-verklaring is afgegeven, worden aangegaan na afgifte van die verklaring door de moedermaatschappij. Hoewel 403-verklaringen en soortgelijke garanties vanuit een bedrijfseconomisch perspectief onder normale omstandigheden nuttig kunnen zijn, is het denkbaar dat deze verklaringen in bepaalde situaties, waaronder crisissituaties, mogelijk ongewenste neveneffecten met zich meebrengen. Het beleid zou geënt moeten zijn op het zoveel mogelijk beperken van deze mogelijk ongewenste neveneffecten. In het kader van het opstellen van de herstel- en afwikkelingsplannen voor de systeembanken⁴⁸ wordt reeds gekeken naar financiële verwevenheden die bij afwikkeling van een systeembank problematisch zouden kunnen blijken.

403-verklaringen en soortgelijke garanties kunnen in bepaalde situaties, waaronder crisissituaties, ongewenste neveneffecten hebben. In het kader van het opstellen van herstel- en afwikkelingsplannen voor de systeembanken bezien DNB en het ministerie van Financiën in hoeverre het noodzakelijk is om maatregelen te treffen om mogelijke ongewenste neveneffecten van 403-verklaringen en soortgelijke garanties te beperken. Daarbij zal ook worden bezien of het vvgb-plichtig maken van de afgifte van 403-verklaringen en soortgelijke concerngaranties een afdoende oplossing voor deze mogelijke neveneffecten vormt.

7.1.5.2 Operationele verwevenheden

Zoals in hoofdstuk 6 is aangegeven, hebben respondenten aangegeven dat operationele verwevenheden (waaronder personeel en infrastructuur) voor lastige situaties kunnen zorgen bij interventie in een probleeminstelling. Op dit moment is het onvoldoende duidelijk welke operationele verwevenheden voor ongewenste neveneffecten kunnen zorgen in crisissituaties. In het kader van het opstellen van de herstel- en afwikkelingsplannen voor de systeembanken⁴⁹ wordt gekeken naar operationele verwevenheden die bij afwikkeling van een systeembank problematisch zouden kunnen blijken. In dat kader wordt onder meer gekeken naar de wijze waarop een entiteit die ICT-diensten aan het gehele concern verleent, operationeel onafhankelijk kan worden gemaakt van de rest van het concern of van bepaalde dochters. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan het overeenkomen van *service level agreements* tussen de entiteiten binnen een groep die van

⁴⁸ Handelingen II 2012/13, nr. 49, item 9.

⁴⁹ Handelingen II 2012/13, nr. 49, item 9.

elkaar afhankelijk zijn, opdat ook na een interventie bepaalde essentiële diensten worden doorgeleverd en die entiteiten kunnen doorfunctioneren. Op basis van de BRRD zal de afwikkelingsautoriteit een expliciet instrumentarium krijgen om van een beoordeelde instelling te vereisen dat zij beter afwikkelaar wordt. Bij de implementatie van deze bepaling uit de BRRD in de Nederlandse wet- en regelgeving kunnen de ervaringen die in het kader van het opstellen van de herstel- en afwikkelingsplannen worden opgedaan, een waardevolle bijdrage leveren.

In het kader van het opstellen van herstel- en afwikkelingsplannen voor de systeembanken inventariseren DNB en het ministerie van Financiën de operationele verwevenheden die bij afwikkeling problematisch zouden kunnen blijken. Op basis van de BRRD zal de afwikkelingsautoriteit een expliciet instrumentarium krijgen om van een beoordeelde instelling te vereisen dat zij beter afwikkelaar wordt. Dit is wenselijk.

7.2 Bevoegdheden van de minister van Financiën

In de paragrafen 7.2.1 tot en met 7.2.3 wordt ingegaan op de interventiebevoegdheden van de minister van Financiën en worden enkele aanbevelingen gedaan.

7.2.1 Criterium ernstig en onmiddellijk gevaar

De minister van Financiën kan van zijn interventiebevoegdheden uit de Interventiewet gebruikmaken indien er sprake is van een ernstig en onmiddellijk gevaar voor de stabiliteit van het financiële stelsel. Voor zover respondenten met de door hen gemaakte opmerkingen hebben beoogd dat de minister van Financiën eerder zou moeten kunnen ingrijpen, zou dit te ver voeren. Het is, zoals ook in de memorie van toelichting is overwogen, uitdrukkelijk niet de bedoeling om de interventie maatregelen louter als voorzorgsmaatregel toe te passen. De dreiging dient zo acuut te zijn dat niet met ingrijpen kan worden gewacht. Dit is in de wet tot uitdrukking gebracht met het woord "onmiddellijk". Er had, zoals door respondenten is geopperd, bijvoorbeeld ook kunnen worden gekozen voor "onafwendbaar" of een formulering dat "onverwijld ingrijpen noodzakelijk is". In wezen leidt dit echter niet tot een andere afweging; de minister dient zich een oordeel te vormen over de urgentie van de situatie. Enerzijds is eerder ingrijpen dan noodzakelijk niet wenselijk, anderzijds kan te laat ingrijpen ertoe leiden dat de interventie te laat komt om het gevaar nog af te wenden.

Het is niet noodzakelijk om het criterium "ernstig en onmiddellijk gevaar" aan te passen.

7.2.2 Onteigening potentiële claims

De Afdeling heeft de onteigening van de potentiële claims vernietigd. De Afdeling heeft geoordeeld dat de minister door de potentiële claims toch te onteigenen niet in overeenstemming heeft gehandeld met de door hem gemaakte keuze om concurrente vorderingen in beginsel buiten de onteigening te houden. Uit de uitspraak van de Afdeling volgt niet dat het onteigenen van potentiële claims op zichzelf onmogelijk zou zijn.⁵⁰ Het lijkt redelijk dat een onteigende partij niet door middel van het instellen van een claim (bijvoorbeeld via het instellen van een onrechtmatigedaadactie tegen de probleeminstelling) alsnog zijn verlies zou kunnen afwentelen op de – met publiek geld – geherkapitaliseerde instelling. De waarde van deze claim zou beperkt moeten zijn tot de waarde die de claim zou hebben gehad in de situatie dat er niet zou zijn geïntervenieerd door de Staat. De vraag op welke wijze deze waarde zou moeten worden bepaald, raakt evenwel zozeer aan het thans nog onder de rechter zijnde vraagstuk van de bepaling van de schadeloosstelling dat deze vraag thans niet kan worden beantwoord.

Gelet op de raakvlakken met de nog lopende schadeloosstellingsprocedure kan op het punt van de onteigening van de potentiële claims geen aanbeveling worden gedaan.

⁵⁰ De Afdeling heeft er wel op gewezen dat de in hoofdstuk 6.3 van de Wft neergelegde regeling voor de schadeloosstelling zich slecht verdraagt met de onteigening van potentiële claims. Denkbaar is dat het aanbod tot schadeloosstelling in plaats van een bedrag regelt op welke wijze de hoogte van de schadeloosstelling moet worden bepaald.

7.2.3 *Onteigening onderhandse leningen*

In het geval van SNS zijn niet de achtergestelde onderhandse leningen zelf maar de daarmee corresponderende (passieve) vermogensbestanddelen van SNS onteigend ten name van een separate stichting. De Afdeling heeft in haar uitspraak aangegeven dat de minister bevoegd is om passiva te onteigenen en heeft de onteigening van de met de achtergestelde onderhandse leningen corresponderende vermogensbestanddelen van SNS in stand gelaten. Ondanks dat de onteigening aan de zijde van SNS geschiedt, is de leningverstrekker in materieel opzicht de onteigende partij. Gelet op de gevoerde gesprekken en de bestudeerde literatuur verdient het aanbeveling om de Interventiewet zodanig aan te passen dat de minister ook de onderhandse leningen zelf kan onteigenen, naast de daarmee corresponderende (passieve) vermogensbestanddelen van de probleeminstelling. De facto maakt het voor de leningverstrekker geen verschil of zijn vorderingsrecht rechtstreeks wordt onteigend of dat het met de door hem verstrekte lening corresponderende vermogensbestanddeel van de probleeminstelling wordt onteigend ten name van een privaatrechtelijke rechtspersoon. Aan deze aanbeveling kan uitvoering worden gegeven door naast effecten en vermogensbestanddelen ook vorderingsrechten die derden hebben op de probleeminstelling (die anders slechts als passief vermogensbestanddeel van de probleeminstelling zelf zouden kunnen worden onteigend) op te nemen in de opsomming uit artikel 6:2, eerste lid, Wft.

Het is wenselijk om artikel 6:2, eerste lid, Wft aan te passen zodat de minister van Financiën - naast effecten en vermogensbestanddelen - ook de vorderingsrechten die derden hebben op de probleeminstelling (die anders slechts als passief vermogensbestanddeel van de probleeminstelling zelf zouden kunnen worden onteigend) kan onteigenen.

7.3 Bindend raamwerk voor interventie

Zoals is aangegeven in paragraaf 2.3, is tijdens het debat in de Tweede Kamer over het rapport van de parlementaire enquêtecommissie financieel stelsel toegezegd dat het aspect van een bindend raamwerk voor interventies door de toezichthouder zou worden meegenomen in deze evaluatie.

Een bindend raamwerk voor interventie schrijft voor dat een toezichthouder of afwikkelingsautoriteit bepaalde maatregelen dient te nemen als bepaalde (kwantitatieve) drempels worden overschreden. In Amerika heeft men een bindend raamwerk voor interventies door de FDIC.

Het Centraal Planbureau heeft in 2011 onderzoek gedaan naar het idee van een bindend raamwerk voor interventie⁵¹ op basis van een kwantitatieve beoordeling van de financiële gezondheid van een bank en heeft destijds aangegeven dat zo'n kwantitatief bindend raamwerk voor- en nadelen kent. Het idee van een dergelijk raamwerk is volgens het CPB dat voorkomen wordt dat de toezichthouder ingrijpen bij probleembanken te lang uitstelt. Tegelijkertijd geeft het CPB aan dat geen enkele maatstaf voor financiële gezondheid perfect is. Dat geldt zowel ten aanzien van marktprijzen (die immers een sentiment weerspiegelen en gestoeld zijn op openbare informatie) als ten aanzien van niet-openbare (balans-)informatie, die hoe dan ook vertraagd tot stand komt. Een uitsluitend kwantitatief raamwerk zal daarom soms te vroeg of te laat ingrijpen voorschrijven. Het CPB beveelt daarom aan dat maatregelen in een vroegtijdige-interventiefase niet zodanig ingrijpend zouden mogen zijn dat zij, indien verkeerd toegepast, tot kosten en daarmee schade kunnen leiden voor de instelling. Het CPB vervolgt haar aanbevelingen met de constatering dat de kans op een foute beslissing op basis van marktprijzen toeneemt als een bank dieper in de problemen zit. De toezichthouder moet in deze ernstigere fase volgens het CPB daarom via een "comply-or-explain-model" meer vrijheid krijgen om te beslissen welke maatregel zij neemt, en kan daarbij mede niet-openbare informatie over de bank betrekken. Het CPB erkent dat te vroeg of

⁵¹ Centraal Planbureau, *Een bindend interventieraamwerk voor bancaire toezicht*, CPB Policy Brief 2011/04, te raadplegen via <http://www.cpb.nl/publicatie/een-bindend-interventieraamwerk-voor-bancair-toezicht>.

te laat ingrijpen tot kosten kan leiden voor de betrokken instelling en beveelt daarom juist niet een kader aan dat in alle gevallen bindend is.

Een analyse van de wenselijkheid van een bindend raamwerk voor interventies door de toezichthouder is nauw verweven met de BRRD. De BRRD voorziet in regels die onder andere betrekking hebben op de voorwaarden waaronder en de wijze waarop door de autoriteiten kan en zou moeten worden geïntervenieerd. In de onderhandelingen over de BRRD is erkend dat supervisory forbearance ("toezichthoudercompassie") kan leiden tot te laat ingrijpen. Om forbearance te voorkomen, is in de BRRD niet gekozen voor het voorschrijven van een kwantitatief bindend interventieraamwerk maar voor een andere aanpak die voldoet aan de voorwaarden voor een effectief, helder en geloofwaardig interventie-instrumentarium en voldoende afstand tussen toezichts- en afwikkelbesluiten. De richtlijn vereist enerzijds dat er, indien de toezichtfunctie en de afwikkelingsfunctie door dezelfde autoriteit worden uitgeoefend, een functionele scheiding moet zijn tussen die functies. In het verlengde daarvan wordt de kans op forbearance verminderd doordat de BRRD ruimte laat om zowel de toezichthouder als de afwikkelingsautoriteit de bevoegdheid te geven om te bepalen dat een instelling "failing or likely to fail" is.⁵² Anderzijds vult de BRRD het interventiecriteria in door aan te geven wanneer een instelling geacht moet worden "failing or likely to fail" te zijn. EBA zal richtsnoeren geven betreffende de interpretatie van de verschillende situaties waarin een instelling geacht moet worden "failing or likely to fail" te zijn.

Het is wenselijk om een effectief, helder en geloofwaardig interventieraamwerk te hanteren en daarbij de toezichts- en afwikkelingsfuncties duidelijk te onderscheiden. De BRRD bevat diverse waarborgen om de kans op toezichthoudercompassie te verminderen. Door implementatie van de BRRD wordt het raamwerk voor interventie versterkt zonder deze uitsluitend afhankelijk te stellen van beschikbare kwantitatieve gegevens.

7.4 Verhouding met de BRRD

Waar de Interventiewet uitsluitend de afwikkelingsfase betreft, bevat de BRRD ook regels met betrekking tot afwikkelingsplanning en vroegtijdige interventie. Het afwikkelingsinstrumentarium uit de BRRD is, met uitzondering van bail-in, materieel vergelijkbaar met de interventiebevoegdheden van DNB waar zij op grond van de Interventiewet over beschikt. In de Interventiewet wordt echter aangegrepen bij het type activum of passivum dat wordt overgedragen (activa/passiva-overdracht, aandelenoverdracht, deposito-overdracht), terwijl bij de afwikkelingsinstrumenten uit de BRRD wordt aangegrepen bij degene aan wie wordt overgedragen (een derde, een overbruggingsinstelling of een asset management vehicle (ook wel: bad bank)).

De BRRD betreft minimumharmonisatie. Dat houdt in dat lidstaten ervoor moeten zorgen dat in elk geval de bepalingen uit de richtlijn worden omgezet in de nationale wetgeving, maar dat zij daarnaast nog meer mogen regelen op dit terrein, zolang dat meerdere niet in strijd komt met de richtlijn. Het Raadsakkoord van juni 2013 ging niet in op een regeling voor tijdelijke nationalisatie door nationale overheden. De meest recente tekst van de BRRD gaat daar wel op in (zie ook paragraaf 5.2.9).

Aangezien de bevoegdheden uit deel 6 Wft in zekere zin het ultieme sluitstuk van de interventieladder vormen, verdient het aanbeveling om deze bevoegdheden, uiteraard met inachtneming van de uitgangspunten van de BRRD, te handhaven.

7.5 Conclusie

De minister van Financiën heeft in het belang van de stabiliteit van het financiële stelsel op 1 februari 2013 besloten tot onteigening van bepaalde effecten en vermogensbestanddelen van SNS REAAL en SNS Bank. Op basis van deze evaluatie kan worden geconstateerd dat de

⁵² Artikel 27 BRRD.

interventiebevoegdheden uit de Interventiewet, gelet op het stabiliteitsdoel van die bevoegdheden, hebben gefunctioneerd in het geval van SNS. De minister van Financiën heeft door middel van de onteigening de stabiliteit van het financiële stelsel kunnen waarborgen. De inbreng van de respondenten en de bestudeerde literatuur geven niettemin aanleiding tot de hierboven genoemde aanbevelingen ter verbetering van de interventiebevoegdheden van DNB respectievelijk de minister van Financiën.

Zoals in hoofdstuk 5 is aangegeven, wordt er momenteel op Europees niveau gewerkt aan de afronding van de BRRD. Een herbeoordeling van de Interventiewet is noodzakelijk om ervoor te zorgen dat het instrumentarium van de Interventiewet in overeenstemming wordt gebracht met de BRRD. De hierboven voorgestelde verbeteringen van de Interventiewet, zullen grotendeels worden ondervangen door de implementatie van de BRRD. Gelet op de implementatiedatum van 1 januari 2015 verdient het aanbeveling om deze verbeteringen van de Interventiewet mee te nemen in de implementatie van de BRRD of deze parallel aan de implementatie van de BRRD uit te voeren.