

Wijziging van de Wet op het financieel toezicht, de Faillissementswet en enige andere wetten in verband met uitvoering van de verordening herstel en afwikkeling centrale tegenpartijen (Uitvoeringswet verordening herstel en afwikkeling centrale tegenpartijen)

MEMORIE VAN TOELICHTING

INHOUD

ALGEMEEN	2
§ 1. Inleiding	2
§ 2. Wijze van uitvoering	2
§ 3. Aanleiding en totstandkoming verordening	3
§ 4. Inhoud verordening	4
§ 5. Inhoud wetsvoorstel	6
5.1 <i>Uitvoering en rechtsbescherming (Wft)</i>	6
5.2 <i>Governance (Bankwet 1998)</i>	7
5.3 <i>Faillissement indien geen afwikkeling (Fw)</i>	7
5.4 <i>Rechtsbescherming (Awb)</i>	7
5.5 <i>Uitzonderingen op het civiele recht (BW)</i>	8
§ 6. Regeldruk, uitvoering en financiële gevolgen	8
§ 7. Consultatie	9
ARTIKELSGEWIJS	10
Transponeringstabel	15

ALGEMEEN

§ 1. Inleiding

Dit wetsvoorstel voorziet, samen met het Uitvoeringsbesluit verordening herstel en afwikkeling centrale tegenpartijen¹ (hierna: uitvoeringsbesluit), in de aanpassingen die noodzakelijk zijn ter uitvoering van de Verordening (EU) 2021/23 van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 2020 betreffende een kader voor het herstel en de afwikkeling van centrale tegenpartijen en tot wijziging van de Verordeningen (EU) nr. 1095/2010, (EU) nr. 648/2012, (EU) nr. 600/2014, (EU) nr. 806/2014 en (EU) 2015/2365, en de Richtlijnen 2002/47/EG, 2004/25/EG, 2007/36/EG, 2014/59/EU en (EU) 2017/1132 (PbEU 2021, L 22) (hierna: de verordening). Het wetsvoorstel wordt mede namens de minister voor Rechtsbescherming ondertekend en deze toelichting wordt mede namens hem gegeven, omdat het wetsvoorstel tevens wijzigingen bevat van de Faillissementswet (Fw), de Algemene wet bestuursrecht (Awb) en het Burgerlijk Wetboek (BW).

De verordening is op 11 februari 2021 in werking getreden. De verordening wordt trapsgewijs van toepassing. Op 12 februari 2022 wordt eerste deel van de verordening van toepassing, dat ziet op (de beoordeling van) het herstelplan. Het overgrote deel van de verordening gaat op 12 augustus 2022 gelden en als laatste worden op 12 februari 2023 de artikelen 9, veertiende lid, en 20 van de verordening, met betrekking tot de voorgefinancierde specifieke eigen middelen en de verlening van vergoeding aan niet in gebreke zijnde clearingleden, van toepassing. Daarnaast zijn enkele wijzigingen van andere EU-verordeningen reeds van toepassing, maar deze wijzigingen behoeven geen verdere uitvoering.²

In paragraaf 2 wordt de wijze van uitvoering besproken. In paragraaf 3 wordt ingegaan op de aanleiding en totstandkoming van de verordening. In paragraaf 4 wordt de inhoud van de verordening besproken. In paragraaf 5 komen de regeldrukkosten, uitvoering en financiële gevolgen van het wetsvoorstel aan de orde. De consultatie van het wetsvoorstel en de reactie daarop zal besproken worden in paragraaf 6. Daarna zullen de wijzigingen van deze uitvoeringswet artikelsgewijs worden gesproken. Aan het eind is een transponeringstabel toegevoegd.

§ 2. Wijze van uitvoering

Middels dit wetsvoorstel wordt, voor zover nodig, uitvoering gegeven aan de verordening. In principe werkt een EU-verordening rechtstreeks door in de Nederlandse rechtsorde en een verordening behoeft, in tegenstelling tot EU-richtlijnen, geen implementatie. Wel kan het noodzakelijk zijn om een aantal handelingen te verrichten zodat een verordening uitgevoerd kan worden binnen Nederland. In dit geval gaat het daarbij ten eerste om het aanwijzen van een bevoegde autoriteit die toezicht houdt op de naleving van de verordening door centrale tegenpartijen, het aanwijzen van een afwikkelingsautoriteit voor centrale tegenpartijen en het vaststellen van handhaafbare artikelen. Voor de ver-

¹ Stb 2021, 545.

² Een ingevoegd artikel in de Verordening (EU) nr. 600/2014 van het Europees parlement en de Raad van 15 mei 2014 betreffende markten voor financiële instrumenten en tot wijziging van verordening (EU) nr. 648/2012 (PbEU 2014, L 173) (MiFIR) is met terugwerkende kracht van toepassing met ingang van 4 juli 2019 en een artikel in Verordening (EU) nr. 648/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 4 juli inzake otc-derivaten, centrale tegenpartijen en transactieregisters (PbEU 2012, L 201) (EMIR) is tegelijkertijd met de verordening op 11 februari 2021 van toepassing geworden.

ordering gebeurt dat middels het uitvoeringsbesluit ter wijziging van het Besluit uitvoering EU-verordeningen financiële markten (BuEUv³). Het uitvoeringsbesluit wijst De Nederlandsche Bank (DNB) aan als bevoegde autoriteit (artikel 2 BuEUv) en als afwikkelingsautoriteit (artikel 3a BuEUv).⁴ Hiermee wordt voldaan aan artikel 2, zevende lid, en artikel 3, eerste lid, van de verordening wat betreft de aanwijzing van een bevoegde autoriteit en afwikkelingsautoriteit.⁵ Ook de sanctionering van overtredingen van de verordening is door dit uitvoeringsbesluit mogelijk gemaakt.

Ten tweede kan het nodig zijn om Nederlandse wetgeving aan te passen indien deze niet in overeenstemming is met hetgeen in de verordening is bepaald of omdat een bepaald artikel in de verordening een opdracht aan de lidstaten bevat. Een andere mogelijkheid is dat voor de juiste uitvoering van de verordening het toch noodzakelijk is om een wettelijke regeling op te nemen voor bepaalde bevoegdheden. Dit kan het geval zijn als er weliswaar een bevoegdheid wordt toegekend aan de aangewezen toezichthouder (in het geval van de verordening DNB) maar dat voor de uitvoering van die bevoegdheid de hulp van een andere toezichthouder nodig is (bijvoorbeeld de Autoriteit Financiële Markten (AFM)) die niet vanzelfsprekend onder het bereik van de verordening valt.

De verordening vertoont grote gelijkenissen met de richtlijn herstel en afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen (BRRD) welke in de Nederlandse wetgeving is geïmplementeerd in onder andere de Wet op het financieel toezicht (Wft). Omdat de verordening rechtstreeks doorwerkt in de Nederlandse rechtsorde, is de wijze van uitvoering van de verordening niet (geheel) gelijk aan de implementatie van deze richtlijn. Dit betekent dat een aantal artikelen dat in die richtlijn is opgenomen voor banken en beleggingsondernemingen en ook in de verordening is te vinden in de variant voor centrale tegenpartijen, niet in deze Uitvoeringswet zijn opgenomen, maar rechtstreekse werking hebben.

§ 3. Aanleiding en totstandkoming verordening

Een centrale tegenpartij is een onderneming die een grote rol speelt binnen de infrastructuur van het financiële systeem. De centrale tegenpartij plaatst zich tussen de oorspronkelijke tegenpartijen van een effectentransactie (bijvoorbeeld een derivatencontract) en wordt zo de koper van elke verkoper en de verkoper aan elke koper. Hierdoor bestaat het tegenpartijrisico tussen de twee oorspronkelijk handelende partijen niet meer, maar neemt de centrale tegenpartij het gehele tegenpartijrisico op zich. Doordat de centrale tegenpartij dit voor een veelvoud van transacties doet en hierdoor de mogelijkheid krijgt om transacties te netteren, wordt het algehele risico in de markt kleiner. Het garanderen, netteren en administreren van transacties door de centrale tegenpartij wordt aangeduid als '*clearing*'. Om deel te kunnen nemen aan een centrale tegenpartij dienen partijen te voldoen aan de voorwaarden die de centrale tegenpartij aan deelname stelt. Per centrale tegenpartij zijn er gemiddeld 10 tot 20 ondernemingen aangesloten. Deze zogenoemde clearingleden zijn overwegend grote banken. Cliënten van clearingleden kunnen via die clearingleden op indirecte wijze gebruik maken van de diensten van de centrale tegenpartij. In het geval dat één van deze clearingleden failliet zou gaan, zal de centrale tegenpartij de transactie die door dit clearinglid was aangegaan alsnog uitvoeren en de daaruit voortvloeiende verplichtingen voldoen. Onder andere om het risico af te dekken dat de centrale tegenpartij opdraait voor de verliezen als

³ Stb 2012, 567.

⁴ Voor meer toelichting omtrent die toewijzing, zie de nota van toelichting bij het uitvoeringsbesluit.

⁵ Zie voor de aanwijzing van DNB als bevoegde autoriteit de nota van toelichting bij het uitvoeringsbesluit.

een clearinglid failliet gaat, vraagt de centrale tegenpartij onderpand aan de clearingleden.

Om de kans te verkleinen dat een centrale tegenpartij niet meer aan zijn verplichtingen zou kunnen voldoen, bevat EMIR reeds een vergunningsregime voor centrale tegenpartijen met prudentiële en organisatorische vereisten. De toename in gebruik van centrale tegenpartijen, onder andere als gevolg van de door EMIR opgelegde verplichting om bepaalde type OTC-derivaten enkel via centrale tegenpartijen te *clearen*, leidt ook tot nieuwe risico's. Doordat de centrale tegenpartij tussen een veelvoud van transacties komt te staan, concentreren zich in de centrale tegenpartij liquiditeits- en kredietrisico's. Dit is weliswaar inherent aan de functie van de centrale tegenpartij, namelijk zoveel mogelijk verschillende transacties tussen partijen onderling netteren om zo het totaal aan financiële transacties eenvoudiger en veiliger te maken, maar kan door die concentratie ook risico's opleveren voor de financiële stabiliteit. Omdat centrale tegenpartijen een dergelijke spilfunctie in het financiële stelsel vervullen, is een raamwerk voor herstel en afwikkeling nodig om de continuering van eventuele kritieke functies van de centrale tegenpartijen zoveel als mogelijk te kunnen waarborgen. De verordening strekt ertoe de kans op een wanordelijk faillissement van een centrale tegenpartij zo klein mogelijk te maken.

De verordening kent een lang totstandkomingsproces. Reeds in 2016 publiceerde de Europese Commissie het voorstel voor de verordening.⁶ De opzet was om voor centrale tegenpartijen ook een herstel- en afwikkelingsraamwerk op te zetten net zoals voor banken en beleggingsondernemingen is gedaan in de richtlijn herstel en afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen⁷ en de verordening gemeenschappelijk afwikkelingsmechanisme⁸. Hierdoor vertoont de verordening ook grote gelijkenissen met het afwikkelingskader voor banken en beleggingsondernemingen.

Na een lang onderhandelingstraject werd er een finaal akkoord bereikt door de Raad en het Europees Parlement. Voor Nederland was de inzet tijdens de onderhandeling gericht op het zoveel mogelijk voorkomen van aanspraak op publieke middelen. Voor het falen van de centrale tegenpartij dienen vooral haar clearingleden, aandeelhouders en crediteuren de kosten te dragen. Slechts in uitzonderlijke gevallen is gebruik van overheidsinstrumenten voor financiële stabilisatie mogelijk. Deze financiële steun dient weer terugbetaald te worden. Uitgangspunt blijft dat door de fasen van herstel en afwikkeling de kans dat een overheid steun moet verlenen zo klein mogelijk wordt.

§ 4. Inhoud verordening

De verordening bevat een achttal inhoudelijke thema's die van belang zijn voor de uitvoering hiervan, welke hierna kort besproken zullen worden. De eerste artikelen zien vooral op het toepassingsgebied, definities en het opzetten van

⁶ COM(2016) 856 final. Zie ook Kamerstukken II 2016/17, 22112, nr. 2282 voor het BNC-fiche.

⁷ Richtlijn 2014/59/EU van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 betreffende de totstandbrenging van een kader voor het herstel en de afwikkeling van kredietinstellingen en beleggingsondernemingen en tot wijziging van Richtlijn 82/891/EEG van de Raad en de Richtlijnen 2001/24/EG, 2002/47/EG, 2004/25/EG, 2005/56/EG, 2007/36/EG, 2011/35/EU, 2012/30/EU en 2013/36/EU en de Verordeningen (EU) nr. 1093/2010 en (EU) nr. 648/2012, van het Europees Parlement en de Raad (PbEU 2014, L 173).

⁸ Verordening (EU) nr. 806/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 15 juli 2014 tot vaststelling van eenvormige regels en een eenvormige procedure voor de afwikkeling van kredietinstellingen en bepaalde beleggingsondernemingen in het kader van een gemeenschappelijk afwikkelingsmechanisme en een gemeenschappelijk afwikkelingsfonds en tot wijziging van Verordening (EU) nr. 1093/2010 (PbEU 2014, L 225).

afwikkelingscolleges en -comités. Ook bevat artikel 3 de verplichting voor lidstaten om een afwikkelingsautoriteit aan te wijzen die verantwoordelijk zal zijn voor de afwikkeling van centrale tegenpartijen. In Nederland is dat DNB.

De verordening bevat in de artikelen 9 tot en met 17 de bepalingen over herstel- en afwikkelingsplannen, het beoordelen van de afwikkelbaarheid en het wegnemen van eventuele belemmeringen daarbij. De herstelplannen worden door een centrale tegenpartij opgesteld en bevatten maatregelen die de centrale tegenpartij dient te nemen indien er sprake is van wanbetaling van een clearinglid of interoperabele centrale tegenpartij, een andere gebeurtenis dan wanbetaling of een combinatie van beide. Het herstelplan dient om centrale tegenpartijen in staat te stellen de kritieke functies te handhaven na een significante verslechtering van hun financiële situatie of wanneer zij dreigen niet te voldoen aan hun kapitaalvereisten en prudentiële vereisten op grond van EMIR.

In aanvulling op het herstelplan stelt de afwikkelingsautoriteit van de centrale tegenpartij een afwikkelingsplan op. Het afwikkelingsplan beschrijft welke afwikkelingsinstrumenten wanneer toegepast zouden kunnen worden en bevat onder andere een gedetailleerde beschrijving van de verschillende afwikkelingsstrategieën die binnen verschillende mogelijke scenario's kunnen worden toegepast en het tijdsbestek dat daarvoor staat. De centrale tegenpartij dient haar medewerking te verlenen aan de afwikkelingsautoriteit voor het opstellen van de plannen.

Daarnaast omvatten de artikelen 18 tot en met 20 van de verordening maatregelen die genomen kunnen worden in de vroegtijdige interventiefase. Deze fase bevindt zich nog vóór de afwikkelingsfase en heeft betrekking op situaties waarin naar het oordeel van de bevoegde autoriteit de verslechterende financiële en economische situatie van een centrale tegenpartij nog verholpen kan worden, voordat de centrale tegenpartij het punt bereikt waarop de autoriteiten geen andere mogelijkheid meer hebben dan deze af te wikkelen. In dergelijke gevallen kan de bevoegde autoriteit een of meerdere vroegtijdige interventie maatregelen nemen, zoals (een deel van) het herstelplan activeren of een tijdelijke bewindvoerder benoemen.

De artikelen 21 tot en met 59 van de verordening bevatten algemene bepalingen over afwikkeling, zoals bijvoorbeeld afwikkelingsdoelstellingen, -voorwaarden, en -beginselen, de in verband met afwikkeling te verrichten waardering(en), de verschillende afwikkelingsinstrumenten en de afwikkelingsbevoegdheden en een aantal bevoegdheden om de werking van de afwikkelingsinstrumenten te garanderen. Zo is in artikel 22 van de verordening bepaald dat afwikkeling van een centrale tegenpartij volgt, als er aan drie cumulatieve voorwaarden is voldaan: *i*) de centrale tegenpartij faalt of zal waarschijnlijk falen (*failing or likely to fail*, FOLTF), *ii*) er is geen redelijk vooruitzicht dat een private oplossing of de inzet van het reguliere toezichtinstrumentarium de situatie ten goede zal keren; en *iii*) de afwikkeling van de centrale tegenpartij is noodzakelijk in het algemeen belang en liquidatie van de centrale tegenpartij volgens normale insolventieprocedures zou deze doelstellingen niet in dezelfde mate verwezenlijken.

Als besloten is tot afwikkeling, moet de afwikkelingsautoriteit bij de toepassing van de afwikkelingsinstrumenten en de uitoefening van de afwikkelingsbevoegdheden rekening houden met de afwikkelingsdoelstellingen (artikel 21) en afwikkelingsbeginselen (artikel 23). De afwikkelingsautoriteit kan, indien een centrale tegenpartij in afwikkeling raakt, kiezen om één of meerdere afwikkelingsinstrumenten toe te passen. Deze afwikkelingsinstrumenten zijn:

1. de positie- en verliestoewijzingsinstrumenten;
2. het afschrijvings- en omzettingsinstrument (bail-in);

3. het instrument van verkoop van de onderneming; en
4. het instrument van de overbruggings-centrale tegenpartij.

Ter ondersteuning van de afwikkelingsinstrumenten bevinden zich in de artikelen 48 tot en met 58 een aantal bevoegdheden die DNB rechtstreeks op grond van de verordening kan uitoefenen om de goede werking van de afwikkelingsinstrumenten te verzekeren.

In artikel 60 van de verordening is het *No Creditor Worse Off* (NCWO)-principe vastgelegd. Aandeelhouders, clearingleden en andere schuldeisers mogen niet slechter af zijn bij de toepassing van afwikkelingsinstrumenten op een centrale tegenpartij, dan het geval zou zijn als de centrale tegenpartij in faillissement zou zijn afgewikkeld. Indien een verslechterde positie na afwikkeling dan faillissement toch het geval is kunnen de aandeelhouders, clearingleden en andere schuldeisers worden gecompenseerd. Ook voor de cliënten van clearingleden is bescherming ingebouwd via artikel 63 van de verordening. Daaruit volgt dat er onder omstandigheden compensatie kan volgen voor de cliënten.

Daarnaast bevat de verordening in de artikelen 65 tot en met 68 enkele waarborgen in situaties waarin bijvoorbeeld bepaalde contractvoorwaarden gewijzigd worden na inzet van een afwikkelingsinstrument en biedt artikel 69 bescherming voor het functioneren van systemen en regels van systemen die kwalificeren als systeem op grond van artikel 212a Fw.⁹

Tot slot bevat de verordening passages over derdelandenbeleid, administratieve sancties en governance, en enkele wijzigingen van andere Europese richtlijnen en verordeningen. In de handhaafbaarheid van de artikelen uit de verordening is reeds voorzien door het Uitvoeringsbesluit.

§ 5. Inhoud wetsvoorstel

Zoals aangegeven werkt een verordening rechtstreeks door in de Nederlandse rechtsorde. Het overgrote deel van de verordening behoeft, omdat het om rechtstreeks werkende voorschriften gaat, geen uitvoering in de Wft. Een beperkt aantal voorschriften uit de verordening vergt echter wel nog een aanpassing van de Wft of van andere wetten. Deze worden hieronder toegelicht.

5.1 Uitvoering en rechtsbescherming (Wft)

Voor een goede werking van de verordening is het nodig om enkele wijzigingen aan te brengen in de Wft. Dit ziet allereerst op het mogelijk maken van goede handhaving van de verordening. Hoewel een groot deel hiervan reeds is geregeld in het uitvoeringsbesluit, dient er in Deel 1 van de Wft nog een enkele aanpassing gedaan te worden. Daarnaast bevat deel 3A van de Wft, getiteld *Deel Bijzondere maatregelen en voorzieningen betreffende financiële ondernemingen*, twee hoofdstukken over afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen (3A.1) en verzekeraars (3A.2). In een nieuw hoofdstuk 3A.3 worden, specifiek voor centrale tegenpartijen, enkele artikelen opgenomen die afwijking van geldende eisen van civiel recht, bestuursrecht en insolventierecht mogelijk maken en enkele artikelen die ervoor zorgen dat bepaalde bevoegdheden van de afwikkelingsautoriteit uitgevoerd kunnen worden, omdat zij hiervoor bijvoorbeeld de AFM moet instrueren om een feitelijke handeling te verrichten.

⁹ In de verordening zelf wordt uiteraard verwezen naar "systemen die onder Richtlijn 98/26/EG vallen". Deze richtlijn, de Finaliteitsrichtlijn, is geïmplementeerd in hoofdstuk 11A Fw.

5.2 Governance (Bankwet 1998)

Artikel 3, derde lid, van de verordening geeft aan dat, indien de afwikkelingsautoriteit onderdeel is van een organisatie die ook andere taken bevat, er passende regelingen dienen te zijn om belangenconflicten te voorkomen. In het kader van deze verordening wordt in het bijzonder genoemd de scheiding tussen enerzijds de taken van DNB als afwikkelingsautoriteit van centrale tegenpartijen op grond van deze verordening en anderzijds zowel de taken die DNB uitvoert als bevoegde autoriteit voor centrale tegenpartijen uit hoofde van EMIR, als de taken als bevoegde autoriteit van de bij een centrale tegenpartij aangesloten clearingleden. Binnen DNB is er reeds een aparte divisie Resolutie belast met de afwikkeling van banken, beleggingsondernemingen en verzekeraars. De afwikkelingstaak voor centrale tegenpartijen zal binnen deze divisie worden belegd. Om belangenconflicten te mitigeren, zal het afdelingshoofd voor centrale tegenpartijen niet ook verantwoordelijk zijn voor de afwikkeling van Nederlandse clearingleden die aangesloten zijn bij de Nederlandse centrale tegenpartijen.

De wijziging in de Bankwet 1998 ziet op het vermijden van een beroep publieke middelen en het beperken van de inzet daarvan indien dat onvermijdelijk is ter bescherming van de financiële stabiliteit. Dit uitgangspunt geldt ook in geval van afwikkeling van centrale tegenpartijen.

5.3 Faillissement indien geen afwikkeling (Fw)

Indien een centrale tegenpartij niet voldoet aan één of meer van de drie voorwaarden voor afwikkeling, komt deze enkel in aanmerking voor faillissement. De Fw kent momenteel echter geen specifiek op centrale tegenpartijen toegesneden regeling, terwijl de verordening wel enkele specifieke eisen en beperkingen aan het faillissementsregime voor centrale tegenpartijen stelt. Het is daarom nodig om een nieuwe afdeling toe te voegen aan de Fw met enkele specifieke bepalingen ten aanzien van centrale tegenpartijen.

5.4 Rechtsbescherming (Awb)

Besluiten die DNB neemt als bevoegde autoriteit of afwikkelingsautoriteit uit hoofde van de verordening zijn besluiten in de zin van de Awb. Dit geldt zowel voor besluiten die rechtstreeks op basis van (bevoegdheden in) de verordening worden genomen, als besluiten op grond van de Wft. Dit betekent dat het regime van de Awb telkens van toepassing is op de besluiten van DNB. Een afwikkelingsmaatregel is een ingrijpend besluit, dat ook snel kan leiden tot gevolgen die niet meer omkeerbaar zijn. Daarnaast is het van belang om duidelijkheid te geven aan de financiële markten over de staat van afwikkeling. Als, vanwege een langdurende juridische procedure in twee instanties, zekerheid uitblijft, kan dat nadelige gevolgen voor de financiële stabiliteit geven. Om de zekerheid te bieden dat centrale tegenpartijen hun kritieke functies voor het financiële stelsel kunnen blijven uitvoeren is een spoedig en onherroepelijk rechterlijk oordeel in deze gevallen gewenst (artikel 74, derde lid, onderdeel c, van de verordening). Vandaar dat de normale procedures volgens de Awb worden aangepast zodat er slechts in één instantie beroep mogelijk is. Dit zal nader worden toegelicht in het artikelsgewijze gedeelte onder artikel I en Artikel V.

In artikel 74, eerste lid, van de verordening is opgenomen dat het op grond van nationaal recht mogelijk kan zijn om voorafgaande rechtelijke goedkeuring

te moeten krijgen als de bevoegde autoriteit of afwikkelingsautoriteit een besluit wenst te nemen tot het toepassen van een crisispreventiemaatregel¹⁰ of een afwikkelingsmaatregel. Dit kan als de procedure voor deze goedkeuring en beoordeling snel afgerond wordt. Volgens overweging 71 zou een snelle afronding binnen 24 uur gebeurd moeten zijn.¹¹ De vraag is in hoeverre dat mogelijk zal zijn gezien de grote haast waarmee maatregelen genomen zullen moeten worden om te zorgen dat een centrale tegenpartij zijn functies kan blijven uitoefenen. Deze mogelijkheid is bij de implementatie van de richtlijn herstel en afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen ook niet gekozen.¹² Ook bij deze verordening zal geen gebruik worden gemaakt van deze lidstaatoptie.

5.5 Uitzonderingen op het civiele recht (BW)

Indien het instrument van de overgang van de onderneming¹³ of de overbruggings-centrale tegenpartij gebruikt wordt, kan op grond van de verordening worden afgeweken van procedurevoorschriften uit het vennootschapsrecht of effectenrecht. Hiervoor wordt een losse bepaling ingevoegd in het nieuwe hoofdstuk 3A.3 van de Wft, gelijkend op de bepaling in artikel 3A:6 Wft, om dit uit te drukken. Daarnaast vergt dit enkele aanpassingen in het Burgerlijk Wetboek (BW). Deze worden nader besproken bij de toelichting op artikel VI.

§ 6. Regeldruk, uitvoering en financiële gevolgen

Dit wetsvoorstel geeft uitvoering aan de verordening en heeft betrekking op onder meer rechtsbescherming en bekostiging van de afwikkelingsautoriteit. Daarmee levert het onderhavige wetsvoorstel geen regeldruk op, aangezien alle verplichtingen voor centrale tegenpartijen rechtstreeks volgen uit de verordening zelf.

PM uitvoering

Financiële gevolgen

Aan het houden van toezicht en handhaving zijn kosten verbonden. Sinds 2015 is de regel in Nederland dat de sector als geheel verantwoordelijk is voor alle kosten die de toezichthouders maken voor hun ZBO-taken, tenzij een taak specifiek is uitgezonderd. In 2013/14, ten tijde van de uitvoering van EMIR, is de keuze gemaakt om de kosten van het toezicht op centrale tegenpartijen niet

¹⁰ Een crisispreventiemaatregel wordt gedefinieerd in artikel 2, onderdeel 48, van de verordening als: "de uitoefening van bevoegdheden om een centrale tegenpartij te verplichten maatregelen te nemen om tekortkomingen in haar herstelplan te verhelpen op grond van artikel 10, leden 8 en 9, de uitoefening van bevoegdheden voor het aanpakken of wegnemen van belemmeringen voor de afwikkelbaarheid op grond van artikel 16 of de toepassing van een vroegtijdige-interventiemaatregel op grond van artikel 18".

¹¹ In overweging 71 gaat het over crisisbeheersingsmaatregelen. Dit is de terminologie van de richtlijn herstel en afwikkeling van banken en beleggingsonderneming. Aangezien de verordening grote delen van deze richtlijn heeft gekopieerd, is hier de terminologie ook hetzelfde gebleven. De definitie van crisisbeheersingsmaatregel is gegeven in artikel 2, eerste lid, onderdeel 102, van de voornoemde richtlijn: "een afwikkelingsmaatregel, dan wel de aanstelling van een bijzonder bestuurder uit hoofde van artikel 35, of een persoon uit hoofde van artikel 51, lid 2, of van artikel 72, lid 1". Dit betreft dus inderdaad afwikkelingsmaatregelen en zodoende moet de term crisisbeheersingsmaatregel in overweging 71 van de verordening dan ook gelezen worden als afwikkelingsmaatregel zoals in artikel 74 van de verordening staat.

¹² Zie daarvoor Kamerstukken II 2014/15, 34208, nr. 3, p. 30.

¹³ Hiermee wordt aangesloten bij het gebruik bij de richtlijn herstel en afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen waar ook gesproken wordt over 'overgang van de onderneming' in plaats van 'verkoop van de onderneming' zoals in die richtlijn en de verordening staat geschreven.

neer te laten slaan op de sector, maar de kosten die DNB hiervoor maakt te laten lopen via de centralebankfinanciering.¹⁴ De redenering hierachter is dat centrale tegenpartijen worden gezien als belangrijk voor een goede werking van het betalingsverkeer en de financiële stabiliteit, en daarmee voor de uitvoering van de centrale banktaak. Hierdoor zijn de toezichtkosten niet eenduidig toe te wijzen aan de onder toezicht staande instellingen. Gezien de geringe populatie van centrale tegenpartijen was deze keuze ook geen grote belasting voor de begroting.

De eerder gemaakte keuze met betrekking tot bekostiging van DNB-taken voor centrale tegenpartijen wordt met dit wetsvoorstel gecontinueerd. De taken met betrekking tot herstel en afwikkeling van centrale tegenpartijen worden in de Wet bekostiging financieel toezicht 2019 door dit wetsvoorstel ook uitgezonderd van de doorberekening aan de sector. Bij deze keuze is mede van belang dat er op dit moment in Nederland twee centrale tegenpartijen zijn gezeteld. Doorberekening van alle kosten voor toezicht en afwikkeling op alleen deze twee centrale tegenpartijen zou onevenredig belastend zijn, omdat geen spreiding mogelijk is van bepaalde basale kosten die altijd aan de orde zijn bij de uitvoering van wettelijke taken. Verder is van belang dat de structurele kosten van deze taak nog niet geheel uitgekristalliseerd zijn. Het voornemen is wel dat de bekostiging van de afwikkelingstaak na afloop van het lopende kostenkader van DNB, en als het wettelijk kader voor herstel en afwikkeling van centrale tegenpartijen enige tijd gefunctioneerd heeft, zal worden gezien of doorberekening van de kosten aan de sector passend en proportioneel is.

Het wetsvoorstel heeft daardoor ook financiële gevolgen voor de Rijksbegroting, nu de financiering van de afwikkelingstaak door DNB zal worden gefinancierd door middel van centralebankfinanciering in plaats van doorberekening aan de sector via de ZBO-begroting. Dit komt uiteindelijk ten laste van de winstafdracht die DNB doet aan het Ministerie van Financiën.¹⁵

De kosten van de afwikkelingstaak die bij DNB komt te liggen worden door DNB geschat op ongeveer € 400.000 per jaar in de periode 2021-2024, bovenop de reeds bestaande kosten voor de toezicht- en afwikkelingstaak van centrale tegenpartijen uit hoofde van de EMIR-verordening. De kosten ontstaan door een grotere inzet van personeel, zowel van resolutie als juridische zaken, in verband met het organiseren van afwikkelingscolleges voor de Nederlandse centrale tegenpartijen, het opstellen van afwikkelingsplannen en het adviseren over de juridische uitvoering van de afwikkelingstaken. Daarnaast zijn hier ook kosten opgenomen voor huisvesting en werkplekkosten, en ondersteunende diensten zoals IT, HR, Finance, risicomanagement en strategie.

§ 7. Consultatie

[PM]

¹⁴ Dit is de financiering die rechtstreeks volgt vanuit de begroting van het ministerie van Financiën en niet de ZBO-begroting.

¹⁵ De begrote winstdracht tot en met 2026 bestaat nu alleen uit ESM-compensatie die hierdoor niet lager zal worden.

ARTIKELSGEWIJS

Artikel I (Wet op het financieel toezicht)

A (1:1)

Aan artikel 1:1 Wft worden twee nieuwe definities toegevoegd. Allereerst is dat de definitie van centrale tegenpartij. Deze definitie komt uit EMIR maar was nog niet eerder opgenomen in de Wft. De tweede definitie is de definitie die gebruikt wordt om Verordening (EU) 2021/23 aan te duiden: de verordening herstel en afwikkeling centrale tegenpartijen.

B (1:3a)

Artikel 1:3a, tweede lid, voorziet in de mogelijkheid dat de bij of krachtens EMIR en de verordening centrale effectenbewaarinstanties gestelde regels ook handhaafbaar zijn door middel van de artikelen 1:75 (het geven van een aanwijzing) en 1:76 Wft (het aanstellen van een curator). Daarnaast is de nieuw toegevoegde definitie van de EMIR-verordening opgenomen waardoor het artikel iets verkort kon worden

C (Deel 3A.3)

Wijzigingsonderdeel C voegt een nieuw hoofdstuk toe aan Deel 3A met betrekking tot bijzondere maatregelen en voorzieningen betreffende financiële ondernemingen. Dit deel van de Wft bevat twee hoofdstukken: hoofdstuk 3A.1, wat ziet op de afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen, en hoofdstuk 3A.2, wat ziet op de afwikkeling van verzekeraars. Hieraan wordt 'hoofdstuk 3A.3 Afwikkeling van centrale tegenpartijen' toegevoegd. Hierna zullen kort de verschillende ingevoegde artikelen worden besproken.

3A:139 Inleidende bepaling

De verordening werkt grotendeels rechtstreeks, maar op een aantal punten is nog nadere regeling nodig voor de aansluiting van de verordening op het Nederlands recht. Daarin voorziet dit hoofdstuk. Dit artikel geeft aan dat naast de verordening zelf nog enkele nationale regels van belang zijn bij afwikkeling van een centrale tegenpartij.

3A:140 Definities

Dit artikel bevat een aantal definities die alleen in hoofdstuk 3A.3 gebruikt zullen worden en die voortvloeien uit de verordening en ook overeenkomstig artikel 2 van de verordening worden gedefinieerd.

3A:141 Procedures bij afwikkelingsmaatregelen

Besluiten die worden genomen door de afwikkelingsautoriteit dienen uitgezonderd te zijn van bepaalde procedurele voorschriften of vereisten die volgen uit andere wetgeving, zoals vennootschapsrecht of effectenrecht. Dit komt allereerst tot uitdrukking in verschillende artikelen van de verordening waarin hierop gewezen wordt (o.a. artikel 35, tweede lid, 40, eerste lid, 42, eerste lid of 48, tweede lid, van de verordening). Daarnaast bevatten de artikelen 90 tot en met 92 van de verordening aanpassingen van een drietal vennootschapsrechtelijke richtlijnen¹⁶ waarin de werking van die richtlijnen wordt beperkt voor de onderhavige verordening (en de richtlijn herstel en afwikkeling van

¹⁶ Richtlijn 2004/25/EG, Richtlijn 2007/36/EG en Richtlijn (EU) 2017/1132.

banken en beleggingsondernemingen). Hiervoor is allereerst de uitzondering met betrekking tot de afdelingen 3a en 6 van titel 7 en de bepalingen in titel 7a van Boek 2 van het BW. Dit betreft afdelingen in het BW die voorzien in implementatie van de richtlijn grensoverschrijdende omzettingen, fusies en splitsingen (2019/2121) welke de Vennootschapsrichtlijn (2017/1132) wijzigt. De verordening wijzigt de laatstgenoemde richtlijn door een aantal hoofdstukken van de Vennootschapsrichtlijn die zijn toegevoegd door de richtlijn grensoverschrijdende omzettingen, fusies en splitsingen niet van toepassing te verklaren als er afwikkelingsmaatregelen zijn genomen als bedoeld in de verordening.

De overige uitzonderingen zijn enerzijds het gevolg van de hiervoor genoemde artikelen uit de verordening, en anderzijds de wijzigingen van de vennootschapsrechtelijke richtlijn.

3A:142 Ingrijpen in handel in financiële instrumenten

Artikel 49, eerste lid, onderdeel c, van de verordening geeft DNB de bevoegdheid om de betrokken autoriteit voor Richtlijn 2001/34¹⁷ op te dragen bepaalde financiële instrumenten uit de handel te nemen. Voor die richtlijn is de betrokken autoriteit de AFM. DNB is de bevoegde autoriteit die het besluit tot inzet van deze bevoegdheid zal nemen, maar de AFM zal dit door feitelijk handelen bewerkstelligen.¹⁸

3A:143 Uitsluiting vernietigbaarheid

Op grond van artikel 27, negende lid, van de verordening kan een rechtshandeling in verband met de overdracht van eigendomsinstrumenten op grond van een afwikkelingsmaatregel niet getroffen worden door een zogeheten *actio pauliana* uit artikel 3:45 BW en de artikelen 42 tot en met 51 Fw. De faillissementspauliana kan aan de orde zijn als het restant van de centrale tegenpartij in faillissement wordt afgewikkeld.

3A:144-3A:146 Bijzondere procedureregels, rechtsvermoeden en rechtsgevolgen

Zoals opgemerkt in het algemeen deel is het noodzakelijk om de rechtsbescherming tegen afwikkelingsmaatregelen niet volgens de normaal gangbare procedure van bezwaar, beroep en hoger beroep te laten verlopen gezien de vertraging die dat kan opleveren. Voor alle besluiten tot het nemen van afwikkelingsmaatregelen die DNB neemt op grond van de verordening, geldt dat rechtstreeks beroep kan worden ingesteld in enige instantie bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven. Daarnaast geldt er een verkorte termijn van tien dagen voor het instellen van het beroep. Deze snelheid is gezien de aard van de maatregelen die genomen moeten worden noodzakelijk. Daarom wordt aangesloten bij de beperkingen die het afwikkelingsregime voor banken en beleggingsondernemingen kent door het College van Beroep voor het bedrijfsleven 14 dagen de tijd te geven voor een uitspraak na het instellen van beroep. Ook zal beroep de werking van het besluit niet schorsen, zoals bepaald in artikel 6:16 Awb en in artikel 74, vierde lid, onderdeel a, van de verordening.

Tijdens het beroep kan ook bij College van Beroep voor het bedrijfsleven worden verzocht om een voorlopige voorziening (artikel 8:81 Awb). Het besluit van

¹⁷ Richtlijn 2001/34/EG van het Europees Parlement en de Raad van 28 mei 2001 betreffende de toelating van effecten tot de officiële notering aan een effectenbeurs en de informatie die over deze effecten moet worden gepubliceerd (PbEG 2001, L 184).

¹⁸ Zie voor de achtergrond van dit artikel de memorie van toelichting bij het gewijzigde artikel 3A:56 Wft, Kamerstukken II 2020/21, 34908, nr. 3, artikel I, onderdeel XX.

DNB leidt tot een weerlegbaar vermoeden dat een opschorting van de handhaving ervan tegen het algemeen belang indruist (artikel 74, vierde lid, onderdeel b, van de verordening). Dit betekent een omdraaiing van de bewijslast, nu het uitgangspunt is dat de opschorting van het besluit in strijd is met het algemeen belang. De wederpartij zal het tegendeel hiervan moeten bewijzen. Als een besluit wordt vernietigd kan de Nederlandse rechter, onder toepassing van artikel 8:72, derde lid onder a, Awb, bepalen dat de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit geheel of gedeeltelijk in stand blijven (artikel 74, zesde lid, van de verordening). Op grond van het toegevoegde artikel 3A:146 zal de rechter hiertoe moeten overgaan als kort gezegd de belangen van derden te goeder trouw dat vereisen.

Artikel II (Bankwet 1998)

A

De definitie van de verordening wordt toegevoegd aan artikel 1.

B

Evenals het geval is bij de afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen is het ook zaak dat bij de afwikkeling van centrale tegenpartijen het beroep op publieke middelen tot een minimum beperkt wordt. Dit wordt in de Bankwet 1998 tot uitdrukking gebracht met een verwijzing naar de afwikkelingsdoelstellingen in artikel 21 van de verordening.

Artikel III (Wet bekostiging financieel toezicht 2019)

In de Wet bekostiging financieel toezicht 2019 (Wbft 2019) wordt een onderdeel toegevoegd in artikel 2, tweede lid, onderdeel c, om de centralebankfinanciering voor het toezicht en afwikkeling van centrale tegenpartijen mogelijk te maken.

Artikel IV (Faillissementswet)

De verordening legt in artikel 75 enkele beperkingen op met betrekking tot degenen die het faillissement van een centrale tegenpartij kan aanvragen. Een faillissementsprocedure kan alleen gestart worden door (i) DNB als afwikkelingsautoriteit of (ii) door een ander (inclusief de centrale tegenpartij zelf), indien DNB als afwikkelingsautoriteit daarvoor toestemming geeft conform artikel 75, derde lid van de verordening. Ook is het mogelijk dat DNB een gerecht in Nederland verzoekt maatregelen of procedures te schorsen als de centrale tegenpartij in afwikkeling daarbij partij is of kan worden (artikel 75, derde lid, tweede alinea van de verordening).

Om te voldoen aan artikel 75 van de verordening is het noodzakelijk om hiervoor regels op te nemen waarbij wordt afgeweken van de normale procedure zoals die is vastgelegd in Titel I Fw. Daarom wordt een nieuwe afdeling 11C toegevoegd aan Titel I Fw. Voor zover er niet wordt afgeweken, geldt het reguliere faillissementsrecht.

213//

Dit artikel bevat de definities die in afdeling 11C gebruikt zullen worden.

213mm

Als aangewezen rechtbank is gekozen voor de rechtbank Amsterdam. Daarmee wordt aangesloten bij het faillissementskader voor banken, beleggingsondernemingen en verzekeraars. Ter verduidelijking is in het tweede lid opgenomen dat een centrale tegenpartij die is gevestigd in een andere lidstaat niet in staat van faillissement kan worden verklaard in Nederland.

213nn

Dit artikel, dat overeenkomt met artikel 212ha Fw voor banken, bevat de regel dat DNB alleen het faillissement kan aanvragen indien zij niet voornemens is een afwikkelingsmaatregel te treffen, omdat de centrale tegenpartij de publiekbelang toets uit artikel 22, eerste lid, onderdeel c, niet passeert. Indien die publiekbelang toets positief zou uitvallen, zou de centrale tegenpartij in afwikkeling gaan. Indien DNB het faillissement van een centrale tegenpartij aanvraagt, zendt zij een afschrift van het verzoekschrift aan de centrale tegenpartij zelf, de leden van het toezichtcollege en de leden van het afwikkelingscollege.

Artikel V (Algemene wet bestuursrecht)

A

In Bijlage 1 van de Awb worden de artikelen 21-58 van de verordening opgenomen, die zien op afwikkelingsmaatregelen. Op grond van artikel 74 van de verordening dient de rechtsgang tegen afwikkelingsmaatregelen spoedig te verlopen. Hiervoor is een afwijking van de normale Awb-procedures opgenomen in artikel 3A:144-3A:146 van de Wft. Voor de rechtsgang tegen afwikkelingsmaatregelen geldt dan dat er rechtstreeks beroep bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb) moet worden ingesteld. Hiervoor dienen de bijlages bij de Awb te worden aangepast.

B

Bijlage 2 bij de Awb wordt als volgt gewijzigd. In artikel 1 wordt aangegeven dat er geen beroep mogelijk is tegen een weigering om een besluit te nemen of het niet tijdig nemen van een besluit tot het nemen van een afwikkelingsmaatregel. Ook is het niet mogelijk om beroep in te stellen tegen het niet nemen van een andere afwikkelingsmaatregel dan welke in een desbetreffend besluit is opgenomen.

In artikel 4 wordt mogelijk gemaakt dat er direct beroep ingesteld kan worden bij het CBb voor besluiten op grond van de artikelen 21 t/m 58. Dit betreft alle afwikkelingsmaatregelen die DNB kan nemen, te weten het besluit tot afwikkeling, de inzet van een afwikkelingsinstrument alsmede de inzet van de bevoegdheden genoemd in de artikelen 48 tot en met 58.

In de artikelen 7 en 11 van Bijlage 2 is thans bepaald voor welke besluiten beroep bij de Rechtbank Rotterdam en hoger beroep bij het CBb kan worden ingesteld. In die opsommingen wordt de verordening herstel en afwikkeling centrale tegenpartijen toegevoegd voor wat betreft de artikelen 21 t/m 58.

Artikel VI (Burgerlijk wetboek)

A

Ter uitvoering van de wijziging in artikel 5, vijfde lid, van Richtlijn 2007/36/EG¹⁹ (op grond van artikel 91 van de verordening), is het nodig om een lid toe te voegen aan 2:115 BW. Hiermee wordt het mogelijk om, als een algemene vergadering bijeen wordt geroepen zodat er een besluit genomen kan worden over kapitaalverhoging als er voldaan is aan de voorwaarden voor vroegtijdige interventie op grond van artikel 18 van de verordening en de kapitaalverhoging nodig is om te voorkomen dat de afwikkelingsvoorwaarden uit artikel 22 van de verordening zijn vervuld, de vergadering 10 dagen na oproeping kan plaatsvinden in plaats van de gebruikelijke 15 dagen mits dit in de statuten staat.

Deze wijziging is ook nodig ondanks de toevoeging van artikel 3A:141 Wft zoals in dit wetsvoorstel opgenomen. Dat wetsvoorstel ziet op afwikkelingsmaatregelen terwijl deze bepaling geldt voor als een centrale tegenpartij nog niet in afwikkeling is geraakt.

B

De verkrijging van goederen onder algemene titel kan ook plaatsvinden door toepassing van een afwikkelingsinstrument uit de verordening. Om dit duidelijk te maken is artikel 27, eerste lid, van de verordening toegevoegd aan het tweede lid van 3:80 BW.

Artikel VII

De verordening treedt getrapt in werking en zal geheel in werking zijn getreden met ingang van 12 augustus 2022. De inwerkingtreding zal plaatsvinden bij koninklijk besluit en wijkt hiermee af van de vaste verandermoment gezien het uitvoering van Europees recht betreft.

De Minister van Financiën,

¹⁹ Richtlijn 2007/36/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007 betreffende de uitoefening van bepaalde rechten van aandeelhouders in beursgenoteerde vennootschappen (PbEU 2007, L 184).

Transponeringstabel behorende bij de verordening herstel en afwikkeling centrale tegenpartijen

Afkortingen:

Awb = Algemene wet bestuursrecht

Bbbfs = Besluit bestuurlijke boetes financiële sector

BW = Burgerlijk Wetboek

Fw = Faillissementswet

Wbft = Wet bekostiging financieel toezicht 2019

Wft = Wet op het financieel toezicht

Bepaling EU-regeling	Bepaling in implementatieregeling of bestaande regeling <i>(Toelichting indien niet geïmplementeerd of naar zijn aard geen implementatie behoeft)</i>	Omschrijving beleidsruimte	Toelichting op de keuze(n) bij de invulling van de beleidsruimte
1-2	Behoeft naar zijn aard geen uitvoering	-	Volgt uit de verordening
3	Artikel III		Artikel 2, tweede lid, onderdeel c, subonderdeel 3°, Wbft 2019
4-34	Behoeft geen uitvoering		Volgt uit de verordening
35(2), 40(1), 42(1), 48(2)	Artikel I, onderdeel C	-	Artikel 3A:141
35-44	Behoeft geen uitvoering	-	Volgt uit de verordening
45-47	Artikel II, onderdeel B	-	Artikel 4a Bankwet 1998
48-59	Behoeft geen uitvoering	-	Volgt uit de verordening
53-59	Behoeft geen uitvoering	-	Volgt uit de verordening
74	Artikel I, onderdeel C en Artikel V	-	Procedurele vereisten voor rechtsbescherming geregeld in 3A:144-3A:146 en de Awb-bijlagen
75	Artikel IV		Toevoeging 11C aan Fw
76-81	Behoeft geen uitvoering		Volgt uit de verordening
82	Artikel I, onderdeel B	-	1:3a, tweede lid, Wft
83	Bijlagen 1 en 2 BuEUVo en Bbbfs	Geen	Artikelen 9, 13 en 70 een boetecategorie 3 toegekend in bijlage 2.

84	Behoeft naar geen aard geen uitvoering	-	Bepaling gericht tot ESMA
85	Bestaand recht	-	Volgt reeds uit artikel 1b Bbbfs
86-89	Behoeft geen uitvoering	-	Wijzigingen andere verordeningen en richtlijnen zonder effect op wetsniveau
92	Artikel I, onderdeel C	-	3A:141 Wft
91	Artikel VI, onderdeel A	-	2:115 BW
92	Artikel I, onderdeel C	-	3A:141 Wft
93-95	Behoeft geen uitvoering	-	Wijzigingen andere verordeningen en richtlijnen zonder effect op wetsniveau
96	Behoeft naar zijn aard geen uitvoering	-	Evaluatiebepaling gericht tot Europese Commissie
97	Artikel VII	-	Inwerkingtreding