

# **Wijziging van de Faillissementswet tot implementatie van Richtlijn PM tot wijziging van Richtlijn 2014/59/EU van het Europees Parlement en de Raad wat betreft de rang van ongedekte schuldinstrumenten in de insolventierangorde (PbEU ... )**

## **MEMORIE VAN TOELICHTING**

### **ALGEMEEN**

#### *§1. Inleiding*

Het wetsvoorstel strekt tot implementatie van richtlijn **PM** tot wijziging van Richtlijn 2014/59/EU van het Europees Parlement en de Raad wat betreft de rang van ongedekte schuldinstrumenten in de insolventierangorde (PbEU ... ) (hierna: de richtlijn). De richtlijn verlangt dat de lidstaten, kort gezegd, aan de rangorde waarin vorderingen in het faillissement van een bank op de boedel kunnen worden verhaald (faillissementsladder) een specifieke categorie vorderingen toevoegen. Deze vorderingen worden uit de boedel van een failliete bank voldaan onmiddellijk na de gewone concurrente vorderingen en voor de achtergestelde vorderingen. De richtlijn spreekt in dit verband van 'senior unpreferred' en classificeert deze vorderingen daarmee als een bijzondere categorie concurrente schulden. Het betreft een specifieke categorie vorderingen: te weten vorderingen uit schuldinstrumenten (bijvoorbeeld obligaties) die zijn uitgegeven door banken – en andere ondernemingen die binnen het bereik van de richtlijn herstel en afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen (hierna: BRRD) vallen - en die aan een aantal specifieke eisen voldoen. Het betreft de oorspronkelijke looptijd, het feit dat in de documentatie bij de uitgifte nadrukkelijk wordt verwezen naar de bijzondere rang in faillissement en ten slotte dat de schuldinstrumenten geen derivaten mogen zijn of ingebouwd hebben.

Het doel van deze aanvulling van de faillissementsladder is om de balans van banken te voorzien van een laag aan schulden die bij de afwikkeling van de bank eenvoudig (althans eenvoudiger dan bepaalde andere concurrente vorderingen) aan toepassing van het instrument van bail-in kunnen worden onderworpen. Daarmee wordt de bank beter afwikkelaar in het geval de bank faalt of dreigt te falen. Hieronder wordt nader ingegaan op de achtergrond van de voorgestelde wijziging, de precieze inhoud daarvan en de gevolgen voor banken. De memorie van toelichting wordt uitgebracht in overeenstemming met de Minister voor Rechtsbescherming.

#### *§2. Achtergrond*

De afgelopen jaren heeft de Europese Unie een ingrijpende hervorming van de regels voor het verrichten van financiële diensten doorgevoerd om de veerkracht van financiële instellingen in de EU te verhogen, grotendeels op

basis van mondiale normen. Deze maatregelen zijn genomen in reactie op de financiële crisis die in 2007-2008 uitbrak. Door het ontbreken van passende regelingen voor crisisbeheersing en afwikkeling zagen regeringen overal ter wereld zich ten gevolge van de financiële crisis gedwongen om banken op verschillende manieren te redden. Dit leidde in sommige landen tot een groot beroep op de overheidsfinanciën. Ook bestond een ongewenste prikkel doordat kosten van falende banken werden afgewenteld op overheden. Mede daarom was een geharmoniseerd kader nodig om een crisis beter te beheren en de financiële stabiliteit alsook de overheidsfinanciën zoveel mogelijk te beschermen.

Door middel van de BRRD en verordening (EU) nr. 806/2014 (verordening gemeenschappelijk afwikkelingsmechanisme of SRMR) is binnen de Europese Unie, in overeenstemming met de belangrijke maatregelen die in internationale fora zijn genomen, een kader voor afwikkeling van banken tot stand gebracht om bankcrises doeltreffend te beheersen en de negatieve gevolgen daarvan voor de financiële stabiliteit en de overheidsfinanciën te beperken.

### *§3. Bail-in en het belang van verliesabsorberend vermogen*

Een hoeksteen in dit kader voor de afwikkeling van banken vormt het instrument van bail-in, dat erin bestaat schulden af te schrijven of schuldvorderingen of andere passiva in kapitaal om te zetten volgens een vooraf bepaalde volgorde. Het betreft de omgekeerde volgorde waarin vorderingen op de boedel van een failliete bank worden verhaald. Indien bevoorrechtte schuldeisers als eerste uit de boedel worden voldaan, dan worden zij als laatste aan toepassing van het instrument van bail-in onderworpen.

Het instrument kan worden gebruikt om verliezen op te vangen en om een instelling die failliet dreigt te gaan te herkapitaliseren, zodat de financiële soliditeit en levensvatbaarheid worden hersteld. Door de toepassing van bail-in worden de lasten van de falende instelling in beginsel gedragen door de aandeelhouders en schuldeisers en niet door de belastingbetaler.

Uitgangspunt in de BRRD is dat, met uitzondering van een beperkte categorie uitdrukkelijk genoemde vorderingen, alle passiva van een bank aan bail-in kunnen worden onderworpen. Dat betekent echter niet dat de toepassing van bail-in op alle vorderingen even eenvoudig is, of dat toepassing op bepaalde vorderingen überhaupt in de rede ligt. Bepaalde vorderingen van een bank komen minder of in het geheel niet voor bail-in in aanmerking, omdat afschrijving of omzetting van deze vorderingen niet goed mogelijk is of schade toebrengt aan de mogelijkheid om de doelstellingen van afwikkeling te bereiken. In dit verband kan bijvoorbeeld worden gewezen op vorderingen van essentiële leveranciers van de bank (denk aan de leverancier van IT-diensten).

Het gegeven dat bepaalde vorderingen van het toepassingsgebied van bail-in zijn of kunnen worden uitgesloten heeft, ook gevolgen voor de mogelijkheid om andere vorderingen van gelijke rang, die in beginsel wel voor bail-in in aanmerking komen, daadwerkelijk aan bail-in te onderwerpen. Dit is onder meer het gevolg van het uitgangspunt dat schuldeisers in afwikkeling geen grotere verliezen mogen lijden dan zij zouden hebben geleden indien de bank in een normaal faillissement zou worden geliquideerd (het 'no creditor worse

off'- of NCWO-beginsel). Dit uitgangspunt strekt tot bescherming van (de eigendomsrechten van) de schuldeisers van de falende instelling.

Indien bij afwikkeling bepaalde vorderingen zouden worden uitgezonderd van bail-in – hetzij omdat de toepasselijke regelgeving geen bail-in toestaat hetzij omdat bail-in in de praktijk niet mogelijk blijkt - moeten andere vorderingen van gelijke rang grotere verliezen absorberen. Aangezien deze uitzondering in beginsel in faillissement niet aan de orde zou zijn, wordt bij de resterende schulden eerder de NCWO-grens bereikt. Immers in faillissement zouden de verliezen over een grotere groep vorderingen worden verspreid en is het verlies per type vordering kleiner. In afwikkeling worden bepaalde typen vorderingen uitgezonderd en neemt het verlies bij de overblijvende vorderingen toe.

Een belangrijke nevendoelstelling van de BRRD is om het vermogen van de bankensector te verhogen om daadwerkelijk verliezen te kunnen absorberen. Daarmee kunnen verliezen worden opgevangen wanneer zich een probleem voordoet. Om dit doel te bereiken schrijft de BRRD voor dat alle banken beschikken over een minimale hoeveelheid bail-inbare passiva (die per bank wordt vastgesteld). Zij moeten voldoen aan een minimumvereiste voor eigen vermogen en in aanmerking komende passiva (*Minimum Required Eligible Own Funds and Liabilities*, "MREL") om te waarborgen dat er voldoende financiële middelen beschikbaar zijn voor de afschrijving of omzetting in eigen vermogen. De BRRD vereist (vooralsnog) geen achterstelling van voor MREL in aanmerking komende schuldinstrumenten (al kunnen autoriteiten dit wel per geval eisen). Dit betekent dat vorderingen die in aanmerking komen voor MREL van gelijke (*pari passu*) rang kunnen zijn met vorderingen die niet of niet eenvoudig voor bail-in in aanmerking komen. Daarmee voldoet de bank weliswaar aan de MREL-eis maar zijn de vorderingen niet metterdaad eenvoudig bail-inbaar. Dit kan onder meer komen vanwege de grenzen die het NCWO-beginsel stelt. Om dit risico te mitigeren – ook gelet op het feit dat afwikkelingsautoriteiten een schending van het NCWO-beginsel dienen te voorkomen - kunnen afwikkelingsautoriteiten besluiten dat aan het MREL-vereiste moet worden voldaan met schuldinstrumenten die een lagere rang innemen dan vorderingen die niet of minder voor bail-in in aanmerking komen ("achterstellingsvereiste").

Het voornoemde geldt in zekere zin evenzeer voor de Total Loss Absorbing Capacity (totale verliesabsorptiecapaciteit, hierna "TLAC-norm") die op mondiaal niveau is aangenomen door de Raad voor financiële stabiliteit (FSB) in november 2015. Volgens de TLAC-norm zijn mondiaal systeemrelevante instellingen (G-SII's) verplicht om een toereikend minimumbedrag aan passiva met hoge verliesabsorptiecapaciteit ("TLAC-minimumvereiste") aan te houden om te zorgen voor een soepele en snelle absorptie van verliezen en herkapitalisatie bij afwikkeling. Om de operationele werking en de robuustheid van de bevoegdheden inzake bail-in te verbeteren en om rechtsonzekerheid te voorkomen, vereist de TLAC-norm dat passiva alleen voor TLAC in aanmerking kunnen komen indien zij achtergesteld zijn ten opzichte van andere passiva, d.w.z. als zij verliezen absorberen bij faillissement of afwikkeling vóór andere "preferentere" passiva die uitdrukkelijk van de TLAC-werking zijn uitgesloten, zoals derivaten, gegarandeerde deposito's of belastingverplichtingen. De TLAC-norm voorziet derhalve in een achterstellingseis met een aantal uitzonderingen.

#### *§4. Noodzaak voor Europese harmonisatie*

Het TLAC-vereiste om achtergestelde instrumenten aan te houden in combinatie met een mogelijke eis van afwikkelingsautoriteiten om met achtergestelde instrumenten aan het MREL te voldoen, heeft sommige lidstaten er reeds toe aangezet hun nationale rangorde bij faillissement te herzien. Een aantal lidstaten heeft volgorde waarop vorderingen in het faillissement van een bank op de boedel worden verhaald in hun nationale insolventierecht gewijzigd (of is daarmee bezig) om bail-in te vereenvoudigen en hun banken beter in staat te stellen te voldoen aan de eisen uit de TLAC-norm. Zo heeft Duitsland in beginsel alle concurrente obligaties van banken zonder eerbiedigende werking achtergesteld. Frankrijk heeft banken, overeenkomstig de onderhavige richtlijn, de mogelijkheid gegeven schuldinstrumenten uit te geven die zijn achtergesteld bij de reguliere categorie concurrente vorderingen.

Gelet op deze ontwikkelingen is er een consensus ontstaan onder belanghebbenden en lidstaten dat de divergentie tussen de lidstaten in de behandeling van voor bail-in in aanmerking komende schuldinstrumenten juridische onzekerheid oplevert voor uitgevende instellingen en investeerders en de toepassing van het instrument van bail-in bij grensoverschrijdende groepen bemoeilijkt. Ook ondermijnt het de liquiditeit van het nieuwe type MREL/TLAC instrumenten. Hierdoor kunnen de kosten van deze instrumenten hoger zijn dan zonder divergentie.

Gezien de bovengenoemde ontwikkelingen heeft de Ecofin-Raad onder het Nederlands voorzitterschap in zijn conclusies van 17 juni 2016 de Commissie verzocht een voorstel in te dienen voor een gemeenschappelijke aanpak van de rangorde van bankcrediteuren. Hierop heeft de Commissie op 23 november 2016 een voorstel voor een richtlijn gepresenteerd waarin de nationale insolventiewetgeving van lidstaten dient te worden aangepast om banken de mogelijkheid te bieden om een nieuw type "senior non-preferred" schulden uit te geven die achtergesteld is aan reguliere concurrente schulden. Deze nieuwe laag aan vorderingen kan vervolgens in resolutie onderhevig zijn aan bail-in nadat kapitaalinstrumenten en contractueel achtergestelde vorderingen zijn afgeschreven of omgezet, maar voordat andere concurrente vorderingen zouden worden geraakt.

Zoals aangegeven in de kabinetsreactie van 19 december 2016 heeft het kabinet dit voorstel en de gekozen benadering waarbij in de insolventiewetgeving een nieuwe laag wordt gecreëerd tussen achtergestelde schuldinstrumenten ('junior') en de reguliere (concurrente) vorderingen verwelkomd. Op 16 juni 2017 heeft de Ecofin raad in lijn met de Nederlandse inzet een akkoord bereikt op dit voorstel. Hoewel het Europees Parlement op het moment van schrijven nog geen formele positie heeft bepaald, ligt er reeds een concept rapport van de verantwoordelijke rapporteur voor waarin de inhoudelijke benadering van het raadsakkoord als basis is genomen. Anticiperend op de voortgang op dit dossier in Europees verband en gezien het belang van een snelle opbouw van bail-inbare buffers door banken, wordt het voorliggende ontwerp wetsvoorstel thans in consultatie gebracht. Het voorliggende wetsvoorstel is inhoudelijk geheel in lijn met het raadsakkoord.

#### *§5. Inhoud van het voorstel*

De wijziging strekt ertoe specifiek voor banken (en andere rechtspersonen die ten tijde van de uitgifte van deze instrumenten onder de reikwijdte van de BRRD vallen) een extra categorie vorderingen toe te voegen aan de faillissementsladder. Het betreft vorderingen die dienen te voldoen aan een aantal nauwgezet in de richtlijn omschreven criteria; naar deze criteria wordt in het voorgestelde artikel expliciet verwezen.

Het betreft in de eerste plaats de eis dat het moet gaan om vorderingen uit 'schuldinstrumenten'. Deze term is in de richtlijn gedefinieerd en omvat '*bonds and other forms of transferrable debt and instruments creating or acknowledging a debt*'.

Vervolgens dienen deze schuldinstrumenten te voldoen aan de volgende eisen:

- a. *the original contractual maturity of the debt instruments is at least one year;*
- b. *they are not derivatives and have no embedded derivatives; and,*
- c. *the relevant contractual documentation and, where applicable, the prospectus, related to the issuance explicitly refers to the lower ranking under this paragraph.*

Het betreft schuldinstrumenten

- die een oorspronkelijke contractuele looptijd hebben van ten minste 1 jaar;
- die geen verankerde derivaten bevatten en zelf geen derivaat zijn. Het antwoord op de vraag of sprake is van een *embedded derivative* moet worden gegeven met inachtneming van de toepasselijke boekhoudregels, met name IFRS 9. Het zesde lid van artikel 108, van de richtlijn vermeldt uitdrukkelijk dat een variable coupon die afhankelijk is van een *benchmark* zoals LIBOR niet betekent dat sprake is van een *embedded derivative*;
- en waarbij in de contractuele documentatie, en in voorkomend geval geprospectus, uitdrukkelijk naar deze lagere rang in faillissement moet worden verwezen. Het laatste vereiste maakt dat in wezen sprake is van een opt-in regeling. Banken kunnen ervoor kiezen instrumenten uit te geven die deze rang innemen in de faillissementsladder maar dat hoeft niet.

Indien aan al deze criteria wordt voldaan maken deze vorderingen onderdeel uit van de nieuwe categorie. Vorderingen uit deze categorie worden ingevolge het voorgestelde artikel 212rb Faillissementswet op de boedel verhaald *na* de concurrente vorderingen bedoeld in artikel 277, eerste lid, van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek. Zij worden op de boedel verhaald *voor* contractueel achtergestelde schulden, bedoeld in artikel 277, tweede lid, van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek, waaronder ook de kapitaalinstrumenten. De nieuwe categorie vorderingen wordt daarmee aan bail-in onderworpen *voor* concurrente vorderingen en *na* contractueel achtergestelde vorderingen, waaronder opnieuw de kapitaalinstrumenten. Immers, de volgorde waarin vorderingen aan bail-in worden onderworpen is de omgekeerde volgorde waarin zij bij faillissement op de boedel kunnen worden verhaald.

Met de zinsnede 'voor vorderingen bedoeld in artikel 277, tweede lid, van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek' wordt expliciet tot uitdrukking gebracht dat partijen onderling nog steeds bij overeenkomst een lagere rang dan de nieuwe categorie overeen kunnen komen voor schuldinstrumenten. Zij kunnen echter niet overeen komen schuldinstrumenten een rang te geven boven of gelijk aan deze nieuwe categorie. Dit volgt uit de zinsnede dat deze schulden worden verhaald op de boedel *onmiddellijk* na de vorderingen van concurrente schuldeisers.

De richtlijn bepaalt in artikel 108, derde lid, nog dat deze vorderingen worden gerangschikt boven, kort gezegd, de kapitaalsinstrumenten van een bank (de CET1, AT1 en T2-instrumenten). Dat behoeft geen implementatie. Nu deze instrumenten reeds moeten zijn achtergesteld ten opzichte van reguliere, concurrente vorderingen en de nieuwe categorie er in wezen wordt 'tussen geschoven' volgt daaruit dat de kapitaalinstrumenten een lagere rang innemen c.q. dat de nieuwe instrumenten een hogere rang innemen.

Op grond van de richtlijn is de nieuwe categorie van toepassing op alle entiteiten die onder het bereik van de BRRD vallen. Dat betekent dan niet enkel banken schuldinstrumenten zullen kunnen uitgeven in de nieuwe categorie maar ook bijvoorbeeld financiële holdings, gemengde financiële holdings en gemengde holdings. Dit wordt tot uitdrukking gebracht in het derde lid van het voorgestelde artikel 212rd Fw. De richtlijn bepaalt in beginsel dat de aanvullende categorie slechts van toepassing is op banken en andere ondernemingen die (op het moment van faillissement of afwikkeling wanneer de rang relevant is) vallen onder het bereik van de BRRD. Het is echter mogelijk dat een instelling bij uitgifte wel maar ten tijde van haar faillissement niet meer onder het bereik van de BRRD valt. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn indien een gemengde financiële holding tussentijds de bankdochter vervreemdt. Om duidelijkheid te scheppen over de rang van de instrumenten is in het derde lid bepaald dat de nieuwe rang behouden blijft ook indien de onderneming bij faillissement niet meer onder het bereik van de BRRD valt. Dit is uitdrukkelijk toegestaan op grond van overweging 14 van de considerans bij de richtlijn.

De in het voorstel opgenomen wijzigingen zijn in beginsel slechts van toepassing zijn op na de inwerkingtreding van het voorstel aangegane overeenkomsten. Het is echter denkbaar dat reeds voor de inwerkingtreding van dit voorstel uitgegeven schuldinstrumenten voldoen aan de genoemde criteria (in het bijzonder doordat in de contractuele documentatie uitdrukkelijk wordt verwezen naar de beoogde rangverlaging). Het voorstel staat daaraan niet in de weg.

#### *§6. Gevolgen voor banken*

Door deze aanpassing van de Faillissementswet wordt banken de gelegenheid geboden om een nieuw type schuldinstrumenten uit te geven waarmee kan worden voldaan aan de vereisten ten aanzien van verliesabsorptie (d.w.z. de achterstellingseis bij de TLAC en de mogelijkheid voor de afwikkelingsautoriteit om achterstelling ook (deels) bij MREL te eisen). Het voorstel creëert enkel de mogelijkheid voor banken om dit type schuldinstrument uit te geven. Banken blijven nog steeds in staat om zich te financieren met achterstelde kapitaalsinstrumenten en 'reguliere' concurrente schuld. De wijzigingen hebben

geen invloed op de bestaande schuldinstrumenten en hun rang in faillissement, met uitzondering van schuldinstrumenten die reeds voldoen aan de genoemde criteria en waarin dus naar de beoogde (toekomstige rangverlaging wordt verwezen).

Het wetsvoorstel heeft geen gevolgen voor de administratieve lasten of de nalevingskosten.

*§7. Consultatiereacties*

PM

De Minister van Financiën,

Bijlage 1: Transponeringstabel

| Bepaling EU-regeling                           | Bepaling in implementatieregeling of bestaande regeling:<br>Toelichting indien niet geïmplementeerd of naar zijn aard geen implementatie behoeft | Omschrijving beleidsruimte | Toelichting op de keuze(n) bij de invulling van de beleidsruimte |
|------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------|------------------------------------------------------------------|
| Artikel 1, BRRD                                | Definitiebepaling; behoeft geen implementatie                                                                                                    |                            |                                                                  |
| Artikel 108, eerste lid, BRRD                  | Reeds geïmplementeerd in artikel 212ra Fw.                                                                                                       |                            |                                                                  |
| Artikel 108, tweede lid, BRRD                  | Artikel 212rb Fw                                                                                                                                 |                            |                                                                  |
| Artikel 108, derde, lid, BRRD                  | Artikel 212rb Fw                                                                                                                                 |                            |                                                                  |
| Artikel 108, vierde, vijfde en zesde lid, BRRD | Behoeft geen implementatie; overgangsrecht                                                                                                       |                            |                                                                  |
| Artikel 2                                      | Behoeft geen implementatie; transponeringseis                                                                                                    |                            |                                                                  |
| Artikel 2a                                     | Behoeft geen implementatie, evaluatiebepaling                                                                                                    |                            |                                                                  |
| Artikel 3                                      | Behoeft geen implementatie, inwerkingtredingsbepaling                                                                                            |                            |                                                                  |