

Ministerie van Financiën
Postbus 20201
2500 EE Den Haag

Marieke Driessen
Advocaat / Partner
Marieke.Driessen@Stibbe.com

Niek Groenendijk
Advocaat / Senior Associate
Niek.Groenendijk@Stibbe.com

Consultatiereactie implementatiewet
verliesabsorptie- en herkapitalisatiecapaciteit
banken en beleggingsondernemingen

Datum
22 januari 2021

Geachte mevrouw/heer,

Hierbij reageren wij op het wetsvoorstel voor de Implementatiewet verliesabsorptie- en herkapitalisatiecapaciteit banken en beleggingsondernemingen (het "**Wetsvoorstel**"). In het bijzonder ziet onze reactie op artikel 2(F) van het Wetsvoorstel ten aanzien van het voorgestelde nieuwe artikel 212re van de Faillissementswet ("**Artikel 212re**").

1. Inleiding

Artikel 212re beoogt artikel 48(7) van Richtlijn 2014/59/EU van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 te implementeren, zoals gewijzigd door Richtlijn EU 2019/879 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2019 ("**BRRD**"). Uit artikel 48(7) BRRD volgt dat de lidstaten er zorg voor dienen te dragen dat, ten aanzien van de entiteiten, bedoeld in artikel 1, lid 1, eerste alinea, punten a) tot en met d) BRRD, alle vorderingen die voortvloeien uit eigenvermogensbestanddelen in hun nationale op normale insolventieprocedures toepasselijke recht een lagere rang hebben dan die van vorderingen die niet voortvloeien uit een eigenvermogensbestanddeel.

Eigenvermogensbestanddelen omvatten tier 1-kapitaalsinstrumenten ("**Tier 1**"), waaronder tier 1-kernkapitaal ("**CET1**") en aanvullend tier 1-kapitaal ("**AT1**"), en tier 2-kapitaalinstrumenten ("**Tier 2**") zoals bedoeld in Verordening (EU) Nr. 575/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 ("**CRR**"). Tot vorderingen die niet voortvloeien uit eigenvermogensbestanddelen behoren, bijvoorbeeld, gewone obligaties ("**Senior Notes**") en andere niet-achtergestelde obligaties ("**Senior Non-Preferred Notes**"), die al dan niet worden uitgegeven om aan kapitaal- dan wel absorptievermogen-vereisten te voldoen. De vereisten aan kapitaal en absorptievermogen van banken en beleggingsondernemingen wijzigen van tijd tot tijd (bijvoorbeeld door herziening van de CRR en BRRD), waardoor een eenmaal uitgegeven instrument dat wel of niet erkend wordt als voortvloeiend uit eigen vermogen kan ophouden als zodanig te worden erkend.

Het zijn deze en andere omstandigheden die onduidelijkheden in de toepassing van Artikel 212re veroorzaken. Deze zetten wij hieronder uiteen, met het verzoek om verduidelijking.

2. Onduidelijkheden Artikel 212re

Onduidelijkheden over rang

Artikel 212re stelt dat vorderingen die voortvloeien uit bestanddelen van het eigen vermogen een lagere rang innemen ten aanzien van vorderingen die voortvloeien uit niet-

eigenvermogensbestanddelen.

Hoewel dit uitgangspunt duidelijk is, rijzen vragen wanneer een instrument dat ooit is uitgegeven als eigenvermogensbestanddeel (bijvoorbeeld, een AT1- of Tier 2-kapitaalinstrument) op enig moment niet meer als zodanig wordt erkend. Dit kan bijvoorbeeld spelen bij een wetswijziging of het aflopen van een grandfathering-periode. Soortgelijke vragen spelen ten aanzien van instrumenten niet-zijnde eigenvermogensbestanddelen (en ook niet als zodanig bedoeld) die voor inwerkingtreding van Artikel 212re bedoeld waren om gelijk in rang te zijn met eigenvermogensbestanddelen.

Onduidelijkheden zitten in de concrete betekenis van deze wettelijke rangwisseling. Bijvoorbeeld, bij een AT1-kapitaalinstrument, betekent Artikel 212re dat dit instrument op het moment van diskwalificatie een hogere rang in faillissement zal gaan innemen tegen historisch *pari passu* gerangschikte eigenvermogensbestanddelen, zoals andere AT1-instrumenten? Betekent dit ook, bij een aanpassing van de voorwaarden van een gediskwalificeerd AT1-kapitaalinstrument (teneinde het instrument weer te laten kwalificeren als AT1-vermogen), dat het product weer een omgekeerde rangwisseling doormaakt? Andere vragen komen op in verband met de relatie tussen gediskwalificeerde kapitaal instrumenten en andere (gediskwalificeerde) kapitaal instrumenten. Als men het voorbeeld van het gediskwalificeerde AT1-kapitaalinstrument aanhoudt, betekent Artikel 212re dat een gediskwalificeerd AT1-kapitaalinstrument na diskwalificering een hogere rang in gaat nemen dan een kwalificerend Tier 2-kapitaalinstrument (welke oorspronkelijk een hogere rang had dan het gediskwalificeerde AT1-instrument)? En wat gebeurt er indien dit Tier 2-kapitaalinstrument vervolgens wordt gediskwalificeerd, zal het gediskwalificeerde Tier 2-kapitaalinstrument in dat geval zijn oorspronkelijke senior rang ten opzichte van het gediskwalificeerde AT1-kapitaalinstrument behouden?

Deze bovenstaande vragen kunnen mogelijk (deels) worden beantwoord met inachtneming van de bedoeling van de Europese wetgever,¹ maar rekening houdende met de onzekere situatie die zal ontstaan als gevolg van Artikel 212re is verdere uitleg van de wetgever in onze optiek wenselijk.

Onduidelijkheden over rang van kapitaalinstrumenten na diskwalificatie

Een volgende vraag die opkomt bij de bovengenoemde rangwisseling is welke rang een gediskwalificeerd kapitaalinstrument² inneemt nadat het de oude rang verliest als gevolg van Artikel 212re. Zou Artikel 212re inderdaad zo moeten worden uitgelegd dat dit met zich brengt dat

¹ Zie hieromtrent Commission Notice relating to the interpretation of certain legal provisions of the revised bank resolution framework in reply to questions raised by Member States' authorities 2020/C 321/01, C/2020/6417, antwoord op vraag in paragraaf 59: "Article 48(7) requires Member States to modify their national insolvency law to ensure that claims resulting from own funds items rank in insolvency below any other claims that do not result from own funds items. The intention of this provision was to ensure that where own funds items are written down or converted at the point of non-viability of an entity in accordance with Article 59 and 60 or Article 48, there are no other liabilities ranking *pari passu* with or below such items. This will alleviate to a great extent the risks of legal challenge of the actions of competent or resolution authorities on grounds of the violation of the NCWO principle.

If an instrument is no longer an eligible own funds item, national insolvency law should ensure that it may not rank *pari passu* or below own funds items."

² Hetzelfde thema speelt bij een niet-kapitaalinstrument dat onder haar voorwaarden een gelijke rang in zou nemen als een kapitaalinstrument dat (nog) wel kwalificeert als een eigenvermogensbestanddeel onder de CRR (zij het onder een grandfathering-regeling of anderszins).

kapitaalinstrumenten die niet meer aan de CRR-vereisten voldoen voor zover mogelijk (buiten de CRR-eigenvermogensbestanddelen om) hun oude rang behouden? Zo ja, dan zou een oud AT1-instrument dat niet meer aan de vereisten van de CRR voldoet bijvoorbeeld een achtergestelde schuld worden, direct senior worden ten opzichte van de CRR-eigenvermogensbestanddelen van de relevante instelling, en junior ten opzichte van andere achtergestelde schulden en eventuele gediskwalificeerde Tier 2-instrumenten.³ Het is wenselijk dit in relatie tot Artikel 212re te verduidelijken.

Onduidelijkheden over de gevolgen voor ranking-bepalingen

Een volgende vraag die opkomt is welke gevolgen Artikel 212re heeft op de (contractuele) bepalingen van kwalificerende kapitaalinstrumenten. Kapitaalinstrumenten kunnen in hun voorwaarden bepalen dat zij een *pari passu* rang innemen ten opzichte van andere geïdentificeerde kapitaalinstrumenten, althans instrumenten die in hun voorwaarden stellen *pari passu* gerangschikt te zijn (wat niet per se andere kapitaalinstrumenten hoeven te zijn). Is een correcte interpretatie van Artikel 212re inderdaad dat deze bepalingen als gevolg van Artikel 212re opzijgezet waar deze voorgenoemde (oorspronkelijke) *pari passu* instrumenten als gevolg van Artikel 212re een hogere rang in zullen gaan nemen?

In afwezigheid van duidelijkheid op dit punt zou een eventuele *pari passu* verwijzing in de voorwaarden van anderszins kwalificerende kapitaalinstrumenten een zogenoemd “kruisbesmettingsrisico” met zich brengen. Is het mogelijk dat als gevolg van een *pari passu* bepaling het kapitaalinstrument een gelijke rang inneemt ten opzichte van het oorspronkelijke *pari passu* instrument dat een rangwisseling heeft ondergaan als gevolg van Artikel 212re? Of is het niet wenselijker dat een rangwisseling van een bepaald instrument in faillissement als gevolg van Artikel 212re geen impact heeft op de rang van andere CRR-eigenvermogensbestanddelen, ook al stellen die *pari passu* in rang te zijn? Een verduidelijking omtrent dit eventuele kruisbesmettingsrisico is welkom.

Onduidelijk effect op rangschikking (niet) eigenvermogensbestanddelen

Ten slotte vragen wij ons af of verduidelijkt kan dat Artikel 212re enkel beoogt om een onderscheid aan te brengen tussen eigenvermogensbestanddelen en niet-eigenvermogensbestanddelen en niet de bestanddelen binnen deze groepen onderling.

3. Afsluiting

Wij zijn uiteraard graag bereid het bovenstaande mondeling en/of schriftelijk nader toe te lichten.

Met vriendelijke groet,

Marieke Driessen

Niek Groenendijk

³ Dit geldt overigens net zo goed voor niet-kapitaalinstrumenten die om welke reden dan ook oorspronkelijk een gelijke rang hadden met de CRR-eigenvermogensbestanddelen.