

Voltooiing van de bankenunie: banken pakket voorstellen voor CRR2 en CRD5

prof. dr. B. P.M. Joosen¹

Na amper een jaar voorbereidingstijd presenteert de Europese Commissie op 23 november 2016 het uitgebreide 'Risk Reduction Measures' wetgevingspakket voor vernieuwingen in de prudentiële regels en het toezicht op kredietinstellingen. De grote aantallen voorgestelde wijzigingen in diverse regelingen dienen evenzovele verschillende doelstellingen. Het pakket brengt, min of meer conform de bedoeling, de finale regeling van de leverage ratio en de bepalingen voor de net stable funding ratio, zijnde de regels voor middellange termijn liquiditeitsbeheer. Deze beide hoofdstukken strekken ter voltooiing van de implementatie van Basel III. Ook wordt er een belangrijk nieuw hoofdstuk voor het toezicht op het marktrisico ingevoerd, ter vervanging van de oude (inmiddels al uit 1993 stammende) regelingen voor het kapitaliseren door banken ter beheersing van risico's in de handel voor eigen rekening. Er vinden correcties plaats op de regels voor kapitaaleisen bij posities op wederpartijen in derivatentransacties, mede ter harmonisatie van de CRR-regels met het EMIR-regime. Er wordt voorts enige verlichting voorgesteld met betrekking tot de kapitaaleisen voor financieringen door banken van het midden- en kleinbedrijf en infrastructurele projecten, mede in het kader van de uitvoering van de Capital Markets Union agenda. Maar het meest ingrijpende gevolg van de voorgestelde regels betreft de aanpassingen in het zogenaamde 'Pillar 2' kader en de regelingen voor de dividenduitkeringen door banken (Maximum Distributable Amount). Deze aanpassing van de regels in Europa kent geen gelijke in andere delen van de wereld en verhoogt *de facto* de kapitaaleisen voor Europese banken met vele procenten.

1. Inleiding

Het 'Risk Reduction Measures' pakket van 23 november 2016 behelst vijf afzonderlijke wetgevingsvoorstellen van de Europese Commissie en wordt gezien als een verdere stap ter voltooiing van de Bankenunie.² De meest omvangrijke voorstellen staan, ten eerste, opgenomen in een wijzigingsvoorstel voor de Verordening kapitaalvereisten van 2013³ (hierna: CRR) en wordt in de wandelgangen met 'CRR2' aangeduid. Deels in samenhang

met deze wijzigingen in de CRR, maar ook deels met een zelfstandige achtergrond, wordt, ten tweede, ook een aanpassing van de Richtlijn kapitaalvereisten van 2013 (hierna: CRD4) voorgesteld⁴. Die aanpassingen worden 'CRD5' genoemd. CRR2 en CRD5 worden tezamen met het 'Bankenpakket' aangeduid. Ten derde en ten vierde wordt de Bank Recovery and Resolution Directive van 2014 (hierna: BRRD) in een tweetal afzonderlijke wijzigingsvoorstellen aangepast. Het eerste voorstel⁵ noem ik 'BRRD2', het tweede⁶ 'BRRD2-bis'. Tenslotte en, ten

1. Bart P.M. Joosen is bijzonder hoogleraar Financieel Toezichtrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam en verbonden aan het Zuidas Instituut voor Financieel recht en Ondernemingsrecht. Daarnaast is hij advocaat te Amsterdam en redacteur van dit tijdschrift.

2. Een en ander zoals ook aangekondigd in de mededeling van de Europese Commissie, 'Naar de voltooiing van de bankenunie', 24 november 2015, COM(2015) 587 final.

3. Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulation (EU) No 575/2013 as regards the leverage ratio, the net stable funding ratio, requirements for own funds and eligible liabilities, counterparty credit risk, market risk, exposures to central counterparties, exposures to collective investment undertakings, large exposures, reporting and disclosure requirements and amending Regulation (EU) No 648/2012, COM 2016 (850) Final.

4. Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2013/36/EU as regards exempted entities, financial holding companies, mixed financial holding companies, remuneration, supervisory measures and powers and capital conservation measures, COM(2016) 854 final.

5. Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2014/59/EU on loss-absorbing and recapitalisation capacity of credit institutions and investment firms and amending Directive 98/26/EC, Directive 2002/47/EC, Directive 2012/30/EU, Directive 2011/35/EU, Directive 2005/56/EC, Directive 2004/25/EC and Directive 2007/36/EC, COM (2016) 852 final.

6. Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on amending Directive 2014/59/EU of the European Parliament and of the Council as regards the ranking of unsecured debt instruments in insolvency hierarchy, COM(2016) 853 final.

vijfde, wordt in verband met de introductie van de regels in BRRD2 en BRRD2-bis ook een aanpassing van de Single Resolution Mechanism Regulation van 2014 voorgesteld⁷, die ik hierna 'SRMR2' noem.⁸ Alle wetgevingsvoorstellen, op BRRD2-bis na, betreffen secundaire Europese wetgeving die volgens het reguliere wetgevingsproces dienen te worden vastgesteld, wat een onderhandelingsproces in de 'trilogue-procedure' tussen Europese Commissie, Europees Parlement en de Europese Raad veronderstelt. Naar ik heb begrepen⁹ wordt voor het hele CRR2, CRD5, BRRD2 en SRMR2 pakket een periode van twee jaar uitgetrokken om deze wetgevingsvoorstellen uit te onderhandelen, vast te stellen en in het Publicatieblad van de EU te laten verschijnen. BRRD2-bis zou evenwel volgens de *versnelde* trilogue-procedure tot stand moeten komen, waarbij de Europese Commissie de ambitie heeft uitgesproken om deze aanpassingen reeds in 2017 in de nationale wetgeving van de lidstaten van de EU in werking te laten treden.¹⁰

Gezien deze planning kan in elk geval worden geconstateerd dat de oorspronkelijk in de CRR bepaalde inwerkingtreding op 1 januari 2018 van de regelingen voor de Leverage Ratio en de Net Stable Funding Ratio niet zal worden gehaald. Beide rege-

lingen zijn opgenomen in CRR2 en die aan te passen verordening zal niet eerder dan op 1 januari 2019 in werking treden als in Europa de volledige twee jaar onderhandelingsstijd wordt benut.

Dat heeft in de toezichtspraktijk grote gevolgen, omdat ten aanzien van de Leverage Ratio bij de invoering van de CRR in 2013 is overeengekomen dat zolang de definitieve regeling niet is vastgesteld, nationale wetgevers en toezichthouders een eigen nationale regeling mogen hanteren.¹¹ Ten aanzien van de Leverage Ratio zal dat betekenen dat de Nederlandse toezichtpraktijk, waar banken¹² door De Nederlandsche Bank ('DNB') worden 'geadviseerd' een Leverage Ratio van 4% aan te houden, enkele jaren zal voortduren en dat de lagere Europese norm van 3% (zoals thans wordt voorgesteld in CRR2) pas eerst in 2019 van kracht wordt.

In de volgende paragrafen volgt een beknopte bespreking van een viertal van de belangrijker wijzigingen in CRR2 en CRD5. Het is slechts een door mij gemaakte selectie van onderwerpen. Het vele honderden bladzijden tellende Risk Reduction Measures pakket kent nog vele andere nieuwe regels en deze worden hier niet belicht. Ook laat ik de belangrijke veranderingen in het kader van de BRRD2, BRRD2-bis en SRMR2 voorstellen in dit artikel onbesproken. Hierdoor wordt ook niet toegekomen aan de voorgestelde invoering in Europa van de Total Loss Absorbing (hierna: TLAC) regels voor wereldwijd systeemrelevante banken en enkele herzieningen van de Minimum Requirement for own funds and Eligible Liabilities (hierna: MREL) regels.

2. Leverage Ratio

De Leverage Ratio (hierna: LevR) is een kapitaal-eis die strekt tot een zogenaamde 'backstop': als de overige kapitaaleisen een onvoldoende toereikend kapitaal voor de desbetreffende bank opleggen, ongeacht de kapitaaleisen die de bank heeft voor de (risico gewogen) balansposten voor het kredietri-

-
7. Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulation (EU) No 806/2014 as regards loss-absorbing and Recapitalisation Capacity for credit institutions and investment firms, COM(2016) 851 final.
 8. Het 'Risk Reduction Package' bestaat naast CRR2, CRD5, BRRD2, BRRD2-bis en SRMR2 ook nog uit de op 22 november 2017 gepubliceerde 'early restructuring' en 'second chance for entrepreneurs' voorstellen in het Commissie voorstel voor een Insolventieregeling: 'Proposal for a Directive of the European Parliament and the Council on preventive restructuring frameworks, second chance and measures to increase the efficiency of restructuring, insolvency and discharge procedures and amending Directive 2012/30/EU', COM(2016) 723 Final. Het Risk Reduction Package is de tweede zuil hervormingen die de Europese wetgever wenst te realiseren om het pad te effenen voor de 'Risk Sharing' voorstellen (het Europese Deposito Garantiestelsel Fonds en de zogenaamde Backstop Regelingen voor het Single Resolution Fund) die ingaande 2024 van kracht dienen te worden. Zie voor een compleet overzicht van alle regelingen: Aliénor Duvillet-Margerit, 'Completing the Banking Union; Risk sharing initiatives and parallel risk reduction measures', Europees Parlement, 10 maart 2017, referentie PE 574 392, www.europarl.europa.eu, laatst geraadpleegd op 24 mei 2017.
 9. Onder meer bleek dit tijdens een bijeenkomst met vertegenwoordigers van de Europese Commissie (FISMA) op 24 april 2017 bij Leaseurope in Brussel.
 10. Zie over de regels over wijziging van de hiërarchie in de rangorde van crediteuren die in BRRD2-bis is opgenomen het artikel van W.J. Horsten, 'Rondom het Nieuws, La Loi Sapin 2 – Subordinated or non-preferred senior, that's the question', *FR* 2017, nr. 1/2, p. 55 e.v. waarin Horsten ingaat op de onlangs in Frankrijk ingevoerde wetgeving. De in die Franse wetgeving neergelegde beginselen zijn ook overgenomen in het voorstel voor aanpassing van de BRRD.

11. Zie hiervoor bijvoorbeeld: art. 412, vijfde lid, CRR ten aanzien van de Liquidity Coverage Ratio. Ten aanzien van het Leverage Ratio vereiste is die bevoegdheid overigens minder duidelijk geregeld in de CRR.

12. In de openbare stukken (zie voetnoot 19) is door het Ministerie van Financiën steeds genoemd dat het daarbij zou moeten gaan om de zogenaamde 'systeemrelevante banken' (men denke daarbij aan ING Bank, ABN AMRO Bank, Rabobank en de Volksbank). Echter, in de toezichtspraktijk heb ik meerdere malen begrepen dat ook niet-systeemrelevante banken door DNB aan dit vereiste worden gehouden, bijvoorbeeld betreft dit de banken die in het kader van het Single Supervisory Mechanism als 'significante bank' zijn aangeduid. Maar ook niet systeemrelevante banken en minder significante banken lijken met dit vereiste te worden geconfronteerd. Zie ook bijvoorbeeld de publicatie van DNB 'Visie op de structuur van de Nederlandse bankensector' van 2015, waarin paragraaf 2.3, zonder dat enig onderscheid wordt gemaakt in de typen banken, gewag wordt gemaakt van de 'recente invoering van de eis van de leverage ratio'.

sico, het marktrisico, operationeel risico en dergelijke meer. Het LevR-vereiste verplicht banken dat er alsnog voldoende hoog (kwalificerend) eigen vermogen wordt aangehouden. Het LevR-vereiste gaat (grotendeels)¹³ uit van de niet op risico's gewogen bankbalans. De ratio is een breuk waarvan de teller bestaat uit zogenaamd 'Tier 1-vermogen', wat in hoofdzaak uit volgestort kapitaal, agioreserves en winstreserves bestaat, en de noemer van de breuk uit (nagenoeg) het geheel van activa en buitenbalansposten. De LevR dient volgens de oorspronkelijke voorstellen van het Basel Comité uit 2010 in Basel III¹⁴ tenminste drie procent (3%) te bedragen. Indien een bank door middel van risico-overdracht technieken (securitisatie, kredietderivaten en dergelijke) of andere risicobeheersingstechnieken (bijvoorbeeld het vragen van zekerheden van tegenpartijen, het aangaan van 'repurchase-overeenkomsten' en dergelijke) een laag zogenaamd risico gewogen kapitaal dient aan te houden, zal de LevR-eis een 'vloer' leggen onder de kapitaaleisen van de desbetreffende bank. Met een kort (volkomen hypothetisch) voorbeeld wil ik het verschil toelichten.

Een bank heeft een balanstotaal van EUR 1 miljard en als activa uitsluitend contante middelen op de balans of door de Nederlandse staat uitgegeven obligaties die als langetermijninvestering worden aangehouden. De bank doet niet aan handel voor eigen rekening en loopt derhalve geen marktrisico. Het operationele risico is laag, want de bank heeft zich goed georganiseerd. Eventuele schade vanwege operationeel risico wordt geschat op maximaal EUR 10 miljoen. De 'risico gewogen' kapitaaleisen van deze bank is derhalve zeer laag. De aangehouden activa zijn risicoloos of risico-arm, er is geen voorziening voor verwachte verliezen nodig en de activa krijgen voor de risicoweging een risicofactor 0% toebedeeld voor onverwachte verliezen¹⁵. Er

is geen marktrisico en de kapitaalbuffer voor het operationeel risico bedraagt EUR 800.000. Bij een LevR vereiste van 3% dient de bank echter een kapitaal aan te houden (in de vorm van zogenaamde Tier 1 instrumenten) van EUR 30 miljoen. Bij toepassing van het Nederlandse LevR 'advies' van 4% zou dat zelfs een bedrag van EUR 40 miljoen zijn. Dit voorbeeld laat zien dat in het geval de reguliere kapitaaleisen vanwege de lage risicoprofiel leiden tot een lage verplichting voor de bank, het LevR vereiste als aanvullende eis desondanks zorgt voor het substantieel ophogen van de kapitaaleis.¹⁶

Het LevR-vereiste is een kapitaaleis die onderdeel uitmaakt van het Basel III-pakket uit 2010 waarin, mede naar aanleiding van de ervaringen van de financiële crisis die tien jaar gelden in de Verenigde Staten begon, de prudentiële eisen voor banken aanmerkelijk zijn aangescherpt. In Europa wordt het LevR-vereiste in twee fasen ingevoerd. In eerste instantie gold met ingang van 1 januari 2014 op grond van de bepalingen van Deel Zeven CRR (Hefboomfinanciering) een vereiste om door middel van rapportages aan de bevoegde toezichthouder inzage te geven in welke mate een onderneming kan voldoen aan het LevR-vereiste. De monitoring- en 'kalibratie'¹⁷periode beoogt de grootste knelpunten wat betreft de LevR te identificeren. Op basis daarvan zal in de definitieve regels rekening kunnen worden gehouden met die knelpunten bij

zijn ter dekking van 'Unexpected Losses'. Voor de verwachte verliezen ('Expected Losses') zal een bank een voorziening moeten treffen. Stel een bank heeft een krediet uitstaan van EUR 1.000.000 waarvan wordt ingeschat dat de wederpartij/klant in grote betalingsmoeilijkheden verkeert en er sprake is van een verzuimsituatie (meestal wordt deze verzuimsituatie voor het prudentiële toezicht aangenomen indien wanbetaling meer dan 90 dagen duurt). Een dergelijk krediet zal, zeker indien er geen zekerheden zijn verstrekt door de wederpartij/klant, volledig moeten worden voorzien. In feite gaat de hele hoofdsom dan ten laste van het eigen vermogen van de bank. Indien ten aanzien van datzelfde krediet geen verzuimsituatie bestaat, zal, aannemende dat het een lening is aan een 'gewone grote (niet MKB-) onderneming), voor dit krediet EUR 80.000 'risicogewogen' kapitaal moeten worden aangehouden, die strekt ter dekking van eventuele onverwachte verliezen.

-
13. Reeds in het huidige CRR gaat het 'rapportage-raamwerk' voor de LevR ervan uit dat bepaalde balansposten en buitenbalansposten mogen worden uitgezonderd van de berekening van het 'balanstotaal'. Bijvoorbeeld in art. 429, zesde lid tweede alinea mogen, behoudens 'cross-product netting agreements', de effecten voor netting van posities binnen eenzelfde productgroep van derivaten worden meegewogen. Met andere woorden netting leidt tot toegestane balansverkorting.
 14. Wat betreft *kapitaaleisen* gaat het om 'Basel III: A global regulatory framework for more resilient banks and banking systems', voor het eerst vastgesteld in december 2010 en herzien in juni 2011 om de nieuwe regels voor de Credit Valuation Adjustment voor posities in derivaten en vergelijkbare producten (de 'marktwaarde van het tegenpartijrisico') te incorporeren, en wat betreft *liquiditeitseisen* om 'Basel III: The Liquidity Coverage Ratio and liquidity risk monitoring tools', voor het eerst vastgesteld in december 2010 en herzien in januari 2013, en om 'Basel III: the net stable funding ratio', eveneens voor het eerst vastgesteld in december 2010 en herzien in oktober 2014.
 15. Kapitaaleisen voor banken beogen de situaties af te dekken waarmee het bankbestuur geen rekening houdt of redelijkerwijs kan houden. Kapitaaleisen

16. Een onbedoeld effect van het LevR vereiste kan zijn, dat banken hierdoor mogelijk hogere risico's op de balans zullen willen nemen, of moeten nemen. Bijvoorbeeld een bank die als gevolg van het LevR vereiste een 'verkleining van de balans' moet bevorderen, en bij een desinvesteringsprogramma eenvoudiger minder risicovolle activiteiten kan verkopen zonder grote verliezen te lijden op de oorspronkelijke 'aankoop-prijs'.
17. Met 'Kalibratie' wordt bedoeld op de analyse die wordt gemaakt door de wetgever van de mogelijke impact van invoering van nieuwe kapitaal- of liquiditeitseisen, waarbij de nieuwe eisen worden gelegd naast de bestaande eisen. Vaak worden dergelijke kalibratie-exercities uitgevoerd om de scherpe kanten te halen van nieuw in te voeren eisen in de definitieve regels.

het in de tweede fase in te voeren 'bindende' LevR vereiste.

CRR2 vervangt nagenoeg alle bepalingen van de huidige tekst van Deel Zeven CRR en introduceert op een aantal punten nieuwe regelingen die, kort gezegd, de scherpe kantjes van de huidige teksten afhalen. Bovendien wordt de redactie van de regeling vervangen van een 'zachte norm' naar een 'bindende norm'. Waar er nu is geregeld dat de 'kredietinstelling zal rapporteren' worden de regels gewijzigd in 'de kredietinstelling zal worden verbonden aan'.

Zoals hiervoor is vermeld, worden (in elk geval)¹⁸ de Nederlandse systeemrelevante banken sinds 1 januari 2014 'gestuurd' naar een LevR-verplichting van 4% van het balanstotaal.¹⁹ Gaandeweg is die sturing ook gericht op niet-systeemrelevante banken, bijvoorbeeld de banken die als 'significant' in de zin van het Single Supervisory Mechanism (hierna: SSM) zijn aangeduid. De meeste banken met zetel in Nederland voldoen op dit moment ook aan een dergelijke ratio, behalve de zogenaamde 'sectorbanken', zijnde banken die hun bedrijf maken van het financieren van lagere overheden of vergelijkbare instellingen. Europa lijkt met het CRR2-voorstel te kiezen voor een minder strenge norm van 3% en de lobby van de Nederlandse Minister van Financiën om die norm in Europa te stellen op 4% heeft dan ook nog geen succes gehad. Wel heeft hij al aangekondigd dat hij zich tijdens de onderhandelingen over de CRR2-tekst (i.c. art. 92(1)(d) CRR) te zullen

inzetten voor de invoering van een 4% LevR-vereiste voor systeemrelevante banken.²⁰

CRR2 brengt ook nog enkele andere nieuwe verlichtingen wat betreft de toepassing van het LevR-vereiste. Zo worden in het nieuwe art. 429a CRR enkele nieuwe activa uitgezonderd van de berekening van het vereiste. Daaronder vallen ook de vorderingen van 'public development credit institutions' op regionale overheden en dergelijke. De definitie wat dient te worden verstaan onder 'public development credit institutions' en of de hiervoor genoemde Nederlandse 'sectorbanken' hier ook onder vallen, is onduidelijk. Dit punt dient te worden meegenomen in de onderhandelingen namens Nederland ten aanzien van de CRR2-tekst.²¹

3. Net Stable Funding Ratio

De Net Stable Funding Ratio (hierna: NSFR) is een vereiste voor middellange termijn liquiditeitsbeheersing door banken. De ratio wordt berekend door in de teller van de breuk de 'beschikbare stabiele financiering' op te nemen en in de noemer van de breuk de 'vereiste stabiele financiering' *gemeten over een periode van één jaar*.²² Het resultaat van deze breuk dient ten minste 100% te bedragen. Zowel voor de beschikbare als de vereiste stabiele financiering dienen banken per type actief (de bezittingen) en per type passief (de verplichtingen) te analyseren in hoeverre aan de toepasselijke criteria is voldaan.

Voor de posten van *beschikbare stabiele financiering* zal, naar mate de 'stabiliteit' minder is (met andere woorden: er kan een versnelde terugbetalingsverplichting van de bank aan de wederpartij ontstaan), een grotere afslag moeten worden berekend, en zal het desbetreffende passief dus voor een lager bedrag dan de 'nominale' waarde meetellen. Een passief met een weging van 0% is daardoor uiterst instabiel, een actief met een weging van 100% uiterst stabiel. Volgestort aandelenkapitaal zal bijvoorbeeld een weging van 100% krijgen, hetgeen betekent dat de gehele som van de financiering meetelt in de teller van de ratio als beschikbare

18. Zie voetnoot 13.

19. Deze visie is voor het eerst uitgedragen door het Nederlandse kabinet in 'De Kabinetsvisie Nederlandse bankensector' van 23 augustus 2013 (*Kamerstukken II 2012–2013, 32 013, nr. 35*). Zie voor een voortzetting van de discussie tussen de Minister van Financiën en de Tweede Kamer onder meer de brief van de minister van 18 december 2014 aan de Tweede Kamer (*Kamerstukken II 32013, 91*). Zie voor een zeer lezenswaardig overzicht van de 'kapitaaleisen voor Nederlandse banken' waarin deze visie van de Minister van Financiën nogmaals te vuur en te zwaard wordt uitgedragen zijn brief aan de Eerste Kamer van 16 februari 2016 (*Kamerstukken I 2015/16, 34300, nr. Z*). Onlangs nog bracht de Minister van Financiën het standpunt naar buiten dat de leverage ratio niet 4% maar 6% dient te bedragen. Dit is een absurd hoog en onrealistisch getal dat nergens ter wereld wordt verdedigd, zelfs niet door de strengste leverage-ratio voorstanders zoals de Financial Stability Board en het IMF. Zie: Opiniewaardig artikel Jeroen Dijsselbloem van 9 maart 2017, 'Het gaat beter, maar niet verslappen bij aanpakken van de financiële sector'. Een bank die bijvoorbeeld een balanstotaal heeft van EUR 1 biljoen (duizend miljard, ongeveer het formaat van ING) en een 'risk-weighted density' van 40%, zou grofweg in plaats van een Tier 1 kapitaal voor gewone solvabiliteitseisen van EUR 24 miljard en een Tier 1 kapitaal voor het LevR vereiste van EUR 30 miljard, een Tier 1 kapitaal van EUR 60 miljard nodig hebben. Dat bedrag is nagenoeg geheel in te vullen met aandelenkapitaal. Dit is een onmogelijke opgave in het huidige tijdsgewricht waar investeringen in 'financials' niet bovenaan de prioriteit lijst staat van beleggers.

20. Brief van de Minister van Financiën aan de Tweede Kamer van 19 december 2016, 'Kabinetsreactie EC-voorstellen risicoreducerende maatregelen', *Kamerstukken II 2016/17, 22 112, nr. 2261*.

21. Met door zekerheden gedekte 'exposures' van banken mag slechts in zeer beperkte mate rekening worden gehouden. Netting-overeenkomsten worden ook slechts in beperkte mate toegelaten als 'balansverkortings' die tot een minder omvangrijke balans leidt. Hierdoor is er een beperkte correspondentie tussen de 'bruto-risico's' die een bank loopt en de als gevolg van zekerheden en netting gelopen 'netto-risico's', ook in gevallen waarin banken in staat zijn om de juridische effectiviteit en afdwingbaarheid van de verschaft collateral en netting onweerlegbaar aan te tonen.

22. Zie voor de volledig uitgeschreven norm: art. 428b CRR in de nieuwe Titel IV van Deel Zes CRR die met de voorgestelde teksten van CRR2 zal worden ingevoerd.

stabele financiering.²³ Alle schuldverplichtingen zonder een looptijd (derhalve direct opeisbare kortlopende schulden) krijgen daarentegen een weging van 0%, en zijn derhalve uiterst instabiele financieringsbronnen.²⁴

Voor vereiste stabiele financiering geldt het omgekeerde, naarmate de instabiliteit hoger is (met andere woorden: er kan een versnelde terugbetaling aan de bank door de wederpartij plaatsvinden), zal er een lagere weging mogen worden toegerekend aan het desbetreffende actief. Een activa-post met een weging van 100% zal als uiterst instabiel worden aangemerkt en een post met een weging van 0% als uiterst stabiel. Een depot van reserves bij de ECB of een andere centrale bank in de Europese Unie krijgt een weging van 0% en telt dus niet mee voor de berekening van de vereiste stabiele financiering.²⁵ Consumentenkrediet met een resterende looptijd van meer dan een jaar krijgt in deze regels een weging van 100%, daarvoor is derhalve volledige beschikbare financiering door de bank vereist.²⁶ De NSFR-regels zijn afkomstig uit het Basel III-akkoord, dat eveneens een korte termijn (30-daags) liquiditeitsbeheersing-regeling introduceerde (de zogenaamde Liquidity Coverage Ratio, (hierna: LCR²⁷). De LCR vereisten gelden voor Nederlandse banken reeds vanaf 1 oktober 2015 op een 'fully-loaded'²⁸ basis. Tot deze onmiddellijke invoering van de hele eis is door de Nederlandse toezichthouder besloten, omdat voor Nederlandse banken reeds langere tijd (nationale) regels voor risicobeheersing van liquiditeit en het toezicht daarop door DNB golden. Hoe vreemd dat ook moge klinken, vóór 2010 bestond er geen internationaal geharmoniseerde regeling voor liquiditeitsbeheersing. Maar omdat Nederlandse banken in materieel opzicht voldeden aan de LCR vereisten, werd het niet nodig gevonden om gebruik te maken van de geleidelijke invoering in vier jaar (tot aan 2019) die op grond van de CRR mogelijk was.²⁹ Andere lidstaten in de EU hebben wel volop gebruik gemaakt van de geleidelijke invoering van de LCR-vereisten, waardoor het langer duurt alvorens er een level playing field is gerealiseerd.³⁰

23. Zie het nieuwe art. 428o CRR2.

24. Zie het nieuwe art. 428k CRR2.

25. Zie het nieuwe art. 428r CRR2.

26. Zie het nieuwe art. 428ag CRR2.

27. Voor een uitvoerige uiteenzetting over de LCR-vereisten, zie Hoofdstuk 6 in E.P.M. Joosen/M.K.Z. Groot, 'Kapitaal- en Liquiditeitseisen voor banken', Deel 7 Financieel Juridische Reeks, Uitgeverij Paris, Zutphen, (2015).

28. 'Fully loaded' betekent dat de geleidelijke infasering van de desbetreffende eis is verstreken en de eis ten volle van toepassing is geworden.

29. Zie: E.P.M. Joosen/M.K.Z. Groot, a.w. p. 319.

30. In de praktijk is er ook ten aanzien van de LCR-vereisten nog een grote reeks van onduidelijkheden, bijvoorbeeld over de behandeling van door banken verstrekte handelsfinanciering, die een 100% factor krijgt toebedeeld ten aanzien van 'verwachte uitstroom' van middelen van een bank op korte termijn.

De NSFR vereisten worden, evenals dat het geval is voor het LevR-vereiste, in twee fasen ingevoerd. De eerste fase betreft de monitoring of banken aan de NSFR-vereisten kunnen voldoen. Deze monitoring vindt (formeel) sinds 1 januari 2014 plaats en zal tot 31 december 2017 duren. In de tweede fase zijn de NSFR-vereisten dwingend voorgeschreven. De 'testperiode' van de NSFR-vereisten diende ook informatie op te leveren over de knelpunten in de praktijk ten aanzien van het kunnen naleven van deze vereisten. Die knelpunten dienen in de finale versie van de regels te zijn opgelost. Het CRR2-voorstel beoogt een definitieve regeling te geven van de NSFR en de in de monitoring-fase geconstateerde knelpunten³¹ weg te nemen. Deze definitieve regeling zal, zoals het er nu naar uitziet, in werking treden op 1 januari 2019, zonder dat er een geleidelijke invoering van de NSFR plaatsvindt. Op die inwerkingtredingdatum dienen banken dus een NSFR van tenminste 100% te hebben.³²

De NSFR-bepalingen van CRR2 zijn uitgebreid en complex, en rechtvaardigen een afzonderlijke bespreking waar meer gelegenheid is voor analyse van de verschillende interessante aspecten, ook vanuit juridisch (en contractueel) perspectief. In dit artikel volsta ik met de verwijzing naar de voor de Nederlandse securitisatiemarkt belangrijke regelingen voor opname in de berekening van de vereiste stabiele financiering van 'securitisatie-posities' die worden gekocht door de bank. Mits deze securitisatie-posities voldoen aan de vereisten voor High Quality Liquid Assets zoals bepaald in art. 13 van de LCR Verordening³³, zal hiervoor slechts een wegingsfactor van 25% gelden.³⁴ Hiermee zet de Europese Commissie de koers van liberalisering van de regels voor de securitisatie-markten voort. Nog steeds geldt echter dat bepaalde covered bond posities die door banken worden gekocht, in het nieuwe NSFR-regime een preferente behandeling krijgen.³⁵

31. Een van de knelpunten betreft bijvoorbeeld de inschatting van de 'vereiste stabiele financiering' vereisten voor aangehouden 'securitisatie-posities'. Wanneer een bank investeert in een securitisatiepositie was de oorspronkelijke gedachte om de eis voor de vereiste stabiele financiering veel hoger te leggen dan in het huidige raamwerk van CRR2 is bepaald.

32. Tot veel knelpunten in de praktijk zal dit niet hoeven te leiden. Per 30 juni 2016 voldeden reeds 67.4% van de allergrootste banken in Europa (zogenaamde group 1 banken) aan de NSFR-norm van 100% en 89% van de overige (group 2) banken. Zie het 'CRD IV – CRR Basel III monitoring report – Results based on data as of 30 June 2016', EBA, 28 februari 2017.

33. Gedelegeerde Verordening (EU) 2015/61 van de Commissie van 10 oktober 2014 ter aanvulling van Verordening (EU) nr. 575/2013 van het Europees Parlement en de Raad met betrekking tot het liquiditeitsdekingsvereiste voor kredietinstellingen, *PbEU*, L. 11 van 17 januari 2015.

34. Zie het nieuwe art. 428y CRR2.

35. De tijd voor een meer gelijkwaardige behandeling van covered bonds en securitisatieposities is nog niet gekomen. Onlangs rapporteerde EBA over de verdere ontwikkeling van de covered bond markt in Europa waarbij de preferente behandeling wordt

4. Marktrisico en handel voor eigen rekening

Nog voor de financiële crisis in 2007 uitbrak werd er (sinds 2004) in internationaal verband in een gezamenlijke werkgroep van het Bazels Comité en IOSCO gewerkt aan de herziening van de regelingen voor het marktrisico.³⁶ Met kapitaaleisen voor het marktrisico wordt beoogd de schommelingen in de waarde van door banken voor eigen rekening en risico aangekochte posities in financiële instrumenten als gevolg van ontwikkelingen op de financiële markten (bijvoorbeeld als gevolg van volatiliteit van de koersen) op te vangen. Het gaat dan om posities die worden ingenomen in de zogenaamde handelsportefeuille, met andere woorden investeringen die per definitie worden gedaan met een korte tijdschhorizon. Bank die een actieve handelsstrategie voeren en die omvangrijke handelsportefeuilles bezitten, kunnen als gevolg van de ontwikkelingen op de financiële markten ook grote schade lijden. Kapitaaleisen voor deze banken beogen de verliezen die worden geleden in de handelsportefeuille op te vangen, zodat er geen gevolgen ontstaan voor de continuïteit van de onderneming en om te voorkomen dat cliënten van de bank (indirect) schade zouden kunnen lijden.

Ondanks dat het herzieningswerk voor het marktrisico al begon voordat de financiële crisis uitbrak, is er als gevolg van die financiële crisis een aantal lessen getrokken die betrekking hebben op de beheersing van risico's in de handelsportefeuille. Onder meer betrof dat het uitzonderlijke risico dat zich voltrok in de jaren 2007-2009 van langdurig gebrek aan liquiditeit voor de verhandeling van bepaalde financiële instrumenten, met name 'structured finance products' zoals securitisaties of covered bonds, zelfs wanneer die als zodanig een zeer hoge kwaliteit bezaten. Die gebrekkige liquiditeit leidde ertoe dat de zogenaamde 'hold-period', de periode waarin posities werden aangehouden voordat zij weer worden verkocht, moest worden verlengd en koersschommelingen ten aanzien van die gebrekkig verhandelde producten in feite een minder waardevolle indicator opleverden voor de schade die een bank zou kunnen lijden ten aanzien van die producten. Om die reden dienden de zogenaamde 'Value-at-Risk' regels te worden verbeterd. Terwijl de werkgroep van het Bazels Comité en IOSCO de bakens diende te verzetten om in de herziening van de kapitaaleisen ook de nieuwe ri-

sicofactoren te betrekken in de herziening van het marktriscoraamwerk, is door de Europese wetgever een tussentijdse correctie op de regels voor het marktrisico geïntroduceerd in de zogenaamde CRD III-richtlijn van 2009.³⁷ Deze wijzigingen zijn vervolgens integraal overgenomen en verwerkt in de regelingen van Deel Drie, Titel IV (Eigen Vermogenvereisten voor het Marktrisico) CRR.

De 'Fundamental Review of the Trading Book' van het Bazels Comité is na een zeer lange voorbereidingstijd van bijna 12 jaar, rekenend vanaf de eerste stappen in 2004, tot stand gekomen.³⁸ In januari 2016 publiceerde het Bazels Comité de finale standaarden 'Minimum Capital Requirements for Market Risk'. Deze standaarden dienen te worden omgezet in regels voor banken in de Europese Unie. Met de invoering van de nieuwe regels in Deel Drie, Titel IV, Hoofdstukken 1, 1a, 1b CRR worden deze nieuwe standaarden voor Europa vastgelegd in bindende regels. De nieuwe regels beslaan ongeveer 70 bladzijden van het 280 bladzijden tellende CRR2-document en mag met recht een van de meest significante onderdelen van dit wetgevingsvoorstel worden genoemd.

De herziening van de regels voor de kapitaaleisen voor het marktrisico behelst een aantal belangrijke nieuwe uitgangspunten. Deze zijn op hoofdlijnen:

- Banken krijgen minder ruimte om de grens te bepalen welke posities behoren tot het zogenaamde bankboek (waarin de langere termijn risico's zijn opgenomen voor posities van banken jegens wederpartijen) en de handelsportefeuille. In het verleden werden die grenzen in zoverre opgezocht, dat posities die waren opgenomen in de handelsportefeuille, bij tegenvalende resultaten ten aanzien van de verkoop daarvan, naar het bankboek werden overgeheveld ('revised boundary between trading book and banking book');
- Invoering van een nieuwe risicofactor: het risico ter zake van gebrekkige marktliquiditeit;
- Verbeterde berekeningswijzen voor de risico's en eventuele schade van posities in tijden van extreme marktomstandigheden ('Expected shortfall measure of risk under stress');
- Algehele herziening van de standaardbenadering voor de berekening van marktrisico, om bij

gehandhaafd. Zie: EBA Report on Covered Bonds; 'Recommendations on harmonisation of Covered Bond Frameworks in the EU', EBA-Op-2016-23, 20 december 2016.

36. De eerste stappen zijn gezet in 2004 door de oprichting van de gemeenschappelijke werkgroep van het Bazels Comité en IOSCO. Zie: 'Update on joint Basel Committee and International Organization of Securities Commission work on the prudential treatment of some trading book items', persbericht van het Bazels Comité van juni 2004, www.bis.org, laatst geraadpleegd op 24 mei 2017.

37. Richtlijn 2010/76/EU van het Europees Parlement en de Raad van 24 november 2010 tot wijziging van de Richtlijnen 2006/48/EG en 2006/49/EG wat betreft de kapitaalvereisten voor de handelsportefeuille en voor hersecuritisaties, alsook het bedrijfseconomisch toezicht op het beloningsbeleid, *PbEU*, L. 329 van 14 december 2010. Deze richtlijn legde een tussentijdse correctie van het Bazels Comité vast: 'Enhancements to the Basel II Framework, including the capital regime for trading book positions', 16 januari 2009.

38. Bazels Comité, 'Consultative document Fundamental review of the trading book', mei 2012, 'Second consultative document Fundamental review of the trading book', oktober 2013, 'Fundamental review of the trading book: Outstanding Issues, Consultative Document', december 2014.

gebruik van de standaardmethode door banken die geen 'intern model' hanteren, een betere inschatting van de risico's te bevorderen.

In Nederland hoort men nog weleens het commentaar, dat deze fundamentele herziening van de kapitaaleisen voor het marktrisico voor Nederlandse banken niet erg relevant zou zijn, mede omdat de Nederlandse banken na de financiële crisis de handel voor eigen rekening hebben teruggeschroefd of opgegeven. Naar mijn mening gaat dit echter voorbij aan de gewijzigde definitie van 'handelsportefeuille', met name ter voorkoming van een (willekeurige) toewijzing van bepaalde posities in het bankenboek. Om die reden lijken de regels voor het marktrisico, ook al worden de standaarden van het Bazels Comité in Europa slechts partieel en gefaseerd ingevoerd³⁹, toch van belang te kunnen zijn voor Nederlandse banken. Dat houdt mijns inziens verband met het feit dat in de huidige inschatting van het belang van het marktrisico-raamwerk uitgegaan wordt van de 'oude definitie' van wat een 'handelsportefeuille' inhoudt. In de toekomstige regels zullen boekingen in het 'bankboek' (derhalve posities waarvan wordt verondersteld dat deze voor een langere horizon worden aangehouden), mogelijksterwijs naar het domein van de 'handelsportefeuille' moeten worden overgeheveld.

5. Pillar 1 en Pillar 2 kapitaal en de Maximum Distributable Amount

De naar mijn mening belangrijkste en meest 'venijnige' vernieuwing in het Banking Package betreft de herziening en invoering van de art. 104, 104a, 104b, 141 en 141a Richtlijn kapitaalvereisten ingevolge het CRD5 voorstel. Dit betreft ingewikkelde regelingen van de zogenaamde Pillar 1 en Pillar 2 kapitaalvereisten en de regeling van de Maximum Distributable Amount (hierna: MDA). De MDA is een berekeningsmethode die kredietinstellingen dienen toe te passen om te toetsen of, en zo ja, hoeveel van de gerealiseerde winsten in een bepaald boekjaar mogen worden uitgekeerd aan de aandeelhouder(s). De MDA-berekening bepaalt daarnaast de ruimte die er bestaat om variabele beloningen uit te keren aan werknemers en de uitbetaling van rente op zogenaamde 'Additional Tier 1-instrumenten' (hierna: AT1 en in het spraakgebruik worden die door banken uitgegeven obligaties ook wel 'CoCo's' genoemd). Indien blijkt dat de MDA-berekening te weinig ruimte oplevert voor het door een kredietinstelling voldoen – of binnen afzienbare tijd kunnen blijven voldoen – aan de kapitaaleisen, dan zal het de instelling niet zijn toegestaan om dividend uit te keren, bonussen uit te keren of rente te betalen op AT1 instrumenten.

Aan de voorstellen van de Europese Commissie tot invoering van de nieuwe regelingen voor Pillar 1 en Pillar 2 kapitaal en MDA is een korte en heftige geschiedenis voorafgegaan. Op 16 december 2015 publiceerde de EBA de 'Opinion of the European Banking Authority on the interaction of Pillar 1, Pillar 2 and combined buffer requirements and restrictions on distributions'.⁴⁰ In deze opinie stelt EBA zich op het standpunt dat de regeling van art. 141 Richtlijn kapitaalvereisten betreffende de zogenaamde kapitaalconserveringsmaatregelen (in onze wetgeving opgenomen in art. 3:62a en 3:62b Wft) zodanig moet worden uitgelegd dat bij de berekening van de MDA niet alleen de reguliere uit art. 92 CRR voortvloeiende kapitaaleis (de zogenaamde Pillar 1-eis) en de 'gecombineerde buffers' moeten worden betrokken, maar ook de zogenaamde 'Pillar 2'-eis.

Pillar 1-kapitaaleisen zijn de reguliere solvabiliteits-eisen waaraan de kredietinstelling dient te voldoen in het licht van de diverse risicofactoren die leiden tot berekening van de benodigde hoogte van het 'regulatoire kapitaal'. Het gaat dan om het inschatten van kredietrisico, marktrisico en operationeel risico, naast andere in het tweede lid van art. 92 CRR genoemde deel-risico's.

De 'gecombineerde buffer' eis betreft de cumulatie van de eisen die in aanvulling op de Pillar 1 eis aan banken worden opgelegd uit hoofde van de regelingen van:

1. art. 129 Richtlijn kapitaalvereisten, kapitaalconserveringsbuffer, zie art. 3:62a, eerste lid, Wft juncto art. 105 en 105a Besluit prudentiële regels Wft (hierna: Bpr);
2. art. 130 Richtlijn kapitaalvereisten, contracyclische kapitaalbuffer, zie art. 3:62a, eerste lid, Wft juncto art. 105 en 105b Bpr);
3. art. 131 Richtlijn kapitaalvereisten, buffers voor wereldwijd of andere systeemrelevante instellingen, zie art. 3:62a, eerste lid Wft, juncto art. 105 en 105c Wft;
4. art. 133 Richtlijn kapitaalvereisten, systeemrisicobuffer, zie art. 3:62a, eerste lid, Wft, juncto art. 105 en 105d Bpr.

Deze vier buffers zijn in art. 128, aanhef en onder (6), Richtlijn kapitaalvereisten gedefinieerd als de 'gecombineerde buffers'.

Pillar 2-kapitaal betreft het kapitaal dat aanvullend moet worden aangehouden indien een kredietinstelling, na indiening van het in art. 3:18a Wft bedoelde 'Internal Capital Adequacy Assessment Process' (ICAAP) rapport door de instelling aan de toezichthouder en na het uitvoeren door de toezichthouder van de in dat artikel bedoelde evaluatie, de toezichthouder de conclusie trekt dat de instelling de in de onderneming gelopen risico's onderschat en daardoor onvoldoende kapitaal aanhoudt.

39. Zie over de partiële en gefaseerde invoering, de Kabinetsreactie van december 2016, t.a.p., p. 8.

40. EBA/Op/2015/24.

Indien in het kader van dit 'Supervisory Review and Evaluation process' (hierna: SREP) op basis van de dialoog tussen de toezichthouder en de instelling, de instelling niet kan worden overtuigd van de noodzaak van het aanhouden van aanvullend kapitaal, kan de toezichthouder grijpen naar de handhavingsmaatregelen van art. 3:111a Wft, in het bijzonder het bepaalde in het eerste lid onder (a) van dat artikel, te weten het voorschrijven van een hogere solvabiliteit of liquiditeit dan ingevolge de reguliere voorschriften is vereist. Een dergelijke handhaving heet een 'SREP-beslissing'. De SREP-beslissing resulteert in het opleggen van een Pillar 2-kapitaaleis.

De bepaling van art. 141 Richtlijn kapitaalvereisten betreffende de berekening van MDA en het proces dat plaats dient te vinden tussen instelling en toezichthouder is, zoals eerder vermeld, in ons land geïmplementeerd in de art. 3:62a en 3:62b Wft. Voor de berekeningsmethode wordt in de Nederlandse wet- en regelgeving geleund op het bepaalde in art. 141 Richtlijn kapitaalvereisten door enkele kruisverwijzingen naar deze richtlijn bepaling.

De hiervoor genoemde EBA-opinie van 16 december 2015 kwam uit de lucht vallen en heeft onmiddellijk geleid tot heftige ontwikkelingen in de markten voor CoCo's. De koersen van dergelijke instrumenten stortten in het voorjaar van 2016 in en de liquiditeit voor deze instrumenten droogde onmiddellijk op. Er werd niet meer in CoCo's van Europese banken gehandeld.⁴¹ De reden hiervoor is, dat de EBA-opinie op een 'onzuivere' wijze art. 141 CRD IV heeft uitgelegd, door te impliceren dat voor de MDA-berekening niet alleen de Pillar 1 eisen en de gecombineerde buffer als uitgangspunt moest worden genomen, maar ook de Pillar 2 eis. Een dergelijke eis staat momenteel echter niet in art. 141 Richtlijn kapitaalvereisten. Vanwege de directe correlatie tussen de berekening van toegelaten dividenduitkeringen en rentebetalingen op AT1-instrumenten, was de onzekerheid die door de EBA-Opinie werd gebracht bijzonder onwelkom en heeft het enkele maanden geduurd voordat de CoCo markt weer opkrabbelde.

Bij het opkrabbelen van de markt heeft de ECB (in haar hoedanigheid van toezichthouder binnen het SSM) een belangrijke rol gespeeld. In het late voorjaar van 2016⁴² is door de ECB een nieuw principe bedacht, waarbij er onderscheid wordt gemaakt tussen 'harde Pillar 2-eisen' en 'Pillar 2-guidance'. De harde Pillar 2-eisen dienen te worden uitgelegd als een objectief oordeel over de ontoereikendheid van het kapitaal dat door de instelling wordt aanhouden en dat, in feite, als een 'harde kapitaaleis'

heeft te gelden. De Pillar2-guidance is een door de toezichthouder 'geadviseerde' hoeveelheid Pillar 2-kapitaal, dat als 'goede raad' aan het management van de instelling wordt gecommuniceerd, maar dat niet als een harde eis mag worden geïnterpreteerd. Volgens de ECB hoort de harde Pillar 2-eis in de MDA-berekening, en de Pillar 2-guidance niet.⁴³ De ECB-'route' heeft uiteindelijk de redactie bepaald van de herziene en nieuwe art. 104, 104a, 104b, 141 en 141a Richtlijn kapitaalvereisten.⁴⁴ Daarbij moet worden vermeld, dat met de toevoeging van de harde Pillar 2-eisen als onderdeel van de MDA-berekening, door de Europese Commissie ook nog is toegevoegd dat de desbetreffende kredietinstelling pas tot uitkering van dividend, bonussen en rente op AT1 mag overgaan indien deze daarnaast voldoet aan de MREL-eis van de art. 45c en 45d (nieuw) van de BRRD. Dit laatste punt ligt zwaar onder vuur, omdat met een dergelijke eis een enorm zware kapitaaleis op banken zou komen te rusten, waarbij door de bankensector de consequenties voor aandeelhouders, werknemers en externe financiers als disproportioneel worden ingeschat.⁴⁵ Over deze toevoeging van MREL als onderdeel van de MDA-berekening is bepaald het laatste woord nog niet gezegd.

6. Slotbeschouwingen

Er blijft in dit artikel veel van het Bankenpakket en van de bredere Risk Reduction Measures onbesproken. Niet alleen verdienen ieder van de in paragrafen 2 tot en met 5 behandelde onderwerpen een uitgebreidere bespreking dan mogelijk is in het bestek van dit artikel, er is ook nog een hele reeks andere onderwerpen dat in dit artikel niet is behandeld.

Zo kan voor de geïnteresseerden in de regels voor een beheerst beloningsbeleid gewezen worden op de versoepeling van een aantal van die regels, mede in het kader van het voornemen van de Europese Commissie om sommige regels van het prudentiële toezicht op basis van proportionaliteit toe te gaan passen. Voor kleine, niet complexe kredietinstel-

41. Zie bijvoorbeeld: 'Music stops for buyers in bank coco debt', Financial Times, 11 februari 2016, en 'Europe's banks fear the CoCo market is dead', The Telegraph, 21 februari 2016.

42. Zie voor een gedetailleerde uitleg: ECB, 'Supervisory Review and Evaluation Process; SSM SREP Methodology Booklet, 2016 edition', www.bankingsupervision.europa.eu, laatst geraadpleegd op 24 mei 2017.

43. Zie voor een kraakheldere uitleg van deze ingewikkelde materie: 'Rabobank confirms ECB capital requirements 2017', te raadplegen via www.rabobank.com/en/press/search/2016/20161202-SREP.html.

44. Zie hierover (instemmend) de Kabinetsreactie van december 2016, t.a.p., p. 7.

45. In een eigen rekenoefening heb ik voor een goed gekapitaliseerde bank die ruimschoots voldoet aan de Pillar 1 eis, de gecombineerde buffers én de Pillar 2 eis berekend dat deze bank met een jaarwinst die in de buurt kwam van 7% van return on equity, als gevolg van de toevoeging van MREL, slechts 1.2% kon uitkeren aan aandeelhouders. Bovendien kwam de *de facto* kapitaal eis uit op circa 20%, aanzienlijk hoger dan de huidige regels. De regelingen van art. 104, 104a, 104b, 141 en 141a Richtlijn kapitaalvereisten in het CRD5 voorstel leiden naar mijn mening tot absurde consequenties.

lingen (en voornamelijk beleggingsondernemingen, totdat die, naar verwachting vanaf 2020, een nieuw regime zullen mogen toepassen⁴⁶) zullen, op grond van een nieuwe regeling in het derde lid van art. 94 Richtlijn kapitaalvereisten, de bepalingen van de partiële uitbetaling in 'instrumenten', de uitgestelde betaling van variabele beloning en de retentie van uitkeringen in het kader van pensioenvoorzieningen⁴⁷ komen te vervallen. Dit geldt voor instellingen met een (gemiddeld) balanstotaal (gemeten over een periode van vier jaar) van lager dan EUR 5 miljard. Dit kan ook worden toegepast door kredietinstellingen en beleggingsondernemingen waarbij medewerkers werkzaam zijn waarvan de variabele beloning lager is dan EUR 50.000 per jaar en waarbij de variabele beloning minder dan een kwart van de totale beloning op jaarbasis bedraagt. Een ander belangrijk onderwerp waaraan ik in dit artikel geen aandacht heb kunnen geven, betreft de nieuwe regeling van direct toezicht op 'financiële holdings' en 'gemengde financiële holdings'. Deze entiteiten zullen, als het aan de Europese Commissie ligt, op grond van een nieuw art. 21a Richtlijn kapitaalvereisten verplicht zijn om een vergunning aan te vragen en 'als ware zij bank' onder direct prudentieel toezicht komen te staan van de bevoegde autoriteit. Daarmee komt de regeling van art. 11 CRR te vervallen, waarin wordt bepaald dat de instellingen (kredietinstellingen of beleggingsondernemingen of allebei) die opgenomen zijn in een groep waarop door een Europese toezichthouder toezicht op geconsolideerde basis wordt uitgeoefend, zorg dienen te dragen dat de moedermaatschappij die kwalificeert als financiële holding of als gemengde financiële holding de regels van het prudentiële recht naleeft. Het is overigens niet geheel duidelijk wat deze vergunningplicht toevoegt aan het huidige regime met onder meer verklaringen van geen bezwaar en geconsolideerd toezicht,

zeker niet waar deze holdings 'lege' vennootschappen betreffen. Om die reden zou op zijn minst een vrijstellings- of ontheffingsmogelijkheid van de voorgestelde vergunningplicht moeten worden geïntroduceerd.

Een ander voorbeeld van een onderwerp waar ik geen aandacht aan heb kunnen besteden betreft de verlichting van de rapportage en openbaarmakingsvereisten voor kleinere kredietinstellingen (waarvan de grens is getrokken op instellingen met een balanstotaal lager dan EUR 5 miljard). Voor deze kredietinstellingen worden de regels voor de toezichtrapportage en openbaarmakingeisen versoepeld, mede met het oog op de proportionaliteit van de regels voor het prudentiële toezicht.

Al deze veranderingen zullen voorwerp zijn van onderhandelingen tussen het Europees Parlement, de Europese Raad en de Europese Commissie in het trilogie proces, dat naar verwachting eind 2017 of begin 2018 zal aanvangen. Indien de onderhandelingen succesvol worden afgerond zullen de nieuwe teksten van CRR2 en CRD5 met ingang van 1 januari 2019 in werking treden. Wordt voor die datum de CRD5 tekst vastgesteld dan zal er nog een Nederlands implementatietraject moeten komen waardoor de nieuwe regels waarschijnlijk pas na ongeveer een jaar in het Staatsblad zullen worden gepubliceerd. Voor veel van de regelingen geldt dan nog een gefaseerde invoering; sommige regels zullen onmiddellijk in werking treden, andere pas op een later moment. In elk geval staat vast dat de in 2013 vastgestelde data voor de inwerkingtreding van de bindende regels voor de LevR en NSFR (zijnde 1 januari 2018) niet zullen worden gehaald. Voor Nederlandse banken betekent dit, onder meer, dat zij zich zullen moeten richten op de door DNB geformuleerde uitgangspunten wat betreft naleving van de desbetreffende regels, totdat de definitieve CRR2 regels van toepassing zullen zijn.

Veel van de onderwerpen die zullen worden geregeld in CRR2 en CRD5 is bekend terrein voor de bankensector. De LevR-vereisten en NSFR worden (op zijn minst) reeds vanaf 1 januari 2014 in kaart gebracht, en banken hebben reeds enkele jaren de verplichting in te schatten of zij kunnen voldoen aan deze nieuwe kapitaal- en liquiditeitseisen. Ook de herziening van het marktrisico-raamwerk komt niet onverwacht. De invoering van enkele verlichtingen van eisen op basis van de toepassing van het proportionaliteitsbeginsel is een welkome ontwikkeling, ook al zullen de door de Europese Commissie gemaakte keuzen voor velen nog niet ver genoeg gaan. De aanpassingen van het Pillar 1, Pillar2 en MDA-raamwerk is echter een min of meer onverwachte ontwikkeling, waar veel verzet tegen bestaat. Voor het grote gevolg die deze voorgestelde herziening met zich mee zal brengen, is de bankensector niet voorbereid.

46. Op basis van de art. 493(2) en 508(2) en (3) CRR is de Europese Commissie belast met het herzien van het prudentiële regime dat op beleggingsondernemingen van toepassing dient te zijn, waarbij er mogelijkereeds een volledig nieuwe verordening voor het prudentiële toezicht voor dit type ondernemingen komt. Op basis van de Call for Advice van de Europese Commissie van december 2014 heeft EBA een eerste rapport uitgebracht op 15 december 2015 en is er een tweede Call for Advice gekomen in juni 2016. Deze tweede Call for Advice heeft geleid tot de publicatie van het EBA Discussion Paper van 4 november 2016 'Designing a new prudential regime for investment firms' (EBA DP/2016/02), waarop een consultatie heeft plaatsgevonden. De uitkomsten van dit traject zullen worden vastgelegd in een finale opinie van EBA die in juni 2017 bij de Europese Commissie wordt ingebracht. Naar verluidt zal de Commissie voor het einde van 2017 een voorstel voor een geheel nieuwe verordening voor het prudentiële regime voor beleggingsondernemingen publiceren. In een afzonderlijk artikel van Marije Louisse en mijzelf voor dit tijdschrift zal uitgebreid worden ingegaan op deze ontwikkelingen.

47. De huidige regels van art. 94, tweede lid, onder (l), (m) en tweede alinea van (o), Richtlijn kapitaalvereisten.