

Nieuwe TLAC/MREL regels na vaststelling van het Banking pakket (CRR2 en BRRD2)

prof. dr. E.P.M. Joosen¹

In dit artikel wordt slechts een van de vele nieuwe regelingen besproken die het Banking pakket voor de prudentiële eisen voor banken introduceert. Ingegaan wordt op de uiterst complexe en technische materie van de Minimum Required own funds and Eligible Liabilities (hierna: MREL), hetgeen de Europese benaming is van de wereldwijd door de Financial Stability Board in 2015 vastgestelde Total Loss Absorbing Capacity (hierna: TLAC) standaard. MREL eisen voor banken gelden reeds sinds 1 januari 2016 toen de BRRD van kracht werd. Omtrent de vaststelling van de hoogte van MREL is echter lang gediscussieerd. In afwachting van definitieve regels is er door de Single Resolution Board een leidraad vastgesteld op basis van de teksten van de daartoe vastgestelde Gedelegeerde Verordening (EU) 2016/1450. De daarin opgenomen uitgangspunten hebben hun weg gevonden naar de CRR2 voor mondiaal systeemrelevante banken (G-SIBs) en in de BRRD2 voor alle overige banken. Wat opvalt is de introductie van een afzonderlijk regime voor zogenaamde 'top tier banken' (niet zijnde G-SIBs) en middelgrote banken, die (voor BRRD-doeleinden) als systeemrelevant worden aangemerkt. De redactie van CRR2 en BRRD2 op dit vlak is zodanig moeizaam, dat de bedoelingen van de wetgever in het geheel niet zijn terug te lezen. Integendeel, bij lezing van de teksten zou men zelfs een hoger vereiste kunnen afleiden uit de verschillende regelingen dan de bedoeling is. Het mag worden gehoopt dat de Nederlandse wetgever, bij de implementatie van BRRD2 nog enige toelichting geeft op de exacte bedoelingen van de desbetreffende regels.

1. Inleiding

Twee jaar geleden stond ik in dit tijdschrift stil bij de publicatie in november 2016 door de Europese Commissie van het Banking pakket.² Na een uitzonderlijk lang onderhandelingsproces tussen het Europees Parlement, de Raad en de Commissie is er begin 2019 een definitief akkoord bereikt over de finale teksten van de wijzigingsverordeningen en -richtlijnen die tezamen het Banking pakket behelzen. Dit Banking pakket is een van de meest controversiële onderwerpen die de Commissie Juncker in zijn zittingsperiode in goede banen diende te leiden. Vanwege de sterk uiteenlopende opvattingen van de lidstaten³ is er grote vertraging

ontstaan in de vaststelling van deze belangrijke wijzigingswetgeving. Hierdoor heeft Europa de in Basel III⁴ overeengekomen deadline van invoering

verwerpt Nederland het advies van de European Banking Authority (hierna: EBA) van 2016 (Report on the leverage ratio requirement, 3 augustus 2016 (EBA-Op-2016-13)). De door EBA geadviseerde 3%-norm voor de leverage ratio wordt door Nederland gedurende het hele onderhandelingsproces ter discussie gesteld. Ter linkerzijde in de Nederlandse politiek (opgejut door enkele Nederlandse wetenschappers die op dit vlak, internationaal gezien, een minderheidsstandpunt vertolken) wordt de leverage ratio verafgoed als dé oplossing voor het creëren van weerbare banken. Hierin staat de Nederlandse politiek in Europa nagenoeg alleen. De andere lidstaten hebben het advies van EBA van 2016 omarmd en geconcludeerd dat het leverage ratio percentage voor gewone banken 3 dient te zijn. En zo is het uiteindelijk ook in de finale tekst van begin 2019 verwoord. Nederland heeft op dit vlak in Europa niets bereikt. Nadat de Minister van Financiën in juni 2018 aan de Tweede Kamer verslag moest uitbrengen dat Nederland op dit onderwerp geen succes leek te hebben, ontstond de potsierlijke discussie in de Tweede Kamer over dit onderwerp en dit eindigde met de met krappe meerderheid weggestemde motie Nijboer/Snels (*Kamerstukken II* 2017/18, 21 501-07, nr. 1519).

4. 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, en wat

1. Bart Joosen is bijzonder hoogleraar Financieel Recht aan de Vrije Universiteit en het Zuidas Instituut voor Financieel recht en Ondernemingsrecht en advocaat te Amsterdam.

2. B.P.M. Joosen, 'Voltooiing van de bankenunie: banken pakket voorstellen voor CRR2 en CRD5', *FR* 2017, nr. 7/8, p. 306-314.

3. Nederland is het nieuwe Verenigd Koninkrijk als het gaat om onderhandelingen in Brussel. Als gevolg van het populisme ter linker- en rechterzijde in de Tweede Kamer, moeten de onderhandelaars zijdens Nederland het ene na het andere tegendraadse voorstel inbrengen in de Brusselse onderhandelingen. Een voorbeeld is het Nederlandse standpunt over de wenselijke hoogte van de leverage ratio. Daarbij

van bepaalde kapitaal- en liquiditeitseisen niet gehaald.⁵ In plaats van de in het verband van het Bazels Comité afgesproken invoering in 2018, ziet het er naar uit dat sommige uit Basel III stammende onderwerpen pas in 2021 van toepassing zullen zijn. De focus in dit artikel ligt op de wijziging van de Richtlijn herstel en afwikkeling banken (hierna: BRRD)⁶, de Verordening herstel en afwikkeling banken (hierna: SRMR)⁷ en de Verordening kapitaalvereisten (CRR)⁸ op het vlak van de zogenaamde Minimum Required own funds and Eligible Liabilities (hierna: MREL). Deze wijzigingen hebben grote impact op de kapitaaleisen voor banken.

Voordat wordt ingegaan op het nieuwe MREL regime, dient er nog op te worden gewezen dat er ook een aantal andere belangrijke wijzigingen van de regelgeving voor banken en beleggingsondernemingen in het verschiet ligt.

Ten eerste zal als gevolg van de invoering van het nieuwe prudentiële regime voor beleggingsondernemingen⁹ voor de grootste groep beleggingsondernemingen¹⁰ een einde komen

aan de toepassing van de meeste bepalingen van zowel de Richtlijn kapitaalvereisten (hierna: CRD4) als CRR. Het is de bedoeling dat het Europese wetgevingsproces van de Investment Firm Regulation¹¹ en Investment Firm Directive¹² tegelijkertijd met de vaststelling van de CRD5¹³ en CRR2¹⁴ zal zijn afgerond.

Ten tweede is op 20 maart 2019 door de Europese Raad en het Europees Parlement bekend gemaakt dat overeenstemming is bereikt over de afronding van de onderhandelingen over het wijzigingsvoorstel voor de zogenaamde 'Non-Performing Loans'.¹⁵ Met dit laatstgenoemde voorstel beogen de Europese instellingen een oplossing te vinden voor de hardnekkige problematiek van waardering door banken van verstrekte leningen waarbij de debiteur langdurig tekortschiet in de nakoming van zijn verplichtingen. Banken zullen veel sneller dan onder de huidige regelingen van kapitaaltoereikendheid¹⁶ de desbetreffende 'niet presterende leningen' moeten afboeken en hun verlies moeten nemen of daarvoor voorzieningen treffen. Daarnaast dienen banken ook voor verstrekte leningen die in een 'work out' process zijn ingebracht, een over de jaren heen stijgende voorziening te treffen. De desbetreffende aanpassingen van CRR zijn reeds vastgesteld en in

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. Zie voor een totaaloverzicht van de wijzigingen in de Bazelse Standaarden www.bis.org en voor Basel III meer in het bijzonder www.bis.org/bcbs/basel3.

5. Te denken valt daarbij aan de regelingen voor de zogenaamde Net Stable Funding Ratio die, naar het zich laat aanzien, pas eerst in de loop van 2021, derhalve drie jaar na de door het Bazels Comité gestelde deadline, in Europa van kracht zullen worden.
6. Richtlijn 2014/59/EU van het Europees Parlement en van de Raad 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, PbEU L 173 van 12 juni 2014.
7. 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 L 225 van 30 juli 2014.
8. Verordening (EU) Nr. 575/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende prudentiële vereisten voor kredietinstellingen en beleggingsondernemingen en tot wijziging van Verordening (EU) nr. 648/2012, PbEU L 176 van 27 juni 2013 ('CRR').
9. Zie hierover E.P.M. Joosen en M. Louisse, 'Een nieuw Prudentieel regime voor beleggingsondernemingen (I) en (II)', *FR* 2018, nr. 3, pp. 94-103 en *FR* 2018 nr. 4, pp. 173-184.
10. In Europa gaat dat om circa 8.000 ondernemingen, in

Nederland om circa 300 vergunninghoudende en in Nederland gevestigde ondernemingen.

11. Regulation of the European Parliament and of the Council on the prudential requirements of investment firms and amending Regulations (EU) No 575/2013, (EU) No 600/2014 and (EU) No 1093/2010, Interinstitutional File: 2017/0359, Presidency Compromise Proposal, 19 maart 2019.
12. Directive of the European Parliament and of the Council on the prudential supervision of investment firms and amending Directives 2013/36/EU and 2014/65/EU, Interinstitutional File: 2017/0358(COD), Presidency Compromise Proposal, 19 maart 2019.
13. Korthedshalve: CRD5 is de aanduiding van de wijzigingsvoorstellen van november 2016 van Richtlijn 2013/36/EU ('CRD4') en dit artikel is gebaseerd op de finale teksten van 2 mei 2019 zoals gepubliceerd door de Europese Raad, persbericht 14 mei 2019 'Banking Union: Council adopts measures to reduce risk in the banking system', zie: www.consilium.europa.eu.
14. Korthedshalve: CRR2 is de aanduiding van de wijzigingsvoorstellen van november 2016 van CRR en zie voetnoot 13 voor de versie waarop dit artikel is gebaseerd.
15. Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van Verordening (EU) nr. 575/2013 wat betreft minimale verliesdekking voor niet-renderende blootstellingen, 14 maart 2018 COM(2018) 134 final. Dit voorstel moet worden gezien in samenhang met het Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake kredietdiensten, kredietkopers en de uitwinning van zekerheden, 14 maart 2018, COM(2018) 135 final.
16. Wel gelden momenteel al de aanwijzingen van de toezichthouders op dit vlak, waaronder bijvoorbeeld ECB, 'Guidance to banks on non-performing loans', maart 2017, zie: https://www.bankingsupervision.europa.eu/ecb/pub/pdf/guidance_on_npl.

het Publicatieblad verschenen en treden medio mei 2019 in werking.¹⁷

Zoals gezegd, ligt de focus in dit artikel op het nieuwe MREL regime voor Europese banken. Dit artikel kan het beste worden gelezen in samenhang met mijn artikel in dit tijdschrift in 2017 over het Banking pakket¹⁸. De onderwerpen in het artikel van 2017 worden in dit artikel namelijk niet herhaald. Een volledige bespreking van de CRR2, CRD5, BRRD2¹⁹ en SRMR2²⁰ vergt bovendien de ruimte van een boek.²¹ Zo beslaat de tekst van de CRR (in de opmaak waarop die in het Publicatieblad momenteel is weergegeven) al circa 340 bladzijden. In een geconsolideerde versie, waarin alle CRR2 teksten (in dezelfde opmaak) in een doorlopende tekst zullen worden verwerkt, komt men uit op nagenoeg een verdubbeling van de tekst van deze verordening. Er vindt dus een forse groei plaats van het Europese Single Rule Book voor banken, wanneer alleen al de Level 1 teksten in ogenschouw worden genomen. Ook op het vlak van de Level 2 en Level 3 regelgeving vindt er naar verwachting zo goed als een verdubbeling plaats. Daarnaast heeft de komst van de CRD5 (de richtlijn dus) ook gevolgen voor de bestaande nationale wetgeving van de lidstaten. Dit betekent voor ons land dat ook de Wft op een aantal cruciale punten dient te worden aangepast.

2. MREL regime in het kader van afwikkeling van banken

2.1. Inleiding

De MREL regels moeten worden geplaatst in de context van het herstel- en afwikkelingsregime voor banken²² zoals dat vanaf 1 januari 2016 in heel Europa is ingevoerd.²³ MREL regels gelden in

het kader van afwikkeling van probleebanken, hetgeen een alternatieve procedure is voor het faillissement van de onderneming. Het herstel- en afwikkelingsregime voor banken is ingevoerd voor de gehele Europese Unie. Daarnaast zijn er bijzondere regelingen getroffen in het kader van de Bankunie, waarbij het Single Resolution Mechanism (SRM) heeft geleid tot de oprichting van de Single Resolution Board (SRB) die bijzondere bevoegdheden is verleend in het kader van afwikkeling van banken die onder direct toezicht staan van de Europese Centrale Bank (ECB).²⁴

Afwikkeling van banken komt erop neer dat, zodra de bank door de bevoegde prudentiële autoriteit²⁵ wordt geacht te falen of dat wordt verwacht dat de bank zal falen, de afwikkelautoriteit (zijnde de SRB of de nationale afwikkelautoriteit²⁶) kan besluiten als een alternatief voor een faillissement, en indien aan alle desbetreffende voorwaarden is voldaan, bepaalde afwikkelingsprocedures toe te passen. Deze afwikkelingsprocedures zijn gericht op het (al dan niet gedeeltelijk) voortzetten van de onderneming van de bank, na een reorganisatie van de schuldenpositie en eventueel een herkapitalisatie. Het MREL regime legt daartoe aan banken *ex ante* (dus voordat sprake is van redenen of omstandigheden die dwingen tot afwikkeling) de verplichting op tot het aanhouden van een voldoende hoge kapitaalbuffer en bepaalde vreemd vermogen posten in aanvulling op de reguliere kapitaaleisen. Het MREL regime schrijft verder

door Gerard Kastelein een uitgebreid preadvies voor de Vereniging voor Financieel Recht geschreven: 'De Bankenuie en het vertrouwen in een goede afwikkeling' - Preadvies voor de Vereniging voor Financieel Recht 2014, *Serie vanwege het Van der Heijden Instituut te Nijmegen* Deel 126, Kluwer (2014).

-
17. Verordening (EU) 2019/630 van het Europees Parlement en de Raad van 17 april 2019 tot wijziging van Verordening (EU) nr. 575/2013 wat betreft minimale verliesdekking voor niet-renderende blootstellingen, PbEU L 111 van 25 april 2019.
 18. Zie voetnoot 2 voor een verwijzing naar het artikel van 2017.
 19. Korthedshalve: BRRD2 is de aanduiding van de wijzigingsvoorstellen van november 2016 van BRRD en zie voetnoot 13 voor de versie waarop dit artikel is gebaseerd.
 20. Korthedshalve: SRMR2 is de aanduiding van de wijzigingsvoorstellen van november 2016 van SRMR en zie voetnoot 13 voor de versie waarop dit artikel is gebaseerd.
 21. Met genoegen heb ik de opdracht van Uitgeverij Boom aanvaard om Deel V (Banken) in 'Koersen door de Wet op het financieel toezicht' (onderleiding van eminence grise Christel Grundmann-Van de Krol) te schrijven. Dit boek zal ruimte bieden om de prudentiële regels voor banken alomvattend te behandelen.
 22. Het herstel- en afwikkelkader van de BRRD en SRMR is ook van toepassing op bepaalde typen beleggingsondernemingen. Zie hiervoor de definitie van 'instelling' van art. 3a:2 Wft.
 23. Over het herstel- en afwikkelkader van banken is

24. Daarnaast geldt dat de SRB ook andere, niet aan het directe toezicht van de ECB onderworpen banken kan aanwijzen die worden betrokken in de procedures van het SRM. Dat geschiedt op basis van de bevoegdheid gegeven aan de SRB op basis van art. 7(2)(b) SRMR. In ons land is dat bijvoorbeeld het geval voor NIBC.

25. In ons land voor de in het kader van de SSM niet onder direct toezicht van de ECB staande banken is dat DNB, voor de direct onder toezicht staande banken de ECB.

26. De afwikkelautoriteiten zijn de instanties die zijn belast met het toepassen van het afwikkelingsregime voor banken (en bepaalde beleggingsondernemingen). De institutionele inrichting van de afwikkelautoriteiten in Europa is ingewikkeld en kent vele dimensies. Zo geldt voor de hele Europese Unie op grond van BRRD een opdracht aan de lidstaten om een afwikkelautoriteit op te richten ter uitvoering van de regels voor herstel en afwikkeling van banken. Voor de Eurozone gelden de regelingen van het SRM, waarbij de SRB een coördinerende rol vervult ten aanzien van, in elk geval, de banken die in het Single Supervisory Mechanism (hierna: SSM) aan het directe toezicht van de ECB zijn onderworpen. De SRB heeft voorts belangrijke coördinerende rollen ten aanzien van de uitvoeringspraktijk van de nationale afwikkelautoriteiten ten aanzien van de 'nationale' banken die niet aan het directe toezicht van de ECB zijn onderworpen. In Nederland is de nationale afwikkelautoriteit DNB.

de wijze voor waarop dat kapitaal en vreemd vermogen beschikbaar moeten worden gehouden. Wat het laatste betreft gaat het om de definitie van de 'kwalitatieve vereisten' aan vreemd vermogen in aanvulling op de reguliere eisen voor bankkapitaal. Die reguliere eisen betreffen de normen voor het eigen vermogen (aandelenkapitaal) ofwel Common Equity Tier 1 (hierna: CET1)²⁷ en kwalificerend vreemd vermogen. Kwalificerend vreemd vermogen kan worden verstrekt in de vorm van Additional Tier 1 (hierna: AT1)²⁸ of Tier 2 vreemd vermogen instrumenten²⁹. AT1 bestaat uit eeuwigdurende (ten diepste) achtergestelde obligaties die na het bereiken door de bank van een bepaalde drempelwaarde hetzij converteren in CET1 instrumenten hetzij worden afgeschreven. Tier 2 instrumenten zijn achtergestelde obligaties of leningen met een middellange looptijd. De MREL eisen voegen aan die reguliere kapitaaleisen regels toe over de kwalificatie van vreemd vermogen bestanddelen die niet als reguliere kapitaalinstrumenten kwalificeren.

Ik vraag in dit artikel aandacht voor de nieuwe MREL regels, omdat door de gecompliceerde wijze waarop de Europese wetgever de regelingen voor de MREL in de regelgeving van het Risk Reduction pakket heeft verwerkt, zelfs de ingewijde lezer van de teksten van de CRR en BRRD al snel op het verkeerde been wordt gezet. Door de plaatsing van de regels voor MREL van Global Systemically Important Banks (hierna: G-SIBs) in de CRR zou namelijk de conclusie kunnen worden getrokken dat deze bepalingen ook relevant zijn voor andere banken dan G-SIBs. Dat is niet het geval. Naast de G-SIBs zijn er sinds de invoering van de CRR en CRD4 ook regelingen voor de 'domestic systeemrelevante banken', die in het Europese jargon met O-SIIs³⁰ worden aangeduid. Ingevolge de BRRD2 staan de nieuwe MREL regels voor de O-SIIs in de BRRD. Voorts is er naast de regels voor O-SIIs een nieuwe regeling voor alle andere banken.³¹

Na de invoering van de BRRD in 2016 is veel debat geweest over de vraag in welke mate de verschillende kapitaalbuffers van banken dienden mee te tellen bij de berekening van de twee componenten van MREL: (a) het bedrag dat noodzakelijk is om bij een afwikkeling van de bank zorg te dragen dat geleden verliezen vóór de afwikkeling kunnen worden 'geabsorbeerd' ('verliesabsorptiebedrag') en (b) het bedrag dat noodzakelijk is om de bank van vers

kapitaal te voorzien ('herkapitaliseringsbedrag') zodat de bank, na afwikkeling, weer voldoet aan de prudentiële vereisten. Het onder (b) bedoelde bedrag beoogt te regelen dat de bank haar vergunning kan behouden en de onderneming voort kan zetten, al dan niet in afgeslankte vorm. Deze basisregel van samenstelling van MREL door middel van een verliesabsorptiebedrag en een herkapitaliseringsbedrag is opgenomen in het huidige art. 45 BRRD. De huidige regeling is echter onduidelijk over de *hoogte* van MREL die wordt opgelegd aan individuele banken. Er is op dit moment geen 'kwantitatieve' norm die *ex ante* regelt hoe hoog het MREL bedrag dient te zijn. In een gedelegeerde verordening³² zijn slechts de grondslagen en bestanddelen voor de berekening van het MREL bedrag dat dient te worden aangehouden nader zijn uitgewerkt, ook al kan in de teksten van deze verordening wel worden gelezen dat MREL in elk geval een richtgetal van 8% van de totale passiva van de bank dient te vertegenwoordigen.³³

2.2. MREL in de context van bail in

MREL regels moeten worden geplaatst in de context van het 'bail in' instrument dat door de afwikkelautoriteiten kan worden toegepast. Het invoeren van het *bail in* instrument is een van de belangrijkste politieke beslissingen geweest die na de financiële crisis van 2007/2008 en de 'sovereign crisis' van 2011 in Europa is genomen. *Bail in* staat tegenover 'bail out', dat wil zeggen door de overheid (en dus de belastingbetaler) gefinancierde reddingsoperaties voor banken. *Bail outs* waren in Europa (maar ook de Verenigde Staten) de initiële respons op de grote crisis die in de financiële markten woedde. Politici in Europa (met onze toenmalige Nederlandse Minister van Financiën voorop) meenden dat reddingsoperaties van banken (en verzekeraars) ten laste van de private sector dienden te komen in plaats van de

27. Zie voor de vereisten waaraan CET1 instrumenten dienen te voldoen artikelen 26 e.v. CRR.

28. Zie voor de vereisten waaraan AT1 instrumenten dienen te voldoen artikelen 51 e.v. CRR.

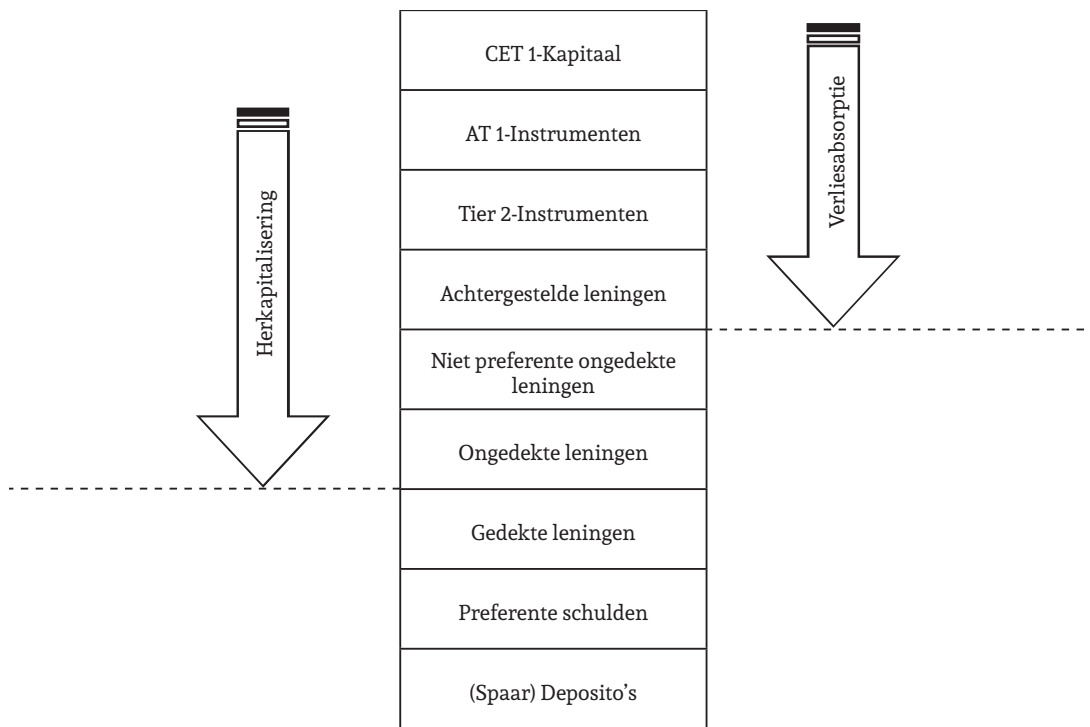
29. Zie voor de vereisten waaraan Tier 2 instrumenten dienen te voldoen artikelen 62 e.v. CRR.

30. O-SII staat voor 'Other Systemically Important Institution', waarbij 'institution' verwijst naar het generieke begrip in CRR en CRD voor banken en beleggingsondernemingen tezamen.

31. In Nederland is er momenteel één G-SIB gevestigd, ING Bank, en zijn er vier O-SII-banken, namelijk ABN AMRO Bank, Rabobank, de Volksbank en BNG Bank.

32. Gedelegeerde Verordening (EU) 2016/1450 van de Commissie van 23 mei 2016 tot aanvulling van Richtlijn 2014/59/EU van het Europees Parlement en de Raad wat betreft technische reguleringsnormen tot specificatie van de criteria betreffende de methodologie voor het vaststellen van het minimumvereiste voor eigen vermogen en in aanmerking komende passiva, PbEU L 237 van 3 september 2016.

33. Dit percentage is dan als zodanig weer gebaseerd op de regel van art. 44(5)(a) BRRD dat bepaalt dat uitsluitend kan worden besloten tot het aanspreken van het zogenaamde 'Resolution Fund' (een fonds dat wordt beheerd door de SRB dat door middel van een heffing bij de banken in Europa wordt gevormd en dat indien tot afwikkeling wordt besloten kan worden aangesproken om, hetzij verliezen te absorberen hetzij de bank na afwikkeling te herkapitaliseren) indien de houders van regulatoire kapitaalinstrumenten, en vreemd vermogen financiers voor ten minste 8% van het balanstotaal van de bank, voor afwikkeling, hebben bijgedragen aan het absorberen van verliezen.



belastingbetaler. Met een *bail in* wordt de rekening van de reddingsoperatie van een bank bij de financiers van de desbetreffende bank, zijnde de aandeelhouders en de verstrekkers van leningen aan de bank, gelegd. Zij worden als gevolg van een *bail in* (indien deze wordt toegepast) verplicht te aanvaarden dat er een afschrijving plaatsvindt van de waarde van de aandelen of de hoofdsom (en rente) van de verstrekte lening of, in geval van verstrekte leningen, dat deze worden omgezet in aandelenkapitaal. *Bail in* leidt derhalve tot ingrepen in de (vennootschapsrechtelijke en civielrechtelijke) rechten van aandeelhouders en crediteuren van de bank. Hetzij zij verliezen hun aanspraken volledig, hetzij worden de aanspraken (op terugbetaling van de lening en betaling rente) omgezet in een andere soort aanspraak, namelijk het houden van een aandeel in het kapitaal van de bank.

Het toepassen van het *bail in*-instrument in het kader van een afwikkeling van banken is een discretionaire bevoegdheid van de afwikkelautoriteit. Toepassing hiervan staat los van de verplichte afschrijving en omzetting van CET1, AT1 en Tier 2 instrumenten ingevolge art. 59 BRRD indien tot een afwikkeling wordt besloten.³⁴ Indien door de afwikkelautoriteit in het kader van een afwikkeling van een bank bijvoorbeeld tot een activa-passivaoverdracht wordt besloten (zie in ons recht de regeling van art. 3a:28 Wft betreffende het 'Instrument van overgang van

een onderneming'), dan zal, daaraan voorafgaand, altijd een afschrijving respectievelijk een omzetting van CET1, AT1 en Tier2 instrumenten moeten plaatsvinden.³⁵

Ingrepen door de afwikkelingsautoriteit in de rechten van de aandeelhouders en (achtergestelde) crediteuren zullen dus in stappen geschieden. De afwikkelautoriteit besluit tot hetzij het afschrijven en/of omzetten van CET1, AT1 en Tier2 instrumenten zonder dat er wordt overgegaan tot toepassing van één van de afwikkelingsinstrumenten,³⁶ hetzij tot toepassing van een afwikkelinstrument (zoals de overdracht van activa en passiva), wat altijd gepaard moet gaan met de afschrijving dan/wel omzetting van CET1, AT1 en Tier 2 instrumenten,³⁷ hetzij tot toepassing van het 'echte' *bail in*-instrument en gaat daarbij tevens over tot afschrijving dan wel omzetting in CET1 instrumenten van 'gewone' verplichtingen van de bank jegens crediteuren.³⁸ Bij een volledige toepassing van het *bail in*-instrument zullen de maatregelen impact hebben op de verschillende onderdelen van de balans op

34. Overigens kan ook in het geval niet tot afwikkeling wordt besloten, worden overgegaan tot het toepassen van het bepaalde in art. 59 BRRD, en leidt dit tot afboeking van het eigen vermogen van de bank op grond van een beslissing van de afwikkelautoriteit, welke beslissing wordt genomen in nauw overleg met de prudentiële toezichthouder.

35. Die verplichte afschrijving dan wel omzetting vloeit voort uit art. 59 BRRD en is, naar mijn mening, niet zo duidelijk geregeld in de Nederlandse bepalingen die de BRRD hebben geïmplementeerd. Zie art. 3a:21, eerste lid, Wft, waarin is geregeld dat DNB de bevoegdheid tot afschrijving of omzetting kan uitoefenen, hetgeen veronderstelt dat DNB dat niet hoeft te doen. Het tweede lid van dit artikel legt wel de verplichting aan DNB op tot intrekking (lees: afschrijving) of omzetting, maar koppelt dit aan een 'net asset value' test. Een dergelijke test is daarentegen niet opgenomen in de BRRD.

36. Dit is geregeld in art. 59(1)(a) BRRD, waarvoor ik geen equivalente regeling kan vinden in Deel 3A Wft.

37. Dit is geregeld in art. 59(3) BRRD, waar het bepaalde in art. 3a:21, tweede lid Wft op lijkt te doelen.

38. Zie de regeling in art. 3a:44 Wft.

de wijze (en in de volgorde) zoals weergegeven in de figuur bovenaan pagina 290.

Hieruit blijkt dat door de toepassing van de *bail in*-regels in twee fasen twee verschillende doelen worden bereikt. Het reguliere bankkapitaal wordt, ten eerste, gebruikt om te komen tot een vereffening van de door de bank geleden verliezen (verliesabsorptie). Voorzover reguliere bankkapitaal instrumenten niet toereikend zijn worden andere, niet als regulier bankkapitaal kwalificerende bestanddelen, ten tweede, benut om te komen tot een herkapitalisatie van de bank. Anders gezegd, in dat geval worden de verschaffers van vreemd vermogen de nieuwe aandeelhouders van de bank, omdat de veronderstelling is dat *bail in* wat betreft deze groep financiers van de bank steeds zal neerkomen op een omzetting van de schulden in CET1 kapitaal. Reguliere kapitaalinstrumenten (CET1, AT1 en Tier2) worden daarbij geacht toereikend te zijn om de verliezen te verrekenen, en, zoals ook uit de tekening blijkt, AT1 en Tier2 instrumenten zouden ook een deel van de herkapitalisatie voor hun rekening moeten nemen, voorzover deze instrumenten niet hebben gestrekt tot het delgen van de verliezen.

Ik vraag in de bovenstaande figuur ook bijzondere aandacht voor de post 'Niet Preferente Ongedekte leningen'. Dit is een nieuwe, specifiek voor de TLAC/MREL vereisten, in Europa gecreëerde vreemd vermogen post die beoogt de bank voldoende voor *bail in* kwalificerende instrumenten te doen uitgeven. De desbetreffende verplichtingen zijn in beginsel uitsluitend achtergesteld ten opzichte van de gewone niet-achtergestelde verplichtingen van de bank in het geval van een afwikkeling. Zij hebben echter een hogere voorrang dan 'gewone' achtergestelde verplichtingen. Om de positie in de rangorde van deze specifieke instrumenten te kunnen duiden, hanteer ik de vuistregel dat deze schulden van de bank concurrente vorderingen van crediteuren zijn 'going concern' en dat zij van kleur verschieten en achtergesteld worden 'gone concern', dat wil zeggen bij een afwikkeling of faillissement van de bank. In Nederland is voor het regime van deze bank schulden een nieuwe bepaling in de Faillissementswet ingevoerd, namelijk art. 212rb Faillissementswet, dat vanaf 14 december 2018 van toepassing is.³⁹

2.3. TLAC Termsheet van de Financial Stability Board

TLAC is een onderwerp dat moet worden geplaatst in de context van de afwikkeling van mondiale systeembanken. Voor de (circa) 30 grootste banken

in de wereld heeft de Financial Stability Board (FSB) in 2015 het zogenaamde 'TLAC-Term Sheet' vastgesteld.⁴⁰ TLAC regels voor G-SIBs hebben dezelfde uitgangspunten als hiervoor beschreven: aandeelhouders en verstrekkers van vreemd vermogen dragen bij aan de absorptie van verliezen en herkapitalisatie van de bank door afschrijving op aandelenkapitaal en omzetting van vreemd vermogen in nieuw uit te geven aandelen in de bank. Terwijl de reguliere kapitaaleisen zijn bedoeld voor een bank 'going concern', zijn de TLAC eisen bedoeld om oplossingen te bieden voor het geval de bank in problemen is gekomen. Dat wordt ook wel aangeduid met 'gone concern', alsof de bank haar activiteiten heeft gestaakt. Dat is misleidend, omdat de regelingen voor herstel en afwikkeling worden toegepast in het geval een bank in de problemen verkeert herstel of afwikkeling juist voortzetting van de activiteiten van de bank beoogt, na reorganisatie en/of herkapitalisatie, en al dan niet in afgeslankte vorm.

De TLAC standaard voor G-SIBs is door de FSB voorgesteld als toepassing van het door de G20 reeds in een vroeg stadium⁴¹ (en voordat daar in Europa in het kader van de onderhandelingen over BRRD beslissingen over zijn genomen) overeengekomen beginsel dat reddingsoperaties van banken niet langer met belastinggeld zouden moeten worden gefinancierd. Een *bail in* is ook het meest waarschijnlijke afwikkelingscenario voor G-SIBs. Banken worden namelijk niet alleen als G-SIB gekwalificeerd vanwege hun omvang, maar tevens vanwege het feit dat de desbetreffende ondernemingen doorgaans een grote verwevenheid hebben met andere instellingen in de financiële sector (de 'interconnectedness factor'). Voorts geldt dat de ondernemingsactiviteiten van G-SIBs niet eenvoudig kunnen voortgezet door andere ondernemingen in de financiële sector (het gebrek aan 'substitutability') wanneer zou worden besloten dat een G-SIB moet worden afgewikkeld door middel van een overgang van (een deel van) de onderneming.⁴² De voor de hand liggende

40. FSB, 'Principles on Loss-absorbing and Recapitalisation Capacity of G-SIBs in Resolution. Total Loss-absorbing Capacity (TLAC) Term Sheet', 9 november 2015.

41. De eerste stap op dit vlak is gezet door het Bazels Comité, in het persbericht 'Final elements of the reforms to raise the quality of regulatory capital issued by the Basel Committee', 13 januari 2011, waarin het Comité bepleit: 'During the financial crisis a number of distressed banks were rescued by the public sector injecting funds in the form of common equity and other forms of Tier 1 capital. While this had the effect of supporting depositors it also meant that Tier 2 capital instruments (mainly subordinated debt), and in some cases Tier 1 instruments, did not absorb losses incurred by certain large internationally-active banks that would have failed had the public sector not provided support.'

42. Voor banken (-groepen) geldt een beoordelingsmethodologie om hen als G-SIB te kwalificeren. Dat is in Europa geregeld in art. 131 CRD4

39. Zie Richtlijn (EU) 2017/2399 van het Europees Parlement en van de Raad van 12 december 2017 tot wijziging van Richtlijn 2014/59/EU wat betreft de rang van ongedekte schuldinstrumenten in de insolventierangorde, PbEU L 345 van 27 december 2017. In Nederland is die richtlijn geïmplementeerd door de invoering van art. 212rb Faillissementswet.

afwikkelingsstrategie voor G-SIBs is derhalve een *bail in* van een deel van de (niet tot het CET1, AT1 of Tier 2 behorende) passiva van de bank(groep). In dat perspectief heeft de FSB in 2015 het TLAC Term Sheet heeft vastgesteld. De TLAC standaard is een aanvulling op de overige maatregelen die door de FSB specifiek voor G-SIBs zijn ontwikkeld en die de afgelopen jaren gestaag zijn ingevoerd. Dat betreft bijvoorbeeld hogere kapitaaleisen en specifieke organisatorische maatregelen. Met name die andere maatregelen hebben in Europa reeds tot grote veranderingen geleid na de invoering van CRR en CRD4 in 2014. Die grote veranderingen zijn in Europa niet alleen relevant voor G-SIBs maar ook voor de O-SIBs en voor alle andere banken, terwijl de voorstellen van de FSB zich oorspronkelijk uitsluitend hebben gericht op G-SIBs.

Met de inwerkingtreding van de BRRD op 1 januari 2016 heeft Europa een voorschot genomen op de implementatie van het TLAC Term Sheet. In Europa worden de regels ter uitvoering van het TLAC principe met MREL aangeduid. De 'in aanmerking komende verplichtingen' waar dit begrip op doelt, is het bedrag van aan een bank verstrekt vreemd vermogen dat, tezamen met de door de bank uitgegeven aandelen (CET1) en regulatoire obligatieleningen (AT1 of Tier 2 instrumenten), in het kader van een afwikkeling onderworpen kan zijn aan de door de afwikkelautoriteit te nemen beslissing tot toepassing van een *bail in*. Dat betekent dat de afwikkelautoriteit een beslissing kan nemen dat de desbetreffende verplichtingen van de bank hetzij worden afgeschreven, hetzij worden omgezet in CET1 instrumenten. Gebeurt het laatste, dan zal een crediteur die eerst een (achtergesteld) vorderingsrecht heeft op de bank, aandeelhouder van de bank worden. Zie de in ons land in art. 3a:44 Wft opgenomen regeling van het instrument van *bail in*.

2.4. TLAC eisen voor G-SIBs

Het is van belang om erop te wijzen dat het TLAC Term Sheet ervan uitgaat, dat voor de G-SIBs van te voren vast komt te staan dat deze beschikken over een aanzienlijk 'volume' aan verplichtingen die kunnen worden betrokken bij een *bail in*. Dat is de 'prijs' die G-SIBs betalen omdat zij 'Too-Big-to-Fail' zijn. Hierdoor wordt de vereiste omvang van de verplichtingen die 'in de wind' kunnen staan bij een afwikkeling als het ware een quasi-kapitaalseis.

en voorts in de Gedelegeerde Verordening (EU) van de Commissie nr. 1222/2014, waarbij naast het omvang criterium vier aanvullende criteria gelden (die ieder een gelijk gewicht kennen in de berekeningsmethode voor classificatie als G-SIB), zijnde de 'onderlinge verwevenheid', de 'vervangbaarheid', 'de 'mate van grensoverschrijdende activiteiten' en de 'complexiteit'. Zie artikelen 3:62a en 3:62b Wft en 105 e.v. Besluit prudentiële regels Wft, waarin door middel van een kruisverwijzing naar de bepalingen van CRD4 de desbetreffende regelingen voor ons land worden toegepast.

Omdat voor alle G-SIBs een gelijke norm voor 'in aanmerking komende verplichtingen' is vastgelegd, is de veronderstelling dat de markt is geïnformeerd over de repercussies van een afwikkeling van een G-SIB en daarmee rekening kan houden bij het verstrekken van financiering aan dergelijke banken. Hiermee wordt beoogd de 'verassingsfactor' ten aanzien van het lot van een in problemen verkerende G-SIB te beheersen en kunnen investeerders in de bank rekening houden met de prijsstelling (rentevergoeding) van aan de bank te verschaffen financiering. Het scheppen van een robuust mechanisme voor afwikkeling van G-SIBs verschaft dus duidelijkheid aan de markt dat het falen van een G-SIB niet bij voorbaat op *per se* hoeft te leiden tot een door de overheid gefinancierde reddingsoperatie. Om het vertrouwen in de adequate werking van dit mechanisme te bevorderen, zijn de TLAC eisen voor G-SIBs zeer aanzienlijk. Bovendien zijn ze zo ingericht, dat de hoogte van het bedrag dat kan worden ingezet in een eventuele balansopschoning van deze banken is losgekoppeld van de door de bank zelf gemaakte inschattingen van het risico dat de organisatie kan lopen. Het TLAC Term Sheet kent om die reden een zogenaamd 'backstop-mechanisme', door ervan uit te gaan dat de omvang van de TLAC wordt berekend op twee wijzen: (i) de hoogte van de (op basis van de eigen ingeschatte) risicogewogen activa van de bank (de 'Risk Weighted Asset'-factor, RWA-factor⁴³) en (ii) de omvang van de balans vóór risicoweging (de 'Leverage Ratio'-factor, LR-factor⁴⁴).

Het is van belang te benadrukken dat de beide kengetallen (RWA-factor en LR-factor) minimum vereisten zijn, dat betekent dat de beide kengetallen een 'bodem' leggen onder de uiteindelijke vereisten die kunnen worden opgelegd. Voorts is het van belang te benadrukken dat beide kengetallen leiden tot een vergelijking: welke van de beide kengetallen leidt tot het hoogste bedrag. Het is dat hoogste bedrag dat tot uitgangspunt wordt genomen.

CRR2 (en CRD5 en BRRD2) geven regels voor de invoering in Europa van het TLAC Term Sheet. Daar waar op dit moment al is geregeld dat banken (waaronder ook G-SIBs) een bepaalde hoeveelheid MREL dienen aan te houden (om daarbij te zijn voorbereid op de situatie dat de afwikkelautoriteit tot een *bail in* besluit), worden deze MREL regels voor alle banken aanmerkelijk aangescherpt. Voor G-SIBs heeft een en ander zijn beslag gekregen in de CRR2. Voor alle andere banken zijn de gewijzigde MREL bepalingen opgenomen in de BRRD2 en CRD5. De keuze voor het opnemen van de regels voor MREL voor G-SIBs in de CRR2, terwijl de regels voor andere banken (zowel de andere systeemrelevante banken als de 'gewone' banken)

43. In de Europese regelingen wordt een en ander aangeduid met het begrip 'risk-based ratio', zie art. 92a CRR.

44. In de Europese regelingen wordt een en ander aangeduid met het begrip 'non-risk based ratio', zie art. 92a CRR.

in de BRRD2 en CRD5 zijn opgenomen, is door de Europese wetgever gemotiveerd door te wijzen op het belang van voor de gehele Europese Unie geharmoniseerde en gelijklopende regels voor alle (circa tien) in Europa gevestigde G-SIBs. Door de rechtstreekse werking van en dus gebondenheid aan de CRR2 (een verordening) zullen deze G-SIBs aan de betrokken regels kunnen worden gehouden, zonder dat deze eerst omgezet moeten worden in bepalingen van de nationale wetgeving van de lidstaten. Met het opnemen van de TLAC regels voor G-SIBs in de CRR2 wordt ook tijdswinst boekt. De desbetreffende regels zullen (als een grote uitzondering op de overige regels van overgangsrecht) onmiddellijk van toepassing zijn, zij het dat er aantal correcties plaatsvindt die een ingroei naar de vereiste TLAC omvang mogelijk zullen maken.⁴⁵ Dat betekent dat de regeling al vanaf de zomer van 2019 door in Europa gevestigde G-SIBs moet worden toegepast.

De TLAC regels komen erop neer dat G-SIBs een TLAC eis kennen die de gewone kapitaaleisen van art. 92 CRR aanvult. Deze TLAC eis is opgenomen in het nieuwe art. 92a CRR. De RWA-factor is daarbij bepaald op 18% en de LR-factor op 6,75%. De laatste factor betreft derhalve een backstop op de eventueel lagere uitkomst van de berekening van de RWA-factor. Met een rekenvoorbeeld kan dit worden geïllustreerd. Alle bedragen luiden in euro. Indien een G-SIB een balanstotaal heeft van 1 biljoen euro, dan moet de optelsom van CET1, AT1, Tier2 en alle 'in aanmerking komende verplichtingen' met toepassing van de LR-factor tenminste 67,5 miljard euro bedragen. Gesteld dat de desbetreffende bank een 'RWA-densiteit'⁴⁶ heeft van 40%⁴⁷ (dat wil zeggen dat 60% van de balans risicoarm of risicovrij is, bijvoorbeeld omdat er voor 60% van de balans zekerheden zijn verschaft of dat de bank kredietuitzettingen heeft op Triple A gewaardeerde overheden), dan betekent deze TLAC eis dat de bank op basis van de LR-factor voor circa 16% van de risicogewogen portefeuille verliezen kan opvangen, namelijk de risicogewogen activa bedragen 400 miljard en daar staat een TLAC-buffer tegenover van tenminste 67,5 miljard (67,5/400). Trek ik de toepasselijke methodiek door

naar een bank waarvoor de reguliere kapitaaleisen neerkomen op een eis van 13,5% CET1 kapitaal⁴⁸, dan zou de TLAC eis op basis van de RWA-factor voor de bank 72 miljard bedragen (namelijk 18% x de RWA van de bank van 400 miljard). Tussen de LR-factor en de RWA-factor zal er derhalve een verschil bestaan in omvang, waarbij op grond van de RWA-factor sprake is van een hogere eis. De reguliere kapitaaleis zou door de bank van dit bovenstaande rekenvoorbeeld leiden tot een bedrag van 54 miljard (namelijk 13,5% x de RWA van de bank van 400 miljard). De TLAC-eis is 72 miljard (waarbij de RWA-factor leidt tot de hoogste uitkomst), dus 18 miljard hoger dan de reguliere kapitaaleis. In zijn aard (en gebaseerd op de ervaringen gedurende de financiële crisis) is dit een zeer significant vangnet bovenop de toepasselijke kapitaaleisen voor dergelijke banken.⁴⁹ Op grond van de uitgangspunten van het TLAC Term Sheet dient dit verschil tussen reguliere kapitaaleisen en de TLAC eis te worden opgevuld met kwalificerende 'in aanmerking komende verplichtingen' van de bank. De totale minimale TLAC eis voor deze bank bedraagt derhalve, in beginsel, 18% op het totaal van risicogewogen activa (namelijk 72/400 miljard).⁵⁰ Dit bedrag is echter niet toereikend om een andere norm in te vullen, namelijk de regel van art. 45b(4) BRRD2. Hierin is de regeling opgenomen dat de vereisten die worden gesteld aan MREL in elk geval de toepassing van de regel mogelijk moeten maken, dat vooraleer een aanspraak wordt gemaakt op het Resolution Fund⁵¹ in elk geval 8% van de passiva van de bank moeten hebben bijgedragen aan de verliesabsorptie. Zie hierover de nieuwe bepaling van art. 45b(4) BRRD2. Het komt er in dit voorbeeld dan op neer dat drie berekeningen moeten worden gemaakt om te kunnen komen tot het vaststellen

45. Zie de inwerkingtredingbepaling van art. 3 CRR2 alsmede de specifieke overgangsregeling van art. 494 (nieuw) CRR waar de risk-based ratio is vastgesteld op 16% en de non-risk based ratio op 6% tot 31 december 2021.

46. Zie: Léonard Brie en Hélène Fréon, 'RWA density | What lies behind this underrated financial ratio' (2016), gepubliceerd door Global Research & Analytics Dept. of Chappuis Halder & Co, een commerciële management consultancy. De RWA-densiteit wordt berekend door de som van de risicogewogen activa te delen door de som van alle activa.

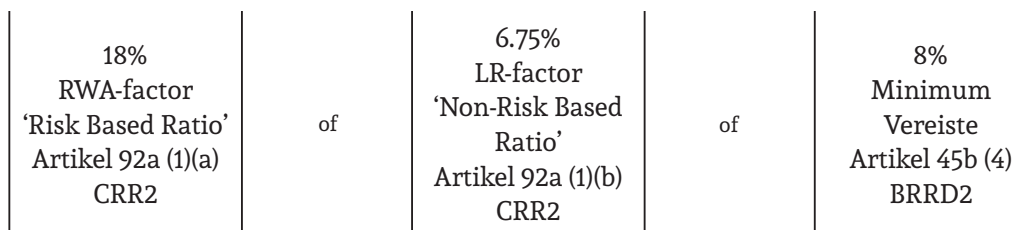
47. Om een idee te geven: dit percentage van RWA-densiteit ligt bij ING Groep op circa 26. Zie: ING Groep Pillar III Report Q2 2018. Met andere woorden, het door mij gegeven voorbeeld van een risk density van 40% is aan de hoge kant.

48. Dit percentage is bijvoorbeeld de optelsom van de gewone kapitaaleis van 8% van art. 92(1) CRR, de capital conservation buffer van art. 129 CRD4 (art. 105 e.v. Besluit prudentiële regels Wft) van 2,5% en een systemic risk buffer van 3% (art. 133 CRD4).

49. Zie voor een onderbouwing van deze stelling het OECD Paper 'Estimating the size and incidence of bank resolution costs for selected banks in OECD Countries', OECD Journal: Financial Market Trends – Volume 2016/1. Om een idee te geven van de verhouding tussen de 'gerealiseerde' verliezen van een bank die naar de huidige maatstaf een G-SIB zou zijn: uit het OECD onderzoek bleek dat the Royal Bank of Scotland in de meetperiode waarin de crisisjaren zijn meegenomen een Loss Given Default ratio had van circa 2%.

50. Dit levert een relatief hoge ratio op, waarbij ook de 'target-levels' van de SRB ten aanzien van het aandeel van 'in aanmerking komende verplichtingen' in relatie tot de risicogewogen activa van 16% ruimschoots worden gepasseerd. Desondanks zal dit vereiste in relatie tot het gegeven voorbeeld van een G-SIB met een relatief hoge RWA-densiteit wel een waarschijnlijke uitkomst opleveren. Zie: SRB 'Minimum Requirement for Own Funds and Eligible Liabilities (MREL) 2018 SRB Policy for the second wave of resolution plans', 16 januari 2019, p. 5.

51. Zie voetnoot 33 voor een verdere uitleg hiervan.



van de minimum hoogte van de MREL voor de bank. In een diagram kan een en ander worden weergegeven (zie diagram bovenaan deze pagina). Uiteindelijk zal het richtsnoer voor de vaststelling van de gewenste hoogte van de MREL voor de bank uit dit rekenvoorbeeld voortvloeien uit het bepaalde van art. 45b(4) BRRD2, en komt dat neer op 80 miljard (8% van 1 biljoen). Omdat de bank in kwestie in dit rekenvoorbeeld voor 54 miljard aanhoudt aan regulier bankkapitaal en dat daarvan voor circa 10% van de totale kapitaaleis van 13.5% zal aanhouden in de vorm van CET1 instrumenten (dus aandelenkapitaal en (ingehouden) winstreserves), namelijk 4.5% uit hoofde van de eis van art. 92 CRR, 2.5% in de vorm van een capital conservation buffer die steeds met CET1 kapitaal moet worden ingevuld en 3% van de systemic risk buffer die eveneens met CET1 kapitaal moet worden ingevuld, zal er een significant gedeelte van MREL moeten worden ingevuld met 'in aanmerking komende verplichtingen'. In dit specifieke rekenvoorbeeld zal dat gaan om 80 miljard verminderd met 52 miljard, derhalve 28 miljard.⁵²

Wat 'in aanmerking komende verplichtingen' zijn, is geregeld in een nieuw Hoofdstuk 5a van Deel Twee CRR, artikelen 72a e.v. CRR. Deze regeling komt er op neer dat van de hoeveelheid 'in aanmerking komende verplichtingen' ten eerste worden uitgesloten alle CET1, AT1, Tier 2 instrumenten (welke uitstaan om te voldoen

aan de reguliere kapitaaleisen). Ten tweede zijn uitgesloten van de kwalificatie van 'in aanmerking komende verplichtingen' de in aanmerking komende deposito's, waaronder 'gedekte deposito's' (dat wil zeggen: er is dekking door een depositogarantiestelsel) en 'ongedekte deposito's' van particulieren en MKB-bedrijven, verplichtingen van de bank gedekt door zekerheden, verplichtingen van de bank voortvloeiend uit de bewaring van cliëntgeld of financiële instrumenten, vorderingen van werknemers of van de belastingautoriteiten en andere vergelijkbare verplichtingen van de bank.⁵³ Wat resteert is de 'laag' tussen het regulatoire kapitaal (CET1, AT1 en Tier2) en de uitgezonderde verplichtingen van de bank waarvoor bescherming geldt. In art. 72b CRR (nieuw) staan vervolgens de verschillende 'kwalitatieve' vereisten die gelden om verplichtingen van de bank te laten gelden als 'in aanmerking komende verplichtingen'. De belangrijkste eis is dat de desbetreffende verplichtingen op grond van de contractuele voorwaarden, op grond van een wettelijke bepaling of op grond van de 'structurele kenmerken van de vennootschap die de verplichtingen is aangegaan' achtergesteld zijn. Zie hierover verder paragraaf 2.7 van dit artikel.

Ik bespreek dit punt zo uitgebreid, omdat het inzicht geeft in de complexe architectuur van de regelgeving die in aantocht is als gevolg van de inwerkingtreding van CRR2 en BRRD2. De TLAC regels en alle 'constituerende elementen' daarvan, zoals de ex ante vaststelling van de hoogte van de risk-based ratio en non-risk based ratio die in CRR2 zijn opgenomen, gelden weliswaar uitsluitend voor de (circa) tien Europese G-SIBs, waaronder in ons land ING Bank, maar de definities van 'in aanmerking komende verplichtingen' van de artikelen 72a e.v. CRR zullen ook gelden voor alle banken die aan MREL verplichtingen zijn onderworpen.⁵⁴ De overige met de TLAC regels verwante MREL regels voor alle andere banken hebben reeds met de invoering van de BRRD en de SRMR hun weg gevonden in de sinds 1 januari 2016 van toepassing zijnde regels voor het herstel en afwikkeling van banken. Het zijn die regels die, voorlopig, ook zijn toegepast op de G-SIBs in afwachting van de definitieve omzetting van de TLAC standaarden van 2015 in Europese wetgeving. Echter, de BRRD regels zullen een grote wijziging

52. De Europese wetgever heeft overigens nog een aantal aanvullende mechanismen geïntroduceerd, die er toe moeten leiden dat het bedrag van 'in aanmerking komende verplichtingen' kan worden begrensd. In feite komt het er op neer dat het wenselijk wordt gevonden dat MREL zoveel als mogelijk wordt ingevuld met CET1 kapitaal, omdat, zo is de redenering, kapitaalverstrekkers op basis van de uitgangspunten van het zijn van 'aandeelhouder' van de bank met de meest post-concurrente vordering, geacht moeten worden op basis van deze (rechts-)positie, bij voorbaat in te stemmen met de verplichtingen mee te werken aan een reddingsoperatie, indien de bank in een afwikkelingsprocedure belandt. Deze mechanismen zijn onder meer neergelegd in de regelingen van art. 92(1a) CRR2, tweede paragraaf die luidt: 'A G-SII shall meet the leverage ratio buffer requirement with Tier 1 capital only. Tier 1 capital that is used to meet the leverage ratio buffer requirement shall not be used towards meeting any of the leverage based requirements set out in this Regulation and in Directive 2013/36/EU, unless explicitly otherwise provided therein.' Dat houdt in dat een G-SIB op grond van deze regeling aanvullend aandelenkapitaal (en eventueel nog een deel AT1) zal dienen aan te houden om te voldoen aan de 'leverage based requirement' van art. 92a CRR.

53. Zie art. 72a(2) CRR (nieuw).

54. Echter, de in de huidige BRRD opgenomen regeling van art. 44 die deze materie ook regelde, wordt niet ingetrokken.

ondergaan, waardoor de tot dusverre gehanteerde uitgangspunten alweer zullen worden verlaten. Door deze complexe totstandkomingsgeschiedenis, kan de lezer van de nieuwe bepalingen van CRR2 snel op het verkeerde been worden gezet, doordat deze regels zich laten lezen als een volledig nieuwe norm die op alle banken van toepassing is. Dat is dus niet het geval. Voor alle andere banken dan de G-SIBs (met inbegrip van de ‘domestic systemically important banks’), gelden de (sterk aangepaste) regelingen van de BRRD, behoudens de regelingen van art. 72a e.v. CRR die dan weer voor alle banken gelden. Voorts gelden in BRRD2 ook voor G-SIB's nog een aantal belangrijke aanvullende regels, waaronder de hiervoor genoemde minimum norm van 8% uit hoofde van art. 45b(4) BRRD2.

2.5. Ex ante verplichtingen voor top tier en (overige) systeemrelevante banken in BRRD2

Op grond van de huidige regelingen wordt MREL door de afwikkelautoriteit voor de banken vastgesteld aan de hand van de toepasselijke resolutiestrategie voor de bank in kwestie. Tot dusverre geldt dat pas wanneer voor een bank een resolutiestrategie wordt vastgesteld waarbij de inzet van het *bail in*-instrument aan de orde is, er ook een MREL verplichting wordt opgelegd.⁵⁵ Het MREL bedrag dat door de autoriteiten wordt berekend en aan de desbetreffende bank wordt opgelegd, is dus afhankelijk van de afwikkelingsstrategie. Voor de kleinste banken, waarvan de afwikkelingsstrategie is dat deze zullen worden geliquideerd op grond van de reguliere insolventieregimes van het land van vestiging van die bank, wordt in de praktijk überhaupt geen MREL verplichting opgelegd. De afwikkelautoriteiten houden dus rekening met de verschillende wijzen waarop de afwikkelingsregels voor banken worden toegepast, waarbij onderscheid wordt gemaakt tussen kleinere en grotere banken. Als gevolg van *last minute* overeengekomen aanpassingen in de BRRD⁵⁶ komt er een radicaal ander regime in de plaats voor de huidige regels. Naast de TLAC regelingen voor de G-SIBs, zoals

opgenomen in de artikelen 92a e.v. CRR2, wordt er een nieuwe driedeling ingevoerd voor banken die niet als G-SIB kwalificeren. Die driedeling komt op het volgende neer:

- Voor entiteiten die als ‘af te wikkelen’ entiteit zijn aangemerkt en die onderdeel uitmaken van een groep waarvan het balanstotaal 100 miljard euro overschrijdt⁵⁷ wordt het MREL bedrag *ex ante* (‘Pillar 1 requirement for top tier banks’) bepaald op 13,5% van de RWA-factor voor die entiteit⁵⁸ of 5% van de LR-factor.⁵⁹
- Voor entiteiten die als ‘af te wikkelen’ entiteit zijn aangemerkt en die onderdeel uitmaken van een groep waarvan het balanstotaal minder dan 100 miljard euro is en die geacht kunnen worden een systeemrisico te vertegenwoordigen kan dezelfde regeling worden getroffen, indien aan een aantal voorwaarden is voldaan, namelijk: (a) het zwaartepunt van de financiering van de bank(groep) ligt bij (retail) deposito's en er is een onvoldoende aandeel van ‘gewoon’⁶⁰ vreemd vermogen, (b) de beperkte toegang tot de kapitaalmarkten om ‘in aanmerking komende verplichtingen’ aan te trekken, en (c) de afhankelijkheid van CET1 instrumenten om te voldoen aan het vereiste van art. 45e BRRD2 (zijnde het vereiste om MREL aan te houden (op basis van de gehele groep)).⁶¹
- Voor alle andere entiteiten die betrokken kunnen zijn in een afwikkelingsregime, geldt de huidige regeling, namelijk dat het MREL bedrag van geval tot geval door de afwikkelautoriteit wordt vastgesteld. Die vaststelling vindt plaats aan de hand van art. 45(2) juncto 45c(2) en (3) BRRD, die overigens wel grote wijzigingen zullen ondergaan. De afwikkelautoriteit kan er evenwel ook van afzien om een MREL verplichting op te leggen, bijvoorbeeld indien de verwachting is dat de bijzondere afwikkelingsinstrumenten niet zullen worden toegepast en de afwikkelingsstrategie is om ten aanzien van de desbetreffende bank de reguliere insolventieprocedure toe te passen.⁶²

55. Zie voor de huidige methodiek omtrent vaststelling van de MREL: Single Resolution Board ‘Minimum Requirement for Own Funds and Eligible Liabilities (MREL) 2018 SRB Policy for the first wave of resolution plans’, 20 november 2018 (‘MREL First Wave 2018’) en ‘Minimum Requirement for Own Funds and Eligible Liabilities (MREL) 2018 SRB Policy for the second wave of resolution plans’, 16 januari 2019 (‘MREL Second Wave 2019’).

56. Het is een van de meest opmerkelijke wijzigingen die de door de Commissie in november 2016 voorgestelde teksten hebben ondergaan. Op de keper beschouwd waren die voorstellen milder wat betreft de op te leggen norm voor MREL bedragen. De finale teksten van de artikelen 45 (nieuw) e.v. BRRD vormen een substantiële verzwaring van de huidige eisen, zeker in het geval van de middelgrote banken (dat wil zeggen banken met een balanstotaal van meer dan 100 miljard euro die geen G-SIB zijn).

57. In Nederland zal dat dus betreffen: Rabobank, ABN AMRO Bank en BNG Bank.

58. Art. 45c(5) BRRD2 verwijst naar art. 45(2)(a) BRRD2 voor de duiding van dit getal, en in die laatstgenoemde bepaling staat een verwijzing naar de ‘reguliere’ kapitaal eis van art. 92(3) CRR voor de Total Risk Exposure Amount (TREA).

59. Art. 45c(5) BRRD2 verwijst naar art. 45(2)(b) BRRD2 voor de duiding van dit getal, en in die laatstgenoemde bepaling staat een verwijzing naar de leverage ratio regeling van de artikelen 429 en 429a CRR2.

60. Dat wil zeggen vreemd vermogen dat niet is uitgezonderd van de kwalificatie ‘in aanmerking komende verplichtingen’.

61. Het regime zal (zeer waarschijnlijk) in Nederland relevant zijn voor de Volksbank, die weliswaar een balanstotaal heeft van minder dan 100 miljard euro, maar in Nederland door DNB als O-SII is aangemerkt. De enige ‘grote bank’ in Nederland die op grond van deze regels de dans lijkt te ontspringen is NWB Bank.

62. Zie art. 45c(2) tweede volle paragraaf BRRD2.

Voor de middelgrote banken (dat wil zeggen banken met een balanstotaal van meer dan 100 miljard euro) wordt, zoals dat ook geldt voor de G-SIBs, een quasi kapitaaleis opgelegd door het expliciteren van het minimumbedrag aan MREL dat dergelijke banken *ex ante* zullen moeten aanhouden. Het MREL bedrag wordt dan als het ware losgekoppeld van de afwikkelingsstrategie. In art. 45c(5) BRRD wordt dit aangemerkt als 'Pillar 1 requirement for top tier banks'. Wat daarbij opvalt, is de cumulatie van de RWA-factor en de LR-factor, die tezamen de *ex ante* MREL eis vertegenwoordigt. Het percentage van de RWA-factor en LR-factor bij G-SIBs is echter wel (significant) hoger, namelijk 18% respectievelijk 6,5% in plaats van de in art. 45c(5) BRRD opgenomen 13,5% respectievelijk 5%.

In lijn met het hiervoor gegeven rekenvoorbeeld voor een G-SIB TLAC eis, kan een en ander met de volgende berekening worden verduidelijkt. Alle bedragen luiden in euro. Gesteld dat een 'top tier bank' een balanstotaal van 200 miljard heeft en een RWA-density van 50%. Indien het niet om een G-SIB gaat, is voor deze bank een reguliere kapitaaleis van toepassing, bijvoorbeeld van 11,5%.⁶³ Gesteld dat deze bank een en ander invult conform de toegelaten kwalitatieve kapitaaleisen. Dat houdt in dat dan 8% wordt ingevuld met 8 miljard CET1 instrumenten (lees: aandelenkapitaal)⁶⁴, 1,5 miljard (zijnde 1,5%) door middel van AT1 instrumenten (de zogenaamde contingent convertible bonds, CoCo's) en 2 miljard (2%) door middel van Tier 2 instrumenten (bijvoorbeeld obligatieleningen met een looptijd van tien jaar). De kapitaaleis is alles tezamen 11,5 miljard (namelijk 11,5% x het risicogewogen deel van de balans (50% x 200 miljard)). Wanneer de leverage ratio wordt berekend, dan zal de bank op grond van die leverage ratio een Tier 1 kapitaal van 6 miljard moeten aanhouden (namelijk 3% x de totale balans (200 miljard)). In dit geval geldt voor de bank dus de reguliere kapitaaleis voor de risicogewogen activa, omdat die hoger is dan de eis voor de leverage ratio.

Tot zover de reguliere kapitaaleis. Voor de MREL verplichting van de bank zal een tweetal getallen dienen te worden berekend, namelijk de RWA-

factor van 13,5% en de LR-factor van 5%. Hiervan wordt het hoogste bedrag genomen, namelijk het berekende bedrag van de RWA-factor, zijnde 13,5 miljard. Ruwweg gesproken zal deze bank ingevolge de toepassing van de regeling van het nieuwe art. 45c(5) BRRD in aanvulling op deze CET1, AT1 en Tier 2 instrumenten nog voor 2 miljard aanvullende 'in aanmerking komende verplichtingen' dienen aan te houden (13,5 minus 11,5 miljard).⁶⁵ Dit verschil moet worden ingevuld met 'in aanmerking komende verplichtingen', bijvoorbeeld een achtergestelde lening die niet kwalificeert als een AT1 of Tier 2 instrument.⁶⁶ Op basis van de totale risicogewogen posten van de bank (van 100 miljard), levert de MREL eis een percentage op van 13,5. Wel moet erop worden gewezen dat de regel van art. 45c(5) BRRD2 een minimumstandaard is en dat gezien de relatief hoge RWA density van deze bank er door de afwikkelautoriteit waarschijnlijk een hogere MREL-eis zal worden opgelegd.⁶⁷ Voorts moet ook in dit geval nog het bepaalde van art. 45b(4) BRRD2 te worden toegepast. Dit is de "derde" berekening die uitgaat van 8% van het totale bedrag van de passiva van de bank (zijnde 200 miljard). Dat zal er derhalve op neerkomen dat de MREL eis dan in beginsel zal worden bepaald op 16 miljard waarvan (in beginsel) 11,5 miljard wordt ingevuld met reguliere bankkapitaal instrumenten en het restant met 'in aanmerking komende verplichtingen'.

Voor de volledigheid herhaal ik op deze plaats dat het regime voor de 'top tier banks' ingevolge art. 45c(5) BRRD door de afwikkelautoriteit, na raadpleging van de bevoegde autoriteit⁶⁸, ook van

63. De kapitaaleis is dan 8% voor de Total Risk Exposure Amount ingevolge art. 92 CRR, 2,5% voor de capital conservation buffer van art. 129 CRD4 en, bijvoorbeeld, 1% als een opslag omdat de bank als een O-SII kwalificeert (zie art. 131 CRD4). Ik ga nu voor de eenvoud van de berekening voorbij aan de eventuele Pillar 2 opslag, die de desbetreffende bevoegde autoriteit heeft opgelegd. Artikelen 129 en 131 CRD4 zijn in ons land geïmplementeerd in artikelen 3:62a en 62b Wft en in de bepalingen artikelen 105 e.v. Besluit prudentiële regels Wft.

64. De art. 92 CRR eis dient ingevolge die bepaling te worden ingevuld met tenminste 4,5% CET, maximaal 1,5% AT1 en maximaal 2% Tier 2. De capital conservation buffer van art. 129 CRD4 moet, ingevolge het bepaalde in het eerste lid van dat artikel, met CET1 instrumenten worden ingevuld. Vervolgens dient de buffer als O-SII eveneens met CET1 instrumenten te worden ingevuld; zie art. 131 vijfde lid CRD4.

65. Dat is als volgt berekend (alle bedragen luidend in euro). De MREL is de optelsom van de 'minimum own funds' en 'in aanmerking komende verplichtingen'. De minimum own funds van deze onderneming bedragen alles tezamen genomen 11,5 miljard. Op basis van de berekeningen van art. 45c(5) BRRD dient de bank een RWA-factor aan te houden van 13,5% van het op de voet van art. 45(2)(a) juncto art. 92 CRR berekende bedrag. Dat houdt in dat de grondslag voor de berekening 100 miljard is (gezien de risk density van 50% van de balans). Dat levert derhalve een bedrag op van de som van 13,5 miljard.

66. En uiteraard ook niet als aandelenkapitaal (CET1).

67. Een dergelijke hogere eis zou ook conformeren aan de beleidslijn van de SRB die luidt: 'Subordination levels will be set based on a combination of a general level, applicable buffer requirements and a metric, taking account of the bank-specific nature of the assessment of NCWO risk in the senior layer. A floor of 16% RWA plus CBR will apply for G-SIIs, and of 14% RWA plus CBR for O-SIIs and other resolution entities.' Zie: Minimum Requirement for Own Funds and Eligible Liabilities (MREL) 2018 SRB Policy for the second wave of resolution plans', 16 januari 2019, p. 5. In het concrete voorbeeld zou dit erop neerkomen dat de 'in aanmerking komende verplichtingen' van de bank zouden worden verhoogd tot tenminste 14 miljard en dat de MREL eis dan neer zou komen op 25,5 miljard, wat meer in de buurt komt van de 26 à 27% MREL in relatie tot de risicogewogen activa.

68. Onduidelijk is welke 'bevoegde autoriteit' hier wordt bedoeld. Immers, een bank die in de Eurozone is

toepassing kan worden verklaard op banken met een balanstotaal van minder dan 100 miljard euro indien een dergelijke bank systeemrelevant is verklaard (op de voet van de criteria van art. 45c(6) BRRD). Dergelijke banken zullen dan aan dezelfde vereisten moeten voldoen als is weergegeven in de vorige paragraaf. Wat hier in het bijzonder opvalt is dat voor de verwezenlijking van de doelstellingen van afwikkeling van probleebanken, in feite een nieuw kader voor het bepalen van 'systeemrelevantie' wordt geïntroduceerd. De criteria voor systeemrelevantie zijn momenteel neergelegd in art. 131 CRD4. De hiervoor weergegeven criteria van art. 45c(6) BRRD2 leggen meer nadruk op de wijze waarop de desbetreffende bank is gefinancierd, bijvoorbeeld indien deze bank kwetsbaar is vanwege het grote aandeel van financiering door middel van (retail) spaargelden. Voor alle andere banken waarvan de afwikkelautoriteit besluit dat de afwikkelingsstrategie erop zal zijn gericht een gehele of gedeeltelijke *bail in* toe te passen, geldt art. 45(2) juncto 45c(2) en (3) BRRD. In de redactie van die bepalingen, die als gevolg van BRRD2 ingrijpend zullen worden gewijzigd, lijkt er een dubbel telling te ontstaan. Tenzij een en ander nog wordt hersteld in het proces van redigeren van de door het Europees Parlement en de Raad medio april 2019 vastgestelde teksten, zal dit leiden tot een complexe taak voor de nationale wetgevers om de daadwerkelijke bedoelingen van de Europese wetgever te doorgronden en te voorkomen dat dezelfde fouten terecht komen in de nationale wetgeving die de BRRD2 bepalingen implementeren. Zo niet zou dat voor de gewone en kleinere banken tot volstrekt absurde resultaten leiden.

2.6. MREL berekening 'gewone' banken

Zoals in paragraaf 2.5 is uiteengezet, wordt de MREL hoogte voor de top tier banken (en eventueel de middelgrote banken die als systeemrelevant zijn aangemerkt) berekend als de vergelijking van de RWA-factor met de LR-factor, aangevuld met een vergelijking op basis van de 8% ondergrens van art. 45b(4) BRRD2. Op basis van de redactie van art. 45c(5)

gevestigd en die bijvoorbeeld een balanstotaal heeft van EUR 80 miljard zal in elk geval hebben te gelden, ingevolge art. 6(4) van Verordening (EU) 1024/2013 (SSM-Verordening), als een 'significante bank' waarop de ECB direct toezicht houdt. Echter, ingevolge de regelingen van art. 131 CRD4 is voor het bepalen of een bank als 'systeemrelevant' wordt aangemerkt de nationale autoriteit bevoegd. In ons land is dat DNB. Zie het bepaalde in art. 105c Besluit prudentiële regels Wft. Moet in het geval de afwikkelautoriteit de desbetreffende 'niet top tier bank' als systeemrelevant wenst aan te merken op de voet van art. 45c(6) BRRD (dat zal voor een bank in dit voorbeeld de SRB zijn) in het kader van het vaststellen van een *ex ante* van toepassing zijnde MREL verplichting, dan de ECB raadplegen of de nationale bevoegde autoriteit?

en (6) BRRD2 geldt het aldus berekende bedrag als een dekking voor zowel de verliesabsorptie als de herkapitalisatie van de bank na afwikkeling. In het 'reguliere' regime voor alle andere banken dient de MREL hoogte te worden berekend door middel van de volgende vergelijking:

- Een berekening aan de hand van de RWA-factor, waarbij ten eerste een bedrag voor de *verliesabsorptie* en ten tweede een *herkapitaliseringsbedrag* moeten worden uitgerekend (beide bestaan uit Pillar 1 kapitaal berekend op grond van art. 92 CRR en Pillar 2 kapitaal berekend als gevolg van toepassing van art. 104a CRD5) en beide bedragen moeten worden opgeteld;

of

- Een berekening aan de hand van de LR-Factor, waarbij ten eerste een bedrag voor de *verliesabsorptie* en ten tweede een *herkapitaliseringsbedrag* moeten worden uitgerekend (beide bestaan uit het op grond van art. 92(1)(d) CRR2 berekende bedrag voor de leverage ratio) en beide bedragen moeten worden opgeteld.

De RWA-factor en de LR-factor zijn gegeven als een alternatieve berekening, waarbij de LR-Factor als een backstop geldt ingeval het bedrag van de RWA-factor tot een lagere uitkomst zou leiden. In art. 45b BRRD2 is voorts ook geregeld dat de vereiste derde vergelijking met het kengetal van 8% van de passiva van de bank, niet aan de orde is voor dit segment van de banken sector.

De regelingen voor deze restcategorie van de kleinere banken veronderstellen een toepassing van het *bail in* instrument dat minder gericht is op de lange termijn continuïteit van de desbetreffende banken. Het regime benadrukt onder meer, dat voor de desbetreffende banken ook zou kunnen worden volstaan met het toepassen van het *bail in* instrument, uitsluitend om te bevorderen dat de verliezen worden geabsorbeerd en dat er verder geen herkapitalisatie meer noodzakelijk is ten laste van de 'gewone crediteuren'.

2.7. Kwalitatieve invulling TLAC/MREL

In paragrafen 2.3 tot en met 2.6 besprak ik de 'kwantitatieve' vereisten van TLAC/MREL, met andere woorden de (verplichte) omvang van dit vereiste. In deze paragraaf ga ik in op de uiterst ingewikkelde 'kwalitatieve' vereisten voor TLAC/MREL, met andere woorden met welke (vreemd vermogen) instrumenten het bedrag dient te worden ingevuld. Het uitgangspunt van dit vereiste is voor het eerst verwoord in het TLAC Term Sheet van de FSB van 2015. De FSB overweegt ten aanzien van de invulling van TLAC het volgende:

'Eligible TLAC generally must absorb losses prior to liabilities excluded from TLAC in insolvency or in resolution and, in all cases, without giving rise to material risk of successful legal challenge or valid compensation claims; and

authorities must ensure that this is transparent to creditors [...].

To ensure that eligible external TLAC absorbs losses prior to liabilities that are excluded from TLAC [...] and therefore to support the aim of ensuring that the G-SIB is credibly and feasibly resolvable, eligible instruments must be:

a. contractually subordinated to excluded liabilities on the balance sheet of the resolution entity ("contractual subordination");

b. junior in the statutory creditor hierarchy to excluded liabilities on the balance sheet of the resolution entity ("statutory subordination");
or

*c. issued by a resolution entity which does not have any excluded liabilities (for example, a holding company) on its balance sheet that rank pari passu or junior to TLAC-eligible instruments on its balance sheet ("structural subordination").*⁶⁹

Deze standaard van de FSB geeft een invulling aan datgene wat moet worden verstaan onder de 'in aanmerking komende verplichtingen' waarover ik hiervoor reeds sprak. Ten eerste moet worden opgemerkt dat het aandeel van de 'regulatoire kapitaalinstrumenten' in het geheel van TLAC zonder enige twijfel zal voldoen aan de door de FSB gedefinieerde kwalitatieve criteria. Althans, het mag worden gehoopt dat een koper van een aandeel, een AT1 of Tier2 instrument zich realiseert, dat zijn investering onderworpen kan zijn wettelijke of contractuele beperkingen om rechten jegens de uitgevende bank uit te oefenen, of dit nu speelt in gewone omstandigheden waar er nog geen sprake is van problemen bij de bank, of in het geval de bank in problemen verkeert. Aandeelhouders zullen op grond van het toepasselijke (vennootschaps-) recht als 'post-concurrente' crediteuren hebben te gelden. En dat geldt ook voor crediteuren die een (ten diepste) achtergestelde vordering hebben op de bank, zoals het geval is voor de houders van een AT1 of Tier2 instrument. Er kan nog worden getwist over de vraag in hoeverre dergelijke rechten en verplichtingen voortvloeien uit statutaire of contractuele regelingen of dat een en ander voortvloeit uit wettelijke bepalingen (in Europa betreft dat de bepalingen van de artikelen 26 e.v. CRR)⁷⁰, maar de principes die leiden tot 'korting' op de rechten van de desbetreffende aandeelhouders en/of achtergestelde crediteuren zullen niet snel met succes aanvechtbaar zijn.⁷¹

69. TLAC Term Sheet, pagina's 15 en 16.

70. Zie hierover uitgebreid: Bart P.M. Joosen, 'Regulatory capital requirements and bail in mechanisms', Hoofdstuk 9 in: Matthias Haentjens en Bob Wessels (redactie), *Research Handbook on Crisis Management in the Banking Sector*, Edward Elgar Publishers (2015), pp. 175-235.

71. Ik heb in deze zin met opzet de woorden 'niet snel met succes' gebruikt, omdat zo langzamerhand te vuur en te zwaard wordt gestreden tegen de toepassing van deze uitgangspunten. In het geval

Zoals uit de in de paragrafen 2.3. tot en met 2.6. gegeven voorbeelden blijkt, zal er een verschil kunnen bestaan tussen de omvang van het verplichte eigen vermogen van de bank op grond van de reguliere kapitaalvereisten en het bedrag van de TLAC/MREL. Ik heb daarbij aangegeven dat dit verschil zal moeten worden ingevuld met 'in aanmerking komende verplichtingen'. Voor de definiëring van deze verplichtingen is een nieuwe regeling getroffen, waarin ten eerste bepaald wordt welke verplichtingen van de bank in beginsel dienen te worden uitgesloten ter bescherming van de belangen van de desbetreffende crediteuren. Dat betreft, zoals hiervoor genoemd, onder meer spaarders, werknemers, belastingdienst, leveranciers van voor de bedrijfsvoering essentiële producten en diensten en crediteuren die hun rechten ontleen aan de specifieke rol van de bank bij dienstverlening aan klanten (bijvoorbeeld klanten met vorderingen uit hoofde van effectenbewaring). Deze lijst met uitsluitingen kwam reeds in de BRRD voor (art. 44 BRRD). Deze uitsluitingen zijn thans herhaald in art. 72a(2) CRR2. Vervolgens is er in art. 72a(1) bepaald dat onder 'in aanmerking komende verplichtingen' moet worden verstaan alle instrumenten die voldoen aan het bepaalde in art. 72b CRR2, met uitzondering van kwalificerende CET1, AT1 en Tier 2 instrumenten. Uiteraard tellen CET1, AT1 en Tier2 instrumenten mee voor de berekening van de hoogte van de TLAC/MREL, maar 'in aanmerking komende verplichtingen' worden onderscheiden van de gewone kapitaalinstrumenten vanwege de volgorde en doelstelling van de *bail in* procedure.

van de uitgifte van CoCo's is er bijvoorbeeld sprake geweest van een fundamentele crisis in de Europese markten voor CoCo's in het voorjaar van 2016 toen de toepassing van het in 2014 vastgestelde art. 141 CRD4 ten aanzien van de Maximum Distributable Amount berekeningen leidde tot grote verwarring bij investeerders, omdat toezichthouders de bevoegdheid hadden gekregen om naast een aanwijzing om geen dividend op aandelen uit te keren, tevens konden voorschrijven de rentebetaling op AT1 instrumenten te staken, althans op te schorten. Zie over deze kwestie paragraaf 5 van mijn artikel uit 2017. In het kader van de afwikkeling in 2017 van de Spaanse Banco Popular en de afschrijving van de door die bank uitgegeven aandelen en AT1 instrumenten, is er inmiddels sprake van meer dan honderd rechtszaken die zijn aangespannen tegen tal van partijen, waaronder de ECB en de SRB; zie <https://srb.europa.eu/en/content/banco-popular>. Dichter bij huis is er natuurlijk de slepende kwestie van de onteigening van de aandeelhouders en achtergestelde crediteuren van SNS REAAL. Die kwestie leidde onlangs tot de tussenbeschikking van de Ondernemingskamer van het Hof Amsterdam van 16 april 2019, zaaknummer 200.122.906 waarbij lijkt te worden afgekoerst op een compensatie van de achtergestelde crediteuren. Kort en goed gezegd, al deze kwesties staan lijnrecht op de aanbevolen standaarden van de FSB, waarbij TLAC kapitaal moet worden uitgegeven 'without giving rise to material risk of successful legal challenge or valid compensation claim'.

CET1, AT1 en Tier2 instrumenten zijn als eerste onderworpen aan afschrijving respectievelijk omzetting in het kader van verliesabsorptie. 'In aanmerking komende verplichtingen'⁷² zullen vervolgens (ten tweede) onderworpen kunnen zijn aan (in de regel) omzetting in CET1 instrumenten in het kader van herkapitalisatie.

De essentie van de regeling over 'in aanmerking komende verplichtingen' is opgenomen in art. 72b CRR2, die in de plaats komt van de huidige regeling van art. 45(4) BRRD. In art. 72b CRR2 is een lijst van veertien criteria opgenomen waaraan de desbetreffende verplichtingen dienen te voldoen. Die criteria vertonen grote verwantschap met de criteria voor kwalificerende CET1, AT1 en Tier 2 instrumenten zoals opgenomen in de artikelen 26 e.v. CRR. Ik vat de veertien criteria als volgt samen:

- De 'in aanmerking komende verplichtingen' moeten zijn volgestort (met andere woorden: er is geen ruimte voor 'gecommitteerde' verplichtingen van crediteuren) en direct door de desbetreffende bank (indien deze is aangemerkt als entiteit die onderworpen kan zijn aan afwikkeling) zijn uitgegeven;
- Zij mogen niet door de desbetreffende bank of door groepsmaatschappijen zelf worden gehouden (in feite een klassiek kapitaalsbeschermingsprincipe);
- Er mag geen sprake zijn van financiering door de desbetreffende bank zelf van de verwerving van de instrumenten door derden (eveneens een klassiek kapitaalsbeschermingsprincipe⁷³);
- De verplichtingen zijn volledig achtergesteld bij de verplichtingen van de bank uit hoofde van de 'uitgesloten posten' zoals beschreven in art. 72a(2) CRR2, hetzij op grond van contractuele bepalingen, hetzij op grond van wettelijke bepalingen, hetzij op grond van structurele achterstelling⁷⁴;
- Er zijn geen zekerheden gegeven voor de verplichtingen, of andere vormen van zekerheden die de rangorde van de desbetreffende verplichting versterkt;
- De verplichtingen kunnen niet worden betrokken in een verrekening (set off dan wel netting), waardoor het verliesabsorberende vermogen onder druk komt te staan;
- Er mogen geen 'incentives' bestaan om de desbetreffende verplichtingen jegens de crediteuren af te lossen (bijvoorbeeld een beding

waarbij het rentetarief na het verstrijken van een bepaalde periode moet worden verhoogd, zodat de bank belang heeft bij vervroegde aflossing);

- De verplichtingen zijn niet vervoegd aflosbaar en indien de verplichtingen op initiatief of verzoek van de crediteur vervroegd aflosbaar zijn, zal er een 'haircut' moeten worden toegepast waarbij rekening wordt gehouden met het (theoretische) eerste moment waarop de crediteur de vordering vervroegd opeist (art. 72c(2) CRR2);
- In beginsel zijn de verplichtingen slechts vervroegd opeisbaar op initiatief van of na uitoefening van een bevoegdheid door de bank, behoudens het in het vorige liggende streepje bedoelde geval;
- Opeising, vervroegde aflossing of inkoop van de desbetreffende instrumenten mag uitsluitend in strikt omschreven omstandigheden geschieden⁷⁵;
- De contractuele voorwaarden van de instrumenten gaan er niet bij voorbaat van uit dat de vorderingen door de bank zullen worden ingelost, anders dan in het geval van faillissement of een daarmee vergelijkbare procedure;
- De hoogte van de te vergoeden rente (of dividend) is niet afhankelijk van het kredietwaardigheidsprofiel van de bank (dus indien een downgrading plaatsvindt ten aanzien van de bank leidt dat niet (automatisch) tot een renteverhoging);
- Voor instrumenten die twee jaar na de inwerkingtreding van de CRR2 worden uitgegeven, is er in het emissieprospectus of de koop-verkoop overeenkomst een expliciete verwijzing naar de mogelijkheid dat het instrument kan zijn onderworpen aan een *bail in*.

Voor zover verplichtingen van de bank niet voldoen aan het achterstellingscriterium, kunnen deze, onder strikte voorwaarden⁷⁶, tot beloop van 3,5% van de totale risicopositie van de bank (zie hiervoor art. 92 CRR) meegenomen worden in het totaal van in aanmerking komende verplichtingen om te berekenen of de bank heeft voldaan aan het TLAC/MREL criterium. Zie hiervoor het derde lid van art. 72b CRR2. Het vierde lid van art. 72b CRR2 regelt nog een tweede mogelijke

72. Naast de in art. 72b CRR opgesomde verplichtingen zijn daarin begrepen niet langer als Tier 2 kwalificerende instrumenten met een resterende looptijd van minder dan een jaar.

73. Zie voor het gewone vennootschapsrecht: art. 2:98c BW.

74. Daaronder wordt verstaan dat de desbetreffende bank geen andere verplichtingen heeft dan die voortvloeien uit de achtergestelde in aanmerking komende verplichtingen die zijn aan te merken als uitgesloten verplichtingen als bedoeld in art. 72a(2) CRR2 en een lagere of gelijke rangorde hebben dan de 'in aanmerking komende verplichtingen'.

75. Die omstandigheden zijn omschreven in de artikelen 77 en 78a BRRD2.

76. Er geldt de eis dat de desbetreffende verplichting ten hoogste dezelfde rangorde dient te hebben als de laagst gerangschikte op grond van art. 72a(2) CRR2 uitgesloten verplichting van de bank. Voorts geldt de eis dat er sprake dient te zijn van verplichtingen van de bank waar er een gering risico is dat deze wat betreft de rechtmatigheid van de toepassing van de *bail in* worden aangevochten of dat er compensatieclaims bij een *bail in* als gevolg van de verkeerde toepassing van het zogenaamde 'no creditor worse off' principe van art. 34(1)(g) en 75 BRRD kunnen worden ingesteld.

uitzondering op de verplichting dat in aanmerking komende verplichtingen dienen te voldoen aan de veertien criteria van art. 72b(1) CRR2. Deze twee uitzonderingen mogen niet cumulatief worden toegepast.⁷⁷

In art. 72c CRR2 is vervolgens geregeld dat de desbetreffende in aanmerking komende verplichtingen een resterende looptijd van ten minste een jaar dienen te hebben. Vorderingen van crediteuren met een resterende looptijd minder dan een jaar mogen dus niet worden meegenomen in de berekening van de hoeveelheid 'in aanmerking komende verplichtingen'. Ik refereerde eerder aan deze bepaling ten aanzien van vorderingen van crediteuren waarvan de crediteur zelf het initiatief kan nemen tot het opeisen van de schuld van de bank, welke vorderingen slechts mogen worden meegenomen tot het beloop van de resterende periode waarin het opeisingsrecht niet kan worden uitgeoefend. Indien bijvoorbeeld de bank met een crediteur een lening is aangegaan, die de crediteur het recht geeft om na drie jaar na het sluiten van de overeenkomst de schuld op te eisen, dan zal die vordering van de crediteurs slechts de eerste twee jaar van de looptijd van het contract in de hoeveelheid 'in aanmerking komende verplichtingen' mogen worden meegenomen. Een vergelijkbare regeling is in art. 75c CRR2 getroffen voor schulden van de bank ten aanzien waarvan de bank een incentive heeft om vervroegd af te lossen. Denk hierbij bijvoorbeeld aan een lening met een looptijd van vijf jaar, waarbij de bank na het verstrijken van drie jaar verplicht is een hogere rente te vergoeden dan in de eerste drie jaar. In zo'n geval zal de lening slechts gedurende de eerste drie jaar van de looptijd van de lening worden meegenomen in de berekening van de 'in aanmerking komende verplichtingen'. Verplichtingen van de bank die weliswaar vervroegd kunnen worden afgelost op initiatief van de bank zelf, maar die geen 'incentive' daartoe bevatten, mogen wel voor de volledige looptijd worden meegenomen.

In de artikelen 72d tot en met 72j CRR2 is een ingewikkelde regeling getroffen die (uitsluitend) G-SIBs verplicht om in bepaalde gevallen bepaalde 'in aanmerking komende verplichtingen' af te trekken van de hoeveelheid TLAC. Deze aftrekregels houden onder andere verband met de kruiselingse deelname van G-SIBs in de desbetreffende schulden van een andere G-SIB, waardoor, zo is de redenering, de effectiviteit van de 'verliesabsorptie' van de desbetreffende (af te schrijven of te converteren) vordering op de G-SIB afneemt. Gesteld dat een G-SIB een vorderingsrecht heeft op een andere G-SIB, dan zou een afschrijving van dat vorderingsrecht tot gevolg hebben dat daardoor een cascade effect ontstaat, waardoor van een balansversterking als gevolg van een *bail in* van de G-SIB waarvan het vorderingsrecht is gekocht in een andere G-SIB geen sprake zal zijn.

77. Zie: art. 72b(5) CRR2.

De aftrekregels beogen met andere woorden het systeemrisico-effect van kruisparticipaties en over en weer uitstaande schulden te bestrijden. Dergelijke aftrekregels worden eveneens vaak toegepast in het prudentiële toezichtsrecht en functioneren als het ware als een 'stok achter de deur'.

2.8. Overgangsregeling

In de vorige paragraaf is besproken aan welke kwalitatieve kenmerken de 'in aanmerking komende verplichtingen' dienen te voldoen om kunnen worden opgenomen in de 'TLAC/MREL-voorraad'. In paragraaf 2.5 is behandeld dat naast de G-SIBs, waarvan op grond van het FSB Term Sheet vaststaat dat deze ondernemingen aan een *ex ante* kwantitatieve verplichting dienen te voldoen, de laatste wijzigingen van de BRRD2 hebben geleid tot een vergelijkbaar regime voor de 'top tier banken' met een balanstotaal van meer dan 100 miljard euro en daarmee gelijk te stellen systeemrelevante banken. Om de impact van deze verregaande vereisten enigszins te mitigeren, is er een reeks compromissen gesloten die verband houden met de kwalitatieve eisen die aan deze banken worden gesteld wat betreft de 'in aanmerking komende verplichtingen'.

Ten eerste herhaal ik op deze plaats het punt dat de regelingen voor TLAC/MREL voor G-SIBs zijn opgenomen in de CRR2, een direct werkende en direct verbindende verordening. Op grond van de inwerkingtredingsregelingen en het overgangsrecht opgenomen in art. 3 CRR2, zullen de desbetreffende bepalingen van 72a e.v. en 92a e.v. CRR2 vrijwel onmiddellijk in werking treden en van toepassing zijn voor G-SIBs. Aannemende dat de CRR2 tekst al in juni 2019 in het Officiële Publicatieblad van de EU verschijnt, betekent dit een inwerkingtreding en toepasselijkheid in juli 2019.⁷⁸ Voor alle andere banken, waarbij de regelingen zijn opgenomen in BRRD2, die nog zal moeten worden geïmplementeerd in het nationale recht van de lidstaten, geldt een termijn van achttien maanden na de inwerkingtreding van de richtlijn. Dat komt er op neer dat alle andere banken, inclusief de top tier banken, op zijn vroegst op 1 januari 2021 aan het nieuwe regime zullen moeten voldoen.

Behalve dit verschil in inwerkingtreding van de nieuwe eisen, geldt er een reeks andere tijdelijke of permanente uitzonderingen of vrijstellingen van de TLAC/MREL regels, met het effect dat er een geleidelijke overgang komt over een periode van enkele jaren of dat sommige aspecten van het TLAC/MREL regime zelfs in het geheel niet van toepassing

78. Zie art. 3(2)(a) CRR2 dat bepaalt dat de bepalingen betreffende 'own funds en eligible liabilities' van toepassing zijn op de datum van inwerkingtreding van de (wijzigings-)verordening, zijnde twintig dagen na de datum van publicatie in het Officieel Publicatieblad van de EU.

zullen zijn voor de kleinere of ‘specialist’⁷⁹ banken die niet als G-SIB kwalificeren. Een en ander komt neer op het volgende.

Het uitgangspunt voor de toepassing van de TLAC/MREL regels is dat alle banken die zijn onderworpen aan de MREL regels op grond van art. 45b BRRD2 moeten voldoen aan de kwalitatieve eisen voor de ‘in aanmerking komende verplichtingen’ zoals bepaald in de artikelen 74a e.v. CRR2. Een en ander betekent dat er een overkoepelende regeling is op het niveau van een direct werkende en direct verbindende verordening die de TLAC/MREL vereisten invult. Deze regeling in de CRR2 wordt echter in belangrijke mate aangevuld met voorschriften die voortvloeien uit bepalingen van de BRRD2, die nog dienen te worden omgezet in de nationale wetgeving van de lidstaten. Vanwege de kruisverwijzingen in BRRD2 bepalingen naar de artikelen 74a e.v. CRR2 moet ervan worden uitgegaan dat de in laatstgenoemde bepalingen geregelde materie pas van toepassing wordt vanaf 2021, en niet eerder, zoals wel het geval is voor de G-SIBs, die reeds in de zomer van 2019 aan deze regels zullen moeten voldoen.

3. Slotbeschouwingen

De invoering van het TLAC Term Sheet van de FSB in Europa is een van de meest controversiële elementen van het Banking pakket waarover de afgelopen twee jaar door de Europese instellingen is onderhandeld. Banken staat opnieuw een zeer zware verplichting te wachten om invulling te geven aan de TLAC/MREL eisen die op grond van het nieuwe regime van CRR2 en BRRD2 een definitieve vorm heeft gekregen. Weliswaar is na de invoering van de BRRD per 1 januari 2016 reeds sprake van het opleggen van MREL verplichtingen, zeker wat betreft de grootste banken van Europa, maar die verplichtingen worden met de CRR2 en BRRD2 fors verzwaaard.

De nieuwe regelingen in CRR2 en BRRD2 leveren een viertal regimes op, naar gelang de kwalificatie van de bank als G-SIB, top tier bank, overige systeemrelevante bank in de zin van de BRRD en alle andere banken. De RWA-factor en de LR-factor zijn in de Europese regelingen vanaf het begin cumulatief van toepassing. Het is met name rond de herkapitalisatie-norm dat er de afgelopen jaren veel discussie is geweest, mede vanwege de opkomst van toepassing van de discretionair door de prudentiële toezichthouders toe te passen ‘Pillar 2’ eis voor banken als een quasi-kapitaaleis die de wettelijke eisen te boven gaat.⁸⁰

79. Zo kent art. 45a BRRD2 een generieke uitzondering van de toepassing van de TLAC/MREL regels voor banken die uitsluitend worden gefinancierd met ‘covered bonds’ en die uitsluitend hypothecaire portefeuilles aanhouden. Het is dezelfde uitzondering die nu reeds is opgenomen in art. 45(3) BRRD.

80. Zie over die kwestie paragraaf 5 van mijn artikel van

De complexiteit van de materie is ook voor de wetgever een hele uitdaging geweest. De nieuwe bepalingen van de BRRD2 op het vlak van MREL zijn op zijn zachtst gezegd niet eenvoudig leesbaar. Wat daarbij ook opvalt is dat de onderhandelingen hebben geleid tot een forse herziening van de oorspronkelijke teksten van de Europese Commissie, en dat daardoor ook het zicht verloren dreigt te raken op de oorspronkelijke bedoelingen van de wetgever. Er is bijvoorbeeld bij de oorspronkelijke redactie van art. 45c BRRD2 van het voorstel van de Europese Commissie van november 2016 weggefallen, dat bij het uitrekenen van de MREL op basis van de ‘RWA-factor’ en de LR-factor sprake is van een alternatieve berekening, waarbij het ‘hoogste van’ beide bedragen als uitgangspunt moet worden genomen. De teksten van CRR2 en BRRD2 lezen, alsof het bij deze factoren om een optelsom zou gaan, hetgeen niet aan de orde is. Wat daarbij ook niet helpt dat in de toelichtingen van de voorstellen die door de wetgever worden gegeven, en in de overwegingen van BRRD2 teksten zijn opgenomen, die taalkundig niet anders kunnen worden gelezen dat de beide factoren als een optelling van de eisen moeten gelden, en niet als alternatieve berekeningen.⁸¹ Wellicht dat de Nederlandse wetgever de exacte bedoelingen van de wetgever nog nader zou kunnen toelichten in het thans in voorbereiding zijnde wetsvoorstel ter implementatie van de BRRD2.

2017 dat in voetnoot 2 is aangehaald.

81. Zie de tekst in voetnoot 7 van de Brief van de Minister van Financiën van 29 mei 2018 betreffende het Verslag Eurogroep en Ecofinraad van 24 en 25 mei 2018 (*Kamerstukken II*, 2017-18 nr. 21 501-07) waarin staat: ‘De minimale eis voor GSIBs is 18% risicogewogen en 6,75% volgens de leverage ratio methode. De minimale eis voor banken met een balans van meer dan 100 miljard euro («top tier banks») is 13,5% risicogewogen en 5% volgens de leverage ratio methode. Daarop gelden nog de zogenaamde gecombineerde buffers, alsook de minimale eis van 8% achterstelling van de balans.’