

III

(Forberedende retsakter)

DEN EUROPÆISKE CENTRALBANK

DEN EUROPÆISKE CENTRALBANKS UDTALELSE

af 8. marts 2017

om et forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om ændring af direktiv 2014/59/EU for så vidt angår usikrede gældsinstrumenters prioritetsrækkefølge ved insolvens

(CON/2017/6)

(2017/C 132/01)

Indledning og retsgrundlag

Henholdsvis den 3. januar 2017 og den 17. februar 2017 modtog Den Europæiske Centralbank (ECB) en anmodning fra Rådet for Den Europæiske Union og Europa-Parlamentet om en udtalelse om et forslag til Europa-Parlamentets og Rådets forordning om ændring af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/59/EU for så vidt angår usikrede gældsinstrumenters prioritetsrækkefølge ved insolvens⁽¹⁾ (i det følgende benævnt »direktivforslaget«).

ECB's kompetence til at afgive udtalelse fremgår af artikel 127, stk. 4 og artikel 282, stk. 5, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde, da direktivforslaget indeholder bestemmelser, som påvirker Det Europæiske System af Centralbankers grundlæggende opgaver i forbindelse med gennemførelsen af Unionens pengepolitik i henhold til artikel 127, stk. 2, første led, ESCB's bidrag til den smidige udførelse af politikker, der angår det finansielle systems stabilitet, som omhandlet i traktatens artikel 127, stk. 5, og de opgaver, som er overdraget til ECB i henhold til traktatens artikel 127, stk. 6, om politikker vedrørende det finansielle tilsyn med kreditinstitutter. I overensstemmelse med artikel 17.5, første punktum, i forretningsordenen for Den Europæiske Centralbank er denne udtalelse vedtaget af ECB's Styrelsesråd.

1. Generelle bemærkninger

- 1.1. ECB glæder sig over direktivforslaget, der fastsætter ændringer i Europa-Parlamentet og Rådets direktiv 2014/59/EU⁽²⁾ vedrørende prioritetsrækkefølgen ved insolvens for indehavere af gældsinstrumenter udstedt af kreditinstitutter i EU og visse andre institutter, som en del af en bredere række af lovgivningsforslag, der har til formål at ændre de retlige rammer for finansielle tjenesteydelser i EU⁽³⁾. Ændringerne i artikel 108 i direktiv 2014/59/EU har til formål at forbedre gennemførelsen af bail-in-værktøjet, jf. direktiv 2014/59/EU, og at fremme anvendelsen af minimumskravet til egenkapital og passiver (minimum requirement for own funds and eligible liabilities, MREL) samt det kommende krav til samlet tabsabsorberende kapacitet (total loss-absorbing capacity, TLAC)⁽⁴⁾ vedrørende kreditinstitutters og investeringsselskabers tabsabsorberings- og rekapitaliseringskapacitet. Ændringerne giver som sådan kreditinstitutter og visse andre institutter et yderligere middel til at opfylde de kommende TLAC- og MREL-krav og forbedre deres afviklingsmuligheder uden at begrænse deres respektive finansieringsstrategier. Denne reform bør vedtages hurtigst muligt med henblik på at bistå kreditinstitutterne i deres forberedelser på at opfylde de nye krav, særligt i de tilfælde, hvor sådanne institutioner stilles over for et underskud i opbygningen af de nødvendige niveauer af tabsabsorberende passiver (hvor efterstillelse er påkrævet), og i lyset af eventuelle begrænsninger i markedets evne til hurtigt at absorbere store mængder af nye udstedelser.

⁽¹⁾ COM(2016) 853 final.

⁽²⁾ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/59/EU af 15. maj 2014 om et regelsæt for genopretning og afvikling af kreditinstitutter og investeringsselskaber og om ændring af Rådets direktiv 82/891/EØF og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/24/EF, 2002/47/EF, 2004/25/EF, 2005/56/EF, 2007/36/EF, 2011/35/EU, 2012/30/EU og 2013/36/EU samt forordning (EU) nr. 1093/2010 og (EU) nr. 648/2012 (EUT L 173 af 12.6.2014, s. 190).

⁽³⁾ ECB er blevet hørt af Rådet vedrørende den bredere række af lovgivningsforslag, som Kommissionen har fremsat, og ECB's udtalelse om disse forslag kan indeholde yderligere observationer af relevans for denne udtalelse, særligt for så vidt angår forslagene til »belånbare passivinstrumenter«.

⁽⁴⁾ Jf. Financial Stability Boards (FSB) »Principles on Loss-absorbing and Recapitalisation Capacity of G-SIBs in Resolution: Total Loss-absorbing Capacity (TLAC) Term Sheet«, 9. november 2015, som findes på FSB's websted www.fsb.org.

- 1.2. ECB deler fuldt ud Kommissionens synspunkt om, at der er brug for harmoniserede regler i det indre marked om behandlingen af visse bankkreditorer ved insolvens og afvikling med henblik på at reducere afvigelser mellem nationale regler vedrørende bankers tabsabsorberings- og rekapitaliseringskapacitet, som kan forvride konkurrencen i det indre marked. ECB bemærker, at harmoniseringen inden for dette område er særlig vigtig for at sikre den finansielle stabilitet samt for at støtte effektive afviklingsforanstaltninger, herunder gennemførelsen af bail-in-værktøjet i henhold til direktiv 2014/59/EU i en grænseoverskridende sammenhæng, og at reducere usikkerheden for udstedere og investorer.
- 1.3. ECB gentager sin holdning ⁽¹⁾ om, at fælles retlige rammer på EU-niveau vedrørende kreditorernes prioritetsrækkefølge, herunder for så vidt angår efterstilling af gældsinstrumenter og andre lignende finansielle instrumenter i afviklingsprocedurer og/eller insolvensbehandlinger, kan bidrage til at fremme integrationen af markedet for finansielle tjenesteydelser inden for EU og lette ECB's opgaver med hensyn til både pengepolitikken og tilsynet inden for Den Fælles Tilsynsmekanisme.
- 1.4. ECB er af den opfattelse, at direktivforslaget kun vil medføre en delvis harmonisering, og at yderligere reformer for at fremme mere harmonisering i kreditorfordrings prioritetsrækkefølge ved insolvens vil være nyttige. Særligt bør en generel regel om indskyderpræference, som er baseret på en trinvis fremgangsmåde, inkorporeres i EU-lovgivningen. Dette vil forbedre mulighederne for at foretage afvikling, da det afklarer kreditorernes prioritetsrækkefølge og fremmer fordelingen af tab mellem bankernes usikrede gældsinstrumenter før visse operationelle forpligtelser, og samtidig imødegå betænkelighederne vedrørende princippet om, at ingen kreditorer må stilles ringere end under en almindelig insolvensbehandling ⁽²⁾.

2. Specifikke bemærkninger

2.1. Den nye aktivklasse af »ikkeprivilegerede« seniorgældsinstrumenter

ECB glæder sig over direktivforslagets forslag om, at der oprettes en ny aktivklasse af »ikkeprivilegerede« seniorgældsinstrumenter, som er efterstillet almindelige usikrede seniorgældsinstrumenter ved insolvens. Denne lavere prioritet er fastsat ved lovmæssige rammer, som anerkender de kontraktmæssige efterstillelsesordninger, der er indeholdt i de relevante vilkår og betingelser for udstedelsen af sådanne »ikkeprivilegerede« seniorgældsinstrumenter.

- 2.1.1. For så vidt angår kravet om, at den nye aktivklasse af »ikkeprivilegerede« seniorgældsinstrumenter skal have en oprindelig løbetid på et år, er ECB af den opfattelse, at kreditinstitutter ⁽³⁾ og visse andre institutter bør have tilladelse til at udstede »ikkeprivilegerede« seniorgældsinstrumenter med oprindelige løbetider på enten over eller under et år. »Ikkeprivilegerede« seniorgældsinstrumenter med en oprindelig løbetid eller restløbetid på under et år er ganske vist ikke godkendt til at opfylde MREL- og TLAC-kravene, men disse instrumenter kan stadig omfattes af bail-in og derved øge instituttets tabsabsorberingskapacitet. ECB bemærker, at hvis »ikkeprivilegerede« seniorgældsinstrumenter udstedes med oprindelige løbetider på mere end et år, vil dette positivt forlænge denne aktivklassens gennemsnitlige løbetid og derved bidrage til at forbedre institutternes afviklingsmuligheder.
- 2.1.2. For så vidt angår kravet om, at den nye aktivklasse af »ikkeprivilegerede« seniorgældsinstrumenter ikke må have karakter af derivater, kan det være værd at overveje, om det på dette trin vil være formålstjenligt at klarlægge, hvad begrebet karakter af derivater faktisk dækker, eventuelt igennem udviklingen af reguleringsmæssige tekniske standarder.
- 2.1.3. ECB forstår det således, at de foreslåede rammer for den lovmæssige anerkendelse af kontraktmæssig efterstilling i henhold til vilkårene og betingelserne for »ikkeprivilegerede« seniorgældsinstrumenter som en ny aktivklasse ikke vil være til hinder for, at medlemsstaterne bevarer en lovbestemt efterstillelsesordning ⁽⁴⁾. Ifølge direktivforslaget vil »ikkeprivilegerede« seniorgældsinstrumenter være efterstillet »almindelige usikrede fordringer vedrørende gældsinstrumenter med den højeste prioritet blandt gældsinstrumenter i henhold til de nationale bestemmelser om almindelig insolvensbehandling«. Denne fremgangsmåde kan imidlertid være vanskelig at følge i medlemsstater, hvor efterstillingen af usikrede seniorgældsinstrumenter allerede er blevet fastsat på lovmæssigt

⁽¹⁾ Jf. eksempelvis udtalelse CON/2016/28, CON/2016/7 og CON/2015/31. Alle ECB's udtalelser er tilgængelige på ECB's websted www.ecb.europa.eu.

⁽²⁾ Jf. afsnit 3.1.2 i udtalelse CON/2016/28 samt afsnit 3.7.1 i udtalelse CON/2015/35.

⁽³⁾ Bemærk, at »ikkeprivilegerede« seniorgældsinstrumenter også kan udstedes af et datterselskab i form af en intern MREL i en single point of entry-strategi, og sådanne instrumenter bør også være tilgængelige for tabsabsorbering i en fase forud for afviklingen, såfremt datterselskabet som det udstedende institut ikke er bragt under afvikling.

⁽⁴⁾ Jf. udtalelse CON/2016/28 og CON/2015/31 for diskussioner af de nationale insolvensregler, som fastsætter lovbestemt efterstilling af usikrede seniorgældsinstrumenter.

grundlag i national ret⁽¹⁾, og hvor sådanne instrumenter på nuværende tidspunkt har den laveste prioritet blandt ikkeefterstillede forpligtelser. For så vidt angår disse jurisdiktioner kunne det være nyttigt at tydeliggøre i direktivforslaget, at »ikkeprivilegerede« seniorgældsinstrumenter er sidestillet med usikrede seniorgældsinstrumenter, som allerede er omfattet af lovbestemt efterstillelse. Yderligere differentiering i kreditorfordringers prioritetsrækkefølge, hvor »ikkeprivilegerede« seniorgældsinstrumenter er stillet anderledes (efterstillet), er måske ikke nødvendig. I medlemsstater, hvor lovbestemt efterstillelse allerede er blevet gennemført, vil kreditinstitutterne kunne anvende de eksisterende usikrede seniorgældsinstrumenter til tabsabsorbering uden straks at have brug for at udstede nye »ikkeprivilegerede« seniorgældsinstrumenter. Med henblik på at fremme harmonisering for så vidt angår måden, hvorpå usikrede seniorgældsinstrumenter skal efterstilles i kreditorfordringernes prioritetsrækkefølge, og for at fremme oprettelsen af et fælles marked for sådanne gældsinstrumenter, ville det være nyttigt, hvis direktivforslaget indeholdt en bestemmelse, som præciserer, at når løbetiden udløber for eksisterende gældsinstrumenter, som er omfattet af lovbestemt efterstillelse, skal nye udstedelser af seniorgældsinstrumenter, som er påtænkt at være efterstillet, hvor det er hensigtsmæssigt (f.eks. hvor de ikke har karakter af derivater) følge den ordning, der er oprettet for »ikkeprivilegerede« seniorgældsinstrumenter.

- 2.1.4. Hvad angår kravene til efterstillelse fastsat i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 575/2013⁽²⁾ og direktiv 2014/59/EU, bør det præciseres, at seniorgældsinstrumenter, som er omfattet af lovbestemt efterstillelse eller strukturel efterstillelse, vil forblive nedskrivningsrelevante, med forbehold af de gældende kriterier for »nedskrivningsrelevante passivinstrumenter«, i tillæg til den nye aktivklasse af »ikkeprivilegerede« seniorgældsinstrumenter.

2.2. Overgangsordninger

ECB henleder opmærksomheden på behovet for klarhed vedrørende de påtænkte overgangsordninger, som finder anvendelse for usikrede seniorgældsinstrumenter, der er udestående på det tidspunkt, hvor den nye ordning får virkning, herunder om der kræves specifikke mekanismer i forbindelse med anvendelsen af overgangsbestemmelserne (jf. afsnit 2.1.3). En sådan klarhed er væsentlig med henblik på at sikre retssikkerheden for investorer og udstedere under overgangsperioden. ECB forstår det således, at gældende national lovgivning fortsat finder anvendelse på gældsinstrumenter, som allerede var udestående før direktivforslagets ikrafttrædelsesdato. ECB mener også, at der kan opstå usikkerhed med hensyn til de gældende retlige rammer for nye udstedelser i overgangsperioden mellem direktivforslagets ikrafttrædelsesdato og den dato, hvorpå de nye rammer gennemføres i den nationale lovgivning om insolvens. Navnlig bør direktivforslagets påtænkte skæringsdato for anvendelse af den nationale lovgivning genovervejes, da denne dato ligger længe før direktivforslagets påtænkte ikrafttrædelsesdato. Der bør tages behørigt hensyn til, at det kan tage yderligere tid, før ændringerne i den nationale lovgivning om insolvens får virkning efter gennemførelsen af direktivforslaget.

2.3. Generel indskyderpræference

- 2.3.1. ECB ser en fordel i at indføre en generel indskyderpræference, som er baseret på en trinvis fremgangsmåde, i EU⁽³⁾. Dette ville supplere de forslag, der er fremsat i direktivforslaget. I henhold til en generel regel om indskyderpræference efterstilles krav fra almindelige usikrede ikkeprivilegerede kreditorer typisk alle indskyderkrav, mens berettigede indskud efterstilles garanterede indskud i en trinvis indskyderpræferenceordning, men andre ikkeefterstillede forpligtelser efterstilles stadig usikrede indskud⁽⁴⁾. Det er værd at bemærke, at medlemsstaterne i henhold til direktiv 2014/59/EU ikke er udelukket fra at fastsætte generelle regler om indskyderpræference i national lovgivning⁽⁵⁾, hvilket en række medlemsstater også har gjort for nylig⁽⁶⁾.

⁽¹⁾ I denne sammenhæng betyder lovpligtig efterstillelse en efterstillelse baseret på en lovgivningsmæssig ramme, der finder anvendelse på udstederen af et usikret gældsinstrument, der ikke også er omfattet af efterstillelse i henhold til de vilkår og betingelser, der gælder for gældsinstrumentet, dvs. en kontraktmæssig efterstillelse.

⁽²⁾ Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 575/2013 af 26. juni 2013 om tilsynsmæssige krav til kreditinstitutter og investeringsselskaber og om ændring af forordning (EU) nr. 648/2012 (EUT L 176 af 27.6.2013, s. 1).

⁽³⁾ Jf. afsnit 3.1.2 i udtalelse CON/2016/28 samt afsnit 3.7.1 i udtalelse CON/2015/35. Jf. også udskriften af spørgsmålene og svarene efter formanden for ECB's indledning til ECB's pressekonference den 4. april 2013, som findes på ECB's websted www.ecb.europa.eu.

⁽⁴⁾ Jf. International Association of Deposit Insurers' »Core Principles for Effective Deposit Insurance Systems«, november 2014, s. 8. Eksempelvis har en generel (national) indskyderpræference været inkorporeret i amerikansk lovgivning siden 1993, hvor der i forbindelse med likvidationen af et nødlidende forsikret depotinstitut ved lov gives præference til ethvert indenlandsk instituts indlånsforpligtelse forud for instituttets andre generelle eller ikkeefterstillede forpligtelser. Jf. afsnit 1821, underafsnit d, stk. 11, litra A) og 1813, underafsnit l, stk. 5, litra A) af del 12, kapitel 16 i den amerikanske lov.

⁽⁵⁾ Jf. udtalelse CON/2016/28, afsnit 3.1.3.

⁽⁶⁾ Jf. artikel 91 i den italienske banklov (lovdekret nr. 385 af 1. september 1993), artikel 207 i den slovenske lov om afvikling af banker (EUT nr. 44/2016) og artikel 145A i den græske banklov (lov 4261/2014).

- 2.3.2. ECB bemærker, at etableringen af en prioritetsrækkefølge for alle indskud forventes at fremme gennemførelsen af bail-in-værktøjet i forbindelse med afvikling, fordi afviklingsmyndigheden vil kunne foretage en bail-in af andre seniorbankgældsinstrumenter forud for indskud, mens risikoen for erstatningskrav i henhold til princippet om, at ingen kreditorer må stilles ringere, minimeres. Sådanne seniorbankgældsinstrumenter omfattet af bail-in anses for at medføre en mindre risiko for afsmitningseffekter end operationelle passiver såsom indskud. En generel indskyderpræference vil derfor sandsynligvis gøre seniorbankgældsinstrumenter omfattet af bail-in mere effektive og troværdige og derved fremme effektive afviklingsforanstaltninger og begrænse behovet for at anvende afviklingsfonden ⁽¹⁾.
- 2.3.3. Ud over at forbedre afviklingsmulighederne vil oprettelsen af en generel indskyderpræference, som er baseret på en trinvis fremgangsmåde, på tværs af EU fremme yderligere harmonisering i EU for så vidt angår kreditorfordringer prioritetsrækkefølge ved bankers insolvens ⁽²⁾.
- 2.3.4. Den nuværende ordning efter direktiv 2014/59/EU kræver, at medlemsstaterne sikrer, at indskud op til dækningsniveauet på 100 000 EUR placeres højere i prioritetsrækkefølgen blandt usikrede fordringer, som er sikret ved indskudsgarantiordningen (deposit guarantee scheme, DGS), i den nationale lovgivning om almindelig insolvensbehandling ⁽³⁾. Den næsthøjeste prioritet gives til berettigede indskud, som overstiger dækningsniveauet på 100 000 EUR, og som indehaves af fysiske personer eller mikrovirksomheder, små eller mellemstore virksomheder ⁽⁴⁾. Store virksomhedsindskud efterstilles, typisk sidestillet med andre af kreditinstituttets almindelige usikrede kreditors fordringer, i overensstemmelse med national lovgivning. ECB forstår det således, at prioritetsrækkefølgen af andre privilegerede fordringer såsom skatte- og lønfordringer fastsættes i den gældende nationale lovgivning. En generel indskyderpræference, som er baseret på en trinvis fremgangsmåde, vil kunne opnås ved at indføre en tredje prioritet i artikel 108 i direktiv 2014/59/EU for andre indskud såsom store virksomhedsindskud, kreditinstituttets indskud, investeringsforeninger, pensionskasser mv., som vil blive efterstillet den højere prioritet for dækkede indskud og præferencen for visse berettigede indskud, men have højere prioritet end andre efterstillede forpligtelser ⁽⁵⁾.

2.4. *Behandling af supplerende kapitalinstrumenter*

På trods af den forbedring, som direktivforslaget tilsigter, kan den fortsatte fragmentering mellem de nationale insolvensordninger fortsat udgøre en udfordring. Dette er særligt tilfældet for så vidt angår supplerende kapitalinstrumenter og andre efterstillede forpligtelser ved insolvens og afvikling. Mens nogle nationale insolvensordninger sonderer mellem supplerende kapitalinstrumenters prioritet og andre efterstillede forpligtelser prioritet ved insolvens, sidestilles supplerende kapitalinstrumenter i andre jurisdiktioner med andre former for efterstillede forpligtelser. Dette kan vanskeliggøre afviklingsmyndighedernes udøvelse af bail-in-beføjelserne såsom nedskrivning og omregning i medfør af direktiv 2014/59/EU, da supplerende kapitalinstrumenter skal omfattes af bail-in før efterstillet gæld, medmindre sidstnævnte udgør hybrid kernekapital eller supplerende kapital ⁽⁶⁾. Yderligere harmonisering bør tilstræbes inden for dette område, eksempelvis ved at kræve, at nationale insolvensordninger tilpasses således, at supplerende kapitalinstrumenter behandles anderledes og efterstilles andre efterstillede forpligtelser. Et andet område, som bør afklares yderligere, er, hvorledes koncerninterne forpligtelser skal rangordnes i hierarkiet af kreditfordringer ved bankers insolvens.

2.5. *Virkning på gældsinstrumenters belånbarhed som sikkerhed for kreditoperationer i Eurosystemet*

ECB bemærker de mulige konsekvenser af at efterstille seniorgældsinstrumenter andre gældsinstrumenter fra den samme udsteder med hensyn til førstnævntes belånbarhed som sikkerhed for kreditoperationer i Eurosystemet.

⁽¹⁾ Jf. udtalelse CON/2016/28, afsnit 3.1.2, samt udtalelse CON/2015/35, afsnit 3.7.1.

⁽²⁾ Jf. udtalelse CON/2015/35, afsnit 3.7.3.

⁽³⁾ Bemærk, at indskudsgarantiordningen har samme prioritet i det tilfælde, hvor den indtræder i indskydernes rettigheder og forpligtelser efter tilbagebetaling af dækkede indskud.

⁽⁴⁾ Den samme prioritet gives til indskud, som ville have været berettiget til dækning under indskudsgarantiordningen, hvis de ikke var blevet foretaget gennem filialer af kreditinstitutter i EU, der er beliggende i en jurisdiktion, som ikke er en EU- eller EØS-medlemsstat.

⁽⁵⁾ Visse mindre kreditinstitutter kan være overvejende afhængige af store indskud (dvs. indskud over 100 000 EUR fra andre end fysiske personer, mikrovirksomheder, små eller mellemstore virksomheder) med en restløbetid på mindst et år for at kunne opfylde deres MREL-krav, forudsat at afviklingsmyndigheden ikke pålægger et krav om efterstillelse. ECB bemærker, at Kommissionen foreslår at ændre artikel 45, stk. 4, litra f), og at indsætte en ny artikel 45b i direktiv 2014/59/EU (som henviser til de nye artikler 72a og 72b i forordning (EU) nr. 575/2013), og forstår disse foreslåede ændringer således, at de ikke er til hinder for afhængighed af store virksomhedsindskud med en restløbetid på mindst et år med henblik på at opfylde MREL-kravene på samme måde som efter den nuværende ordning.

⁽⁶⁾ Jf. artikel 48, stk. 1, i direktiv 2014/59/EU.

Den Europæiske Centralbanks retningslinje (EU) 2015/510 (ECB/2014/60) ⁽¹⁾ fastsætter en fælles ramme, som finder anvendelse i Eurosystemet på aktiver, som kan stilles som sikkerhed for sådanne operationer. For at være belånbare som sikkerhed skal de omsættelige aktiver være gældsinstrumenter, som opfylder belånbarhedskriterierne fastsat i retningslinje (EU) 2015/510 (ECB/2014/60). I henhold til retningslinjens artikel 64 medfører belånbare gældsinstrumenter »ikke rettigheder til hovedstolen og/eller renten, som er efterstillet rettigheder tilhørende indehavere af andre gældsinstrumenter fra samme udsteder« ⁽²⁾.

2.6. *Tekniske bemærkninger og ændringsforslag*

Hvor ECB foreslår ændringer af direktivforslaget, vedlægges som bilag ændringsforslag med en begrundelse herfor i et separat teknisk arbejdsdokument. Det tekniske arbejdsdokument er tilgængeligt på engelsk på ECB's websted.

Udfærdiget i Frankfurt am Main, den 8. marts 2017.

Mario DRAGHI
Formand for ECB

⁽¹⁾ Den Europæiske Centralbanks retningslinje (EU) 2015/510 af 19. december 2014 om gennemførelse af Eurosystemets pengepolitiske ramme (ECB/2014/60) (EUT L 91 af 2.4.2015, s. 3).

⁽²⁾ Jf. særligt udtalelse CON/2016/7, afsnit 3.3.