

VERORDENINGEN

GEDELEGEERDE VERORDENING (EU) 2016/860 VAN DE COMMISSIE

van 4 februari 2016

tot nadere omschrijving van de omstandigheden waarin uitsluiting van de toepassing van de afschrijvings- of omzettingsbevoegdheden noodzakelijk is krachtens artikel 44, lid 3, van Richtlijn 2014/59/EU van het Europees Parlement en de Raad betreffende de totstandbrenging van een kader voor het herstel en de afwikkeling van kredietinstellingen en beleggingsondernemingen

DE EUROPESE COMMISSIE

Gezien het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie,

Gezien Richtlijn 2014/59/EU van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 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, van het Europees Parlement en de Raad ⁽¹⁾, en met name artikel 44, lid 11,

Overwegende hetgeen volgt:

- (1) In het kader van afwikkeling is het cruciaal dat de afwikkelingsautoriteiten voldoende worden begeleid om te waarborgen dat het instrument van bail-in over de hele Unie op juiste en samenhangende wijze wordt toegepast. Het beginsel dat het instrument van bail-in mag worden toegepast op alle passiva, tenzij zij uitdrukkelijk zijn uitgesloten krachtens artikel 44, lid 2, van Richtlijn 2014/59/EU, is overkoepelend. Daarom mogen geen passiva geacht worden altijd van bail-in te zijn uitgesloten, tenzij zij behoren tot de lijst van passiva die uitdrukkelijk zijn uitgesloten krachtens die bepaling. De afwikkelingsautoriteit moet zich reeds tijdens de afwikkelingsplanning en de beoordeling van de afwikkelbaarheid immers richten op een beperking van uitsluitingen van bail-in met het oog op de naleving van het beginsel dat de aandeelhouders en schuldeisers de kosten van de afwikkeling opvangen.
- (2) Een algemeen beginsel inzake afwikkeling is dat de aandeelhouders en schuldeisers bij afwikkeling verliezen moeten opvangen volgens de rangorde van hun vorderingen overeenkomstig normale insolventieprocedures. Daarnaast moeten schuldeisers van dezelfde categorie op billijke wijze worden behandeld. Tegen deze achtergrond is er behoefte aan een duidelijke afbakening van de discretionaire bevoegdheid van de afwikkelingsautoriteiten om bepaalde passiva geheel of gedeeltelijk uit te sluiten van bail-in en de verliezen over te dragen aan andere schuldeisers of, indien nodig, aan de afwikkelingsfondsen. Daarom moeten de omstandigheden die het mogelijk maken dat de schuldeisers worden uitgesloten van bail-in zorgvuldig worden uiteengezet en moet elke afwijking van het beginsel van gelijke behandeling van schuldeisers van dezelfde rang (het zogenoemde pari-passubeginsel) evenredig, door het algemeen belang gerechtvaardigd en niet-discriminerend zijn.
- (3) Het is belangrijk om de afwikkelingsautoriteiten een kader te verstrekken bij de uitoefening van hun bevoegdheden om passiva of een categorie van passiva uit te sluiten van bail-in, onder de uitzonderlijke omstandigheden die vermeld staan in artikel 44, lid 3, van Richtlijn 2014/59/EU om meer duidelijkheid te scheppen bij een bepaald afwikkelingsscenario. De afwikkelingsautoriteiten moeten echter over enige flexibiliteit beschikken om per geval te beoordelen of uitsluitingen strikt noodzakelijk en evenredig zijn.
- (4) Het besluit om gebruik te maken van het instrument van bail-in (of andere afwikkelingsinstrumenten) moet worden genomen om de in artikel 31, lid 2, van Richtlijn 2014/59/EU vermelde afwikkelingsdoelstellingen te verwezenlijken. In dezelfde lijn moeten deze afwikkelingsdoelstellingen ook de basis vormen voor de besluiten betreffende het gebruik van het instrument, met inbegrip van het besluit om passiva of een categorie van passiva in een bepaald geval uit te sluiten van de toepassing van bail-in.
- (5) In overeenstemming met deze beginselen moet de capaciteit om bepaalde passiva geheel of gedeeltelijk uit te sluiten van de toepassing van de afschrijvings- of omzettingsbevoegdheden overeenkomstig artikel 44, lid 3, van Richtlijn 2014/59/EU worden beperkt tot hetgeen minimaal noodzakelijk is om de doelstellingen die de uitsluiting rechtvaardigen te bereiken. Hiertoe moet de voorkeur zo veel mogelijk uitgaan naar de optie om

⁽¹⁾ PBL 173 van 12.6.2014, blz. 190.

passiva gedeeltelijk uit te sluiten door de omvang van de afschrijving ervan te beperken indien dit toereikend is om de doelstelling te verwezenlijken, en niet naar de gehele uitsluiting van bail-in.

- (6) Het uitzonderlijke gebruik van de bevoegdheid om passiva of een categorie van passiva geheel of gedeeltelijk uit te sluiten, mag geen gevolgen hebben voor de verantwoordelijkheden van de afwikkelingsautoriteiten inzake de waarborging dat instellingen en groepen afwikkelbaar zijn en dat zij beschikken over voldoende middelen om te voldoen aan de minimumvereiste voor eigen vermogen en in aanmerking komende passiva (minimum requirement for own funds and eligible liabilities — MREL) teneinde bij afwikkeling verliezen op te vangen en herkapitalisatie te waarborgen in overeenstemming met het afwikkelingsplan. Overeenkomstig artikel 45, lid 6, onder c), van Richtlijn 2014/59/EU moeten de relevante afwikkelingsautoriteiten immers rekening houden met waarschijnlijke uitsluitingen wanneer zij ervoor zorgen dat de instelling voldoende capaciteit heeft om het verlies op te vangen en herkapitalisatie te bewerkstelligen. Aangezien de uitsluiting van bepaalde passiva van bail-in het niveau van deze beschikbare capaciteit bij afwikkeling aanzienlijk kan verminderen, moet de waarschijnlijke noodzaak van dergelijke uitsluitingen door de afwikkelingsautoriteit worden beoordeeld bij het vastleggen van de MREL in overeenstemming met artikel 45, lid 6, onder c), van Richtlijn 2014/59/EU.
- (7) Gezien het uitzonderlijke karakter van de mogelijkheid die de afwikkelingsautoriteit heeft om passiva of een categorie van passiva uit te sluiten van bail-in overeenkomstig artikel 44, lid 3, van Richtlijn 2014/59/EU, moet de beoordeling van de afwikkelingsautoriteit op goede gronden berusten. Wanneer dergelijke uitsluitingen het gebruik van het afwikkelingsfonds impliceren, moet de afwikkelingsautoriteit een gefundeerde toelichting geven bij de uitzonderlijke omstandigheden die tot de uitsluiting hebben geleid. Deze toelichting is essentieel voor de Commissie om haar mandaat te kunnen uitvoeren krachtens artikel 44, lid 12, van Richtlijn 2014/59/EU op basis waarvan de Commissie binnen 24 uur na kennisgeving door de afwikkelingsautoriteit van het besluit om bepaalde passiva uit te sluiten, moet besluiten om de voorgestelde uitsluiting te verbieden of om te eisen dat daaraan wijzigingen worden aangebracht. De toelichting die de afwikkelingsautoriteit aan de Commissie verstrekt, moet evenredig zijn en er moet worden gelet op de geschiktheid als gerechtvaardigd door de specifieke omstandigheden van het geval.
- (8) In het geval van afwikkeling moet op passiva die worden meegeteld voor de minimumvereiste, in beginsel, steeds het instrument van bail-in worden toegepast in de mate dat dit noodzakelijk is voor het opvangen van de verliezen en de herkapitalisatie van de instelling, voor zover de afwikkelingsautoriteiten op het ogenblik van de afwikkelingsplanning inderdaad voorzien dat deze passiva op een geloofwaardige en haalbare wijze bijdragen aan het opvangen van verliezen en herkapitalisatie. In de uitzonderlijke gevallen waarin de afwikkelingsautoriteit moet gebruikmaken van een uitsluiting krachtens artikel 44, lid 3, van Richtlijn 2014/59/EU waarmee geen rekening is gehouden in de afwikkelingsplanning en wanneer dergelijke uitsluitingen het gebruik van het afwikkelingsfonds zouden impliceren, moet de afwikkelingsautoriteit toelichten welke uitzonderlijke omstandigheden de uitsluiting rechtvaardigen en de redenen opgeven waarom de afwikkelingsautoriteit op het ogenblik van de afwikkelingsplanning deze uitzonderlijke omstandigheden niet kon voorzien. Het vereiste om deze factoren toe te lichten, moet op evenredige en passende wijze worden toegepast met inachtneming van de noodzaak van tijdige afwikkelingsmaatregelen.
- (9) De mogelijkheid om passiva uit te sluiten van bail-in krachtens artikel 44, lid 3, van Richtlijn 2014/59/EU moet worden uitgeoefend met volledige inachtneming van de algemene beginselen van het recht van de Unie en mag met name geen gevolgen hebben voor de waarborgen die andere schuldeisers beschermen, namelijk het beginsel dat geen enkele schuldeiser grotere verliezen mag lijden dan hij zou hebben geleden mocht de instelling volgens een normale insolventieprocedure zijn geliquideerd (beginsel dat geen enkele schuldeiser slechter af mag zijn). Bij het maken van uitsluitingen krachtens artikel 44, lid 3, van Richtlijn 2014/59/EU en bij het opstellen van het afwikkelingsplan moeten de afwikkelingsautoriteiten eraan denken dat zij deze waarborgen evenals het risico inzake compensatie van schuldeisers in verband met de schending van deze waarborgen in acht moeten nemen. Het feit dat rechtbanken het besluit van de afwikkelingsautoriteit om passiva uit te sluiten, kunnen toetsen, mag evenwel niet de enige reden voor verdere uitsluiting zijn. Een en ander mag geen afbreuk doen aan het feit dat naar behoren aandacht wordt geschonken aan eerdere gerechtelijke uitspraken over afwikkelingsmaatregelen indien deze relevant zijn voor het specifieke geval.
- (10) De algemene capaciteit van de afwikkelingsautoriteit om uitsluitingen te maken, wordt beperkt door het feit dat verliezen die niet volledig worden opgevangen door schuldeisers wegens uitsluitingen, enkel door de afwikkelingsfinancieringsregeling kunnen worden gedekt wanneer aandeelhouders en schuldeisers een bedrag hebben bijgedragen dat ten minste gelijk is aan 8 % van de totale passiva van de instelling, met inbegrip van het eigen vermogen.

- (11) Uitsluitingen moeten per geval worden bekeken door relevante overwegingen te analyseren in het kader van elk van de mogelijke redenen van uitsluiting krachtens artikel 44, lid 3, van Richtlijn 2014/59/EU, niet door de specifieke aard van de betrokken instellingen afzonderlijk te bekijken. Deze aanpak moet zorgen voor een samenhangende benadering van uitzonderlijke omstandigheden en moet onnodige concurrentievervalsingen voorkomen. Indien relevant, moet rekening worden gehouden met de kenmerken van een instelling (zoals omvang, verwevenheid of complexiteit) om te beoordelen of is voldaan aan de omstandigheden die rechtvaardigen dat passiva van bail-in worden uitgesloten. Deze kenmerken op zich rechtvaardigen echter niet automatisch dat de passiva van een instelling van bail-in worden uitgesloten.
- (12) Een aantal algemene factoren, zoals de marktvoorwaarden, omstandigheden van falen of het niveau van door de instelling gemaakte verliezen, kan van invloed zijn op de waarschijnlijkheid dat uitzonderlijke omstandigheden, zoals omschreven in artikel 44, lid 3, van Richtlijn 2014/59/EU ontstaan. Dergelijke algemene factoren mogen evenwel geen verdere onafhankelijke redenen voor uitsluiting vormen naast die welke zijn vermeld in artikel 44, lid 3, onder a) tot en met d), van Richtlijn 2014/59/EU.
- (13) Wanneer de afwikkelingsautoriteit nagaat of er voldaan is aan een of meer omstandigheden die uitsluitingen van bail-in rechtvaardigen, moet zij er rekening mee houden na hoeveel tijd het op handen zijnde falen van een instelling niet langer op ordelijke wijze kan worden afgehandeld. Wanneer de afwikkelingsplannen en MREL voor elke instelling zijn vastgelegd en obstakels voor de afwikkeling zijn aangepakt, wordt verwacht dat de instelling beschikt over de nodige capaciteit om de verliezen op te vangen en herkapitalisatie te bewerkstelligen. Het afwikkelingsschema moet immers het afwikkelingsplan, met inbegrip van de afwikkelingsstrategie, volgen tenzij de afwikkelingsautoriteit, rekening houdend met de omstandigheden van de zaak, van oordeel is dat de afwikkelingsdoelstellingen op doeltreffendere wijze kunnen worden verwezenlijkt door maatregelen te nemen waarin het afwikkelingsplan niet voorziet.
- (14) Tijdens de periode waarin de afwikkelingsplannen en MREL nog niet zijn aangenomen en er weinig tijd is geweest om te beslissen over de gedetailleerde tenuitvoerlegging van de afwikkelingsstrategie door de afwikkelingsautoriteit, is de kans groter dat er gevallen zullen zijn waarin het instrument van bail-in binnen een redelijke termijn niet op alle in aanmerking komende passiva kan worden toegepast. De bepaling van wat „een redelijke termijn” is, moet samenhangen met de vereiste snelheid en zekerheid om de bail-in tegen een bepaalde datum af te ronden teneinde het bedrijf op doeltreffende wijze te stabiliseren. Indien het niet haalbaar is om tegen die datum alle taken uit te voeren die nodig zijn om de bail-in op bepaalde passiva toe te passen, wordt de bail-in niet mogelijk geacht „binnen een redelijke termijn”. Op basis van de criteria om te bepalen wat een „redelijke termijn” is, moet worden besloten wanneer „moeilijk” neerkomt op „onmogelijk”.
- (15) In principe komen passiva die vallen onder het recht van een derde land voor bail-in, in aanmerking voor zover zij niet zijn uitgesloten krachtens artikel 44, lid 2. Het mechanisme waarin is voorzien krachtens artikel 55 strekt ertoe de waarschijnlijkheid te verhogen dat op die passiva bail-in kan worden toegepast binnen een redelijke termijn. Even belangrijk is dat artikel 67 van Richtlijn 2014/59/EU bepaalt dat afwikkelingsautoriteiten de discretionaire bevoegdheid hebben om te vereisen dat de bewindvoerder, curator of andere persoon die zeggenschap over de instelling in afwikkeling uitoefent, alle noodzakelijke stappen neemt om ervoor te zorgen dat de afschrijving of omzetting van passiva die onder het recht van een derde land vallen, van kracht wordt. Aangezien echter dergelijke passiva niet onder het EU-recht vallen, blijft een risico bestaan dat in uitzonderlijke gevallen, ondanks het feit dat de afwikkelingsautoriteit zich tot het uiterste inspant en onder meer ook discretionaire bevoegdheid krachtens artikel 67 uitoefent, binnen een redelijke termijn problemen met de vatbaarheid voor bail-in van dergelijke passiva worden ondervonden.
- (16) Een praktische belemmering voor de bail-in van bepaalde passiva kan het feit omvatten dat de omvang van de passiva niet is bepaald of moeilijk te bepalen is op het ogenblik dat de afwikkelingsautoriteit het instrument van bail-in toepast. Dit kan het geval zijn voor door zekerheid gedekte passiva met een waarde die hoger is dan die van de betrokken zekerheid of passiva die afhangen van onzekere gebeurtenissen in de toekomst, zoals buitenbalansposten of niet-opgenomen verbintenissen. Dergelijke obstakels kunnen uit de weg worden geruimd door een passende waardering, zoals annulering van de vordering en bepaling van de waarde door raming, met behulp van een relevante waarderingmethode, of toepassing van een waarderingcorrectie met een „virtueel” percentage.
- (17) Hoewel bail-in in sommige gevallen ook moeilijk kan zijn bij derivaten, legt artikel 49 van Richtlijn 2014/59/EU duidelijk vast hoe de bail-in van derivaten moet gebeuren, namelijk na het sluiten van de positie. Het feit dat het moeilijk kan zijn om het gesaldeerde bedrag na het sluiten van de positie op korte termijn te bepalen, mag niet leiden tot automatische uitsluiting omdat dit ook kan worden opgelost met behulp van relevante waarderingmethoden zoals vastgelegd door de Commissie krachtens artikel 49, lid 5, van Richtlijn 2014/59/EU, in het bijzonder tijdens de voorlopige waardering. In dit verband moeten instellingen aantonen dat zij de nodige

informatie kunnen verstrekken om een waardering uit te voeren met het oog op afwikkeling. De afwikkelingsautoriteiten moeten zich er met name van vergewissen dat instellingen in staat zijn om de vereiste up-to-date informatie te verstrekken binnen het krachtens de afwikkelingsstrategie vereiste tijdsbestek, met name ter staving van een geloofwaardige waardering vóór en tijdens de afwikkeling krachtens artikel 36 van Richtlijn 2014/59/EU. Daarnaast vermelden de richtsnoeren dat de afwikkelingsautoriteiten moeten overwegen om te eisen dat instellingen activa afstoten die de haalbaarheid van de waardering sterk in het gedrang brengen.

- (18) Artikel 2 van Richtlijn 2014/59/EU definieert de begrippen „kritieke functies” en „kernbedrijfsonderdelen”. De Commissie is gemachtigd om een gedelegeerde handeling vast te stellen tot nadere omschrijving van de omstandigheden waarin bepaalde activiteiten, diensten en bedrijfsactiviteiten onder de definitie van kritieke functies of kernbedrijfsonderdelen kunnen vallen. In dat verband is de winstgevendheid van een bedrijfsonderdeel op zich niet voldoende als reden om passiva die verband houden met dat bedrijfsonderdeel uit te sluiten van bail-in. Uitsluiting kan evenwel gerechtvaardigd zijn wanneer het behoud van een kernbedrijfsonderdeel cruciaal is om de afwikkelingsdoelstellingen te verwezenlijken, met inbegrip van het behoud van kritieke functies indien deze worden bevorderd door de continuïteit van de kernactiviteiten, -diensten en -transacties.
- (19) De afwikkelingsautoriteiten mogen passiva die nodig zijn voor het risicomanagement (hedging) in het kader van kritieke functies enkel uitsluiten indien het risicomanagement (hedging) erkend is voor prudentiële doeleinden en essentieel is voor het behoud van activiteiten die verband houden met kritieke functies zodat bij afwikkeling van de hedge de continuïteit van de kritieke functie ernstig in gevaar zou worden gebracht.
- (20) Ook mogen de afwikkelingsautoriteiten passiva die nodig zijn voor het risicomanagement (hedging) in het kader van kritieke functies enkel uitsluiten indien de instelling bij afwikkeling van de risicomanagementmaatregel deze onmogelijk tegen redelijke voorwaarden kan vervangen binnen de termijn die vereist is voor het behoud van de kritieke functie, bijv. ten gevolge van spreads of onzekerheid op het gebied van de waardering.
- (21) Besmetting voorkomen om ingrijpende nadelige gevolgen voor het financiële stelsel te vermijden, is een bijkomende afwikkelingsdoelstelling die een uitsluiting van de toepassing van het instrument van bail-in kan rechtvaardigen. In elk geval mag uitsluiting op deze gronden uitsluitend plaatsvinden indien dit strikt noodzakelijk en evenredig is, maar ook indien de besmetting zo ernstig is dat deze wijdverbreid zou zijn en de werking van de financiële markten zo ernstig zou verstoren dat de economie van een lidstaat of van de Unie ernstig zou worden ontwricht.
- (22) Een zeker risico op besmetting kan inherent zijn aan de toepassing van het instrument van bail-in. De wetgevende beslissing om het instrument van bail-in in Richtlijn 2014/59/EU vast te leggen als een kerninstrument voor afwikkeling, samen met het beginsel dat de schuldeisers en aandeelhouders de verliezen moeten dragen, betekent dat het inherente risico op besmetting dat de bail-in kan inhouden niet automatisch mag worden beschouwd als een reden om passiva uit te sluiten. De afwikkelingsautoriteiten moeten deze redenen dan ook zorgvuldig beoordelen en de uitsluiting van passiva van de toepassing van bail-in verklaren op grond van de grotere waarschijnlijkheid dat een wijdverbreide besmetting ontstaat, zoals beschreven in artikel 44, lid 3, onder c), van Richtlijn 2014/59/EU, dan bij niet-uitgesloten passiva. Hiertoe moeten zij hun beoordeling baseren op passende methoden, met inbegrip van een kwantitatieve analyse om het risico op en de ernst van de wijdverbreide besmetting en ernstige ontwrichting van de economie van een lidstaat of van de Unie te bepalen.
- (23) De noodzaak om passiva van bail-in uit te sluiten wegens het risico op wijdverbreide besmetting kan worden beïnvloed door de marktomstandigheden op het ogenblik van de bail-in, met name wanneer het falen van het bedrijf plaatsvindt wanneer het financiële stelsel sterk onder druk staat of te kampen heeft met een gebrek aan vertrouwen. Het risico dat de toepassing van afwikkelingsinstrumenten en -bevoegdheden significante directe of indirecte nadelige gevolgen kan hebben voor de financiële stabiliteit en het marktvertrouwen moet worden aangepakt in de beoordeling van de afwikkelbaarheid, zoals vereist in deel C, punt 26, van de bijlage bij Richtlijn 2014/59/EU. Wanneer de afwikkelingsautoriteit op basis van het risico op wijdverbreide besmetting passiva uitsluit van de toepassing van bail-in krachtens artikel 44, lid 3, van die richtlijn, moet zij toelichten waarom de obstakels voor de bail-in niet uit de weg geruimd zijn tijdens de afwikkelingsplanning indien deze uitsluitingen neerkomen op een belemmering voor de afwikkelbaarheid. De afwikkelingsautoriteit moet tevens beoordelen of het besmettingseffect voortvloeit uit of significant wordt verergerd door de toepassing van het instrument van bail-in op de betreffende passiva, dan wel of het in feite voortkomt uit het falen van de instelling op en uit zichzelf.

- (24) Het risico op wijdverbreide besmetting kan direct zijn, ingeval directe verliezen door tegenpartijen van de instelling in afwikkeling leiden tot wanbetalingen of ernstige solvabiliteitsproblemen voor deze tegenpartijen en vervolgens ook weer voor hun tegenpartijen. De mogelijkheid dat een of meer financiële instellingen falen of in moeilijkheden komen als rechtstreeks gevolg van de bail-in mag er niet automatisch toe leiden dat passiva van de bail-in worden uitgesloten. Besluiten over uitsluitingen moeten worden genomen in verhouding tot de systeemrisico's die kunnen ontstaan door directe besmetting.
- (25) Het risico op wijdverbreide besmetting kan tevens indirect zijn, bijv. door het verlies van vertrouwen van bepaalde marktdeelnemers, zoals depositanten, of door de gevolgen voor de activaprijzen. Indirecte besmetting kan met name voortkomen uit het verlies van vertrouwen in de (retail- en wholesale)financieringsmarkten — inkrimping van het aanbod, hogere marginvereisten in het algemeen of alleen voor instellingen met vergelijkbare kenmerken als de falende instelling, of verkoop van activa tegen afbraakprijzen door instellingen met liquiditeits tekorten.
- (26) Bij de bail-in van bepaalde passiva zou er waarde vernietigd kunnen worden indien deze passiva deel uitmaken van een succesvol bedrijfsonderdeel dat anders aanzienlijke waarde zou toevoegen aan de bank, zoals bij een verkoop aan een overnemer uit de particuliere sector. Als de afwikkelingsautoriteit passiva of een categorie van passiva wil uitsluiten van bail-in, moet de behouden waarde toereikend zijn om de situatie van niet-uitgesloten schuldeisers (potentieel) te verbeteren ten opzichte van hun situatie wanneer de passiva in kwestie niet van de bail-in zouden zijn uitgesloten. De afwikkelingsautoriteiten mogen passiva dan ook uitsluiten van een bail-in overeenkomstig artikel 44, lid 3, onder d), van Richtlijn 2014/59/EU indien het voordeel van uitsluiting voor andere schuldeisers zwaarder weegt dan hun bijdrage aan het opvangen van verliezen en het bewerkstelligen van herkapitalisatie indien de uitsluiting niet plaatsvindt. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn wanneer de behouden waarde duidelijk kan worden vastgesteld aan de hand van een gelijktijdige stijging van de vergoeding betaald door een overnemer uit de particuliere sector.
- (27) In het kader van de beoordeling van de mogelijke voordelen op het gebied van waardebehoud die een uitsluiting van bail-in met zich meebrengt, kennen artikel 36, lid 16, en artikel 49, lid 5, van Richtlijn 2014/59/EU de Commissie de bevoegdheid toe om technische reguleringsnormen vast te stellen voor de waardering met het oog op afwikkeling c.q. de waardering van derivaten. Afhankelijk van de toepasselijke methode kunnen uit het sluiten van de positie van derivaten bijkomende verliezen voortkomen en kan het potentieel van bail-in van de bijbehorende passiva worden overschreden, wat leidt tot verdere verliezen die op hun beurt de bail-inlast voor andere schuldeisers van de instelling in afwikkeling kunnen verzwaren. Bijkomende verliezen kunnen voortvloeien uit vervangingskosten die door de tegenpartij worden opgelopen of kosten die de instelling in afwikkeling moet betalen voor het herstellen van openstaande hedges die niet zijn opgenomen in de going-concernwaarde van derivaten. In dergelijke omstandigheden moet de afwikkelingsautoriteit beoordelen of die waardevermindering inhoudt dat de door niet-uitgesloten schuldeisers gedragen verliezen hoger zouden zijn dan indien de passiva in kwestie van bail-in waren uitgesloten. Louter speculatieve verwachtingen van een mogelijke waardeverhoging mogen geen reden tot uitsluiting zijn,

HEEFT DE VOLGENDE VERORDENING VASTGESTELD:

Artikel 1

Onderwerp

1. Deze verordening stelt regels vast voor de nadere omschrijving van de uitzonderlijke omstandigheden als bedoeld in artikel 44, lid 3, van Richtlijn 2014/59/EU waarin de afwikkelingsautoriteit bepaalde passiva geheel of gedeeltelijk mag uitsluiten van de toepassing van de afschrijvings- of omzettingsbevoegdheden wanneer het instrument van bail-in wordt toegepast.
2. De bepalingen van deze verordening moeten worden toegepast door een afwikkelingsautoriteit die is aangewezen door een lidstaat in overeenstemming met artikel 3 van Richtlijn 2014/59/EU en door de Gemeenschappelijke Afwikkelingsraad binnen de reikwijdte van zijn taken en bevoegdheden krachtens Verordening (EU) nr. 806/2014 van het Europees Parlement en de Raad ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ 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 (PB L 225 van 30.7.2014, blz. 1).

*Artikel 2***Toepassingsgebied**

Deze verordening is van toepassing op de in artikel 1, lid 1, onder a) tot en met e), van Richtlijn 2014/59/EU bedoelde instellingen.

*Artikel 3***Definities**

Voor de toepassing van deze verordening gelden de definities die in artikel 3 van Richtlijn 2014/59/EU zijn opgenomen. Voor de toepassing van deze verordening wordt tevens verstaan onder:

- 1) „directe besmetting”: een situatie waarin de directe verliezen van tegenpartijen van de instelling in afwikkeling die voortkomen uit de afschrijving van de passiva van de instelling, leiden tot wanbetaling of waarschijnlijke wanbetaling voor die tegenpartijen in de toekomst;
- 2) „indirecte besmetting”: een situatie waarin de afschrijving of omzetting van passiva van de instelling bij marktdeelnemers een negatieve reactie uitlokt die leidt tot een ernstige verstoring van het financiële stelsel met mogelijk nadelige gevolgen voor de reële economie.

*Artikel 4***Gemeenschappelijke bepalingen**

1. De afwikkelingsautoriteiten mogen passiva of een categorie van passiva enkel uitsluiten van bail-in indien deze zijn opgenomen in de opsomming van passiva vermeld in artikel 44, lid 2, van Richtlijn 2014/59/EU.
2. Een besluit van de afwikkelingsautoriteit om passiva of een categorie van passiva uit te sluiten van de toepassing van het instrument van bail-in krachtens artikel 44, lid 3, van Richtlijn 2014/59/EU is gebaseerd op een analyse per geval van de instelling in afwikkeling en is niet automatisch.
3. Wanneer de afwikkelingsautoriteit uitsluitingen krachtens artikel 44, lid 3, van Richtlijn 2014/59/EU in overweging neemt en voordat zij passiva of een categorie van passiva geheel van bail-in uitsluit, overweegt de afwikkelingsautoriteit eerst de optie om de betrokken passiva gedeeltelijk uit te sluiten door de omvang van hun afschrijving zo veel mogelijk te beperken.
4. In haar besluit om passiva al dan niet uit te sluiten overeenkomstig artikel 44, lid 3, van Richtlijn 2014/59/EU beoordeelt de afwikkelingsautoriteit of aan de daarin vervatte voorwaarden is voldaan op het ogenblik van de toepassing van het instrument van bail-in op de instelling. Deze beoordeling laat de verplichting van de afwikkelingsautoriteit onverlet om het in artikel 87 van Richtlijn 2014/59/EU vermelde afwikkelingsplan te volgen.
5. Het besluit om passiva of een categorie van passiva uit te sluiten van de toepassing van bail-in krachtens artikel 44, lid 3, van Richtlijn 2014/59/EU is gebaseerd op minstens één van de afwikkelingsdoelstellingen die beschreven staan in artikel 31, lid 2, van die richtlijn.
6. Het besluit om passiva of een categorie van passiva geheel of gedeeltelijk uit te sluiten van de toepassing van het instrument van bail-in overeenkomstig artikel 44, lid 3, van Richtlijn 2014/59/EU, hetgeen het gebruik van het afwikkelingsfonds inhoudt, is naar behoren gerechtvaardigd, gelet op de geschiktheid voor de omstandigheden van het specifieke geval.
7. Indien de afwikkelingsautoriteit van oordeel is dat passiva of een categorie van passiva op geloofwaardige en haalbare wijze zouden bijdragen aan het opvangen van verliezen en aan de herkapitalisatie en dat deze passiva niet zouden voldoen aan de vereisten voor uitsluiting overeenkomstig artikel 44, lid 3, licht die afwikkelingsautoriteit elk van de volgende punten toe als zij dan besluit om passiva of een categorie van passiva geheel of gedeeltelijk uit te sluiten overeenkomstig artikel 44, lid 3, wat de overdracht van verliezen naar het afwikkelingsfonds met zich mee zou brengen:
 - a) de uitzonderlijke omstandigheden die verschillen van de omstandigheden op het ogenblik van de afwikkelingsplanning met als gevolg dat die passiva moeten worden uitgesloten van bail-in op het ogenblik dat de afwikkelingsmaatregel wordt getroffen;
 - b) de redenen waarom de noodzaak van de uitsluiting, en met name de uitzonderlijke omstandigheden die tot die uitsluiting hebben geleid, niet konden worden voorzien tijdens de afwikkelingsplanning;
 - c) indien in het afwikkelingsplan was voorzien in de noodzaak van uitsluiting, de wijze waarop de afwikkelingsautoriteit deze noodzaak heeft aangepakt om te voorkomen dat zij een belemmering voor afwikkelbaarheid zou vormen.

8. Bij het besluit om passiva of een categorie van passiva al dan niet geheel of gedeeltelijk uit te sluiten overeenkomstig artikel 44, lid 3, onder a), van Richtlijn 2014/59/EU, licht, indien de uitsluiting de overdracht van verliezen naar het afwikkelingsfonds zou omvatten, de afwikkelingsautoriteit tevens toe:

- a) hoe/of aan de in de artikelen 5 en 6 van deze verordening vastgelegde vereisten is voldaan, en
- b) waarom de noodzaak van uitsluiting niet kon worden aangepakt met behulp van een passende waarderingsmethode overeenkomstig artikel 36 van Richtlijn 2014/59/EU.

9. Bij het besluit om passiva of een categorie van passiva al dan niet geheel of gedeeltelijk uit te sluiten om de continuïteit van kritieke functies en kernbedrijfsonderdelen te behouden overeenkomstig artikel 44, lid 3, onder b), van Richtlijn 2014/59/EU, licht, indien de uitsluiting de overdracht van verliezen naar het afwikkelingsfonds zou omvatten, de afwikkelingsautoriteit tevens toe:

- a) hoe/of aan de in artikel 7 van deze verordening vastgelegde vereisten is voldaan;
- b) waarom de uit te sluiten passiva relevanter zijn voor de continuïteit van de duidelijk omschreven kritieke functies of kernbedrijfsonderdelen dan de passiva die niet zijn uitgesloten.

10. Wanneer de afwikkelingsautoriteit passiva of een categorie van passiva geheel of gedeeltelijk uitsluit om wijdverbreide besmetting te voorkomen overeenkomstig artikel 44, lid 3, onder c), van Richtlijn 2014/59/EU, licht, indien de uitsluiting de overdracht van verliezen naar het afwikkelingsfonds zou omvatten, de afwikkelingsautoriteit tevens toe:

- a) hoe/of aan de in artikel 8 van deze verordening vastgelegde vereisten is voldaan;
- b) de redenen waarom er meer kans bestaat dat de uitgesloten passiva een wijdverbreide besmetting veroorzaken zoals beschreven in artikel 44, lid 3, onder c), van Richtlijn 2014/59/EU dan de passiva die niet uitgesloten zijn.

11. Wanneer de afwikkelingsautoriteit passiva of een categorie van passiva geheel of gedeeltelijk uitsluit overeenkomstig artikel 44, lid 3, onder d), van Richtlijn 2014/59/EU, licht, indien de uitsluiting de overdracht van verliezen naar het afwikkelingsfonds zou omvatten, de afwikkelingsautoriteit tevens toe hoe/of aan de in artikel 9 van deze verordening vastgelegde vereisten is voldaan.

Artikel 5

Uitsluiting op basis van de onmogelijkheid tot bail-in krachtens artikel 44, lid 3, onder a), van Richtlijn 2014/59/EU

1. De afwikkelingsautoriteiten mogen passiva of een categorie van passiva enkel uitsluiten van de toepassing van het instrument van bail-in, indien deze toepassing door de hiermee samenhangende obstakels niet binnen een redelijke termijn kan plaatsvinden, ondanks het feit dat de afwikkelingsautoriteit hiertoe alles in het werk heeft gesteld.

2. Met betrekking tot lid 1 voldoen de afwikkelingsautoriteiten in het bijzonder aan de volgende vereisten voordat zij een besluit nemen over de daar bedoelde uitsluiting:

- a) de verplichting van de afwikkelingsautoriteit om in het afwikkelingsplan te voorzien in een beschrijving van de procedures ter waarborging van de beschikbaarheid binnen een passend tijdsbestek van de voor de waardering vereiste informatie overeenkomstig de artikelen 36 en 49 van Richtlijn 2014/59/EU;
- b) de verplichting van de afwikkelingsautoriteit om belemmeringen voor de afwikkelbaarheid van de instelling aan te pakken, met inbegrip van de omstandigheden die leiden tot een mogelijke uitsluiting die kon worden voorzien in de afwikkelingsplanningsprocedure wanneer deze mogelijke uitsluitingen neerkomen op belemmeringen voor de afwikkelbaarheid.

Artikel 6

Redelijke termijn

1. Wanneer de afwikkelingsautoriteiten voornemens zijn passiva of een categorie van passiva uit te sluiten van bail-in krachtens artikel 44, lid 3, onder a), van Richtlijn 2014/59/EU en teneinde vast te leggen wat „een redelijke termijn” inhoudt, bepalen de afwikkelingsautoriteiten het volgende:

- a) wanneer het afschrijvingsbedrag uiterlijk moet worden bepaald;
- b) tegen wanneer alle taken die nodig zijn voor de bail-in van die passiva moeten zijn uitgevoerd om te voldoen aan de afwikkelingsdoelstellingen, rekening houdend met de situatie op het ogenblik van de afwikkelingsmaatregel.

2. Bij de vaststelling van de in lid 1 vermelde vereisten beoordelen de afwikkelingsautoriteiten het volgende:
- a) de noodzaak van publicatie van een besluit van bail-in en vaststelling van het bail-inbedrag en de definitieve toewijzing ervan aan de diverse categorieën van schuldeisers;
 - b) de gevolgen die het uitstel van een dergelijk besluit heeft voor het marktvertrouwen, mogelijke marktreacties, zoals de uitstroom van liquiditeit, en de doeltreffendheid van de afwikkelingsmaatregelen, rekening houdend met de volgende twee punten:
 - i) of de problemen en het risico op falen van de instelling al dan niet bekend zijn bij de marktdeelnemers;
 - ii) de zichtbaarheid van de gevolgen van de problemen of het mogelijk falen van de instelling voor de marktdeelnemers;
 - c) de openingstijden van markten voor zover zij van invloed kunnen zijn op de continuïteit van kritieke functies en besmettingsgevolgen;
 - d) de referentiedatum(s) waarop aan de kapitaalvereisten moet zijn voldaan;
 - e) de datums waarop betalingen van de instelling verschuldigd zijn en de looptijd van de betrokken passiva.

Artikel 7

Uitsluiting op basis van het behoud van bepaalde kritieke functies en kernbedrijfsonderdelen krachtens artikel 44, lid 3, onder b), van Richtlijn 2014/59/EU

1. De afwikkelingsautoriteiten mogen passiva of een categorie van passiva uitsluiten omdat het noodzakelijk en evenredig is om bepaalde kritieke functies te behouden, wanneer zij van oordeel zijn dat passiva of categorieën van passiva verband houden met een kritieke functie en er met het oog op de continuïteit daarvan op die passiva of categorieën van passiva geen bail-in moet worden toegepast, indien aan beide volgende elementen is voldaan:
- a) de bail-in van de passiva of categorie van passiva zou de functie ondermijnen door de beschikbaarheid van financiering of door de afhankelijkheid van tegenpartijen, zoals hedgingtegenpartijen, van infrastructuur of van dienstverleners van de instelling die mogelijk worden verhinderd of niet bereid zijn om na een bail-in transacties met de instelling verder te zetten;
 - b) de kritieke functie in kwestie is een dienst die de instelling aan derden verleent en die afhangt van de ononderbroken prestatie van de passiva.
2. De afwikkelingsautoriteiten mogen enkel passiva uitsluiten die zijn vereist met het oog op risicomanagement (hedging) in het kader van kritieke functies waarbij aan de volgende twee voorwaarden is voldaan:
- a) het risicomanagement (hedging) is erkend voor prudentiële doeleinden en is cruciaal voor het behoud van activiteiten die verband houden met kritieke functies;
 - b) het zou voor de instelling onmogelijk zijn om tegen redelijke voorwaarden een afgewikkelde risicomanagementmaatregel te vervangen binnen de termijn die vereist is voor het behoud van de kritieke functie.
3. De afwikkelingsautoriteiten mogen passiva uitsluiten met het oog op behoud van een financieringsrelatie waarbij aan de volgende twee voorwaarden is voldaan:
- a) de afwikkelingsautoriteit is van oordeel dat de financiering cruciaal is voor het behoud van een kritieke functie;
 - b) met het oog op artikel 6 van deze verordening is het voor de instelling onmogelijk om de financiering te vervangen binnen de termijn die vereist is voor het behoud van de kritieke functie.

4. De afwikkelingsautoriteiten mogen passiva of een categorie van passiva niet enkel uitsluiten op basis van een van de volgende elementen:

- a) de looptijd;
- b) de verwachting van een stijging van de financieringskosten die de continuïteit van de kritieke functie niet in gevaar brengt;
- c) de verwachting van een toekomstige mogelijke winst.

5. De afwikkelingsautoriteiten mogen passiva of een categorie van passiva uitsluiten omdat het noodzakelijk en evenredig is om een kernbedrijfs onderdeel te behouden, indien de uitsluiting van die passiva cruciaal is voor het behoud van de capaciteit van de instelling in afwikkeling om de kernactiviteiten, -diensten en -transacties verder te zetten en om de in artikel 31, lid 2, onder a) en b), van Richtlijn 2014/59/EU vermelde afwikkelingsdoelstellingen te verwezenlijken.

Artikel 8

Uitsluiting op basis van de voorkoming van wijdverbreide besmetting krachtens artikel 44, lid 3, onder c), van Richtlijn 2014/59/EU

1. Wanneer uitsluitingen worden overwogen op grond van het risico op directe besmetting overeenkomstig artikel 44, lid 3, onder c), van Richtlijn 2014/59/EU, beoordelen de afwikkelingsautoriteiten zo veel mogelijk de verwevenheid van de instelling in afwikkeling met de tegenpartijen.

De in de eerste alinea bedoelde beoordeling omvat al het volgende:

- a) beschouwing van blootstellingen aan relevante tegenpartijen met betrekking tot het risico dat bail-in van dergelijke blootstellingen kan leiden tot een kettingreactie van falingen;
- b) de systeemrelevantie van tegenpartijen met een risico op falen, met name ten aanzien van andere financiële marktdeelnemers en verstrekkers van financiële marktinfrastucturen.

2. Wanneer uitsluitingen op basis van het risico op indirecte besmetting overeenkomstig artikel 44, lid 3, onder c), van Richtlijn 2014/59/EU worden overwogen, beoordeelt de afwikkelingsautoriteit zo veel mogelijk de noodzaak en evenredigheid van de uitsluiting op basis van meerdere objectieve relevante indicatoren. De volgende indicatoren zijn mogelijk relevant voor het geval:

- a) het aantal, de omvang en verwevenheid van instellingen met vergelijkbare kenmerken als de instelling in afwikkeling, in zover dit kan leiden tot een wijdverbreid gebrek aan vertrouwen in de banksector of het ruimere financiële stelsel;
- b) het aantal natuurlijke personen dat rechtstreeks of onrechtstreeks wordt getroffen door de bail-in, de zichtbaarheid en verslaggeving in de pers van de afwikkelingsmaatregel, in zover dit een aanzienlijk risico inhoudt op het ondermijnen van het algemene vertrouwen in de banksector of het ruimere financiële stelsel;
- c) het aantal, de omvang en verwevenheid van tegenpartijen die worden getroffen door de bail-in, met inbegrip van marktdeelnemers uit de niet-banksector en het belang van kritieke functies die door deze tegenpartijen worden uitgeoefend;
- d) de capaciteit van de tegenpartijen om een beroep te doen op alternatieve dienstverleners voor functies die gezien de specifieke situatie zijn beoordeeld als vervangbaar;
- e) de vraag of een aanzienlijk aantal tegenpartijen financiering of transacties met andere partijen zou stopzetten na de bail-in, dan wel de vraag of de markten niet langer correct zouden functioneren als gevolg van de bail-in van dergelijke marktdeelnemers, met name wanneer er sprake is van algemeen verlies van marktvertrouwen of paniek;
- f) de wijdverbreide terugtrekking van kortetermijnfinanciering of deposito's met aanzienlijke bedragen;
- g) het aantal, de omvang of het belang van instellingen die het risico lopen om aan de voorwaarden voor vroegtijdige interventie te voldoen of aan de voorwaarden inzake falen te voldoen of waarschijnlijk zullen falen overeenkomstig artikel 32, lid 4, van Richtlijn 2014/59/EU;

- h) het risico op een significante onderbreking van kritieke functies of een forse prijsstijging voor de verstrekking van deze functies (zoals blijkt uit veranderingen van de marktvoorwaarden voor dergelijke functies of hun beschikbaarheid), of de verwachting van tegenpartijen en andere marktdeelnemers;
- i) wijdverbreide forse dalingen van de aandelenkoersen van instellingen of van de prijzen van activa die door instellingen worden aangehouden, met name wanneer zij een effect kunnen hebben op de kapitaalsituatie van instellingen;
- j) algemene en wijdverbreide aanzienlijke vermindering van voor instellingen beschikbare financiering op korte of middellange termijn;
- k) sterke achteruitgang van de werking van de interbancaire financieringsmarkt, zoals blijkt uit een forse stijging van marginvereisten en de afname van voor instellingen beschikbare zekerheden;
- l) wijdverbreide en forse prijsstijgingen voor verzekeringen tegen kredietverzuim of lagere kredietratings voor instellingen of andere marktdeelnemers die relevant zijn voor de financiële situatie van instellingen.

Artikel 9

Uitsluiting op basis van de voorkoming van een waardedaling krachtens artikel 44, lid 3, onder d), van Richtlijn 2014/59/EU

1. De afwikkelingsautoriteiten mogen passiva of een categorie van passiva uitsluiten van bail-in indien deze uitsluiting een waardevernietiging voorkomt zodat de houders van de niet-uitgesloten passiva beter af zijn dan in het geval van bail-in van deze passiva.
2. Om te beoordelen of aan de in lid 1 vermelde voorwaarde is voldaan, moeten de afwikkelingsautoriteiten voor alle schuldeisers de gevolgen vergelijken en evalueren die voortvloeien uit een mogelijke bail-in en niet-bail-in, in overeenstemming met artikel 36, lid 16, en artikel 49, lid 5, van Richtlijn 2014/59/EU.

Artikel 10

Inwerkingtreding

Deze verordening treedt in werking op de twintigste dag na die van de bekendmaking ervan in het *Publicatieblad van de Europese Unie*.

Deze verordening is verbindend in al haar onderdelen en is rechtstreeks toepasselijk in elke lidstaat.

Gedaan te Brussel, 4 februari 2016.

Voor de Commissie
De voorzitter
Jean-Claude JUNCKER
