

CMDI : Fit for Purpose ?

Michel Tison⁽¹⁾

Medio april heeft de Europese Commissie het 'CMDI-package' ('Crisis Management and Deposit Insurance') gelanceerd, een reeks wetgevende voorstellen die er toe strekken om het juridisch kader voor crisismanagement in kredietinstellingen en de depositogarantieregeling aan te passen. De Commissie wil hiermee een antwoord bieden op de evaluatie van het juridisch kader voor de afwikkeling van kredietinstellingen, zoals dat in 2014 was ingevoerd met de BRRD-richtlijn 2014/59 en de SRM-verordening 806/2014. Hoewel de timing van de lancering van deze voorstellen zou doen veronderstellen dat de Europese Commissie ook wou inspelen op het *parfum de crise* dat dit voorjaar in de bankwereld heerste, is CMDI het resultaat van een oefening die al langer aan de gang was. De gebeurtenissen rond Silicon Valley Bank en Crédit Suisse bieden evenwel voldoende stof om de geplande maatregelen meteen binnen een ruimer perspectief te bekijken.

De CMDI-voorstellen willen een antwoord bieden op een aantal tekortkomingen die de beperkte praktijk van de in 2014 ingevoerde regelingen aan het licht heeft gebracht. Zo bleek de Single Resolution Board (SRB) de voorwaarden voor de toelaatbaarheid van een afwikkeling, in het bijzonder de vereiste dat de afwikkeling noodzakelijk is in het algemeen belang, behoorlijk restrictief te interpreteren. Het resultaat hiervan was dat een kredietinstelling, nadat de toezichthouder had vastgesteld dat deze 'failing

or likely to fail' was, gebeurlijk niet uit de markt werd gehaald via een afwikkelingsprocedure, maar in een soort juridisch niemandsland terecht kwam : de kredietinstelling diende volgens haar nationaal (insolventie)recht aangepakt te worden, waarvan de procedures qua toepassingsvoorwaarden evenwel niet noodzakelijk afgestemd waren op de 'failing or likely to fail'-voorwaarde⁽²⁾. Door de kredietinstelling buiten het afwikkelingskader te houden, vervielen bovendien ook de strenge beperkingen op de overheid om de noodlijdende bank gebeurlijk financieel te stutten⁽³⁾.

Daarnaast bleek de invoering van de afwikkelingsregeling nog ruimte te laten aan nationale overheden om, voorafgaand aan het intreden van een 'failing or likely to fail'-situatie, een noodlijdende bank te stutten door het toekennen van 'buitengewone openbare financiële steun', die eveneens een (tijdelijke) kapitaalinjectie ('precautionary recapitalisation') kan inhouden⁽⁴⁾. De toepassing hiervan was weliswaar aan strikte voorwaarden onderworpen, maar bleek niettemin populair als reddingsinstrument voor noodlijdende banken. Het bekendste voorbeeld hiervan is de redding van Banca Monte dei Paschi di Siena in 2017, waarbij de Italiaanse overheid een 'tijdelijke' kapitaalinjectie van 5,4 miljard EUR doorvoerde. De Europese Commissie stemde intussen in met een verlenging van de - overigens niet publiek meegedeelde - deadline voor de wederverkoop van de overheids-

* Persoonlijke stellingname van de auteur.

1. Gewoon hoogleraar, Instituut Financieel Recht, UGent.

2. De financiële neergang van de Litouwse ABLV Bank en haar Luxemburgse dochtervennootschap illustreerde dit treffend : ook hier had de SRB geoordeeld dat een afwikkeling zich niet opdrong in het algemeen belang bij gebrek aan kritieke functies, en werd de hete aardappel doorgeschoven naar het nationale niveau met het oog op een marktexit. De Luxemburgse wetgeving kende evenwel geen mogelijkheid om de vereffening van de bank op initiatief van de toezichthouder te bevelen, terwijl de toegang tot een gemeenschappelijke insolventieprocedure een daadwerkelijke staking van betalingen vereiste, hetgeen nog niet het geval bleek te zijn.

3. Zo achtte de Italiaanse overheid het noodzakelijk om voor twee noodlijdende regionale banken (Banco Popolare di Vicenza en Veneto Banca), die door de SRB niet toegelaten werden tot het afwikkelingsregime, een hulppakket van ruim 5 miljard EUR uit te werken teneinde de overdracht van een deel van hun activiteiten aan een andere kredietinstelling mogelijk te maken. Anders dan de SRB, oordeelde de Italiaanse regering dat zo'n interventie het algemeen belang diende, meer bepaald de bescherming van depositanten en de negatieve implicaties van een gedwongen vereffening voor de regionale economie.

4. Zie art. 32.4 BRRD, dat aangeeft dat in zo'n situatie de kredietinstelling niet 'failing or likely to fail' is.

participatie, waardoor de kapitaalinjectie steeds meer het tijdige voor het eeuwige lijkt in te ruilen ...

Grof geschetst willen de CMDI-voorstellen de toegang tot afwikkelingsprocedures voor noodlijdende banken verruimen door een versoepeling van de algemeenbelangvoorwaarde, waardoor het instrumentarium ook meer veralgemeend kan aangewend worden voor kleinere spelers en de neiging van overheden om zelf in te grijpen wordt ingeperkt : zo zal ontwrichting van de financiële stabiliteit op regionaal niveau al volstaan om de noodzaak van een afwikkeling te legitimeren. In lijn hiermee wordt voorgesteld om bij een afwikkeling onder bepaalde voorwaarden ook de financiële middelen van depositogarantiefondsen soepeler beschikbaar te stellen. Dit zou met name nuttig zijn voor kleinere instellingen die sterk afhankelijk zijn van financiering door deposito's, en daardoor niet noodzakelijk over voldoende 'bail-inbare' schulden beschikken. Bij een afwikkeling dreigen in zulk geval de niet-gewaARBorgde deposito's mee door een bail-in te worden getroffen, met een mogelijk domino-effect naar andere kredietinstellingen. Meer fundamenteel raken de voorstellen ook aan het thans bestaande subsidiariteitsbeginsel inzake afwikkeling : voortaan is voor de afwikkeling niet langer vereist dat deze beter in staat is dan een gewone insolventieprocedure om de doelstellingen ervan te bereiken, maar kan voor de afwikkeling geopteerd worden zodra beide procedures in gelijke mate de doelstellingen kunnen verwezenlijken. Daartegenover staat dat de voorwaarden voor 'precautionary recapitalisation' van solvabele kredietinstellingen worden verstrengd, met name door te verduidelijken wat in dit verband onder 'solvabel' moet worden begrepen.

Teneinde het aanspreken van depositogarantiestelsels binnen een afwikkeling te stimuleren, vereenvoudigt het CMDI-voorstel de rangregeling van de vorderingen van deposanten en van de depositogarantiestelsels : het thans bestaande 'supervoorrecht' van de depositogarantiestelsels ten opzichte van de overige deposito's, en het voorrecht van gewaarborgde boven niet-gewaARBorgde deposito's, zou plaats maken voor een gelijk recht van voorrang voor alle deposito's en de vorderingen van depositogarantiestelsels.

Zijn deze voorstellen van aard om voldoende tegemoet te komen aan de tekortkomingen van de huidige regeling, en in het bijzonder het blijvend beroep op overheidsmiddelen bij de redding van noodlijdende banken ? De intenties zijn zeker een stap in de goede richting, maar de vraag is of dit voldoende is. Vooreerst blijft het mogelijk om, ondanks de verstrenging, via de 'precautionary

recapitalisation' rechtstreekse overheidssteun aan solvabele maar noodlijdende kredietinstellingen door te voeren. Voorts zal moeten blijken hoe soepel de afwikkelingsautoriteit met de versoepelde toegangsvoorwaarden voor de afwikkelingsprocedure zal omgaan, en of hierdoor met name meer noodlijdende banken naar een afwikkeling worden doorgeleid. Wanneer dit niet het geval is, blijft, bij gebrek aan een voldoende precieze regeling, het risico bestaan op sterke dispariteit tussen de lidstaten voor de behandeling van 'failing or likely to fail'-kredietinstellingen buiten een afwikkeling om. Ten derde lijkt de verruiming van de mogelijkheid om beroep te doen op depositogarantiestelsels binnen de context van de afwikkeling een nieuw spanningsveld te creëren : daar waar het gemeenschappelijk afwikkelingsfonds geleidelijk is uitgegroeid tot een voor alle landen van de eurozone gemeenschappelijke financieringsbron voor de afwikkeling, zijn de garantiestelsels nog in essentie op nationale leest gefinancierd, bij gebrek aan voltooide 'derde pijler' van de Bankenuunie. Het valt niet uit te sluiten dat lidstaten met enige schroom het depositogarantiestelsel zullen aanspreken, omdat de kost hiervan onrechtstreeks op de 'eigen' banksector wordt afgewenteld, terwijl de mutualisering binnen het gemeenschappelijk afwikkelingsfonds ook een ruimere socialisering van de kost toelaat.

Tot slot rijst de vraag of de EU geen lessen moet trekken uit de ondergang van Silicon Valley Bank en Crédit Suisse. Hier kan volstaan worden met drie randbemerkingen : (1) beide voorbeelden illustreren dat een bank run razendsnel kan gaan, mede als gevolg van de ruime mogelijkheden van bankieren op afstand. Dit versterkt de noodzaak van snelle interventie in crisissituaties, en dus van voldoende geconcretiseerde afwikkelingsplannen; (2) terecht reageren commentatoren eerder afwijzend op de vraag of, in het licht van de sterke concentratie van omvangrijke deposito's bij Silicon Valley Bank, de dekkingslimiet voor depositobescherming niet moet worden verhoogd : het kernprobleem zit hier bij de onwenselijke concentratie van deposito's, niet bij een te lage bescherming; (3) tot slot lijkt het wel zinvol om in de EU-regeling rechtszekerheid te creëren over de draagwijdte van het 'no creditor worse off-beginsel', in het licht van de bekritiseerde afboeking van achtergestelde schuldinstrumenten bij Crédit Suisse - beweerdelijk een automatisch gevolg van een clause in de uitgiftedocumentatie van deze instrumenten - terwijl de aandeelhouders niet alle waarde in rook zagen opgaan : moet het mogelijk blijven om zulke clausules uitwerking te laten hebben, of dient de werking ervan ook de normale rangregeling en het 'no creditor worse off'-beginsel in acht te nemen ?