

Erkenning van een bail-in besluit van de Single Resolution Board of DNB in de Verenigde Staten

Mr. dr. T.M.C. Arons, datum 14-08-2014

Datum

14-08-2014

Auteur

Mr. dr. T.M.C. Arons^[1]

Vakgebied(en)

Insolventierecht (V)

Insolventierecht / Algemeen

In deze bijdrage gaat het over de effectiviteit van de bail-in methode. De Single Resolution Board en DNB schrijven de door grote respectievelijk kleine Europese banken uitgegeven schulden en schuldinstrumenten af. Buitenterritoriale toepassing is nodig voor gelijke concurrentie en voldoende bail-in vermogen. Ik onderzoek of de Amerikaanse rechter de bail-in erkent van schuld(instrument)en beheerst door Amerikaans recht.

Bail-in is een afwikkelingsmaatregel. Binnen de EU is deze erkenning geregeld in de Sanerings- en liquidatierichtlijn voor banken. Zolang er geen sprake is van een bijkantoor in de VS zal de Amerikaanse rechter op basis van wederkerigheid de Europese bail-in erkennen.

1. Inleiding

Vanaf 4 november 2014 zal de Europese Centrale Bank (ECB) direct toezicht gaan houden op de belangrijkste kredietinstellingen (hierna: banken) die zijn gevestigd in het Eurogebied.^[2] Dit directe toezicht door de ECB of Single Supervisory Mechanism is de eerste pijler van de Europese Bankenunie.^[3] Op 1 januari 2016 treedt de tweede pijler in werking, het Eenvormig Afwikkelingsmechanisme of Single Resolution Mechanism (SRM).^[4] Met de inwerkingtreding van de SRM verordening zullen Europese banken die in (financiële) problemen verkeren op Europees niveau door de Single Resolution Board (SRB) worden hersteld of afgewikkeld.^[5] Dit herstel vindt allereerst plaats door middel van een bail-in, waarbij de verliezen worden afgeschreven op de aandeelhouders en crediteuren met ongedekte vorderingen op de bank. Daarnaast kunnen andere private oplossingen worden gekozen zoals een afsplitsing van een bad bank die wordt afgewikkeld, zodat de gezonde onderdelen kunnen worden voortgezet. In de template van toekomstige bankenredding staat de bail-out als laatste instrument.^[6] Hierbij kan ook gebruik worden gemaakt van het Eenvormig Afwikkelingsfonds (Single Resolution Fund) dat in 8 jaar zal worden gefinancierd door de banken.^[7] Gedurende de opbouwfase van 8 jaar zal het fonds worden gefinancierd uit de middelen van de nationale overheid van het land waar de bank statutair is gevestigd of het European Stability Mechanism, het gemeenschappelijke fonds van € 500 miljard^[8] waaruit de overheidsbail-outs (Griekenland, Ierland, Spanje en Portugal) worden gefinancierd.^[9] Als derde en laatste pijler van de Europese Bankenunie geldt het herziene Depositogarantiestelsel.^[10]

In dit artikel ga ik met name in op de internationale erkenning van diverse afwikkelingsmaatregelen genomen door de SRB en de nationale afwikkelingsautoriteiten. In Nederland is dit DNB.^[11] Hierna verwijs ik alleen nog naar de SRB en DNB. Zowel de SRM verordening als de Richtlijn Herstel en Afwikkeling van Kredietinstellingen (hierna: BRRD)^[12] voorzien de toezichthouders van bail-in bevoegdheden.^[13] Met een bail-in wordt aandelenkapitaal verminderd, kapitaalinstrumenten uitgegeven door banken worden afgeschreven of omgezet in aandelen, hoofdsommen of het uitstaande bedrag van schulden van de bank worden (tot nul) verlaagd en uitgegeven schuldinstrumenten kunnen worden ingetrokken.^[14]

Banken moeten doorlopend beschikken over een minimum aan eigen vermogen en voor bail-in in aanmerking komende passiva (hierna: minimum bail-in vermogen).^[15] Door de bevoegdheden van de SRB en DNB kunnen zij ingrijpen in de privaatrechtelijke verhouding tussen de bank enerzijds en haar aandeel- en schuldinstrumenthouders en overige crediteuren anderzijds. Anders dan bij de bail-in bij de SNS bank waarbij de Staat door nationalisatie van de aandelen 100% aandeelhouder werd en daarmee binnen de grenzen van haar aandeelhoudersbevoegdheden de feitelijke zeggenschap over de vennootschap verkrijgt, is er bij toekomstige bail-ins geen nationalisatie.^[16] Ook de constructie met een overdracht van de achtergestelde schulden van SNS aan de door de Staat opgerichte Stichting Afwikkeling Onderhandse Schulden SNS Reaal zal niet langer nodig zijn.^[17] Ingrijpende gevolgen worden rechtstreeks toegekend aan

de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden.

De BRRD schrijft voor dat de bail-in ook werking dient te hebben voor schulden van Europese banken die zijn onderworpen aan het recht van een derde (niet-EU) land. Deze buitenteritoriale toepassing kan nodig zijn om ervoor te zorgen dat banken beschikken over het minimum bail-in vermogen en financiering van banken onder het recht van één van de EU-lidstaten niet ongunstiger wordt door het bail-in risico.^[18] De Europese wetgever beoogt immers uitdrukkelijk een gelijke behandeling van schuldeisers die tot dezelfde categorie behoren ongeacht of deze zijn onderworpen aan het recht van een derde land.^[19] Deze problematiek betreft vragen van erkenning en buitenteritoriale toepassing van publiekrechtelijke bevoegdheden. Ondanks het belang ervan bij de afwikkeling van grensoverschrijdend opererende banken is er nog onvoldoende voorzien in een (internationale) regeling van de erkenning van resolutiemaatregelen, waaronder de bail-in.^[20]

Paragraaf 1 bevat een inleiding. In paragraaf 2 wordt een (kort) overzicht geboden van de belangrijkste gevolgen van de toepassing van herstel- en afwikkelingsbevoegdheden. De buitenteritoriale werking van de bail-in bevoegdheden ten aanzien van passiva die zijn onderworpen aan het recht van een derde land wordt in paragraaf 3 besproken. In paragraaf 4 staat de erkenning door de Amerikaanse rechter centraal. In paragraaf 5 sluit ik af met enkele concluderende opmerkingen.

2. Overzicht gevolgen bij herstel en afwikkeling van banken

Voordat ik het overzicht bied van de privaatrechtelijke gevolgen, schets ik kort de taken en verantwoordelijkheden van de SRB en DNB. Met de inwerkingtreding van de SRM verordening op 1 januari 2016 is de SRB de bevoegde afwikkelingsautoriteit van banken die zijn gevestigd in de lidstaten die deelnemen aan de SRM.^[21] Dit zijn in beginsel uitsluitend Euro-lidstaten. Onder het regime van de Single Resolution Mechanism neemt de SRB de plaats in van de afwikkelingsautoriteiten van deze lidstaten. DNB wordt slechts verantwoordelijk voor de uitvoering van de besluiten van de SRB en voor de afwikkeling van de Nederlandse, kleinbanken, onder toezicht van de SRB. De SRB zal dan ook de taken en bevoegdheden op grond van de BRRD toegekend aan DNB uitoefenen ten aanzien van (aandeelhouders en crediteuren van) Nederlandse banken.^[22] De afwikkelingsautoriteiten zijn bevoegd deze bevoegdheden uit te oefenen en afwikkelingsmaatregelen te nemen indien de ECB samen met de SRB (of DNB bij kleinbanken) vaststelt dat de bank (waarschijnlijk) niet langer aan haar verplichtingen zal kunnen voldoen.^[23]

De Europese wetgever hanteert ter uitvoering van internationale afspraken bij de afwikkeling van banken in (financiële) problemen het uitgangspunt dat de verliezen worden gedragen door allereerst de aandeelhouders en vervolgens de schuldeisers volgens hun rang in de normale insolventieprocedure.^[24] Het verlies van geen enkele crediteur mag groter zijn dan bij een normale insolventie.^[25] De afwikkelingsautoriteiten hebben diverse afwikkelingsinstrumenten tot hun beschikking: de verkoop van de onderneming; de overdracht van de gezonde onderdelen naar een overbruggingsinstelling^[26]; afsplitsing van activa en als laatste de bail-in. Bij de bail-in worden kapitaal(sinstrumenten)^[27] en schulden van de bank afgeschreven of, de laatste, omgezet in aandelen.^[28] Bovendien zijn de SRB en DNB bevoegd de door de bank uitgegeven schuldinstrumenten in te trekken.^[29] Dit mag slechts worden toegepast indien het redelijkerwijs te verwachten is dat de bank na de bail-in een doorstart kan maken.^[30] Het doel van bail-in is immers "herkapitalisatie".^[31] Mijns inziens is dit een enigszins verhullende en misplaatst begrip omdat er immers geen extra eigen vermogen wordt aangetrokken, maar slechts de balans verkleint door vermindering van schulden.

De piramide van verlies of 'loss absorption' bij een bail-in is als volgt: als eerste wordt het tier 1-kernkapitaal verlaagd^[32] en tier 1- en tier 2-instrumenten afgeschreven^[33]; vervolgens wordt de hoofdsom van achtergestelde schulden die geen aanvullend tier 1- en 2-kapitaal zijn afgeschreven; als laatste wordt de hoofdsom van de overige schulden, die niet zijn uitgezonderd^[34], afgeschreven (tot nul^[35]) volgens de rang in een normale insolventieprocedure^[36]. Samengevat, alle schulden en schuldinstrumenten^[37] van de bank (behalve de in de BRRD expliciet aangewezen categorieën) waarvoor de bank geen zekerheid heeft verschaft of garanties afgegeven zijn onderworpen aan de bail-in. Voor zover de waarde van de zekerheid het verschuldigde bedrag overtreft kan dit surplus ook worden afgeschreven.^[38] In ieder geval komen ongesecureerde bankleningen in aanmerking voor bail-in.^[39] In rang staan zij lager dan de niet-gedekte deposito's van natuurlijke personen en kleine, middelgrote en micro-ondernemingen^[40].^[41] De SRB of DNB kunnen besluiten de afgeschreven kapitaalinstrumenten om te zetten in aandelen van de bank^[42]; zij zijn hiertoe niet verplicht.^[43]

In algemene zin moeten lidstaten ervoor zorgen dat de uitoefening van (bail-in) bevoegdheden door de SRB of DNB niet onderworpen is aan de vereisten van goedkeuring of toestemming van aandeelhouders of schuldeisers die anders krachtens het contract of toepasselijke nationale recht of elke andere rechtsgrondslag van toepassing zouden zijn.^[44]

Voor schulden en schuldinstrumenten die zijn onderworpen aan het recht van een derde land zijn nog bijzondere uitwerkingen van dit beginsel in de BRRD opgenomen. Met name voor deze schulden en schuldinstrumenten bestaat er het risico dat de bevoegde rechter van het derde land de afschrijving of omzetting niet zal erkennen. Schulden en schuldinstrumenten die zijn onderworpen aan het recht van een EU-lidstaat zullen vaak een forumkeuze voor een rechter in

dat land bevatten. De overeenkomst die ten grondslag ligt aan schulden en schuldinstrumenten die zijn onderworpen aan het recht van een EU-lidstaat bevatten een forumkeuze voor een rechter in dat land. In de volgende paragraaf ga ik hier verder op in.

3. Buitenterritoriale werking EU bail-in

Op grond van art. 45 BRRD moet het minimum bail-in vermogen 8% zijn van het totale vermogen.^[45] De SRB is bevoegd zelf het minimumpercentage vast te stellen.^[46] Het ten minste jaarlijks geëvalueerde afwikkelingsplan dat de SRB en DNB moeten opstellen geeft aan dat dit minimum aanwezig is of hoe dit zal worden bereikt.^[47] De banken zijn verplicht te allen tijde aan dit minimum te voldoen.^[48]

Zoals in de inleiding vermeld wil de Europese wetgever voorkomen dat banken hun schulden zodanig structureren dat afbreuk wordt gedaan aan de doeltreffendheid van het bail-in instrument.^[49] Vanwege de het hogere risico van afschrijving en omzetting zullen financiers immers een hogere (rente)vergoeding eisen als compensatie voor het bail-in risico. Om hun financieringslasten te beperken zullen banken daarom geneigd zijn financiering aan te trekken op basis van het recht van derde landen waardoor financiers mogelijk niet worden geconfronteerd met dit risico. Bovendien hebben de meeste Europese banken op dit moment aparte aanbiedingsprogramma's van Medium Term Notes in bijvoorbeeld de Verenigde Staten en Singapore. Op deze obligaties is dan vaak het recht van dat derde land van toepassing. Deze MTN's hebben gemiddeld een looptijd van 5 tot en met 10 jaar.

Om een ongelijke behandeling van bijvoorbeeld houders van MTN's beheerst door het recht van een EU-lidstaat of van een derde land te voorkomen, heeft de Europese wetgever Europese banken verplicht gesteld in toekomstige contracten de mogelijke bail-in te regelen. Art. 55 van de BRRD schrijft voor dat banken een contractuele bepaling opnemen waarin de schuldeiser of partij waarbij de schuld of schuldinstrumenten tot stand komen, erkent dat deze schuld of dit schuldinstrument aan de afschrijvings- en omzettingsbevoegdheden van de SRB of DNB onderworpen kan zijn. Bovendien stemt deze schuldeiser of partij erin toe gebonden te zijn door elke verlaging van de hoofdsom of van het uitstaande verschuldigde bedrag, omzetting of intrekking die door de uitoefening van deze bevoegdheden door de SRB of DNB wordt teweeggebracht. Deze contractuele bail-in erkenning is in het bijzonder nodig voor schulden en schuldinstrumenten die in de rangorde van de schuldeisers van de bank op een lagere plaats staan.^[50]

Europese banken zijn pas verplicht deze contractuele bail-in erkenning op te nemen voor schulden en schuldinstrumenten die zijn aangegaan of uitgegeven na de datum waarop de BRRD in nationale regelgeving is omgezet.^[51] Deze contractuele bail-in verplichting is niet van toepassing voor schulden of schuldinstrumenten die zijn vrijgesteld van bail-in, zoals deposito's van natuurlijke personen en kleine, middelgrote en micro-ondernemingen.^[52] Deze verplichting geldt dus wel voor het ongedekte deel van deposito's, namelijk het bedrag boven € 100.000.^[53] De verplichting is niet van toepassing indien het recht van het derde land of een met dat derde land gesloten bindend verdrag^[54] de SRB respectievelijk DNB in staat stelt haar afschrijvings- of omzettingsbevoegdheden uit te oefenen.^[55]

De banken zijn niet alleen verplicht deze contractuele bail-in erkenning op te nemen; zij moeten ook aan de SRB en DNB een juridisch advies verstrekken over de afdwingbaarheid en de doeltreffendheid van een dergelijke clause.^[56] Afdwingbaarheid van deze clause impliceert mijns inziens doeltreffendheid. Naast dit algemene advies kunnen de banken ook door de SRB of DNB worden verplicht bij elk afschrijvings- of omzettingsbesluit aan te tonen dat dit besluit wordt uitgevoerd krachtens het toepasselijke recht van dat derde land. Hierbij wordt niet alleen rekening gehouden met de contractuele bepalingen maar ook met internationale verdragen inzake de erkenning van afwikkelingsprocedures.^[57] Indien de effectieve uitvoering van dit besluit volgens de SRB of DNB niet voldoende is aangetoond worden deze schulden en schuldinstrumenten niet meegerekend als minimum bail-in vermogen.^[58] Binnen de EU is de erkenning van herstel- en afwikkelingsmaatregelen bij banken geregeld in de Sanerings- en liquidatierichtlijn.^[59] Ten aanzien van derdelanden ontbreekt op dit moment een verdrag over erkenning.^[60]

4. Afdwingbaarheid en erkenning in de Verenigde Staten

In deze paragraaf onderzoek ik de afdwingbaarheid van een bail-in door de SRB of DNB van een schuld of een schuldinstrument, aangegaan of uitgegeven door een Europese bank, die is onderworpen aan het recht van een derde land.^[61] De voorwaarden waaronder deze schulden en schuldinstrumenten zijn uitgegeven bevatten meestal ook een forumkeuze voor een rechter in dat derde land. Met name voor deze schulden en schuldinstrumenten bestaat er het risico dat de bevoegde rechter van het derde land de afschrijving of omzetting niet zal erkennen.^[62] De afdwingbaarheid van de bail-in door de SRB of DNB hangt in dat geval af van deze bevoegde rechter. De gewenste gelijke behandeling van alle schulden wordt alleen bereikt als deze rechter de uitoefening van de wettelijke bail-in bevoegdheid erkent.^[63]

Dit is met name van belang in de periode dat er nog geen verplichte contractuele bail-in erkenning geldt. Deze situatie doet zich voor in de overgangperiode, in ieder geval tot en met 31 december 2014 wanneer de BRRD moet zijn omgezet

in nationale wetgeving.^[64] Ook bij de bail-in van schulden en schuldinstrumenten die nog niet zijn afgelost na deze datum is de erkenningskwestie van belang. Middellangetermijnschulden hebben gemiddeld een looptijd van 5 tot 10 jaar.

Erkenning houdt in dat deze buitenlandse rechter de rechtsgevolgen toekent aan de bail-in zoals voorgeschreven in de (nationale omzettingsregeling van de) BRRD en de SRM verordening. Het rechtsgevolg van de bail-in is ingrijpend, namelijk een wijziging in de verplichtingen van de bank jegens haar schuldeisers zonder hun instemming.^[65] Erkenning brengt mee dat de rechten van alle schuldeisers en houders van schuldinstrumenten, ongeacht het toepasselijke recht, worden gewijzigd overeenkomstig het besluit van de SRB of DNB.

Anders dan de BRRD suggereert is het belang van erkenning niet beperkt tot schulden onderworpen aan het recht van een derde land. Wanneer houders van schuldinstrumenten onderworpen aan het recht van een EU-lidstaat hun (volledige) vordering proberen te verhalen op vermogen dat in het derde land aanwezig is, zal de buitenlandse rechter moeten oordelen of hij de bail-in van de SRB of DNB erkent. Indien in de schuldovereenkomst een exclusieve forumkeuze voor een rechter in één van de EU-lidstaten is opgenomen, zal de buitenlandse rechter niet snel geneigd zijn internationale bevoegdheid aan te nemen in geschillen voortvloeiend uit deze schuld.

In deze paragraaf neem ik de Verenigde Staten als voorbeeld van een derde land. Indien de houders van bijvoorbeeld schuldinstrumenten, uitgegeven door een Europese bank en onderworpen aan het recht van New York, nakoming vorderen bij de bevoegde Amerikaanse rechtbank, zal deze rechter moeten beoordelen of hij de bail-in door de SRB of DNB erkent. Indien hij deze bail-in niet erkent, zal de bank kunnen worden veroordeeld tot volledige nakoming van zijn verplichtingen, zonder afschrijving. Het belang van erkenning van schuldhherstructurering wordt benadrukt in de recente zaak van Argentinië/NML Capital.^[66] De Amerikaanse rechter veroordeelde Argentinië tot betaling van obligatiehouders, uitgegeven onder New Yorks recht, die niet akkoord waren gegaan met de afschrijving in 2005. Argentinië had immers niet in strijd met de *pari passu*-bepaling alleen de obligatiehouders die wel akkoord waren mogen betalen.

In beginsel kan buitenlandse wetgeving of handelingen van een buitenlandse overheid niet zonder meer de rechten van deze schuldeisers aantasten.^[67] Helaas geldt er geen internationaal verdrag tussen de VS enerzijds en de EU en/of de afzonderlijke lidstaten anderzijds. De erkenning van de bail-in door de SRB of DNB moet dan ook worden beoordeeld naar Amerikaans recht.

Hierbij zijn drie aspecten van belang. Ik noem deze kort en bespreek ze hierna. Ten eerste is het van belang dat de uitoefening van bail-in bevoegdheden geen kwestie is van contractenrecht (met de daarbij van toepassing zijnde voorrangregels) maar een kwestie van (wederzijdse) erkenning van uitoefening van de bevoegdheden van de bewindvoerder^[68] van een bank.^[69] Ten tweede is het volgens de literatuur waarschijnlijk dat de Amerikaanse rechter zal verlangen dat ter bescherming (*due process*) van de schuldeisers^[70] de bail-in bevoegdheden van de buitenlandse toezichthouder niet verder strekken dan die van de Amerikaanse toezichthouder.^[71] Daarnaast zal de Amerikaanse rechter het beginsel van wederkerigheid (*reciprocity*) toepassen.^[72] Dit houdt dat de Amerikaanse rechter slechts de Europese bail-in erkent indien de Europese wetgever en rechter ook een Amerikaanse bail-in erkent. Als laatste is nog van belang of de Europese bank beschikt over een bijkantoor in de Verenigde Staten. Indien volgens de Amerikaanse wet dit het geval is, valt de afwikkeling van dit bijkantoor onder de exclusieve Amerikaanse rechtsmacht.

Op grond van de Federal Deposit Insurance Act is de Federal Deposit Insurance Corporation (FDIC) bevoegd bail-in maatregelen te treffen.^[73] Zowel de SRB en DNB als de FDIC oefenen de bail-in bevoegdheden gedurende de afwikkelingsperiode^[74] uit als bewindvoerder of receiver^[75] van de bank in financiële moeilijkheden. Volgens de Europese wetgever wordt de bank niet volgens de normale insolventieprocedure geliquideerd, maar vindt deze bijzondere afwikkeling plaats met als doel de continuïteit van kritieke functies te waarborgen, negatieve gevolgen voor de financiële stabiliteit te voorkomen, overheidsmiddelen te beschermen door het beroep van falende instellingen op buitengewone openbare financiële steun zo veel mogelijk te beperken, en gedekte depositanten en beleggers, alsmede gelden en activa van cliënten te beschermen.^[76] De FDIC is zelfs bevoegd zelf de bank te liquideren.^[77] In de EU doet de bevoegde afwikkelingsautoriteit alleen de aanvraag tot liquidatie volgens de normale van toepassing zijnde insolventieprocedure.^[78] De bail-in bevoegdheden van de SRB, DNB en de FDIC zijn vergelijkbaar. Onder het Amerikaanse bail-in regime kan de FDIC schulden en schuldinstrumenten omzetten in aandelen of tegen schadevergoeding het contract opzeggen of, wijzigen.^[79]

Voor wat betreft de wederkerigheid is van belang dat de erkenning van bail-in maatregelen van derde landen niet op EU-niveau is geregeld. De SRB zal slechts aanbevelingen opstellen om uiteenlopende regelingen te vermijden.^[80] Wel is nog van belang dat de BRRD voorschrijft dat de erkenning en de toepassing van afwikkelingsprocedures van een derde land door EU-landen met betrekking tot bijkantoren van instellingen met hoofdkantoor in dat derde land niet meebrengt dat lidstaten het recht verliezen op te treden indien de financiële stabiliteit in de EU in gevaar wordt gebracht, of wanneer depositohouders uit de EU niet op dezelfde wijze als depositanten uit dat derde land worden behandeld.^[81] In die omstandigheden, en in de andere in deze richtlijn vastgelegde omstandigheden, hebben de lidstaten het recht om, na raadpleging van de nationale afwikkelingsautoriteiten, te weigeren afwikkelingsprocedures van derde landen met betrekking

tot bijkantoren in de Unie van instellingen uit derde landen te erkennen. Aan de door de Amerikaanse rechter waarschijnlijk gestelde voorwaarde van reciprociteit zal zijn voldaan indien in de afzonderlijke lidstaten in een erkenningsregeling is voorzien.

Als laatste is nog van belang op te merken dat naar Amerikaanse recht de bijkantoren en agentschappen (*branches*) in de VS van een niet-Amerikaanse bank voor wat betreft het toezicht, insolventie en afwikkeling worden beschouwd als zelfstandige entiteit.^[82]

De FDIC is in dat geval exclusief bevoegd bail-in maatregelen te treffen. De Amerikaanse rechter zal het besluit van de SRB of DNB tot omzetting dan wel afschrijving van schulden die zijn aangegaan door of schuldinstrumenten die zijn uitgegeven door het Amerikaanse bijkantoor van een Europese bank niet erkennen; immers deze afwikkelingsbevoegdheid komt exclusief aan de FDIC toe.

Bovendien brengt dit Amerikaanse bijkantoor met zich dat de curator van een niet-Amerikaanse bank ook geen gebruik zal kunnen maken van de mogelijkheid een verzoek in te dienen tot erkenning van bijvoorbeeld een Nederlandse faillissementsprocedure. Normaal gesproken kan de curator de Amerikaanse rechter op grond van Chapter 15 van de US Bankruptcy Code verzoeken deze niet-Amerikaanse faillissementsprocedure te erkennen.^[83] Door de Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act of 2005^[84] staat de erkenningsprocedure van Chapter 15 niet langer open voor niet-Amerikaanse banken met een bijkantoor in de Verenigde Staten.^[85] De vermogensbestanddelen van de buitenlandse bank in de Verenigde Staten worden niet getroffen door het faillissement en schuldeisers, waaronder de houders van schuldinstrumenten uitgegeven onder New Yorks recht kunnen zich hierop verhalen.^[86]

Het uitgeven van schuldinstrumenten of het aangaan van schulden, mits geen deposito's, zijn geen activiteiten waardoor er sprake is van vestiging van een bijkantoor of agentschap.^[87] De Amerikaanse rechter zal dan ook op verzoek van de curator de Nederlandse faillissementsprocedure erkennen indien is voldaan aan de (formele) vereisten voor erkenning zoals neergelegd in 11 USC § 1515. Erkenning brengt mee dat een parallelle Amerikaanse faillissements- of verhaalprocedure niet meer openstaat.^[88] Ook de getroffen herstructureringsmaatregelen in de buitenlandse procedure vallen onder de reikwijdte van de erkenning.^[89] Het is te verwachten dat de Amerikaanse rechter naar analogie ook de uitoefening van bail-in bevoegdheden door de SRB en DNB in de resolutieperiode zal erkennen indien er geen sprake is van een bijkantoor in de Verenigde Staten.

Concluderend, in beginsel zal de Amerikaanse rechter de uitoefening van de bail-in bevoegdheden van de SRB en DNB erkennen, voor zover de Europese bank geen activiteiten verricht of heeft verricht waardoor volgens Amerikaans recht sprake is van een bijkantoor in de Verenigde Staten.

5. Afsluitende opmerkingen

De Europese Bankenuunie zorgt ervoor dat de toezichts- en afwikkelingsbevoegdheden ten aanzien van banken in het Eurogebied op Europees niveau zal worden uitgeoefend door de ECB en de SRB. In deze bijdrage staat de bail-in bevoegdheid van de SRB en de gevolgen hiervan voor de financiering van banken centraal. Immers door deze bevoegdheid worden de private financiers rechtstreeks geraakt. Door Europese banken aangegane schulden of uitgegeven schuldinstrumenten kunnen door een SRB of DNB-besluit worden afgeschreven en omgezet in aandelen. Het Europese bankwezen wordt onderworpen aan de bail-in in plaats van de bail-out. Niet alleen als de bank in financiële problemen verkeert maar op elk moment is een Europese bank verplicht over een minimum bail-in vermogen te beschikken van 8% van haar totale schuld.

Om te voorkomen dat Europese banken financiering zullen aantrekken die niet is onderworpen aan dit bail-in risico, verplicht de Europese wetgever banken een contractuele bail-in erkenning op te nemen indien zij niet aan de SRB en DNB kunnen aan te tonen dat de wettelijke bail-in ook in derde landen wordt erkend. Binnen de EU is deze erkenning geregeld in de Sanerings- en liquidatierichtlijn. Internationaal is er geen geldend verdrag dat de erkenning van resolutiemaatregelen, waaronder bail-in bevoegdheden, regelt.

Een drietal aspecten is van belang voor de beantwoording van de vraag of de Amerikaanse rechter de uitoefening van de bail-in bevoegdheden door de SRB en DNB zal erkennen. Ten eerste is het van belang te benadrukken dat de bail-in bevoegdheid wordt uitgeoefend in het kader van de afwikkeling en mogelijke doorstart van de bank. De rol van de SRB en DNB is die van bewindvoerders met bijzondere bevoegdheden. Ten tweede zal ter bescherming van de positie van Amerikaanse crediteuren de bail-in bevoegdheden van de SRB en DNB niet verder strekken dan die van de Amerikaanse FDIC. Beide beschikken over vergelijkbare bail-in bevoegdheden. De Amerikaanse rechter zal ook het beginsel van reciprociteit handhaven. De EU-lidstaten zullen ook de Amerikaanse bail-in bevoegdheden van de FDIC ten aanzien van alle schulden van een Amerikaans bank. Op dit moment is er (nog) niet voorzien in dergelijke regeling.

Een veel groter struikelblok dat erkenning in de weg staat is de aanwezigheid van een bijkantoor in de Verenigde Staten. Dit bijkantoor wordt voor wat betreft het toezicht, afwikkeling en liquidatie naar Amerikaans recht behandeld als een losstaande

entiteit. De FDIC is in dat geval exclusief bevoegd bail-in maatregelen te treffen. De Amerikaanse rechter zal het besluit van de SRB of DNB tot omzetting dan wel afschrijving van schulden die zijn aangegaan door of schuldinstrumenten die zijn uitgegeven door het Amerikaanse bijkantoor van een Europese bank niet erkennen; immers deze afwikkelingsbevoegdheid komt exclusief aan de FDIC toe.

Voetnoten

[1]

Gelieve dit artikel aan te halen als: T.M.C. Arons, 'Erkenning van een bail-in besluit van de Single Resolution Board of DNB in de Verenigde Staten', *TvI* 2014/35. T.M.C. (Tomas) Arons is als universitair docent verbonden aan het Instituut voor Financieel Recht, onderdeel van het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht van de Radboud Universiteit Nijmegen.

[2]

Verordening (EU) nr. 1024/2013 van de Raad van 15 oktober 2013 waarbij aan de Europese Centrale Bank specifieke taken worden opgedragen betreffende het beleid inzake het prudentieel toezicht op kredietinstellingen [2013] PbEU L287/63.

[3]

Zie B. Bierens, 'De Bankenunie: een nieuw huis voor het Europees banktoezicht', *Ondernemingsrecht* 2014/59, p. 288-297.

[4]

Art. 99 lid 2 SRM verordening.

[5]

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 [2014] PbEU L225/1.

[6]

Zie Peter Spiegel, The FT/Reuters Dijsselbloem interview transcript, Financial Times 26 March 2013.

[7]

In beginsel beperkt tot een bedrag gelijk aan 5% van het totaal van vreemd en eigen vermogen. Zie: overweging 78 van de considerans van de SRM verordening.

[8]

Zie de conclusies van de vergadering van de Europese Raad van 24 en 25 maart 2011, EUCO 10/1/11REV 1, p. 21, 25 en 32, www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ec/120296.pdf

[9]

Verdrag tot instelling van het Europees Stabiliteitsmechanisme (ESM), *Trb.* 2012, 28

[10]

De Herziened Depositogarantierichtlijn moet uiterlijk gedeeltelijk op 3 juli 2015 respectievelijk 31 mei 2016 zijn omgezet in nationale wetgeving. Zie art. 20 van Richtlijn 2014/49/EU van het Europees Parlement en de Raad van 16 april 2014 inzake de depositogarantiestelsels [2014] PbEU L 173/149.

[11]

Brief van de Minister van Financiën d.d. 27 juni 2014, *Kamerstukken II*, 32013, nr. 77, p. 4-5.

[12]

Bank Recovery and Resolution Directive, 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 [2014] PbEU L 173/190.

[13]

Zie ook Brief van de Minister van Financiën d.d. 27 juni 2014, *Kamerstukken II*, 32013, nr. 77.

[14]

Zie art. 63 lid 1 BRRD (jo. art. 5 lid 1SRM verordening).

[15]

Art. 45 BRRD; art. 12 SRM verordening. Zie hierover uitgebreid: J.N. Gordan & W.-G. Ringe, 'Resolution in the European Union: A Transatlantic Perspective on What It Would Take', in D. Busch and G. Ferrarini (eds), *The European Banking Union* (OUP) (publication expected early 2015) and J.N. Gordan & W.-G. Ringe, 'Resolution in the European Union: A Transatlantic Perspective on What It Would Take' OUP Legal Research Paper Series, Paper No 18/2014. June 2014, <http://ssrn.abstract=2361347>.

[16]

Wel is van belang dat de SRB en DNB blijven beschikken over de bevoegdheid om de door de bank uitgegeven aandelen of andere eigendomsinstrumenten over te dragen aan een ander. Zie: art. 63 lid 1 onder d BRRD. Deze bevoegdheid zal worden gebruikt bij de overdracht aan

een definitieve koper (art. 38 lid 1 NRRD; art. 24 lid 1 SRM-Vo) of aan een overbruggingsinstelling (art. 40 lid 1 BRRD; art. 25 lid 1 SRM-Vo).

[17]

Deze stichting die niet beschikte over activa is op 12 november 2013 failliet verklaard door de Rb Midden-Nederland (ongepubliceerd, insolventienummer F.16/13/1256)

[18]

Overweging 79 van de considerans van de BRRD; overweging 80 van de considerans van de SRM verordening.

[19]

Overweging 77 en 78 van de considerans van de BRRD; overweging 83 van de considerans van de SRM-Vo.

[20]

Zie het rapport 'Thematic Review on Resolution Regimes, Peer Review Report', Financial Stability Board, 11 April 2013, p. www.financialstabilityboard.org/publications/r_130411a.pdf en het rapport 'Resolution policies and frameworks – progress so far', Basel Committee on Banking Supervision, July 2011, www.bis.org/publ/bcbs200.pdf.

[21]

Art. 2 SRM verordening.

[22]

Art. 5 lid 1 SRM verordening. Zie ook: Brief van de Minister van Financiën d.d. 27 juni 2014, *Kamerstukken II*, 32013, nr. 77, p. 2.

[23]

Art. 18 lid 1 SRM verordening; art. 32 lid 1 BRRD. Mijn inziens is de Nederlandse vertaling in de BRRD van het Engelse "fail or likely to fail" in "faalt of waarschijnlijk zal falen" niet erg gelukkig.

[24]

Art. 34 lid 1 onder a en b BRRD; art. 15 lid 1 onder a en b SRM verordening.

[25]

Art. 34 lid 1 onder g BRRD; art. 15 lid 1 onder g SRM verordening.

[26]

De SRB en DNB hebben de bevoegdheid om rechten, activa en passiva van een bank over te dragen aan een andere entiteit met toestemming van deze laatste. De huidige Nederlandse interventiewet kwalificeert deze "overdracht" (beter is m.i. te spreken van overgang) van passiva abusievelijk als onteigening van vermogensbestanddelen, waaronder passiva. Zie *Kamerstukken II, 2011/12, 33059, nr. 3* (MvT), p. 68. In feite gaat het bij deze "overdracht" om gedwongen schuldovername zonder verplichte crediteureninstemming ex art. 6:155 BW.

[27]

De SRB of DNB kan de afschrijving of omzettingsbevoegdheid ten aanzien van kapitaalsinstrumenten onafhankelijk of in combinatie met een andere afwikkelingsmaatregel, zoals de bail-in, uitoefenen. Zie: art. 59(1) BRRD.

[28]

Art. 63 lid 1 onder f BRRD (jo. art. 5 lid 1 SRM verordening).

[29]

Art. 63 lid 1 onder g BRRD (jo. art. 5 lid 1 SRM verordening).

[30]

Art. 43 lid 3 BRRD; art. 27 lid 2 SRM verordening.

[31]

Art. 27 lid 1 onder a SRM verordening.

[32]

De SRB en DNB kunnen het nominaal aantal aandelen verminderen of tot nul herleiden en zelfs intrekken. Zie: art. 63 lid 1 onder g en onder h BRRD. Dit is in beginsel zuiver boekhoudkundig, eigendom en rechten worden niet aangetast. Mij is niet helemaal duidelijk hoe dit als loss absorber functioneert.

[33]

Art. 48 lid 1 sub a, b en c jo. art. 60 BRRD (jo. art. 5 lid 1 SRM verordening).

[34]

Art. 44 lid 2 BRRD; art. 27 lid 3 SRM verordening. De volgende schulden zijn uitgezonderd ongeacht het recht van een EU-lidstaat of een derde land hierop van toepassing is: gedekte deposito's, door zekerheid gedekte passiva, waaronder gedekte obligaties, activa of gelden die de bank voor cliënten aanhoudt; fiduciaire verplichtingen op voorwaarde dat de begunstigde (beneficiary) bescherming geniet uit hoofde van de toepasselijke insolventie- of civielrechtelijke wetgeving; verplichtingen jegens instellingen, systemen of exploitanten met een oorspronkelijke looptijd van minder dan 7 dagen; verplichtingen jegens werknemers, handelscrediteuren, de belastingdiensten en de depositogarantiestelsels waarbij de bank op grond van Richtlijn 2014/49/EU is aangesloten.

[35]

Art. 63 lid 1 sub e BRRD (jo. art. 5 lid 1 SRM verordening).

[36]

Art. 48 lid 1 sub d BRRD; art. 63 lid 1 sub e BRRD.

[37]

In de Nederlandse tekst van de richtlijn staat in art. 55 BRRD: passiva; in deze bijdrage zal ik het hebben over schulden en schuldinstrumenten die kunnen worden omgezet of afgeschreven.

[38]

Art. 44 lid 2 alinea 3 laatste zin; art. 27 lid 4 SRM verordening.

[39]

Zie: art. 45 lid 4 sub b BRRD.

[40]

Dit wordt bepaald aan de hand van de jaaromzet. Zie: Aanbeveling 2003/361/EG van de Commissie van 6 mei 2003 betreffende de definitie van kleine, middelgrote en micro-ondernemingen, PbEU L 124/36.

[41]

Zie overweging 111 van de considerans van de BRRD en art. 108 sub a BRRD. De Europese wetgever acht harmonisatie van het nationale insolventierecht op dit gebied noodzakelijk om de blootstelling van de afwikkelingsfondsen van de lidstaten tot een minimum te beperken en het beginsel dat geen enkele crediteur slechter af mag zijn dan bij insolventie te handhaven.

[42]

Of andere eigendomsinstrumenten, bijvoorbeeld certificaten van aandelen.

[43]

Art. 37 lid 2 jo. art. 59 BRRD (jo. art. 5 lid 1 SRM verordening).

[44]

Art. 63 lid 2 BRRD (jo. art. 5 lid 1 SRM verordening).

[45]

Zie overweging 75 van de considerans van de BRRD.

[46]

Art. 12 SRM verordening. In beginsel wordt ook bij het SRM uitgegaan van 8%. Zie overweging 80 van de considerans van de SRM verordening.

[47]

Art. 10 lid 6 jo. art. 10 lid 7 sub o BRRD.

[48]

Art. 45 lid 1 BRRD.

[49]

Overweging 78 van de considerans van de BRRD.

[50]

Overweging 78 van de considerans van de BRRD.

[51]

Art. 1 lid 1 sub d BRRD.

[52]

Art. 55 lid 1 sub a BRRD (jo. art. 5 lid 1 SRM verordening).

[53]

Art. 2 lid 1, punt 94 BRRD jo. art. 2 lid 1, punt 5 jo. art. 6 van Richtlijn 2014/49/EU van het Europees Parlement en de Raad van 16 april 2014 inzake de depositogarantiestelsels, PbEU L 173/149.

[54]

In de Nederlandse tekst van de richtlijn staat abusievelijk "overeenkomst"; de Engelse versie: international agreement.

[55]

Art. 55 lid 1 alinea 2 BRRD (jo. art. 5 lid 1 SRM verordening).

[56]

Art. 55 lid 1 derde alinea BRRD (jo. art. 5 lid 1 SRM verordening).

[57]

Art. 45 lid 5 eerste zin BRRD (jo. art. 5 lid 1 SRM verordening).

[58]

Art. 45 lid 5 tweede zin BRRD.

[59]

Zie Richtlijn 2001/24/EG van het Europees Parlement en de Raad van 4 april 2001 betreffende de sanering en de liquidatie van kredietinstellingen [2001] PbEG L 125/15. Zie hierover uitgebreid: T.M.C. Arons, 'Recognition of Debt Restructuring and Resolution Measures under the European Union Regulatory Framework' Int. Insolv. Rev. Vol 23: 57-72 (2014). Deze richtlijn zorgt ervoor dat alle activa en passiva van de instelling, ongeacht het land waarin deze zich bevinden, in één enkele procedure in de lidstaat van herkomst worden behandeld en dat de schuldeisers in de lidstaten van ontvangst op dezelfde manier als de schuldeisers in de lidstaat van herkomst worden behandeld. Om tot een doeltreffende afwikkeling te komen, geldt deze richtlijn ook bij het gebruik van afwikkelingsinstrumenten, zowel wanneer deze instrumenten op instellingen worden toegepast, als wanneer ze worden toegepast op andere entiteiten die onder de afwikkelingsregeling vallen. Zie art. 117 BRRD.

[60]

Dit verdrag is (nog) niet gesloten ondanks de aanbeveling van de Financial Stability Board, Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions, Key Attribute 7.5. Evenmin is er een verdragstekst of een ontwerp daarvan beschikbaar.

[61]

Het is hierbij van belang op te merken dat de uitoefening van de bail-in bevoegdheid door de SNB of DNB geen aanwijzing is aan de financiële instelling enige (contractuele) bevoegdheid jegens de schuldeiser uit te oefenen om zo de omzetting of afschrijving te bewerkstelligen. Het bail-in besluit heeft direct tot gevolg dat de schulden en schuldinstrumenten zijn omgezet of afgeschreven. Zie art. 63 lid 1 BRRD (jo. art. 5 lid 1 SRM verordening).

[62]

Het belang van rechterlijke erkenning wordt benadrukt in het rapport 'Resolution policies and frameworks – progress so far', Basel Committee on Banking Supervision, July 2011, p. 35: "The exercise of resolution powers in a foreign home jurisdiction will generally require recognition by a court rather than coordination with the local regulatory authorities."

[63]

Zie over het belang van de erkenning van wettelijke bail-in bevoegdheden: B.J. Attinger, 'Crisis Management and Bank Resolution. Quo Vadis, Europe?', ECB Legal working paper series 2011/13, www.ecb.europa.eu/pub/pdf/scplps/ecblwp13.pdf; J. Zhou e.a., 'From Bail-out to Bail-in: Mandatory Debt Restructuring of Systemic Financial Institutions', IMF Staff Discussion Paper/12/03, p. 71-18, <https://www.imf.org/external/pubs/ft/sdn/2012/sdn1203.pdf>; Institute of International Finance Report, Making Resolution Robust – Completing the Legal and Institutional Frameworks for Effective Cross-Border Resolution of Financial Institutions, June 2012, p. 21-22, www.iif.com/download.php?id=vVrz1cqVQzl=.

[64]

Art. 130 BRRD. Indien de BRRD niet op tijd in nationale wetgeving is omgezet zal dit ook na 1 januari 2015 zich mogelijk nog kunnen voordoen.

[65]

Zie E. Hüpkes, 'Allocating Costs of Failure Resolution' in R.M. Lastra (ed.), *Cross-Border Bank Insolvency*, OUP 2011, para. 5.64. Bij "gewone" herstructureringsplannen zoals het buitengerechtelijk (*schemes of arrangement*) of faillissementsakkoord of Amerikaanse Chapter 11 procedures moet in ieder geval een meerderheid van de crediteuren instemmen. Vgl. 11 USC § 1129(a). Binnenkort zal het wetsontwerp Wet continuïteit ondernemingen II met daarin de invoering van buitengerechtelijk akkoord of dwangakkoord in de Faillissementswet ter consultatie worden aangeboden. Zie Brief van de Minister van Veiligheid en Justitie, 15 november 2013, 'Wetgevingsprogramma Herijking Faillissementsrecht'.

[66]

USSC 16 June 2014, 134 S.Ct. 2250, 82 USLW 4485, 14 Cal. Daily Op. Serv. 6528, 2014 Daily Journal D.A.R. 7558, 24 Fla. L. Weekly Fed. S 855. Het Amerikaanse Hoogerechtshof bekrachtigt de uitspraken van het Hof van Beroep van 26 oktober 2012 (699F.3d246C.A.2 (N.Y.), 2012) dat Argentinië door de schuldeisers die niet instemden met de herstructurering niet langer te betalen in strijd handelde met de paripassuclausule door de schuldeisers die met de haircut wel akkoord waren te betalen.

[67]

Vgl. de bekende Engelse zaak *National Bank of Greece and Athens v. Metliss* [1958] AC 509. In dat geval ging het om schulden naar Engels recht die waren uitgegeven door een Griekse bank. De Engelse rechter erkende niet de Griekse wetgeving die deze contractuele rechten en verplichtingen aantastte.

[68]

In de tekst van de BRRD wordt de bewindvoerder aangemerkt als afwikkelaar. In aansluiting bij de noodregeling vind ik bewindvoerder een betere aanduiding in het Nederlands. Vgl. art. 3:162d Wft. Hierbij verdient opmerking dat deze bewindvoerders in beginsel slechts de bevoegdheden van de bestuurders en commissarissen van de bank uitoefenen (art. 3:175 lid 1 Wft). Zij kunnen weliswaar op verzoek van de rechtbank worden gemachtigd tot overdracht van het geheel of een gedeelte van de verbintenissen van de bank en/of gehele of gedeelte liquidatie van het bedrijf van de bank (art. 3:163 lid 1 Wft), maar zij hebben geen bail-in mogelijkheid.

[69]

E. Hüpkes, 'Allocating Costs of Failure Resolution' in R.M. Lastra (ed.), *Cross-Border Bank Insolvency*, OUP 2011, par. 5.59-5.63. Voor de

internationaalprivaatrechtelijke kwalificatie van rechten die op grond van de BRRD aan één van de contractspartijen wordt toegekend, verwijs ik naar A.J. Berends, 'Why overriding mandatory provisions that protect financial stability deserve special treatment', *NILR* 2014, Vol 61, Issue 1, p. 69-106 en V.P.G. de Serière, 'Recovery and Resolutions Plans of Banks in the Context of the BRRD and the SRM: Some Fundamental Issues' in D. Busch and G. Ferrarini (eds), *The European Banking Union* (OUP) (publication expected early 2015).

[70]

In deze bijdrage ga ik niet verder in op de rechtsbescherming van personen die door resolutiemaatregelen worden getroffen in hun vermogensbelangen. In het begin 2015 te verschijnen boek D. Busch and G. Ferrarini (eds), *The European Banking Union* (OUP) zal een bijdrage van mijn hand over dit onderwerp worden opgenomen.

[71]

C. Bates and S. Gleeson, 'Legal aspects of bank bail-ins', *Law and Financial Markets Review* Vol. 5 No. 4, p. 264-275, p. 270.

[72]

Het rapport 'Resolution policies and frameworks – progress so far', Basel Committee on Banking Supervision, July 2011, punt 114, www.bis.org/publ/bcbs200.pdf; J.H. Sommer, 'Why Bail-In? And How!', *Economic Policy Review*, Vol. 20, No. 2 (Special Edition Large and Complex Banks, Federal Reserve Bank of New York, March 2014, p. 15. www.ny.frb.org/research/epr/2014/1403somm.pdf.

[73]

12 USC § 1811 tot en met 12 USC § 1831aa.

[74]

Art. 72 lid 1 BRRD.

[75]

Art. 12 USC § 1811 en de Chapter 7 van de Resolutions Handbooks 'The FDIC's Role as Receiver', p. 67: "Like a bankruptcy trustee, a receiver steps into the shoes of an insolvent party. The receiver may liquidate the insolvent institution or transfer some or all of its assets to an acquiring institution.", www.fdic.gov/bank/historical/reshandbook/ch7recvr.pdf.

[76]

Overweging 45 van de considerans van de BRRD. Deze afwikkelingsdoelstellingen zijn ook geformuleerd in art. 31 lid 2 BRRD.

[77]

Zie Chapter 7 van de Resolutions Handbooks 'The FDIC's Role as Receiver', p. 67; art. 82(2)(b) BRRD. Zie ook: A. Campbell & R.M. Lastra, 'Definition of Bank Insolvency', in R.M. Lastra (ed.), *Cross-Border Bank Insolvency*, OUP 2011, par. 2.73; par. 2.76.

[78]

Op grond van art. 3:163 lid 1 Wft verleent de rechtbank de mogelijkheid om met of na het uitspreken van de noodregeling, de bewindvoerders van de bank te machtigen tot gehele of gedeeltelijke liquidatie van de bank. In art. 212ha lid 2 Fw is voorgeschreven dat alleen DNB bevoegd is het faillissement van een bank die door haar een vergunning is verleend, aan te vragen.

[79]

Ten aanzien van banken (federal insured depositories): 12 USC § 1821(e)(1); met de inwerkingtreding van de Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act (Pub.L. 111-203, H.R. 4173) heeft de FDIC deze bevoegdheid ook ten aanzien van de overige financiële instellingen die in receivership zijn gegaan.

[80]

Overweging 92 van de considerans van de SRM verordening.

[81]

Art. 95 BRRD.

[82]

11 USC § 109(b)(3)(B). Zie uitgebreid: R.M. Lastra, 'International Law Principles' in R.M. Lastra (ed.), *Cross-Border Bank Insolvency*, OUP 2011, par. 7.16; R.R. Bliss & G.G. Kaufman, 'U.S. Corporate and Bank Insolvency Regimes: A Comparison and Evaluation' 2 Va. L. & Bus. Rev. 143, par. 5.

[83]

11 USC § 1517 jo. 11 USC § 1515.

[84]

Pub. L No 109-8; 119 Stat. 23.

[85]

11 USC. § 1501(c) jo. 11 USC § 109 (b)(3)(B).

[86]

Vgl. In re Agency for Deposit Ins. Rehabilitation, Bankruptcy and Liquidation of Banks, 310 B.R. 793 (S.D.N.Y. 2004).

[87]

12 USC § 1813(o) jo. 12 USC § 36(j): receiving deposits, paying checks, or lending money.

[88]

11 USC § 1520.

[89]

In Re Parmalat Finanziara S.p.A., 394 B.R. 696 (S.D.N.Y. 2008).