

ESMA publiceert Statement over verantwoordelijkheden en vereisten bij de verkoop van financiële instrumenten die vallen onder de BRRD

In het gepubliceerde statement (ESMA/2016/902) wijst ESMA beleggingsondernemingen en kredietinstellingen op de verantwoordelijkheden en vereisten bij het aan cliënten verkopen van financiële instrumenten die vallen onder de werking van de Bank Recovery and Resolution Directive (BRRD).

De BRRD geeft toezichthouders en resolutie-autoriteiten (in Nederland: De Nederlandsche Bank) extra bevoegdheden, zoals de toepassing van het instrument van bail-in, om in te grijpen wanneer banken in de problemen dreigen te komen. Dit met het doel om onordelijk falen van banken te voorkomen en te voorkomen dat banken in de toekomst opnieuw gesteund moeten worden met publieke middelen.

Het aantal financiële instrumenten dat onder de reikwijdte van het bail-in instrument valt is aanzienlijk, en is niet beperkt tot kapitaalinstrumenten en achtergesteld schuld papier. Door de inwerkingtreding van de BRRD en de mogelijkheid voor resolutie-autoriteiten om het instrument van bail-in toe te passen om een kredietinstelling of beleggingsonderneming te herkapitaliseren kunnen de risico's voor cliënten die belegd hebben in bepaalde financiële instrumenten toenemen. Zo kan een vordering of schuldinstrument omgezet worden in eigen vermogen of kan de hoofdsom daarvan verlaagd worden.

Een concreet voorbeeld hiervan is een eenzijdig besluit om bepaalde (achtergestelde) obligaties en niet gegarandeerde spaartegoeden te converteren in aandelen, waardoor de debiteurenpositie kan verslechteren. Een ander voorbeeld is dat de waarde van het financiële instrument (deels) wordt afgeschreven, waardoor beleggers een deel van hun vermogen verliezen. De resolutie-autoriteiten hebben ook andere mogelijkheden om banken te herkapitaliseren. Leidend hierbij is het No Creditor Worse Off principe, wat betekent dat een crediteur nooit slechter af mag zijn dan in faillissement.

Het door ESMA gepubliceerde statement benadrukt de verantwoordelijkheden van beleggingsondernemingen en kredietinstellingen (in geval zij beleggingsdiensten verlenen) om zowel bestaande als nieuwe cliënten in te lichten over de risico's van financiële instrumenten in relatie tot de toepassing van het bail-in instrument en andere bevoegdheden die volgen uit het resolutie-regime onder de BRRD. Verder dienen instellingen aandacht te besteden aan de geschiktheid en de passendheid. Ten slotte is van belang dat beleggingsondernemingen en kredietinstellingen eventuele belangtegenstellingen kritisch onder de loep nemen, zeker als zij financiële instrumenten die vallen onder de BRRD zelf bij hun cliënten plaatsen (self-placement).

De bedoelde verantwoordelijkheden, met name op het gebied van informatieverplichtingen, zijn gebaseerd op het bestaande MiFID-kader en van toepassing op verkoop van deze financiële instrumenten in het kader van beheer, advies en verkoop zonder advies. In het statement van ESMA wordt uiteengezet op welke manieren ondernemingen hieraan kunnen voldoen. Daarbij is de mate van informatieverstrekking onder andere afhankelijk van de complexiteit en het risico van het financiële instrument.

Hoewel de exacte scope van de instrumenten die vallen onder de mogelijkheid van bail-in nog wordt bepaald, betekent dit naar de mening van de AFM dat beleggingsondernemingen en kredietinstellingen in ieder geval tegenover klanten die belegd hebben in achtergesteld papier (denk daarbij aan instrumenten die vallen in het common equity tier 1, additional tier 1 en tier 2 kapitaal) actie dienen te ondernemen. Deze klanten moeten worden geïnformeerd over de mogelijke toepassing van het bail-instrument en de daarbij horende consequenties. Daarbij zal een financiële onderneming zelf risicogestuurd (bijvoorbeeld op basis van karakteristieken) moeten bepalen welke actie zij onderneemt ten aanzien van klanten die in andere instrumenten hebben belegd, die vallen onder het instrument van bail-in. ESMA stelt dat het belangrijk is dat klanten ook begrijpen dat de resolutie-autoriteiten andere bevoegdheden onder BRRD hebben. Als klanten al eerder zijn geïnformeerd zijn over de specifieke mogelijkheid en consequenties van bail-in en het BRRD-regime, is verdere actie niet vereist.

De AFM roept de betreffende ondernemingen op het statement door te lezen en waar relevant de vereisten toe te passen.

Eerder publiceerde de AFM een waarschuwing waarin zij aangeeft dat zij contingent convertibles, ook wel coco's genoemd, (een specifieke vorm obligaties die geconverteerd kunnen worden in eigen kapitaal) niet geschikt acht voor de meeste particuliere beleggers vanwege de bijbehorende risico's.