



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Recognition of foreign bank resolution actions

Guo, S.

Citation

Guo, S. (2020, November 17). *Recognition of foreign bank resolution actions*. Meijers-reeks.
Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/138380>

Version: Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/138380>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/138380> holds various files of this Leiden University dissertation.

Author: Guo, S.

Title: Recognition of foreign bank resolution actions

Issue date: 2020-11-17

Samenvatting (Summary in Dutch)

Erkenning van buitenlandse afwikkelingsmaatregelen ten aanzien van banken

Dit proefschrift onderzoekt de vraag wat het wettelijk kader voor erkenning van buitenlandse afwikkelingsmaatregelen ten aanzien van banken zou moeten zijn. In Hoofdstuk 1 wordt de algemene achtergrond van het onderzoek uiteengezet, namelijk de noodzaak van een dergelijk wettelijk kader. Het onderzoek bevat zowel een positiefrechtelijke als een normatieve analyse naar de mogelijkheden van erkenning en vergelijkt drie jurisdicties: de Europese Unie (EU), de Verenigde Staten (VS) en vasteland China.

In Hoofdstuk 2 wordt “afwikkeling” gedefinieerd als door afwikkelingsautoriteiten genomen maatregelen om banken af te wikkelen die insolvent zijn of dat waarschijnlijk zullen worden. De eerste twee inleidende hoofdstukken in Deel I benadrukken het belang van grensoverschrijdende afwikkeling van banken om de wereldwijde financiële stabiliteit te waarborgen. Daarnaast wordt het huidige gebrek aan wereldwijde regimes voor de erkenning van buitenlandse afwikkelingsmaatregelen besproken. Voor het opzetten van een stelsel van erkenning worden twee beleidsdoelen vastgesteld: ten eerste het vergemakkelijken van grensoverschrijdende afwikkeling van banken en de mogelijkheid om nationale afwikkelingsmaatregelen op te kunnen leggen in buitenlandse jurisdicties; en ten tweede het beschermen van de belangen van *host states*. Dit proefschrift stelt dat buitenlandse afwikkelingsmaatregelen in principe moeten worden erkend, behoudens bepaalde, beperkte uitzonderingen. Dit is in lijn met de aanbevelingen van de *Financial Stability Board* (FSB) en andere internationale organisaties.

De drie jurisdicties die in dit proefschrift worden vergeleken, hebben momenteel zowel mechanismen voor erkenning van buitenlandse afwikkelingen en afwikkelingsmaatregelen als gronden voor weigering van die erkenning. Zoals uiteengezet in Deel II, is het echter de vraag of de huidige (nationale) regimes de problemen die zich kunnen voordoen tijdens afwikkeling/resolutie voldoende verhelpen.

In Hoofdstuk 3 wordt het EU-regime ten aanzien van erkenning besproken. De EU heeft op dit vlak de *Bank Recovery and Resolution Directive* (BRRD) en de *Single Resolution Mechanism Regulation* (SRMR) aangenomen en heeft een speciale regeling voor de grensoverschrijdende afwikkeling van banken opgezet. Voor de lidstaten van de Europese bankenunie is de *Single Resolution Board* (SRB) de afwikkelingsautoriteit voor grensoverschrijdende

banken. Buiten de bankenunie worden afwikkelingsmaatregelen die worden opgelegd aan een EU-bank met een of meer bijkantoren in andere lidstaten automatisch erkend in die andere lidstaten. Daarnaast moeten afwikkelingscolleges worden opgericht om bankgroepen af te wikkelen die bestaan uit entiteiten in verschillende lidstaten. Hiertegenover staan de voorwaarden voor erkenning en de gronden voor weigering van afwikkelingsmaatregelen die door autoriteiten van derde landen worden genomen met betrekking tot niet-EU banken met entiteiten in de EU, opgenomen in artikelen 94 tot en met 96 BRRD. Deze bepalingen verduidelijken dat de Europese afwikkelingsautoriteiten de bevoegdheid hebben om afwikkelingsmaatregelen van derde landen te erkennen en toe te passen. Artikel 94 BRRD schrijft voor dat EU-afwikkelingsautoriteiten na de erkenning van niet-EU afwikkelingsmaatregelen, de bevoegdheid hebben om die maatregelen af te dwingen met betrekking tot dochterondernemingen, bijkantoren en activa van in de EU gevestigde banken uit derde landen, en ten aanzien van vorderingen en schulden die worden beheerd door het recht van een van de EU-lidstaten. Artikel 96 erkent de jurisdictie van afwikkelingsautoriteiten van derde landen. EU-bijkantoren van instellingen uit derde landen zijn over het algemeen onderworpen aan de afwikkelingsautoriteiten van die derde landen, tenzij een EU-bijkantoor niet onderworpen is aan afwikkelingsmaatregelen van derde landen of de erkenning van die afwikkelingsmaatregelen de openbare orde van de EU zou schenden. Artikel 95 BRRD noemt vijf openbare-orde-excepties op grond waarvan EU-autoriteiten kunnen weigeren afwikkelingsmaatregelen van derde landen te erkennen en toe te passen, te weten: financiële stabiliteit, afwikkelingsdoelstellingen, gelijke behandeling van schuldeisers, fiscaal beleid en nationaal recht. Omdat artikel 95 BRRD (nog) niet is toegepast, is het voorlopig moeilijk te voorspellen hoe de EU-autoriteiten deze gronden zouden toepassen. Over het algemeen zijn deze gronden eenvoudig opgesteld, zonder een uitgebreide lijst van voorwaarden en zonder onderscheid tussen de erkenning van buitenlandse afwikkelingsprocedures met aanhoudende effecten en buitenlandse afwikkelingsmaatregelen met onmiddellijke effecten, laat staan de langetermijngevolgen van de erkenning.

Hoofdstuk 4 behandelt de VS, een vooraanstaande jurisdictie ten aanzien van bankafwikkeling. Reeds in de *Federal Deposit Insurance Act* (FDIA) van 1950 kreeg de *Federal Deposit Insurance Corporation* (FDIC) de bevoegdheid om omvallende instellingen af te wikkelen. De *Dodd-Frank Act* uit 2010 breidt de afwikkelingsbevoegdheden van de FDIC uit tot niet-bancaire financiële instellingen en bankholdingmaatschappijen. Ondanks de leidende rol van de VS bij het formuleren van binnenlandse regels, wordt weinig aandacht besteed aan grensoverschrijdende bankafwikkeling. Een van de redenen hiervoor zou kunnen zijn dat de VS de *UNCITRAL Model Law on Cross-border Insolvency* (MLCBI) heeft opgenomen in Hoofdstuk 15 van haar *Bankruptcy Code*, die een effectief kader biedt voor grensoverschrijdende insolventiezaken. Hoofdstuk 15 is voornamelijk gericht op gerechtelijke

procedures, maar kan ook worden toegepast op administratieve/bestuurrechtelijke afwikkelingsmaatregelen. Hoofdstuk 15 geeft echter geen toereikend handvatten voor een grensoverschrijdende afwikkeling van een bank. Ten eerste zijn buitenlandse banken (deposito-instellingen) met filialen of agentschappen in de VS expliciet uitgesloten van het bereik van Hoofdstuk 15, en zijn alle Amerikaanse filialen of agentschappen van buitenlandse banken onderworpen aan de Amerikaanse afwikkelingsautoriteiten. Dit maakt het voor Amerikaanse autoriteiten bijna onmogelijk om buitenlandse afwikkelingsmaatregelen die zijn opgelegd aan Amerikaanse filialen of agentschappen van buitenlandse banken te erkennen of toe te passen. Ten tweede bevat Hoofdstuk 15 het centrum van voornaamste belangen (*centre of main interest*; COMI) principe, zoals dat momenteel wordt aangenomen in het internationale insolventierecht. Dit lijkt echter ongeschikt voor financiële instellingen die te maken hebben met *home/host* toezicht, hoewel in Hoofdstuk 6 van dit proefschrift wordt betoogd dat "*home state*" kan worden opgevat als COMI-jurisdictie en "*host state*" kan worden opgevat als vestigingsland. Ten derde lijkt de erkenning uit Hoofdstuk 15 enkel een voorlopige voorziening te zijn, die zowel van rechtswege als discretionair tot stand kan komen. Het is onduidelijk hoe Amerikaanse rechters zouden reageren op het verzoek om een voorlopige voorziening ten aanzien van buitenlandse afwikkelingsmaatregelen. Ten vierde bevat Hoofdstuk 15 openbare-orde-exceptions voor de weigering van erkenning en aanvullende regels om voorlopige voorzieningen te kunnen weigeren, met als doel de belangen van Amerikaanse schuldeisers te beschermen. Hoewel het gerechtvaardigd kan zijn om een beroep te doen op de openbare orde in gevallen van grensoverschrijdende afwikkeling van banken, kan een brede toepassing van de openbare-orde-uitzondering grensoverschrijdende afwikkeling belemmeren. In uitspraken waar de uitzondering aan de orde kwam, werd de openbare-orde-exception uit Hoofdstuk 15 derhalve in enge zin geïnterpreteerd. Dit wijst erop dat ook voor afwikkelingszaken een dergelijke interpretatiemethode mogelijk zou zijn. Voor de grensoverschrijdende afwikkeling van banken wordt aanbevolen om dit beleid expliciet in de regelgeving op te nemen.

China, thuisland van vier van de dertig *global systemically important banks* (G-SIB's), loopt achter bij het overnemen van de *FSB Key Attributes*. In Hoofdstuk 5 wordt onder andere het meest recente beleidsdocument over de afwikkeling van banken besproken, de *SIFI Guiding Opinions 2018*, waarin alleen enkele algemene beginselen zonder concrete afwikkelingsmaatregelen worden uiteengezet die van toepassing kunnen zijn op falende banken. Daarnaast is er weinig aandacht voor grensoverschrijdende vraagstukken. Voorlopig bevat alleen artikel 5 van de *Enterprise Bankruptcy Law* (EBL) regels voor grensoverschrijdende faillissementen, die leunen op de algemene beginselen van het internationaal privaatrecht. In de grensoverschrijdende afwikkeling van banken is de toepassing van artikel 5 echter problematisch. Ten eerste mist China duidelijke regelgeving en jurisprudentie over de toepassing van artikel 5 bij afwikkeling, hoewel

dit proefschrift stelt dat het algemene raamwerk voor faillissementen ook ruimte biedt voor resolutie. Ten tweede hanteert artikel 5 een strikte wederkerigheidstoets, waardoor erkenning moeilijk wordt. Daarom wordt in Hoofdstuk 5 voorgesteld om die wederkerigheid uit artikel 5 te schrappen. Ten derde zijn de in artikel 5 voorgeschreven regels te vaag, zonder duidelijke aanwijzingen ten aanzien van de rechtsgevolgen van buitenlandse afwikkelingsmaatregelen in China, met name van buitenlandse maatregelen die worden opgelegd aan Chinese dochterondernemingen, bijkantoren, activa van buitenlandse banken, of vorderingen en schulden die door Chinees recht worden beheerst. Ten vierde legt China veel nadruk op lokale belangen. Hiertoe somt artikel 5 uitzonderingen op waarop een beroep kan worden gedaan om de erkenning te weigeren, waaronder beginselen van Chinees recht, de staatssoevereiniteit, veiligheid of openbare orde en het belang van Chinese schuldeisers. Het is niet duidelijk hoe de Chinese rechter deze uitzonderingen zou interpreteren en toepassen in afwikkelingszaken.

Op grond van de rechtsvergelijkende studie in Deel II van dit proefschrift, wordt in Deel III een normatieve analyse gemaakt waarbij wordt onderzocht hoe klassieke rechtsbeginselen kunnen worden toegepast op de grensoverschrijdende afwikkeling van banken. Hoofdstuk 6 gaat in op de gronden voor erkenning. Het hoofdstuk bouwt voort op beginselen van het internationaal privaatrecht: internationale *comity* en wederkerigheid, de *obligation doctrine* en het gezag van gewijsde, en het beginsel van (aangepast) universalisme uit het internationale insolventierecht (*modified universalism*). Tezamen vormen deze beginselen de basis voor de erkenning van buitenlandse afwikkelingsmaatregelen ten aanzien van banken. Hoofdstuk 6 stelt verder dat specifieke regels zouden moeten worden opgesteld voor de grensoverschrijdende afwikkeling van banken. In het bijzonder worden vier beginselen voorgesteld:

Beginsel (i): Geen wederkerigheidsvereiste voor de erkenning van buitenlandse maatregelen tot afwikkeling met betrekking tot een buitenlandse bank. In de geselecteerde jurisdicties alleen China een strikte wederkerigheidstoets toe, die vereist dat een erkenningsbesluit alleen kan worden genomen als een buitenlandse jurisdictie eerder de afwikkeling van Chinese banken naar Chinees recht heeft erkend. Wederkerigheid is echter een onnodige voorwaarde voor erkenning, aangezien dit de grensoverschrijdende afwikkeling van banken ernstig zou belemmeren. (Hoofdstuk 6, §6.4.1)

Beginsel (ii): Jurisdicties in grensoverschrijdende afwikkeling van banken worden onderscheiden in *home state* en *host state*. Het onderscheid wordt gemaakt omdat grensoverschrijdende bankafwikkeling berust op het systeem van grensoverschrijdend banktoezicht, waarbij de *home* toezichthouders van multinationale banken wereldwijd geconsolideerd toezicht uitoefenen. *Home* afwikkelingsautoriteiten bevinden zich in een leidende

positie om mondiale afwikkelingsmaatregelen voor de hele groep te nemen. (Hoofdstuk 6, §6.4.2)

Beginsel (iii): Een lopende buitenlandse afwikkelingsprocedure moet worden erkend, inclusief relevante voorzieningen zoals het moratorium. Door de erkenning van *home* afwikkelingsautoriteiten, kunnen deze maatregelen nemen in de *host state*. Het invoeren van een moratorium vergemakkelijkt de uitvoering van afwikkelingsmaatregelen en waarborgt de internationale financiële stabiliteit. Het is aan te bevelen dat de nationale wetgeving de formele vereisten voor de erkenning voldoende duidelijk voorschrijft, bijvoorbeeld welke documenten moeten worden ingediend. Ten aanzien van dit beginsel, neemt het proefschrift geen stelling in betreffende de keuze tussen administratieve erkenning of gerechtelijke erkenning; het is aan de nationale regelgevers om hierin een keuze te maken. (Hoofdstuk 6, §6.4.3)

Beginsel (iv): Een buitenlandse afwikkelingsmaatregel die onmiddellijke effecten sorteert, moet worden erkend. De mogelijkheid dat handelingen van *home* autoriteiten kunnen worden onderworpen aan rechterlijke toetsing, mag geen reden zijn om die maatregelen niet te erkennen, omdat een effectieve afwikkeling het algemeen belang dient, dat in deze situatie zwaarder weegt dan de rechten van individuele partijen. Daarnaast kunnen betrokken schuldeisers nog steeds verhaal zoeken in de *home state*. Een *bail-in* volgens *home* maatregelen kan ook worden erkend, omdat de contractspartij in de *host state* deze situatie had kunnen voorzien toen zij een overeenkomst sloot met een partij die onderworpen is aan het recht van de *home state*; de afwikkeling wijzigt de contractuele relatie tussen de partijen. Na erkenning moeten de buitenlandse afwikkelingsmaatregelen worden toegepast, middels directe handhaving of door het nemen van nationale ondersteunende maatregelen. Aanbevolen wordt dat alle jurisdicties procedures ter uitoefening van de maatregelen invoeren, met duidelijke regels en richtlijnen. (Hoofdstuk 6, §6.4.4)

Hoofdstuk 7 neemt als uitgangspunt de beginselen van het financieel recht en identificeert de spanningen tussen nationaal financieel beleid en internationale financiële stabiliteit. In dit Hoofdstuk wordt geconstateerd dat internationale financiële stabiliteit een doel is, maar dat hiervoor geen bindende internationale regels bestaan. Internationale financiële regelgeving bestaat uit *soft law* en dwingt nationale beleidsmakers niet tot navolging. Daarom worden er in Hoofdstuk 7 drie verdere beginselen geïntroduceerd:

Beginsel (v): De financiële stabiliteit van de *host state* zou een openbare-orde-exceptie moeten zijn om de erkenning van buitenlandse afwikkelingsmaatregelen te weigeren. Dit komt omdat *home state* in het algemeen geen wettelijke verplichtingen kent om rekening te houden met de belangen van de *host state*. Daarom is het gerechtvaardigd dat de *host state* een beroep

kan doen op de openbare orde exceptie teneinde de eigen financiële stabiliteit te waarborgen. (Hoofdstuk 7, §7.4.1)

Beginsel (vi): De financiële stabiliteit van de *host state* moet in enge zin worden geïnterpreteerd. Ten eerste omdat financiële stabiliteit een openbare-orde-exceptie is. Ten tweede zou een beroep op de financiële stabiliteit van het *host state* de grensoverschrijdende afwikkeling kunnen belemmeren en de financiële stabiliteit van de *home state* kunnen ondermijnen, wat op zijn beurt de stabiliteit van de *host state* kan aantasten. Ten derde speelt financiële stabiliteit ook een rol bij de besluitvorming op *home state* niveau, en heeft in dat kader alleen betrekking heeft op ernstige situaties die zeldzaam en uitzonderlijk zijn. (Hoofdstuk 7, §7.4.2)

Beginsel (vii): Een erkenningsverzoek kan worden afgewezen als het een groot beroep doet op publieke middelen van *host states*. In dat geval zou de erkenning een negatief effect hebben op het fiscale beleid van de *host state*. Deze openbare-orde-exceptie zou ook in enge zin moeten worden geïnterpreteerd. In dit proefschrift wordt de opvatting verdedigt dat de afwikkelingsmaatregelen van de *home state* onbedoelde externe stabiliteitseffecten kunnen hebben op de *host state*. Daarom moeten *host states* gevrijwaard worden van het verstrekken van aanvullende financiële hulp. (Hoofdstuk 7, §7.4.3)

Hoofdstuk 8 behandelt de positie van schuldeisers en verdedigt de opvatting dat buitenlandse schuldeisers niet mogen worden benadeeld. Bovendien moeten de belangen van de schuldeisers van *home* en *host state* worden afgewogen. Hoofdstuk 8 stelt drie aanvullende beginselen voor:

Beginsel (viii): Elke vorm van benadeling is een reden voor weigering van erkenning. Het nemen van afwikkelingsmaatregelen vereist de gelijke behandeling van alle schuldeisers: afwikkelingsdoelstellingen moeten worden bereikt door pro rata verliesverdeling onder binnenlandse en buitenlandse crediteuren. (Hoofdstuk 8, §8.4.1)

Beginsel (ix): Verschillen in nationale regelgeving mogen geen reden zijn voor weigering van erkenning. Na bestudering van de huidige resolutieregimes in de geselecteerde jurisdicties, blijkt dat de resolutieregimes grotendeels zijn geharmoniseerd in de Europese Unie (EU) en de Verenigde Staten (VS), maar niet in China. Desalniettemin vormen de verschillen geen overtuigende reden om buitenlandse afwikkelingsmaatregelen te weigeren. (Hoofdstuk 8, §8.4.2)

Beginsel (x): Een keuze van ander toepasselijk recht dan het eigen recht mag geen reden zijn om te weigeren buitenlandse afwikkelingsmaatregelen te erkennen. Bescherming van de rechten van *host* schuldeisers wordt niet noodzakelijkerwijs bereikt door contractuele rechtskeuze. In plaats daarvan

kunnen openbare-orde-excepties en aanvullende vrijwaringsmaatregelen worden gebruikt om de rechten van *host* schuldeisers te beschermen. Ook zou het niet-erkennen van buitenlandse afwikkelingsmaatregelen louter vanwege de rechtskeuze leiden tot een verschillende behandeling van *home* en *host* schuldeisers. In de desbetreffende overeenkomsten kan worden opgenomen dat schuldeisers de afwikkelingsmaatregelen van de *home state* erkennen. Die bepaling wordt kracht bijgezet doordat *host* schuldeisers kunnen verwachten te worden beschermd volgens de wetten van de *home state*. (Hoofdstuk 8, §8.4.3)

Hoofdstuk 9 bespreekt verschillende internationale juridische instrumenten die de erkenning van buitenlandse afwikkelingsmaatregelen kunnen vergemakkelijken. Dit zijn onder meer internationale overeenkomsten, modelwetten en het internationale gewoonterecht. Bij het gebruik van deze instrumenten wordt aanbevolen om de tien bovengenoemde beginselen in acht te nemen. Hoofdstuk 10 bevat de slotopmerkingen.