

III

(Förberedande akter)

EUROPEISKA CENTRALBANKEN

EUROPEISKA CENTRALBANKENS YTTRANDE

av den 7 juni 2017

om ett förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om ramar för förebyggande omstrukturering, en andra chans och åtgärder för att göra förfaranden för omstrukturering, insolvens och skuldavskrivning effektivare och om ändring av direktiv 2012/30/EU

(CON/2017/22)

(2017/C 236/02)

Inledning och rättslig grund

Den 22 november 2016 antog Europeiska kommissionen ett förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om ramar för förebyggande omstrukturering, en andra chans och åtgärder för att göra förfaranden för omstrukturering, insolvens och skuldavskrivning effektivare och om ändring av direktiv 2012/30/EU ⁽¹⁾ (nedan kallad *förslaget till direktiv*). Europeiska centralbanken (ECB) anser att förslaget till direktiv faller inom dess behörighetsområde, men ECB har ej hört om förslaget till direktiv. ECB utövar därför sin rätt enligt artikel 127.4 andra meningen i fördraget om europeiska unionens funktionssätt att inom sitt behörighetsområde avge yttranden till behöriga institutioner inom unionen.

ECB:s behörighet att avge ett yttrande grundas på artiklarna 127.4 andra meningen i fördraget eftersom förslaget till direktiv innehåller bestämmelser som faller inom ECB:s behörighetsområde, bl.a. Europeiska centralbankssystemets (ECBS) uppgift att medverka till att de behöriga myndigheterna smidigt kan genomföra sin politik när det gäller det finansiella systemets stabilitet enligt artikel 127.5 i fördraget samt de uppgifter som enligt artikel 127.6 i fördraget tilldelats ECB i samband med tillsynen över kreditinstitut. Dessutom påverkar förslaget till direktiv ECBS möjligheter att i enlighet med artikel 127.1 i fördraget stödja, utan att åsidosätta ECBS huvudmål att upprätthålla prisstabilitet, den allmänna ekonomiska politiken inom unionen. I enlighet med artikel 17.5 första meningen i arbetsordningen för Europeiska centralbanken har detta yttrande antagits av ECB-rådet.

1. Allmänna kommentarer

1.1 ECB välkomnar att det huvudsakliga syfte med förslaget till direktiv är att minska de största hindren för den gränsöverskridande rörligheten för kapital som följer av skillnader i medlemsstaternas ramar för omstrukturering av företag. Förslaget till direktiv utgör ett viktigt steg på vägen mot att skapa en rättsligt bindande gemensam minimistandard i unionen, särskilt avseende förfaranden före likvidationsförfarandet för företag och omstrukturering av bolag.

1.2 Trots att förslaget introducerar en rad mycket viktiga harmoniseringsåtgärder för befintliga regelverk för omstrukturering, tar det inte något helhetsgrepp för att harmonisera insolvenslagstiftningen i unionen som omfattar både omstrukturering och likvidation, och förslaget innehåller heller ingen harmonisering av det viktigaste aspekterna av insolvenslagstiftningen, t.ex. a) villkoren för att inleda insolvensförfaranden, bb) en gemensam definition av insolvens, c) förmånsrätten och d) talan om återvinning. ECB är fullt medveten om att det är mycket svårt ur både rättslig och praktisk synvinkel att ta ett sådant helhetsgrepp, pga. av de mycket omfattande ändringarna av både kommersiell, civilrättslig och bolagsrättslig lagstiftning som blir nödvändiga för att genomföra en sådant projekt, men anser ändå att mer ambitiösa åtgärder behövs för att lägga grunden till en mer omfattande harmonisering av medlemsstaternas insolvenslagstiftning för att säkerställa en mer omfattande harmonisering på lång sikt ⁽²⁾ och bidra till en väl fungerande kapitalmarknadsunion.

⁽¹⁾ COM(2016) 723 final.

⁽²⁾ Se Diego Valiante, *Harmonising Insolvency Laws in the Euro Area: rationale, stocktaking and challenges*, Centre for European Policy Studies Special Report No 153, december 2016.

- 1.3 I de flesta rättssystem är de övergripande målen för insolvensförfaranden, inklusive omstruktureringar av företag, snarlika: a) en fördelning av risk mellan de olika deltagarna i en marknadsekonomi på ett förutsägbart, rättvist och transparent sätt, vilket inkluderar en balans mellan gäldenärens/borgenärens intressen, och b) ett skydda och maximera värde för alla berörda parter och hela ekonomin⁽³⁾. Om man inte lyckas finna en balans mellan gäldenärens och borgenärens intressen i insolvensförfaranden kan detta få negativa och oavsiktliga följder. Väl utformade insolvensregler bör innefatta incitament för alla berörda parter och i rimlig omfattning beakta makro-finansiella aspekter. Förutsägbara insolvensförfaranden främjar även gränsöverskridande kapitalmarknadstransaktioner, medan oförutsägbara insolvensförfaranden, särskilt i gränsöverskridande sammanhang, utgör ett hinder på vägen mot ytterligare integrerade kapitalmarknader. När det gäller höga nivåer av nödlidande lån som för närvarande utgör ett problem för de europeiska bankernas balansräkningar, skulle förutsägbara och transparenta insolvensförfaranden kunna bidra till att det skapas marknader för nödlidande lån på unionsnivå, medan dessa marknader för närvarande bara är nationella marknader. Som ett minimum bör de övergripande målen för insolvensförfaranden i medlemsstaterna harmoniseras ytterligare, inklusive en gemensamt överenskommen balans mellan gäldenärens och borgenärens intressen.
- 1.4 Företagen är beroende av avtal som kodifierar tilltron, minskar kostnader och osäkerhet samtidigt som de möjliggör nya projekt och utvecklingsmöjligheter. För att maximera värde för hela ekonomin bör ett effektivt regelverk för omstrukturering av icke-finansiella företag integreras i ett ekonomiskt och rättsligt sammanhang som gör det möjligt för företagen att omstrukturera sin verksamhet. Medan verksamheter som saknar framtidsutsikter snabbt bör likvideras för att maximera de återstående värdena och minska osäkerheten för borgenärerna och andra parter, bör verksamheter som kan överleva – vars tillgångar efter en omstrukturering har ett högre värde än i ett likvidationsscenario – kunna återgå till lönsam verksamhet för ägarna och återbetala borgenärerna samtidigt som man säkrar arbetstillfällena. I sådana fall bör ett företag räddas genom både informella och formella förfaranden. Vetskapen om att formella förfaranden kan bli aktuella har tydliga implikationer för kostnaderna och incitamenten att nå en överenskommelse om en omstrukturering. Av detta följer att en mer effektiv lösning för omstrukturering som "going concern" kan öka gäldenärens värde och medföra en balans gentemot borgenärerna, särskilt sådana utan säkerhet. Rätten att påbörja en preventiv omstrukturering, att ta fram en omstruktureringsplan, möjligheten för borgenärerna att fatta beslut om planen med majoritetsbeslut och möjligheten att utse en förvaltare är element som kan bidra till att upprätthålla verksamhetens värde. Ett sådant tillvägagångssätt kan också stödja och främja finansiell stabilitet genom att skapa rätt incitament för gäldenärer och borgenärer. Gäldenärer med svårigheter uppmuntras att tidigt inleda en meningsfull dialog med borgenärerna, snarare än att räkna med anstånd, och verksamheter med goda framtidsutsikter kan ges möjligheter att genomföra en långsiktigt hållbar omstrukturering. Trots de begränsningar som uppskjutna verkställighetsåtgärder innebär för borgenärer att omedelbart göra sina rättigheter gällande, skulle borgenärer ändå dra nytta av minskade kostnader för att avveckla skulderna, tidigare och enklare tillgång till säkerheter, och därmed högre värde på säkerheterna, fördjupade marknader för nödlidande lån samt den signalverkan som ett sådant ramverk kan få för gäldenärens betalningsmoral.
- 1.5 Utöver lagstiftningsåtgärder kan man även överväga en uppsättning anvisningar eller principer med bästa praxis för att den nationella insolvenslagstiftningen ska bli mer enhetlig på lång sikt. Om alla medlemsstater antar existerande erkända internationella standarder, t.ex. Förenta nationernas kommission för internationell handelsrätt (Uncitral) om gränsöverskridande insolvensfall⁽⁴⁾, kan även detta leda till ökad harmonisering.
- 1.6 Det finns också stora skillnader i den nationella lagstiftningen vad gäller definitionen av att inleda rekonstruktionsåtgärder⁽⁵⁾. Förslaget innebär en unik möjlighet att anta en europeisk ordning som bygger på gemensamma grunder och en harmonisering av viktiga komponenter.
- 1.7 Även om förslaget till direktiv inte omfattar förfaranden som rör gäldenärer som är kreditinstitut, värdepappersföretag och företag för kollektiva investeringar, centrala motparter och värdepapperscentraler, försäkringsföretag och återförsäkringsföretag samt andra finansinstitut och enheter som framgår av artikel 1.1 i Europaparlamentets och

⁽³⁾ Se Internationella valutafonden (IMF), *Orderly & Effective Insolvency Procedures: Key Issues*, 1999, finns på IMF:s webbplats www.imf.org.

⁽⁴⁾ Finns på UNCITRAL:s webbplats www.uncitral.org.

⁽⁵⁾ Se Diego Valiante, *Harmonising Insolvency Laws in the Euro Area*, fotnot 2, s. 11–12, samt Gerard McCormack m.fl., *Study on a new approach to business failure and insolvency, Comparative legal analysis of the Member States' relevant provisions and practices*, Tender No JUST/2014/JCOO/PR/CIVI/0075, januari 2016, kapitel 5.2.

rådets direktiv 2014/59/EU⁽⁶⁾, kan oväntade konsekvenser uppstå för dessa institutioner pga. de finansiella avtalens konsekvenser för deras kommersiella motparter (se t.ex. punkt 2.4 om verkställigheten av avtal om slutavräkning). Därutöver bör man noga överväga konsekvenserna och omfattningen av uppskjuten verkställighet, t.ex. huruvida uppskjuten verkställighet av enskilda verkställighetsåtgärder även omfattar tillgångar som gäldenären ställt som säkerhet för borgenärsfordringar, även utifrån frågan vilka konsekvenser detta kan få för de lagstadgade kapitalkraven, särskilt med beaktande av de kreditriskreducerande metoder som omnämns i Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 575/2013⁽⁷⁾. I detta sammanhang är det viktigt att på ett nyanserat sätt granska de rättsliga relationerna mellan förslaget till direktiv och viktiga bestämmelser i unionens lagstiftning på finansområdet, bl.a. Europaparlamentets och rådets förordningar⁽⁸⁾ (EU) nr 575/2013, förordning (EU) nr 648/2012, Europaparlamentets och rådets direktiv 98/26/EG⁽⁹⁾, Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/47/EG⁽¹⁰⁾ samt direktiv 2014/59/EU. Man bör särskilt granska eventuella oönskade konsekvenser.

2. Specifika kommentarer

2.1 En definition av insolvensförfaranden i unionslagstiftningen

Förslaget till direktiv bidrar till den existerande fragmenteringen avseende definitionen av relevanta förfaranden mellan olika unionsrättsakter⁽¹¹⁾, och innebär ett avsteg från förordning (EU) 2015/848, där alla insolvensförfaranden som omfattas framgår av bilagorna. Förslaget till direktiv bör sträva efter ökad harmonisering av denna definition, inte bidra till ökad konceptuell fragmentering.

2.2 Sannolikhet för insolvens

Enligt förslaget till direktiv ska medlemsstaterna säkerställa att gäldenärer i ekonomiska svårigheter, om det råder "sannolikhet för insolvens", har tillgång till en effektiv ram för förebyggande omstrukturering som ger dem möjlighet att omstrukturera sina skulder eller sin verksamhet, återupprätta sin livskraft och undvika insolvens. Detta koncept bör vidareutvecklas i förslaget till direktiv eftersom det är av avgörande betydelse för ramen för omstrukturering, och man bör inte helt överlåta detta åt medlemsstaterna. Man bör särskilt ge tydliga instruktioner till de nationella lagstiftarna om hur konceptet "sannolikhet för insolvens" ska tolkas. Istället för att inkludera sådana instruktioner i förslaget till direktiv skulle man även kunna använda sig av tekniska standarder för tillsyn som antas av kommissionen genom delegerade befogenheter.

2.3 Behovet av en tydlig hierarki mellan förslaget till direktiv och andra unionsrättsakter som påverkar finansmarknadernas stabilitet och en bedömning av dess effekt för ytterligare unionslagstiftning

Enligt artikel 31 i förslaget till direktiv påverkar förslaget inte tillämpningen av direktiven 98/26/EG och 2002/47/EG samt förordning (EU) nr 648/2012. Därutöver framgår det av skäl 43 att finansmarknadernas stabilitet i hög grad är beroende av avtal om finansiell säkerhet, särskilt när säkerhet tillhandahålls i samband med deltagande i utsedda system eller i centralbankstransaktioner och när marginalsäkerheter tillhandahålls till centrala motparter. Skäl 43 noterar dessutom att eftersom värdet på de finansiella instrument som ställs som säkerhet kan fluktuerat mycket, är det viktigt att realisera deras värde snabbt innan det går ner.

För att ge medlemsstaterna en hög rättssäkerhet och tydliga anvisningar vore det fördelaktigt om man etablerade en tydlig hierarki mellan förslaget till direktiv och de andra angivna unionsrättsakterna, genom att uttryckligen i artikel 31 ange att bestämmelserna i de rättsakterna ska ges företräde före förslaget till direktiv.

⁽⁶⁾ Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/59/EU av den 15 maj 2014 om inrättande av en ram för återhämtning och resolution av kreditinstitut och värdepappersföretag och om ändring av rådets direktiv 82/891/EEG och Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/24/EG, 2002/47/EG, 2004/25/EG, 2005/56/EG, 2007/36/EG, 2011/35/EU, 2012/30/EU och 2013/36/EU samt Europaparlamentets och rådets förordningar (EU) nr 1093/2010 och (EU) nr 648/2012 (EUT L 173, 12.6.2014, s. 190).

⁽⁷⁾ Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 575/2013 av den 26 juni 2013 om tillsynskrav för kreditinstitut och värdepappersföretag och om ändring av förordning (EU) nr 648/2012 (EUT L 176, 27.6.2013, s. 1).

⁽⁸⁾ Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 648/2012 av den 4 juli 2012 om OTC-derivat, centrala motparter och transaktionsregister (EUT L 201, 27.7.2012, s. 1).

⁽⁹⁾ Europaparlamentets och rådets direktiv 98/26/EG av den 19 maj 1998 om slutgiltig avveckling i system för överföring av betalningar och värdepapper (EGT L 166, 11.6.1998, s. 45).

⁽¹⁰⁾ Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/47/EG av den 6 juni 2002 om ställande av finansiell säkerhet (EGT L 168, 27.6.2002, s. 43).

⁽¹¹⁾ Se t.ex. definitionerna av *avvecklingsförfarande*, *insolvensförfarande* och *resolutionsåtgärd* i Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2015/848 av den 20 maj 2015 om insolvensförfaranden (EUT L 141, 5.6.2015, s. 19), direktiv 2002/47/EG respektive Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/24/EG av den 4 april 2001 om rekonstruktion och likvidation av kreditinstitut (EGT L 125, 5.5.2001, s. 15).

Därutöver bör man förtydliga i vilken utsträckning som enheter reglerade genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/110/EG⁽¹²⁾ och Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2015/2366⁽¹³⁾, dvs. betalningsinstitut och institut för elektroniska pengar, får utnyttja ramarna för förebyggande omstrukturering enligt förslaget till direktiv. Dessa enheter ska skydda medel som de tar emot från innehavare av elektroniska pengar eller användare av betaltjänster genom att hålla isär dem från andra medel som institutet tar emot för annan affärsverksamhet⁽¹⁴⁾. Detta har särskild betydelse vid insolvens. Varken betalningsinstitut och institut för elektroniska pengar är uttryckligen undantagna från förslaget till direktiv. Följaktligen bör de konsekvenser som uppskjuten verkställighet kan få för betalningsinstitut och institut för elektroniska pengar som omfattas av förslaget till direktiv granskas och förtydligas, eventuellt genom ett ytterligare skäl eller genom att lägga till punkter i förteckningen över undantag i artikel 31 i förslaget till direktiv.

2.4 Verkställigheten av avtal om slutavräkning

Man bör förtydliga i vilken utsträckning förslaget till direktiv, inbegripet uppskjutna verkställighetsåtgärder, bör tillämpas utan att det påverkar verkställigheten av avtal om slutavräkning mellan å ena sidan kredit- och finansinstitut, och gäldenärsföretag å den andra. Förebyggande omstrukturingsförfaranden i den mening som avses i förslaget till direktiv skulle omfattas av definitionen av rekonstruktionsåtgärder i direktiv 2002/47/EG enligt vilken medlemsstaterna ska säkerställa att en bestämmelse om slutavräkning inom ramen för ett finansiellt säkerhetsställande kan få verkan i enlighet med dess villkor utan hinder av inledda eller pågående rekonstruktionsförfaranden⁽¹⁵⁾. Många nationella lagar accepteras en mer vittgående verkställbarhet av avtal om slutavräkning, som går utöver själva avtalet om finansiell säkerhet, utan hinder av att rekonstruktionsåtgärder inletts. Å andra sidan får medlemsstaterna från tillämpningsområdet för direktiv 2002/47/EG undanta avtal om finansiell säkerhet om en av parterna är en vanlig företagsgäldenär⁽¹⁶⁾. Detta skulle försvåra verkställigheten av avtal om slutavräkning med sådana vanliga gäldenärsföretag som motparter⁽¹⁷⁾. Det kan även få praktiska konsekvenser för kreditinstitut och finansiella institut vad gäller deras möjligheter att uppfylla villkoren för att ett nettningsavtal ska accepteras som en godtagbar form av kreditriskreducerande åtgärder enligt förordning (EU) nr 575/2013⁽¹⁸⁾. Innan en ram för förebyggande omstrukturering införs på unionsnivå måste dessa frågor diskuteras ingående.

I de fall där ECB rekommenderar att förslaget till direktiv ändras anges de specifika förslagen i ett separat tekniskt arbetsdokument som åtföljs av en förklaring. Det tekniska arbetsdokumentet finns på engelska på ECB:s webbplats.

Utfärdat i Frankfurt am Main den 7 juni 2017.

Mario DRAGHI

ECB:s ordförande

⁽¹²⁾ Spara sökresultat Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/110/EG av den 16 september 2009 om rätten att starta och driva affärsverksamhet i institut för elektroniska pengar samt om tillsyn av sådan verksamhet, om ändring av direktiven 2005/60/EG och 2006/48/EG och om upphävande av direktiv 2000/46/EG (EUT L 267, 10.10.2009, s. 7).

⁽¹³⁾ Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2015/2366 av den 25 november 2015 om betaltjänster på den inre marknaden, om ändring av direktiven 2002/65/EG, 2009/110/EG och 2013/36/EU samt förordning (EU) nr 1093/2010 och om upphävande av direktiv 2007/64/EG (EUT L 337, 23.12.2015, s. 35).

⁽¹⁴⁾ Se artikel 7 i direktiv 2009/110/EG och artikel 10 i direktiv (EU) 2015/2366.

⁽¹⁵⁾ Se artikel 2.1 k och artikel 7 i direktiv 2002/47/EG om hur regelverket hanterar erkännande av avtalsnettnings.

⁽¹⁶⁾ Om gäldenären inte omfattas av någon av de kategorier som framgår av artikel 1.2 a – 1.2 d i direktiv 2002/47/EG.

⁽¹⁷⁾ Se artikel 1.3 i direktiv 2002/47/EG avseende medlemsstaternas möjligheter att exkludera ställande av finansiell säkerhet för vissa motparter.

⁽¹⁸⁾ Se artiklarna 206 och 296 i förordning (EU) nr 575/2013.