



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

## **EU bank resolution framework: A comparative study on the relation with national private law**

Janssen, L.G.A.

### **Citation**

Janssen, L. G. A. (2019, September 19). *EU bank resolution framework: A comparative study on the relation with national private law*. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/76856>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/76856>

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

Cover Page



Universiteit Leiden



The following handle holds various files of this Leiden University dissertation:  
<http://hdl.handle.net/1887/76856>

**Author:** Janssen, L.G.A.

**Title:** EU bank resolution framework: A comparative study on the relation with national private law

**Issue Date:** 2019-09-19

# Samenvatting (Dutch summary)

## HOOFDSTUK 1: INLEIDING

Tijdens de meest recente financiële crisis bleek dat autoriteiten in de Europese Unie (EU) geen adequate instrumenten hadden in te kunnen grijpen bij falende banken. De richtlijn herstel en afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen (Bank Recovery and Resolution Directive, BRRD) en de verordening inzake een gemeenschappelijk afwikkelingsmechanisme (Single Resolution Mechanism Regulation, SRM-verordening) pogen dit tij te keren.

De BRRD biedt nationale afwikkelingsautoriteiten afwikkelingsinstrumenten en -bevoegdheden om tijdig te kunnen interveniëren in een bank om zo de continuïteit van de kritieke functies te waarborgen en het effect van het falen de bank op het financiële systeem en de economie te beperken. Andere belangrijke doelstellingen van de BRRD zijn het beperken van de kosten voor de belastingbetalers en het voorkomen van moreel risico (moral hazard). Dat laatste begrip verwijst in deze context naar risicovol gedrag van banken dat wordt gevoed door de impliciete garanties van overheden dat banken die in financiële problemen komen, de helpende hand wordt geboden. Naast het versterken van de bestaande nationale afwikkelingsmechanismen, streeft de BRRD ook naar meer coherente afwikkelingsvoorwaarden, -bevoegdheden en -procedures en het bevorderen van de samenwerking tussen nationale autoriteiten in de EU. De SRM-verordening regelt de centrale Europese besluitvorming met betrekking tot de afwikkeling van falende significante banken en grensoverschrijdend opererende banken, namelijk door de instelling van een Europese afwikkelingsraad.

De bepalingen van de BRRD en SRM-verordening staan niet op zichzelf maar worden deels ingekleurd door het nationaal privaatrecht. Zowel academici als beleidsmakers pleiten nu voor verdere harmonisatie van het nationaal privaatrecht, voornamelijk het insolventierecht, voor de afwikkeling van banken. Verdere harmonisatie van de juridische kaders voor de afwikkeling van banken zou zorgen voor minder onzekerheid voor banken en beleggers en zou toepassing van de afwikkelingsregels op grensoverschrijdend opererende banken en de samenwerking tussen autoriteiten vergemakkelijken.

In dit onderzoek staat de vraag centraal hoe de nationaal juridische kaders voor de afwikkeling van banken zich verhouden tot het nationaal privaatrecht. Daartoe worden verschillende relaties van de afwikkelingsregimes

met het Nederlands, Duits en Engels privaatrecht onderzocht. De nadruk ligt op de relatie met het insolventierecht. Enerzijds wordt bekeken of verschillen in het nationaal privaatrecht en de nationale implementaties van de afwikkelingsregels mogelijk zorgen voor verschillen in de toepassing en interpretaties van de afwikkelingsregels tussen de drie onderzochte jurisdicties (supranationale coherentie). Anderzijds gaat het proefschrift in op de coherentie van de afwikkelingsregels met nationaal privaatrecht (nationale coherentie).

## HOOFDSTUK 2: EUROPEES BANCAIR INSOLVENTIERECHT

Hoofdstuk 2 bespreekt allereerst enkele belangrijke doelstellingen van het insolventierecht en waarom een insolventieprocedure voor andere type ondernemingen niet altijd werkt voor een falende bank. Het toont onder andere aan dat de focus van het algemeen insolventierecht ligt op de debiteur en de belangen van de betrokken crediteuren. Door deze focus op private belangen is in insolventieprocedures niet altijd voldoende oog voor de ernstige gevolgen die een bankinsolventie kan hebben voor het financiële stelsel en de economie. Niettemin blijkt in het hoofdstuk dat het insolventierecht een belangrijke rol speelt in het juridisch kader voor de afwikkeling van banken. Zo volgt bail-in in beginsel de rangregeling in insolventie naar nationaal insolventierecht en mogen vermogensverschaffers in een afwikkelingsprocedure geen grotere verliezen lijden dan zij zouden hebben geleden in het kader van een normale insolventieprocedure ten aanzien van de bank. Het laatste beginsel is bekend als het 'no creditor worse off' beginsel en is gebaseerd op de 'best interest of creditors test' en gerelateerde beginselen uit het insolventierecht. De afwikkelingsregels beogen voor de aandeelhouders en crediteuren van de bank de economische uitkomst van een insolventieprocedure na te bootsen om zo de kosten voor de belastingbetaler zoveel mogelijk te beperken en marktdiscipline te bevorderen.

Het hoofdstuk onderzoekt ook de belangrijkste ontwikkelingen op het gebied van het bancaire insolventierecht op EU-niveau vóór de inwerkingtreding van de BRRD. Het stelt vast dat vóór de meest recente financiële crisis slechts enkele regels op het gebied van het bancaire insolventierecht waren geharmoniseerd. De richtlijn sanering en liquidatie van kredietinstellingen (Winding-Up Directive) voorziet sinds 2001 slechts in procedurele regels voor grensoverschrijdende reorganisatie- en liquidatieprocedures.

Het Europees kader voor de afwikkeling van banken heeft gezorgd voor verdere harmonisatie van het bancaire insolventierecht. Als een bank faalt of waarschijnlijk zal falen, moet de bevoegde afwikkelingsautoriteit bepalen of een insolventieprocedure of een afwikkelingsprocedure wordt geopend. Indien wordt gekozen voor de afwikkelingsprocedure, kan de autoriteit vier afwikkelingsinstrumenten toepassen: het instrument van overgang van de onderneming, instrument van de overbruggingsinstelling, instrument

van afsplitsing van activa en passiva en het bail-in mechanisme. De SRM-verordening bepaalt dat in de Eurozone de Europese afwikkelingsraad primair verantwoordelijk is voor het vaststellen van afwikkelingsbesluiten voor significante banken en grensoverschrijdend opererende banken. Deze besluiten worden vervolgens op nationaal niveau uitgevoerd op basis van de nationale wetgeving die de BRRD implementeert.

### HOOFDSTUK 3: ONTWIKKELING VAN EEN NATIONAAL, BANK-SPECIFIEK INSOLVENTIEREGIME

Hoofdstuk 3 beschrijft de historische ontwikkeling van het bancaire insolventierecht in Nederland, Duitsland en Engeland. Het laat zien dat banken in de loop der jaren een meer bijzondere positie hebben verworven in nationaal recht. De introductie van de afwikkelingsregels voor banken in de afgelopen jaren moet worden gezien in de context van de historische trend naar verdere uitbreiding van bank-specifieke toezicht- en insolventieregimes. Insolventies van banken in de drie jurisdicties hebben als katalysator gewerkt voor uitbreidingen van en wijzigingen in het prudentieel toezicht en bancaire insolventierecht. Dit zijn niet alleen de insolventies van enkele banken gedurende de meest recente financiële crisis maar ook de faillissementen van de Nederlandse bank Teixeira de Mattos in 1966 en Duitse Herstatt Bank in 1974 en de Britse bankencrisis in de jaren 1973-1975.

Nationaal, formeel prudentiële toezichtregimes werden het eerst gecreëerd in Nederland, Duitsland en Engeland, hoewel in verschillende perioden. Een Nederlands en Duits juridisch kader voor prudentieel toezicht op banken bestaat al sinds de eerste helft van de twintigste eeuw. In Engeland gaven de ontwikkelingen gedurende de bankencrisis in 1973-1975 pas aanleiding tot de introductie van een meer formeel regime voor prudentieel toezicht. Vervolgens werden in de drie onderzochte jurisdicties ook enkele speciale regels voor bankinsolventies aangenomen, zoals de regel dat de nationale toezichthouder de rechtbank kan verzoeken een insolventieprocedure voor een bank te openen. De Nederlandse wetgever introduceerde de noodregeling als een bank-specifieke surseance van betaling in 1978 en de Duitse toezichthouder heeft sinds 1976 een moratorium tool tot zijn beschikking. In Engeland werden insolvente banken tot 2008 afgewikkeld door toepassing van het algemeen insolventierecht.

### HOOFDSTUK 4: NATIONALE EN SUPRANATIONALE COHERENTIE

Hoofdstuk 4 ontwikkelt twee coherentiebegrippen om in de volgende hoofdstukken enkele relaties te kunnen beoordelen tussen enerzijds de afwikkelingsregimes en anderzijds onderdelen van het Nederlands, Duits en Engels privaatrecht die rechtstreeks worden beïnvloed door of nauw verband houden met de afwikkelingsregels.

Het gehanteerde begrip van horizontale, nationale coherentie gaat uit van consistentie tussen de afwikkelingsregels en regels van nationaal privaatrecht. Consistentie betekent dat de regels logisch in elkaar passen en elkaar niet tegenspreken. Wanneer de regels inconsistent zijn, bestaat in beginsel een incoherente relatie. Wanneer echter duidelijk is aangegeven hoe de inconsistente regels zich tot elkaar verhouden, kan een matig coherente in plaats van een incoherente relatie bestaan. Op een dieper niveau van het nationale rechtssysteem vereist het coherentiebeprip dat de rechtsgebieden beginselen en doelstellingen delen.

Supranationale coherentie gaat uit van een zekere mate van uniformiteit in de interpretatie en toepassing van de afwikkelingsregels in meerdere lidstaten. Verschillen in de interpretatie of toepassing kunnen bijvoorbeeld worden veroorzaakt door uiteenlopende interpretaties of onjuiste implementaties van de Europese afwikkelingsregels. Dergelijke verschillen kunnen ook worden veroorzaakt door verschillende regels in andere rechtsgebieden en diverse juridische culturen.

Het Europees kader voor de afwikkeling van banken beoogt marktdiscipline te versterken. Volgens de literatuur betekent marktdiscipline in een efficiënte markt dat investeerders veranderingen in de financiële positie van een onderneming correct en onmiddellijk verwerken in de kosten van financiering voor de onderneming, bijvoorbeeld als de onderneming meer risicovolle investeringen doet. Het wordt voor de onderneming vervolgens duur overmatige risico's te nemen.<sup>1</sup> Als deze onderneming echter een bank is en de marktpartijen geloven dat de overheid de bank de helpende hand zal bieden als de bank in financiële moeilijkheden raakt, zullen de investeerders minder belang hechten aan het werkelijke risicoprofiel van de bank. De bank kan goedkoop aan financiering komen en heeft geen (of minder een) prikkel de riskante activiteiten niet te ontplooiën. De afwikkelingsregels beogen bij te dragen aan marktdiscipline door de aandeelhouders en crediteuren van de bank (en zo min mogelijk de belastingbetaler) verliezen te laten dragen in een afwikkelingsprocedure. Om de risico's vervolgens te kunnen verwerken in de financieringskosten voor banken, moeten marktpartijen tijdig en met voldoende zekerheid hun mogelijke positie en verliezen in een afwikkelingsprocedure kunnen bepalen. Dit vergt dat de afwikkelingsprocedures zo transparant en voorspelbaar mogelijk worden gemaakt.<sup>2</sup>

Tegen deze achtergrond, betoogt dit proefschrift dat de nationale wetgevers coherentie tussen de nationale afwikkelingsregimes en het nationaal privaatrecht moeten meenemen als een van de beginselen in de verdere ont-

---

1 Flannery 2010, p. 378-379; Bliss & Flannery 2002.

2 Tröger 2018, p. 46.

wikkeling van de afwikkelingsregimes op nationaal niveau. De Europese wetgever dient de mogelijke verschillen in de interpretatie en toepassing van de afwikkelingsregimes tussen lidstaten mee te nemen bij de verdere ontwikkeling van het afwikkelingsregime op EU-niveau. Nationale en supranationale coherentie dragen bij aan transparantie in rechten van partijen en duidelijkheid en voorspelbaarheid van de interpretatie en toepassing van de afwikkelingsregels.

#### HOOFDSTUK 5: EUROPEES REGIME VOOR DE AFWIKKELING VAN BANKEN: BAIL-IN MECHANISME

Hoofdstuk 5 onderzoekt vier onderwerpen die betrekking hebben op het bail-in mechanisme. Met dit mechanisme kan de afwikkelingsautoriteit kapitaalinstrumenten en passiva afschrijven en passiva omzetten in aandelen of andere kapitaalinstrumenten. In de eerste plaats wordt gekeken naar beginselen op een dieper niveau van de nationale rechtsstelsels. Vervolgens wordt aandacht besteed aan de relatie van de regels die zien op het bail-in mechanisme met regels van nationaal privaatrecht.

Een tendens in het herstructurerings- en insolventierecht in veel lidstaten in de EU de afgelopen jaren is het faciliteren van een herstructurering op basis van een akkoord dat is aangenomen door de stemmende aandeelhouders en crediteuren als een alternatief voor een liquidatieprocedure. Een voorstel voor een EU-richtlijn beoogt bovendien in alle lidstaten een juridisch raamwerk in te voeren dat een snelle en efficiënte herstructurering van ondernemingen mogelijk maakt. Nederlands, Duits en Engels recht voorzien op dit moment al in procedures waarin een akkoord dat is aangenomen door de vereiste meerderheden in een groep vermogensverschaffers kan worden opgelegd aan tegenstemmende partijen. Voor een dergelijk bindende werking is in bijna alle procedures een beslissing van de rechter nodig. Engels recht voorziet bovendien in procedures die buiten de context van een formele insolventieprocedure kunnen worden gestart, waaronder de scheme of arrangement procedure. In Nederland publiceerde de De Minister van Veiligheid en Justitie in 2017 een voorstel voor een met de scheme of arrangement vergelijkbare, zogenaamde onderhands akkoordprocedure. Het bail-in mechanisme deelt deze beginselen met de recente ontwikkelingen in het herstructurerings- en insolventierecht. Het wordt toegepast buiten het kader van een formele insolventieprocedure en bij voorkeur ook voordat de onderneming formeel insolvent is. Bovendien is het een mechanisme dat aandeelhouders en crediteuren dwingt bepaalde herstructureringsmaatregelen te aanvaarden. In die zin kan net zoals in de voorgestelde Nederlandse onderhands akkoordprocedure, de Engelse scheme of arrangement en de Duitse insolventieplan-procedure sprake zijn van een *cramdown*. In bail-in worden de vermogensverschaffers echter niet gebonden door een democratische beslissing en beslissing van een rechter maar door een bestuursrechtelijk besluit van de afwikkelingsautoriteit.

Hoofdstuk 5 bespreekt vervolgens het effect van een vermindering van de schulden van een bank in afwikkeling door een afwikkelingsautoriteit op de passiva zelf en op daarmee verband houdende garanties naar nationaal privaatrecht. Artikel 53 BRRD bepaalt dat indien een afwikkelingsautoriteit de hoofdsom of het uitstaande verschuldigde bedrag van een verplichting tot nul verlaagt, die verplichting en eventuele verplichtingen of vorderingen die daaruit voortvloeien en die niet vorderbaar waren op het moment waarop de bevoegdheid werd uitgeoefend, als voldaan worden beschouwd voor alle doeleinden. Bovendien kunnen zij niet worden ingebracht in het kader van eventueel latere procedures met betrekking tot de bank of een eventueel opvolgende entiteit bij een latere liquidatie. De bepaling suggereert dat zowel de hoofdvordering op de bank als een eventuele regresvordering van een derde als voldaan moeten worden beschouwd. Het artikel is niet duidelijk over wat het effect op een vordering van een crediteur op bijvoorbeeld een borg of hoofdelijk schuldenaar moet zijn. Uit de memorie van toelichting bij de Nederlandse bepalingen die de BRRD implementeren, kan worden opgemaakt dat naar Nederlands recht geen beroep kan worden gedaan op hoofdelijke aansprakelijkheid of borgtocht omdat de hoofdvordering niet meer bestaat. Naar Duits recht heeft bail-in van een vordering op een bank geen effect op de vordering op een hoofdelijk schuldenaar of een borg. Een eventuele regresvordering wordt in dezelfde mate verminderd als de hoofdvordering is verminderd door de afwikkelingsautoriteit. De Bank of England lijkt de bevoegdheid te hebben expliciet te bepalen wat het effect van de vermindering van passiva van een bank is. Een dergelijke bevoegdheid lijkt relevant in geval niet duidelijk is wat de gevolgen zijn voor de vordering op een garantiegever na bail-in van de hoofdvordering bij *statute*.

De BRRD bevat geen gedetailleerde regels voor de omzetting van vreemd vermogen in eigen vermogen. De richtlijn vereist slechts dat procedurele belemmeringen voor de omzetting in statuten, contract of de wet worden weggenomen, zoals voorkeursrechten van aandeelhouders en het vereiste dat aandeelhouders toestemming moeten geven voor een kapitaalverhoging. Het Duitse afwikkelingsregime en de bijbehorende wetsgeschiedenis suggereren dat bail-in naar Duits recht in grote mate de regels volgt van het Duits ondernemings- en insolventierecht die van toepassing zijn op een debt-to-equity-swap. De Nederlandse en Engelse afwikkelingsautoriteiten hebben papers gepubliceerd die op een hoog niveau beschrijven hoe het conversieproces eruit kan zien. De voorgestelde procedures wijken aanzienlijk af van het gebruikelijke proces voor omzetting van vreemd in eigen vermogen naar nationaal ondernemingsrecht en kunnen ook verschillen van de procedures die worden gebruikt in bail-in in andere jurisdicties. In de procedures worden de crediteuren claimrechten gegeven die kunnen worden verhandeld totdat de waarderingen van de bank zijn voltooid en de aandelen in het kapitaal van de bank aan de crediteuren kunnen worden geleverd.



De volgorde van afschrijvingen en omzettingen bij de toepassing van het bail-in mechanisme is in beginsel hetzelfde als de rangregeling in insolventie van een bank naar nationaal insolventierecht. Bovendien is het uitgangspunt dat de aandelen en vorderingen van alle vermogensverschaffers beschikbaar zijn voor bail-in. De regels die zien op het bail-in mechanisme geven echter enkele uitzonderingen, waaronder voor deposito's die worden gedekt door het depositogarantiestelsel en door zekerheid gedekte passiva. Bovendien kan de afwikkelingsautoriteit passiva geheel of gedeeltelijk uitsluiten van bail-in in een aantal situaties. De afwikkelingsregels combineren dus het systeem van het nationaal insolventierecht waarin verschillende crediteuren een andere rang in de rangregeling kan toekomen met een systeem waarin sommige crediteuren worden beschermd doordat ze zijn uitgezonderd van bail-in. Doordat de volgorde van afschrijvingen en omzettingen bij de toepassing van het bail-in mechanisme in beginsel de rangregeling in insolventie van een bank naar nationaal insolventierecht volgt, wordt de nationale wetgevers en afwikkelingsautoriteiten enige discretie gegeven in hoe bail-in precies zal worden geïmplementeerd.

#### HOOFDSTUK 6: EUROPEES REGIME VOOR DE AFWIKKELING VAN BANKEN: OVERDRACHTSINSTRUMENTEN

Hoofdstuk 6 onderzoekt vervolgens vier onderwerpen die betrekking hebben op de overdrachtsinstrumenten (het instrument van overgang van de onderneming, instrument van de overbruggingsinstelling en instrument van afsplitsing van activa en passiva). Met deze instrumenten kunnen de afwikkelingsautoriteiten een overdracht van aandelen of activa en passiva aan een private partij of overbruggingsinstelling bewerkstelligen. Bovendien kunnen activa en passiva worden overdragen aan een entiteit voor activa- en passiva beheer. In de eerste plaats wordt gekeken naar doelstellingen op een dieper niveau van de nationale rechtsstelsels. Vervolgens wordt aandacht besteed aan de relatie van de regels die zien op de overdrachtsinstrumenten met regels van nationaal privaatrecht.

De regels die zien op de overdrachtsinstrumenten en het Nederlands, Duits en Engels insolventierecht delen slechts in beperkte mate doelstellingen. De afwikkelingsregels en het nationale insolventierecht erkennen dat naast een herstructurering van een onderneming in de bestaande juridische entiteit, een going concern verkoop van de onderneming een alternatief kan zijn voor een *piecemeal* liquidatie. Er bestaan verschillen tussen het Nederlands, Duits en Engels insolventierecht over de mate waarin maatschappelijke belangen een rol kunnen spelen in een insolventieprocedure. Niettemin wordt het verbeteren van de totale opbrengst voor de crediteuren als groep beschouwd als het primaire doel van het Nederlands, Duits en Engels insolventierecht. Het behalen van een zo hoog mogelijke opbrengst kan ook een rol spelen bij de toepassing van de overdrachtsinstrumenten in een afwikkelingsprocedure. De BRRD bepaalt bijvoorbeeld dat een overdracht

van aandelen of activa en passiva aan een private partij plaats dient te vinden onder commerciële voorwaarden. De belangrijkste doelstellingen in een afwikkelingsprocedure zijn echter de afwikkelingsdoelstellingen, waaronder het vermijden van significant nadelige gevolgen voor het financiële stelsel. De afwikkelingsautoriteit neemt de doelstellingen van het nationale insolventierecht echter wel mee in een afwikkelingsprocedure om te bepalen hoe aandeelhouders en crediteuren moeten worden behandeld. Een belangrijk beginsel in de afwikkelingsprocedure is immers dat een vermogensverschaffer van een bank niet slechter af mag zijn dan in geval de bank zou zijn geliquideerd onder nationaal insolventierecht.

Naar Nederlands, Duits en Engels recht zorgt toepassing van een overdrachtsinstrument ervoor dat de activa, rechten en passiva of aandelen en andere eigendomsinstrumenten als een geheel en van rechtswege worden overgedragen. De afwikkelingsautoriteiten specificeren in hun besluit wat precies overgaat en zijn niet onderworpen aan procedurele vereisten zoals vereisten dat toestemming of medewerking van bepaalde partijen nodig is. Naar Nederlands recht resulteert toepassing van een overdrachtsinstrument in een verkrijging onder algemene titel in de zin van artikel 3:80 BW. Het effect kan daardoor gelijkenis vertonen met het effect van een fusie of splitsing van een onderneming in de zin van Boek 2 van het BW. Het Engelse wettelijke kader voor de overdrachtsinstrumenten vormt daarentegen een kader dat losstaat van het juridische kader dat normaal gesproken van toepassing is op een fusie of splitsing van een onderneming. Volgens de wetsgeschiedenis van het Duitse afwikkelingsregime resulteert de toepassing van een overdrachtsinstrument in een overdracht *sui generis*. Het is niet geheel duidelijk wat een dergelijke overdracht precies inhoudt.

De afwikkelingsautoriteiten dienen zes soorten overeenkomsten te beschermen in een afwikkelingsprocedure tegen een verlies van rechten die voortvloeien uit die overeenkomsten. Deze waarborg geldt indien sommige maar niet alle activa en passiva worden overgedragen en indien de voorwaarden van een overeenkomst worden gewijzigd of een ontvanger als partij wordt vervangen. De beschermde overeenkomsten zijn onder andere zekerheidsregelingen en verrekenings- en nettingovereenkomsten.

De genoemde waarborgen hebben een nauwe band met het nationaal insolventierecht. Een Gedelegeerde Verordening van de Europese Commissie specificeert welke overeenkomsten precies in aanmerking komen voor de bescherming in een afwikkelingsprocedure. De Verordening bepaalt echter ook dat de afwikkelingsautoriteiten alle overeenkomsten mogen beschermen op grond waarvan schuldeisers nog steeds de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten zouden genieten als een insolventieprocedure wordt geopend. Dit geldt met name voor zekerheidsovereenkomsten en verrekenings- en nettingovereenkomsten die op grond van het nationaal insolventierecht zijn beschermd. In principe worden zowel in het Nederlands als in

het Duits insolventierecht verrekeningsposities verkregen vóór insolventie niet aangetast en zijn bevoegdheden tot netting afdwingbaar voor zover ze binnen de grenzen blijven die zijn gecreëerd door respectievelijk het Nederlands en het Duits insolventierecht. Volgens het Engels insolventierecht is verrekening in insolventie verplicht en werkt het automatisch. Contractuele netting in insolventie is afdwingbaar zolang het *anti deprivation* beginsel niet wordt geschonden en het geen betere rechten geeft dan het insolventierecht. Schuldeisers met zekerheidsrechten genieten bescherming onder Nederlands, Duits en Engels insolventierecht.

Vervolgens bespreekt de paragraaf of nationaal contracten- en goederenrecht de zekerheidsovereenkomsten en verrekenings- en nettingovereenkomsten dezelfde mate van bescherming zou kunnen bieden als de afwikkelingsregels in geval van een gedeeltelijke overdracht van activa en passiva. Geconcludeerd wordt dat de bescherming die de afwikkelingsregels bieden aan gecureerde crediteuren en crediteuren met verrekenings- en nettingposities breder is dan de bescherming die contracten- en goederenrecht in een dergelijk geval biedt tegen verlies van rechten die voortvloeien uit zekerheidsovereenkomsten en verrekenings- en nettingovereenkomsten. Enige onduidelijkheid over de waarborgen in de afwikkelingsregels kan bestaan omdat volgens de BRRD en de nationale implementaties van de BRRD slechts zakelijke zekerheidsovereenkomsten (rechten *in rem*) moeten worden beschermd. Op grond van de genoemde Gedelegeerde Verordening van de Europese Commissie dienen ook persoonlijke zekerheden te worden beschermd in een afwikkelingsprocedure.

De laatste paragraaf van hoofdstuk 6 gaat in op wat een 'normale insolventieprocedure' is voor een bank naar nationaal insolventierecht en welke rol de nationale afwikkelingsautoriteit speelt in een dergelijke procedure. Er bestaan aanzienlijke verschillen tussen de insolventieprocedures voor banken in de drie onderzochte jurisdicties. Zo is volgens het Nederlandse insolventierecht de faillissementsprocedure onder het bank-specifieke hoofdstuk 11AA Fw de 'normale insolventieprocedure', terwijl in Duitsland het uitgangspunt is dat alle insolventieprocedures naar nationaal insolventierecht kunnen geopend voor een bank, waaronder de insolventieplan procedure. Naar Engels bancair insolventierecht zijn vier verschillende soorten insolventieprocedures mogelijk voor een bank: een liquidatieprocedure of *administration* naar Engels algemeen insolventierecht of een bank liquidatieprocedure of bank *administration* in de zin van het Britse afwikkelingsregime. De Duitse afwikkelingsautoriteit is bevoegd de rechtbank te verzoeken een insolventieprocedure voor de bank te openen na toepassing van de afwikkelingsregels, terwijl DNB in de rol als afwikkelingsautoriteit dit ook zonder voorgaande toepassing van de afwikkelingsregels kan. De BoE speelt als afwikkelingsautoriteit een centrale rol in een bank liquidatieprocedure en bank *administration*, niet alleen in de initiatiefase maar ook tijdens de procedure. Deze afwikkelingsregels wijken dus af van de traditio-

nele regel dat onder andere de debiteur en crediteuren de rechtbank kunnen verzoeken een insolventieprocedure te openen.

#### HOOFDSTUK 7: REGIMES VOOR DE AFWIKKELING VAN BANKEN EN NATIONALE EN SUPRANATIONALE COHERENTIE

Hoofdstuk 7 sluit het onderzoek af door de twee coherentiebegrrippen die zijn ontwikkeld in hoofdstuk 4 toe te passen op de analyse in hoofdstukken 5 en 6. De ontwikkelingen op het gebied van het bancaire insolventierecht in de EU hebben tot gevolg gehad dat het nationaal bancaire insolventierecht steeds meer is onderworpen aan EU-wetgeving. De huidige afwikkelingsregimes vormen specialistische juridische raamwerken voor bank insolventies. Enerzijds bevatten deze regimes specifieke regels en hebben ze specifieke doelstellingen. Deze regels en doelstellingen wijken expliciet af van regels en doelstellingen in het bestaande nationaal privaatrecht, waaronder het algemene insolventierecht. Er bestaan matig coherente relaties tussen deze regels en het privaatrecht. Anderzijds wordt geconstateerd dat de afwikkelingsregimes echter ook enkele beginselen en regels van het nationaal privaatrecht incorporeren. De nationale wetgevers in de EU zullen ook de komende jaren de moeilijke taak blijven houden nieuwe EU-wetgeving op het gebied van het bancaire insolventierecht in te passen in hun nationale rechtsordes. De afwikkelingsregimes kunnen nooit volledig coherent worden met het nationaal privaatrecht. Om te zorgen dat de afwikkelingsprocedures zo duidelijk en voorspelbaar mogelijk zijn, dienen de nationale wetgevers echter wel zoveel mogelijk te zorgen dat incoherente relaties in de nationale regelgeving worden voorkomen of verholpen in de verdere ontwikkeling van het bancaire insolventierecht op nationaal niveau. Op dit moment bestaat bijvoorbeeld nog enige onduidelijkheid over het effect en verloop van de in Nederland en Engeland voorgestelde procedures voor de omzetting van vreemd vermogen in eigen vermogen in bail-in.

Het proefschrift heeft ook aangetoond dat diverse verschillen kunnen bestaan tussen de afwikkelingsprocedures in de drie jurisdicties. Veel onderdelen van het insolventierecht zijn niet of slechts in beperkte mate geharmoniseerd. Zo kunnen verschillen bestaan wat betreft de rangregeling in bail-in en insolventie van een bank en wat betreft insolventieprocedures voor banken. Aan deze verschillen is aandacht besteed in recente academische en beleidsdiscussies. Verschillen in afwikkelingsprocedures kunnen echter ook worden veroorzaakt door een verschillende toepassing van de geharmoniseerde afwikkelingsregels. Voorbeelden vormen de voorgestelde procedures voor de omzetting van vreemd vermogen in eigen vermogen in bail-in en het effect van bail-in op garanties naar nationaal recht. De Europese wetgever dient niet alleen nationaal insolventierecht maar ook de verschillen in implementaties van de afwikkelingsregels en het mogelijke effect daarvan op supranationale coherentie mee te nemen bij de verdere ontwikkeling van het bancaire insolventierecht op EU-niveau.