

COVID-19 ALS STRESSTEST VOOR HET INSOLVENTIERECHT

PREADVIEZEN / REPORTS 2020



NVRII

Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijkend
en Internationaal Insolventierecht (**NVRII**) /
Netherlands Association for Comparative and
International Insolvency Law (**NACIIL**)

De uiteindelijke impact van COVID-19 op onze economie is nog niet te voorspellen. Mede gezien de hoge schuldniveaus van veel ondernemingen pre-COVID, zal deze impact aanzienlijk zijn. De acute, gedwongen stilstand van de economie en de stapsgewijze heropstart vormen dan ook een stresstest voor het insolventierecht.

De jaarvergadering NVR II 2020 behandelt de vraag in hoeverre het insolventierecht en aanverwante regelingen een adequaat kader bieden voor een hard geraakte economie. Hierbij wordt een onderscheid aangebracht tussen stabiliserende maatregelen enerzijds en ondersteunde maatregelen die levensvatbare bedrijven ondersteunen om weer uit het dal te komen anderzijds.

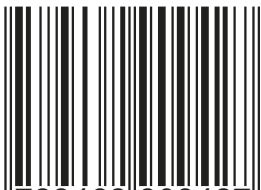
Mr. drs. J.C.A.T. Frima behandelt in haar pre-advies de Betalingsuitstelwet, mede in het licht van de door de rechterlijke macht zelf ontwikkelde kaders.

Mr. E. Schmieman werpt in zijn pre-advies een kritische blik op de wetgevingsactiviteit van de Europese Unie ten tijde van de crisis en biedt daarbij ook waardevolle inzichten in het wetgevingsproces zelf.

Mr. ir. B.P.C. van Weert analyseert de werking van de G0-C regeling, waarbij de overheid deels garant staat voor additionele bankfinanciering, en waarom deze regeling maar moeilijk tot wasdom lijkt te komen.

Prof. mr. drs. M. Haentjens analyseert in hoeverre lessen uit de financiële crisis van 2008 ook nu inspiratie kunnen bieden bij pogingen de gevolgen van COVID-19 voor de economie het hoofd te bieden.

ISBN 978-94-6290-942-7



9 789462 909427 >



COVID-19 als stresstest voor het insolventierecht

COVID-19 ALS STRESSTEST VOOR HET INSOLVENTIERECHT

NEDERLANDSE VERENIGING VOOR RECHTSVERGELIJKEND EN
INTERNATIONAAL INSOLVENTIERECHT (NVRII)
NETHERLANDS ASSOCIATION FOR COMPARATIVE AND
INTERNATIONAL INSOLVENCY LAW (NACIIL)

BOOM JURIDISCH
DEN HAAG
2021

Omslagontwerp: Textcetera, Den Haag
Opmaak binnenwerk: Heymans & Vanhove, Gent

© 2021 | Boom juridisch

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet of de reproductieregeling van Stichting Reprerecht dient daarvoor een billijke vergoeding te worden voldaan aan Stichting Reprerecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprerecht.nl). Voor het verveelvoudigen en openbaar maken van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave als toelichting bij het onderwijs, bijvoorbeeld in een (digitale) leeromgeving of een reader (art. 16 Auteurswet), dient een regeling te worden getroffen met Stichting Uitgeversorganisatie voor Onderwijslicenties, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-uvo.nl.)

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-94-6290-942-7
ISBN 978-90-8974-516-3 (E-book)
NUR 820

www.boomjuridisch.nl

INHOUDSOPGAVE

Voorwoord	7
Betalingsuitstelwet: mosterd na de maaltijd of mosterd zonder maaltijd? <i>Mr. drs. J.C.A.T. Frima</i>	9
COVID-19 als aanjager voor harmonisatie van het insolventierecht in de Europese Unie? Of blijft het een lappendeken? <i>Mr. E. Schmieman</i>	19
Financiële ondersteuning door de GO-C-garantie <i>Mr. ir. B.P.C. van Weert</i>	41
Lessen uit het verleden bieden geen garantie voor de toekomst <i>Prof. mr. drs. M. Haentjens</i>	61

VOORWOORD

De uiteindelijke impact van COVID-19 op onze economie is nog niet te voorspellen. Mede gezien de hoge schuld niveaus van veel ondernemingen pre-COVID zal deze impact aanzienlijk zijn. De acute, gedwongen stilstand van de economie en de stapsgewijze heropstart vormen dan ook een stresstest voor het insolventierecht. De jaarvergadering NVRII 2020 behandelde de vraag in hoeverre het insolventierecht en aanverwante regelingen een adequaat kader bieden voor een hard geraakte economie.

De preadviezen zijn verzorgd door:

Jacqueline Frima, senior-rechter en teamvoorzitter van team insolventie in de rechtbank Rotterdam, voorzitter Recofa.

Emile Schmieman, Ambassadeeraad Justitie, Permanente Vertegenwoordiging van het Koninkrijk der Nederlanden bij de EU, Brussel.

Bas van Weert, Financial Restructuring & Recovery Rabobank.

Matthias Haentjens, Hoogleraar privaatrecht, in het bijzonder financieel recht, Universiteit Leiden.

Het bestuur van de NVRII is de preadviseurs zeer dankbaar dat zij ten tijde van lockdown maatregelen en vele andere omwentelingen de tijd hebben genomen om intellectueel het voortouw te nemen bij de beschouwingen over de crisisbestendigheid van ons insolventierecht. Gezien de omstandigheden had het bestuur de preadviseurs gevraagd een *preadvies light* te schrijven en de preadviseurs daarbij meegegeven dat, geheel in overeenstemming met het oorspronkelijke idee achter preadviezen, enkele pagina's met heldere eigen gedachten zouden volstaan. De uiteindelijke preadviezen zijn niet *light* maar wel helder en bieden belangrijke bijdragen aan onze gedachtenvorming over de rol van het insolventierecht ten tijde van de COVID-pandemie.

J.C.A.T. Frima behandelt in haar preadvies de Betalingsuitstelwet, mede in het licht van de door de rechterlijke macht zelf ontwikkelde kaders.

E. Schmieman inventariseert in zijn preadvies de insolventierechtelijke crisismaatregelen die EU-lidstaten hebben genomen en werpt een kritische blik op de plannen van de Europese Commissie voor harmonisatie van het materiële insolventierecht.

VOORWOORD

B.P.C. van Weert analyseert de werking van de Garantie Ondernemersfinanciering (GO-C regeling), waarbij de overheid deels garant staat voor additionele bankfinanciering, en waarom deze regeling maar moeilijk tot wasdom lijkt te komen.

Prof. M. Haentjens analyseert in hoeverre lessen uit de financiële crisis van 2008 ook nu inspiratie kunnen bieden bij pogingen de gevolgen van COVID-19 op de economie het hoofd te bieden.

De jaarvergadering vond online plaats op vrijdag 13 november 2020, met als digitale Comi de Universiteit Leiden. In dit voorwoord wil het bestuur niet alleen de preadviseurs bedanken, maar ook de Universiteit Leiden en uiteraard de leden die de jaarvergadering hebben bijgewoond en tot een succes hebben gemaakt. De jaarvergadering vormde, ondanks het digitale format, een werkelijke samenkomst van de NVRII-leden.

Het bestuur van de NVRII

André Berends

Jasper Berkenbosch

Femke Damsteegt-Molier

Sigrid Jansen

Marjon Lok (secretaris)

Niels Pannevis (penningmeester)

Emile Schmieman

Rolf Verhoeven

Rolef de Weijs (voorzitter)

BETALINGSUITSTELWET: MOSTERD NA DE MAALTIJD OF MOSTERD ZONDER MAALTIJD?

*Mr. drs. J.C.A.T. Frima**

1 INLEIDING

Het feit dat het coronavirus en de (opgelegde) beperkingen als gevolg daarvan in het maatschappelijke verkeer grote invloed hebben op de economie, staat buiten kijf.¹ Al vanaf de start van de pandemie werd op korte termijn een hausse aan faillissementen verwacht.² Het was dan ook niet voor niets dat al snel werd gesproken over maatregelen om die verwachte hausse in te dammen.

Daar valt veel over te zeggen en er kunnen boeken over vol worden geschreven, hetgeen zonder twijfel nog wel zal gebeuren. In deze bijdrage beperk ik mij tot de situatie in Nederland, waarbij eerst zal worden onderzocht hoeveel faillissementen er de afgelopen periode zijn uitgesproken (§ 2) en vervolgens nader in zal worden gegaan op de door de Rechtspraak genomen maatregelen sinds maart 2020 (§3), en op het Wetsvoorstel betreffende de Tijdelijke wet COVID-19 SZW en JenV, het onderdeel Tijdelijke voorziening betalingsuitstel COVID-19 (hierna: ‘Betalingsuitstelwet’) (§4). Ik zal afsluiten met enkele overwegingen waarbij de drie hiervoor genoemde onderwerpen tegen elkaar worden afgewogen en afgezet (§5).

2 HET AANTAL FAILLISSEMENTEN IN NEDERLAND SINDS 2016

Het aantal faillissementen in Nederland fluctueert sterk, afhankelijk van het economisch tij. Het spreekt voor zich dat in tijden van hoogconjunctuur minder faillissementen worden uitgesproken dan in tijden van laagconjunctuur.

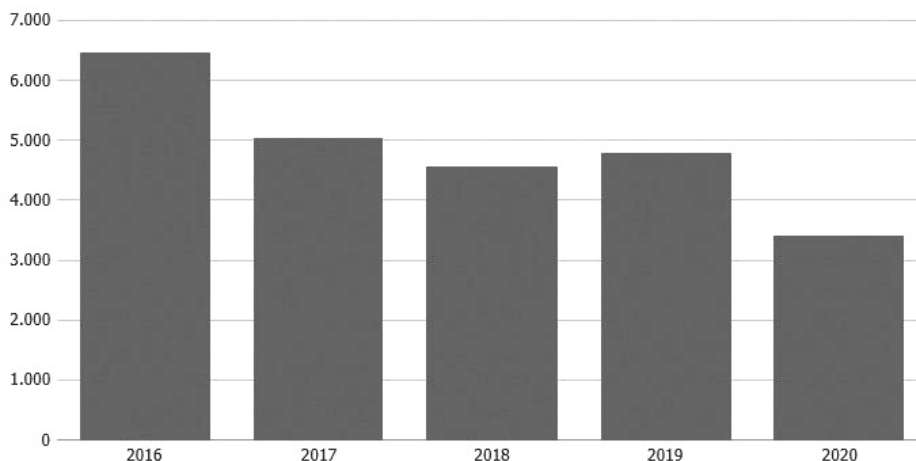
* Mr. drs. J.C.A.T. Frima is senior-rechter en teamvoorzitter van team insolventie in de rechtbank Rotterdam. Zij schrijft dit artikel op persoonlijke titel.

1 Dat werd al vroeg onderkend, zie bijvoorbeeld: M. de Boer en E. van Rein, ‘Coronacrisis krijgt greep op bedrijvigheid in Nederland’, *FD*, 29 februari 2020 en M. de Boer, ‘Coronavirus dreigt wereld in crisis zoals in 2008 te storten’, *FD*, 17 maart 2020.

2 Zie bijvoorbeeld D. Ballegeer en J. Dohmen, ‘Vanaf welk punt gaat economie weer voor gezondheid?’, *FD*, 21 maart 2020 en J. Leupen en R. Betlem, ‘Kredietverzekeraars zetten zich schrap voor golf van faillissementen’, *FD*, 30 maart 2020.

Het aantal uitgesproken faillissementen is de afgelopen jaren sterk gedaald (waarbij overigens in de jaren voor 2016 er ook al sprake was van een daling):³

Figuur 1.1 Aantal uitgesproken faillissementen in Nederland tussen 2016 en 2020



Dit overzicht zo beschouwend, ligt het niet in de verwachting dat in 2020 meer faillissementen zullen worden uitgesproken dan in 2019.

Faillissementen kunnen worden uitgesproken op basis van eigen aangifte (“EA”) of op rekest (“RK”), hetgeen betekent op verzoek van een of meer schuldeisers of het Openbaar Ministerie. Er is uiteraard een verschil tussen het aantal ingediende verzoeken tot faillietverklaring en het aantal uitgesproken faillissementen omdat verzoeken soms worden ingetrokken of afgewezen. Interessant hierbij is bovendien het verschil tussen EA en RK.⁴ In procenten:

Tabel 1.1 Onderscheid tussen verzoeken tot faillietverklaring/uitgesproken faillissementen op Eigen Aangifte en op Rekest

	Beslissingen op verzoeken tot faillietverklaring op EA	Beslissingen op verzoeken tot faillietverklaring op RK	Uitgesproken faillissementen op EA	Uitgesproken faillissementen op RK
2016	38,3	62,9	52,2	47,8
2017	33,3	66,7	48,8	51,2
2018	32,3	67,7	47,4	52,6

³ Bron: InforRM, Het Datawarehouse voor de Rechtspraak op 30 oktober 2020.

⁴ Bron: InforRM, Het Datawarehouse voor de Rechtspraak op 30 oktober 2020.

	Beslissingen op verzoeken tot faillietverklaring op EA	Beslissingen op verzoeken tot faillietverklaring op RK	Uitgesproken faillissementen op EA	Uitgesproken faillissementen op RK
2019	31,3	68,9	47,6	52,4
30-10-2020	32,1	67,9	48,7	51,3

Uit dit overzicht volgt dat er geen grote wijziging is in de verhouding tussen de EA en RK de afgelopen jaren. Ook niet in 2020, het jaar van de lockdown, toen in maart de vrees werd uitgesproken dat veel schuldeisers het faillissement van hun schuldenaren aan zouden vragen. Het valt op dat relatief veel verzoeken tot faillietverklaring op rekest kennelijk niet tot een faillissement leiden. Dat bevestigt de regelmatig geponeerde stelling dat het indienen van een faillissementsverzoek vaak leidt tot (gedeeltelijke) incasso van de vordering.

3 DE RECHTSPRAAK EN DE LOCKDOWN

De Rechtspraak werd uiteraard ook zwaar getroffen door de lockdown, toen plotseling de fysieke zittingen kwamen te vervallen. Zoals altijd wordt gezegd “de Tour de France stopt voor niemand”, geldt dat ook voor de faillissementszittingen. Landelijk zijn de faillissementszittingen “gewoon” door gegaan tijdens de lockdown. Schriftelijk, telefonisch, via beeldbellen.

Wanneer een schuldenaar zelf zijn faillissement aanvraagt, zal dat verzoek over het algemeen worden gehonoreerd.⁵ Ook wanneer de schuldenaar aangeeft dat de maatregelen die zijn getroffen vanwege het coronavirus de reden is dat het faillissement wordt aangevraagd en hij geen uitweg meer ziet, zal de rechtbank het verzoek, als de schuldenaar zijn verzoek handhaaft, toewijzen en het faillissement in beginsel uitspreken.

Bij een verzoek door een derde, op rekest, kan dat anders liggen. Al snel na de lockdown is binnen Recofa⁶ besproken dat rekening dient te worden gehouden met de coronacrisis bij de behandeling van faillissementsverzoeken. Daartoe is een Tijdelijke Afwijkende Regeling Insolventiezaken Rechtbanken vanwege de bijzondere omstandigheden door Corona (“TARIC”) in het leven geroepen. Naast processuele aanpassingen, zoals telefonische zittingen, is daarin opgenomen:

5 De discussie over de vraag onder welke omstandigheden een eigen aangifte tot faillietverklaring kan/zal worden afgewezen, laat ik hier in het midden. Zie hierover bijvoorbeeld I.R.P.J. van Ham, “Een gebrek aan baten als afwijzingsgrond voor een faillietverklaring op eigen aangifte”, *FIP* 2020/183.

6 Recofa is het landelijk overlegorgaan van rechters-commissarissen in faillissementen en surseances van betaling.

“Bij behandeling van de verzoeken tot faillietverklaring weegt de rechtbank mee dat rechtsbescherming en bescherming tegen misbruik van de situatie van groot belang is. Rechterlijke toetsing is daarbij essentieel, omdat iedere situatie apart moet worden beoordeeld. Daarbij zal de rechter naar alle relevante omstandigheden kijken, waaronder ook de huidige pandemie en de daarmee samenhangende (economische) situatie”.⁷

Hiermee werd expliciet de mogelijkheid opgehouden om bij de (summerlijke) toetsing van een faillissementsverzoek rekening te houden met de coronacrisis teneinde in de kern gezonde bedrijven niet ten onrechte failliet te verklaren.

In dat licht oordeelde de Rechtbank Amsterdam op 15 september 2020:

“De reden voor het nog niet volledig voldoen van de openstaande vorderingen ligt, naar gerekestreerde heeft gesteld, in de terugval in inkomsten vanwege de coronamaatregelen en de daarmee gepaard gaande beperkingen voor het verrichten van werkzaamheden door gerekestreerde. Dit komt de rechtbank niet onaannemelijk voor. Onder deze omstandigheden, die niet aan gerekestreerde kunnen worden toegerekend, mag van verzoeksters verwacht worden dat zij een betalingsregeling zullen treffen, dan wel met een dergelijk voorstel tot het treffen zullen instemmen, die passend is bij de huidige economische situatie.”⁸

De rechtbank overwoog daarbij ook nog dat er een reëel afbetalingsvoorstel was gedaan, dat er al werd afbetaald en dat er geen sprake was van een steunvordering van betekenis. Het verzoek tot faillietverklaring werd dan ook afgewezen.

4 DE BETALINGSUITSTELWET

Al kort na de start van de intelligente lockdown is er gesproken over wetgeving teneinde de verwachte hausse aan faillissementen op te vangen. Van 4 tot 11 juni 2020 is de Tijdelijke Betalingsuitstelwet 2020 in consultatie gegaan.⁹ Na de consultatiefase is op 3 september de Tijdelijke wet COVID-19 SZW en JenV, waar ook de Betalingsuitstelwet deel van uit maakt, aangeboden aan de Tweede Kamer. Het wetsvoorstel is op 24 november 2020 als hamerstuk door de Eerste Kamer aangenomen.¹⁰

7 De regeling is enkele malen verplaatst op de website van de Rechtspraak, maar was op 2 november 2020 te vinden op: <https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/tijdelijke-regeling-Insolventies-rechtbanken.pdf>.

8 Rechtbank Amsterdam 15 september 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:4572.

9 <https://www.internetconsultatie.nl/betalingsuitstelwet>.

10 *Kamerstukken II*, dossiernummer 35 557 (Tijdelijke wet COVID-19 SZW en JenV). (<https://www.tweede-kamer.nl/kamerstukken/wetsvoorstellen/detail?cfg=wetsvoorsteldetails&qry=wetsvoorstel%3A35557>).

Deze wet is bedoeld als “een stok achter de deur” om schuldeisers er van te weerhouden faillissementsverzoeken in te dienen en ondernemers te behoeden voor vermijdbare faillissementen of verhaalsacties van schuldeisers en de schade als gevolg van het coronavirus aan de economie zoveel mogelijk te beperken.¹¹

Ik zal hierna kort artikelsgewijs de Betalingsuitstelwet bespreken en daar cursief steeds een korte reactie op geven.

In de Betalingsuitstelwet is de mogelijkheid opgenomen om de behandeling van een verzoek tot faillietverklaring langer aan te houden dan thans in het geldend Procesreglement¹² staat. In plaats van maximaal 8 weken, kan het verzoek maximaal 6 maanden worden aangehouden, maar het aantal maal dat kan worden aangehouden, wordt echter teruggebracht van 4 naar 3. De schuldenaar kan het aanhoudingsverzoek indienen, terwijl dat in het Procesreglement de schuldeiser is.¹³

De Betalingsuitstelwet mist dus de flexibiliteit die het Procesreglement biedt om vier keer aan te houden. De beslissing om direct voor twee maanden aan te houden en niet een kortere periode “om te zien hoe het gaat”, is een zware beslissing die niet licht genomen zal worden. Het is de vraag of een rechtbank die beslissing snel zal nemen. Het zal kunnen voorkomen dat de rechtbank voor een kortere periode aanhoudt om vinger aan de pols te houden, maar de wet beperkt het aantal aanhoudingen, zodat bij een kortere aanhouding nimmer meer de termijn van aanhouding van zes maanden gehaald kan worden. Als de rechtbank voor twee maanden aanhoudt, biedt artikel 2.2 leden 7 en 8 l Betalingsuitstelwet de rechtbank wel de mogelijkheid om in bijzondere gevallen het verzoek tot faillietverklaring binnen die termijn van twee maanden verder te behandelen.

Overigens is de Rechtspraak sedert eind maart 2020 coulant in het verlenen van uitstel en komt het regelmatig voor dat er vaker dan vier keer of langer dan acht weken uitstel wordt verleend. In plaats van het aantal keren van aanhouden te maximeren, zou het voor de hand hebben gelegen de totale duur zelf te maximeren. Waar de Betalingsuitstelwet een op maat gesneden oplossing lijkt te willen bieden, wordt er op dit onderdeel juist flexibiliteit ingeperkt.

De schuldenaar moet bij een aanhoudingsverzoek wel duidelijk maken dat hij niet meer kan betalen omdat hij zijn onderneming vanwege de coronacrisis niet meer als gebruikelijk voort heeft kunnen zetten (er is sprake van een liquiditeitsprobleem) en dat dat een tijdelijke situatie is.¹⁴ De rechtbank moet vervolgens op grond van artikel 2.2 lid 3 Betalingsuitstelwet niet alleen onderzoeken of het voorgaande klopt, maar ook of de schuld-

11 MvT, *Kamerstukken II*, 35 557, nr. 3, § 4.1.

12 <https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/Procesreglement-verzoekschriftprocedures-insolventiezaken-rechtbanken-2020.pdf>.

13 Art. 2.2 lid 1 Betalingsuitstelwet.

14 Art. 2.2 lid 2 Betalingsuitstelwet.

eiser door een aanhouding niet onredelijk in zijn belangen wordt geschaad.¹⁵ Volgens de minister is dat vast te stellen in een “kort, maar kritisch, onderzoek”,¹⁶ waar geen extra financiering voor de Rechtspraak voor nodig is.

Er zal een formulier komen waarin de schuldenaar zijn tijdelijke betalingsonmacht zal onderbouwen. Het is in deze situatie, anders dan bij verzoeken om toekenning van een NOW-bijdrage, echter waarschijnlijk dat de schuldeiser het inhoudelijke betoog van de schuldenaar gaat betwisten, waarna de schuldenaar met een nadere onderbouwing van de tijdelijkheid van zijn betalingsonmacht zal moeten komen. Aan de andere kant zal de schuldeiser zonder twijfel aankomen met documenten teneinde zijn stelling dat hij door een eventuele aanhouding onredelijk in zijn belangen wordt geschaad, nader te onderbouwen, waar de schuldenaar zich weer tegen zal verweren. De rechtbank zal hier een afweging moeten maken die naar verwachting te ingewikkeld is om te spreken van een “kort, maar kritisch onderzoek”.

Als de rechtbank het verzoek tot aanhouding toewijst, geldt voor de schuldenaar een uitstel van betaling van de op dat moment opeisbare vorderingen van de schuldeiser,¹⁷ en de schuldeiser mag ook de verbintenissen of verplichtingen jegens de schuldenaar niet wijzigen, opschorten of beëindigen.¹⁸

Er geldt hier de facto een ‘in beginsel doorleververplichting’.¹⁹ Niet alle schuldeisers willen dat (of kunnen zich dat veroorloven). Het is dan voordelig voor een schuldeiser wanneer een derde schuldeiser het faillissement aanvraagt, waarna de eerste schuldeiser zijn overeenkomst wegens wanbetaling kan beëindigen. Hoewel de Memorie van Toelichting begint met de stelling dat een verleend uitstel niet afdoet aan de gevolgen van niet-nakoming door de schuldenaar,²⁰ wordt er dus wel degelijk diep in de normale regels van het verbintenisrecht ingegrepen. Hoewel de wettelijke regeling als doel heeft schuldenaren te beschermen tegen onnodige faillietverklaring, kan men zich afvragen of de regeling niet haar doel voorbyschiet door daarenboven juist de aanvragende schuldeiser op achterstand te zetten in verhouding tot andere schuldeisers die geen stappen zetten. Een nadelig effect daarvan kan ook zijn dat het voor de rechter niet helemaal duidelijk is wie er voor welke belangen op

15 Art. 2.2 lid 3 Betalingsuitstelwet.

16 Nota naar aanleiding van het verslag, *Kamerstukken II*, 35 557, nr. 7, p. 11.

17 Niet alleen art. 2.2 lid 4 Betalingsuitstelwet spreekt over “die schuldeiser”, ook de MvT bevestigt de lezing dat het betalingsuitstel uitsluitend geldt jegens de schuldeiser(s) die het verzoek heeft (hebben) gedaan. Zie MvT, *Kamerstukken II*, 35 557, nr. 3, § 4.2: “Bovendien geldt het uitstel ook alleen voor de betalingsverplichtingen van de schuldenaar jegens de aanvrager(s) van het faillissement.”

18 Artikel 2.2 lid 4 Betalingsuitstelwet.

19 De regeling formuleert het in art. 2.2 lid 4 niet absoluut, maar bepaalt dat het staken van betalingen “op zichzelf nog geen grond” is voor een wijziging van de verbintenissen of een opschorting van een verbintenis jegens de schuldenaar.

20 Zie MvT, *Kamerstukken II*, 35 557, nr. 3, onder § 4.2.

komt als derde schuldeisers naar voren geschoven zouden worden om hier aan te ontkomen.

De schuldenaar kan de rechtbank in het kader van het uitstelverzoek vragen te bepalen dat de schuldeiser zijn vordering niet meer mag verhalen op goederen van de schuldenaar, anders dan na machtiging van de rechtbank en dat gelegde beslagen vervallen.²¹ Anders gezegd: de schuldenaar moet zijn onderneming gewoon kunnen blijven uitoefenen. Een beslag herleeft wanneer de rechtbank heeft beslist dat de gronden voor opheffing niet langer aanwezig zijn, mits het goed dan nog tot de boedel behoort.²²

Een schuldeiser zal niet snel een verzoek tot faillietverklaring indienen wanneer het risico bestaat dat hij zijn gelegde beslag verliest. Het ligt voor de hand dat een beslagleggende schuldeiser een andere schuldeiser zal vragen het faillissementsverzoek in te dienen, opdat het gelegde beslag gewoon kan blijven liggen (zolang de schuldenaar nog niet failliet is). De vordering van de schuldeiser die succesvol beslag heeft gelegd, kan dan uiteraard nog wel dienen als steunvordering. Het is evenwel de vraag of een schuldeiser waarvan het bij een schuldenaar gelegde beslag heeft getroffen, daarnaast het faillissement van deze schuldenaar aan zal vragen. Daar heeft de schuldeiser immers geen belang bij.

De beslagleggende schuldeiser die het faillissement niet heeft aangevraagd en wil gaan executeren, kan worden “tegengehouden” door artikel 2.3 Betalingsuitstelwet. Op grond van dit artikel kan de schuldenaar de voorzieningenrechter verzoeken om de executie of opeising van goederen die zich in de macht van de schuldenaar bevinden, voor een termijn van ten hoogste twee maanden (welke termijn twee keer met twee maanden kan worden verlengd), te schorsen. Ook kan de schuldenaar verzoeken om een beslag op te heffen. Het schorsen van executiebevoegdheden is ingrijpend. Daarom moet niet alleen worden voldaan aan artikel 2.2 leden 2 en 3 Betalingsuitstelwet (zie hiervoor), maar ook zal de schuldenaar “aannemelijk [moeten] maken dat een tijdelijke schorsing van de executie nodig is om zijn onderneming voort te zetten”.²³ De schuldenaar zal hier dus proactief op moeten treden, hetgeen gezien de situatie waarin schuldenaar zich bevindt, niet altijd mogelijk zal zijn.

De rechtbank kan bij de behandeling van het verzoek tot aanhouding nadere bepalingen opstellen ter beveiliging van de belangen van de schuldeiser.²⁴ Als voorbeeld wordt in de MvT genoemd het feit dat de schuldenaar de schuldeiser zou moeten informeren over de stappen die hij maakt in de verbetering van zijn situatie.²⁵ De rechtbank kan de aanhou-

21 Artikel 2.2 lid 5 Betalingsuitstelwet.

22 Artikel 2.2 lid 6 Betalingsuitstelwet.

23 MvT, Kamerstukken II, 35 557, nr. 3, p.19.

24 Artikel 2.2 lid 7 Betalingsuitstelwet.

25 MvT, Kamerstukken II, 35 557, nr. 3, p. 17.

ding opheffen op verzoek van de schuldeiser of ambtshalve, wanneer de schuldeiser wordt benadeeld of (verwacht wordt dat) de schuldenaar dat dreigt te gaan doen, indien de schuldenaar niet aan de door de rechtbank bij de aanhouding gestelde voorwaarden voldoet, of aan artikel 2.2 lid 3 Betalingsuitstelwet (zie hiervoor) niet meer wordt voldaan, waarna het faillissementsverzoek weer verder wordt behandeld.²⁶

Het voorgaande zou de rechtbank enig comfort moeten bieden om toch de lange aanhouding van twee maanden toe te staan, maar de bal ligt dan bij de schuldeiser (en de rechtbank), terwijl hij toch zou moeten liggen bij de verzoeker van de aanhouding (de schuldenaar) en degene die belang heeft bij de aanhouding (de schuldenaar). De schuldenaar kan nu zijn gang gaan en er is niemand die de vinger aan de pols houdt, bijvoorbeeld door korte aanhoudingen. Het is voorts niet duidelijk hoe vaak een opheffingsverzoek van de aanhouding kan worden ingediend en hoe de termijnen nadien verder lopen.

Als een faillissementsverzoek is aangehouden en er wordt beslag gelegd of executie aangezegd op goederen van de schuldenaar, moet de schuldenaar dat onverwijld melden aan de schuldeiser en de rechtbank. De schuldeiser kan dan de rechtbank vragen om zijn eigen beslag (dat op grond van artikel 2.2 lid 5 Betalingsuitstelwet is opgeheven) te laten herleven.²⁷

Niet alleen is het dan te laat voor de schuldeiser, maar het is bovendien maar de vraag of de schuldenaar wel onverwijld meldt. De schuldenaar kan in de paniek van een dreigende deconfiture of uit onwetendheid de beslissing nemen om dat niet te melden. Het is voorts niet duidelijk wat er met “herleven” wordt bedoeld. Ligt het beslag er weer zoals het voor opheffing lag? (er van uitgaande dat het beslagen goed nog in de macht van schuldenaar is). Kan tussendoor een derde schuldeiser beslag leggen? Als hiervoor aangegeven, zal een beslagleggende schuldeiser naar verwachting niet snel deze risico’s nemen en zal hij mogelijk een andere schuldeiser vragen het faillissementsverzoek in te dienen, waarbij zijn eigen vordering als steunvordering kan gelden.

Artikel 2.3 Betalingsuitstelwet behandelt andere verhaalsacties dan de faillissementsaanvraag en valt buiten de scope van deze bijdrage.

Artikel 2.4 Betalingsuitstelwet, tot slot, richt zich op de faillissementspauliana. Als er, conform de Betalingsuitstelwet, een aangehouden faillissementsverzoek is, kan de schuldenaar nadien nog opeisbare schulden voldoen. De opeisbare betalingen die de schuldenaar heeft voldaan gedurende de termijn van aanhouding tot het (onverhoopte) faillissement, kunnen niet op grond van artikel 47 Fw door de curator worden aangetast alleen

²⁶ Art. 2.2 lid 8 Betalingsuitstelwet.

²⁷ Art. 2.2 lid 9 Betalingsuitstelwet.

vanwege het feit dat de schuldeiser wist van de faillissementsaanvraag. De curator kan wel verrekeningen ongedaan maken als er niet te goeder trouw is gehandeld. Van goede trouw is sprake als de verrekening wordt verricht in het kader van de financiering van voortzetting van de door de schuldenaar gedreven onderneming en niet strekt tot inperking van die financiering.

Deze uitzondering op de pauliana is noodzakelijk om de Betalingsuitstelwet te laten werken, maar biedt wel mogelijkheden tot misbruik. Ook hier kan het weer handig en verstandig zijn om een derde het faillissement aan te laten vragen, zodat een andere schuldeiser alsnog kan proberen (een deel van) zijn vordering betaald te krijgen.

5 BETALINGSUITSTELWET: MOSTERD NA DE MAALTIJD OF MOSTERD ZONDER MAALTIJD

Kijkend naar het aantal uitgesproken faillissementen de afgelopen periode zou men niet denken dat er een coronacrisis is die een groot deel van het dagelijks leven lam legt. Het aantal uitgesproken faillissementen in Nederland is geheel 2020 uitzonderlijk laag gebleven. Dat er een crisis aan komt, daar is evenwel (bijna) iedereen van overtuigd.

De vraag is hoe lang na aanvang van een crisis er een *Tijdelijke* Betalingsuitstelregeling nodig is om de verwachte hausse aan faillissementen te keren (of te vertragen). Het huidige wetsvoorstel verviel op grond van artikel 3.1 lid 3 Betalingsuitstelwet per 1 februari 2021 en is inmiddels verlengd tot 1 april 2021.²⁸ Het is de vraag of de wet nog verder verlengd wordt, nu de minister zelf eerder aangaf: “Ook is nog van belang dat dit een tijdelijke regeling betreft, zodat de lasten ook in de tijd beperkt blijven”.²⁹ De verwachting is toch gewettigd dat deze tijdelijke regeling niet langer dan een jaar na de start van de crisis zal bestaan.

En dan is de vraag of deze Betalingsuitstelwet, waar hier enkele haken en ogen van zijn besproken, de noodzakelijke (en juiste) stok achter de deur is om de verwachte hausse aan faillissementen tegen te gaan.

Heeft de maatschappij het afgelopen half jaar niet laten zien dat er genoeg coulance wordt verleend aan ondernemers die vanwege het coronavirus in (liquiditeits)problemen komen?

Heeft de Rechtspraak niet laten zien, in woord en in gebaar, dat bij het uitspreken van faillissementen rekening wordt gehouden met de gevolgen van de coronacrisis?

28 Nota van Wijziging, *Kamerstukken II*, 35 557, nr. 8, p. 8 en de voorhang 4^e verlengingsbesluit tijdelijke COVID-19 voorziening, met als bijlage het “Besluit tot wijziging van enkele vervaldata van wettelijke voorzieningen die zijn getroffen in verband met de uitbraak van COVID-19”.

29 Nota naar aanleiding van het verslag, *Kamerstukken II*, 35 557, nr. 7, p. 11.

Toont het lage aantal uitgesproken faillissementen in 2020 niet eerder dat men te veel dan te weinig rekening houdt met de coronacrisis bij het aanvragen van faillissementen? Is het niet beter om met elkaar attent en kritisch te blijven of in de kern gezonde bedrijven niet ten onrechte failliet worden verklaard?

Interessant om te weten hoe men in deze uitzonderlijke situatie in andere landen handelt, maar is Nederland niet (ook) hierin uniek?

Dat zijn zo wat onderwerpen die ter sprake kunnen komen op het NVRII jaarcongres op 13 november a.s.

COVID-19 ALS AANJAGER VOOR HARMONISATIE VAN HET INSOLVENTIERECHT IN DE EUROPESE UNIE? OF BLIJFT HET EEN LAPPENDEKEN?

Mr. E. Schmieman*

1 INLEIDENDE OPMERKINGEN

1.1 *Inleiding*

Deze bijdrage vormt de schriftelijke versie van mijn voordracht voor de jaarvergadering van de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijkend en Internationaal Insolventierecht (NVRII), waarvan ik sinds dit jaar bestuurslid ben. Ik dank de overige bestuursleden en de leden voor het in mij gestelde vertrouwen en ben vereerd dat ik hen al op de eerste jaarvergadering na mijn aantreden mag onderhouden.

1.2 *Centrale vragen*

Van de NVRII zijn vooral (insolventie)juristen lid. Ook zij kunnen echter voorspellen dat de economische impact van de nog steeds in volle hevigheid heersende COVID-19 pandemie steeds groter wordt: daarvoor behoeft men geen econoom te zijn. In de uitnodiging voor de jaarvergadering lezen wij dan ook dat de gedwongen stilstand van de economie en de stapsgewijze heropstart die, hopelijk spoedig, zal volgen een stresstest vormt voor het insolventierecht. De vraag die centraal staat is: vormt het insolventierecht een stabiele achtergrond voor een veelheid van maatregelen of werpt het juist barrières op voor wenselijke oplossingen? Voorts lezen wij dat, naast de vraag welke maatregelen wenselijk zijn, vanuit wetgevend perspectief de vraag opkomt of en in hoeverre landen individueel der-

* Mr. E. (Emile) Schmieman is Ambassadeeraad bij de Permanente Vertegenwoordiging van het Koninkrijk der Nederlanden bij de Europese Unie te Brussel, raadsheer-plaatsvervanger in het Gerechtshof Amsterdam en Fellow van het Onderzoekcentrum Onderneming en Recht, Radboud Universiteit Nijmegen.

gelijke maatregelen moeten nemen dan wel of en in hoeverre harmonisatie (on)mogelijk en (on)wenselijk is.

1.3 *Vervolgvragen en afbakening*

Uit deze twee centrale vragen vloeien twee vervolgvragen voort. De eerste is, zo lijkt mij, welke maatregelen en oplossingen dan als wenselijk moeten worden beschouwd. Deze vervolgvraag zal ik hier niet proberen te beantwoorden.

Daarvoor heb ik in elk geval vier redenen. De eerste reden is dat ik niet meer werkzaam ben als wetgever. Aldus ben ik ervan overtuigd dat degenen die zich in hun dagelijkse praktijk met het insolventierecht bezig houden beter dan ik geplaatst zijn om te bedenken welke maatregelen wenselijk zijn. De tweede reden is dat, indien ik wel zou proberen te analyseren welke oplossingen wenselijk zijn, ik gedwongen zou zijn mij te realiseren dat de rol van het insolventierecht bepaald niet los kan worden gezien van de oplossingen op het vlak van onder meer het contractenrecht, het ondernemingsrecht en wellicht zelfs ook het arbeidsrecht. Aldus zou ik ook moeten kijken welke maatregelen op die rechtsgebieden zouden kunnen of moeten worden genomen. Dat zou de ruimte die mij is toebedeeld ver te buiten gaan. De derde reden is dat ik na die exercitie waarschijnlijk gedwongen zou zijn te constateren dat de rol van het privaatrecht in een crisis van de aard als die welke waarmee wij momenteel worden geconfronteerd waarschijnlijk beperkter is dan wij juristen gewoon zijn te denken.¹ Het risico is te groot dat deze constatering bij mijzelf, en mogelijk ook bij de bezoekers van de jaarvergadering of de lezers van deze bijdrage, leidt tot een verheving van door de crisis toch al in overmaat aanwezige gevoelens van teleurstelling. De vierde reden is dat het antwoord op de vraag welke oplossingen en maatregelen wenselijk of mogelijk zijn verschilt al naar gelang van aan wie men de vraag stelt en van waar men dat doet. De maatregelen die de meeste, zo niet alle, lidstaten van de Europese Unie tijdens de COVID-crisis hebben genomen op het gebied van het insolventierecht, bewijzen dat. De maatregelen zelf, of beter de voorwaarden die eraan verbonden zijn en de duur ervan, lopen onderling nogal uiteen. Aldus laat ik de eerste vervolgvraag verder voor wat zij is en ga ik voort op basis van de gedachte dat het insolventierecht wel degelijk een ondersteunende rol speelt bij het oplossen van de gevolgen van deze crisis of op zijn minst bij het adresseren of het verzachten daarvan.

Dit brengt mij bij de tweede vervolgvraag, die verband houdt met de vraag naar de wenselijkheid van harmonisatie, waarover mij is gevraagd iets te zeggen. Ik begrijp die term breed en aldus zodanig dat zij zowel inhoudt harmonisatie van crisismaatregelen in het insolventierecht als harmonisatie van wat ik hier maar “normaal insolventierecht” zal

1 Zie in gelijke zin E. Dirix, ‘Corona en insolventierecht in België’, *TvI* 2020/27 en T. Hartlief, ‘Privaatrecht in nood’, *Crisis, rampen en recht, Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging*, Deventer 2014, (65) 128, nr. 23.

noemen. Uit de vraag naar wenselijkheid van harmonisatie vloeit voort de vraag in hoeverre harmonisatie haalbaar is. In het navolgende zal ik globaal bezien in hoeverre sprake is van harmonisatie bij de crisismaatregelen die op het vlak van het insolventierecht door de EU-lidstaten zijn genomen. Vervolgens zal ik verkennen welke plannen de Europese Commissie heeft ten aanzien van de harmonisatie van het normale insolventierecht alsmede hoe die plannen praktisch tot stand komen, hoe haalbaar zij zijn en welke (minder ingrijpende) alternatieven mogelijk beter haalbaar (of misschien toch: wenselijk) zijn.

2 COVID-19 MAATREGELEN OP HET VLAK VAN HET FAILLISEMENTSRECHT IN DE LIDSTATEN VAN DE EUROPESE UNIE

2.1 *Inleiding*

Tijdens de eerste COVID-19 golf werden in de EU-lidstaten ondernemingen tegemoet gekomen in allerlei kosten en waren allerlei noodregelingen van kracht die bijvoorbeeld voorzagen in uitstel van de plicht tot het betalen van belastingen. Ook werd uitstel verleend van betaling van renteverplichtingen aan banken. In sommige lidstaten, zoals Nederland, verleenden de banken dit uitstel vrijwillig terwijl in andere lidstaten noodwetgeving hen daartoe verplichtte.

In april 2020 vond een ingelaste vergadering plaats van de justitie-formatie van de Raad van de Europese Unie, de zogeheten JBZ-Raad. Op deze JBZ-Raad schetsten de ministers van justitie van de EU-lidstaten hoe zij met diverse maatregelen op het gebied van het insolventierecht aan voornoemde en andere economische maatregelen ondersteuning probeerden te bieden alsmede hoe zij verlichting poogden te brengen voor de sterk verminderde toegankelijkheid van de insolventierechtspraak en de grote moeite die curatoren en insolventiespecialisten hadden om hun functie naar behoren uit te oefenen.

Op het moment van schrijven van deze bijdrage heb ik niet precies zicht op in hoeverre deze maatregelen nog van kracht zijn, inmiddels zijn aangevuld of vervangen door geheel nieuwe maatregelen of in het geheel niet meer gelden. Aldus zal ik in het navolgende proberen een kort overzicht te geven van de maatregelen die in elk geval tijdens de eerste golf van kracht waren. Mede omdat niet alle afzonderlijke maatregelen beschikbaar zijn in een taal die ik machtig ben, betreft het een heel globaal en verre van uitputtend overzicht. Het is bovendien voornamelijk gebaseerd op mijn eigen aantekeningen van de desbetreffende JBZ-Raad, gesprekken met collega's uit andere lidstaten en op een overzicht dat door de Europese Commissie na de JBZ-Raad is gemaakt op basis van door de

lidstaten verschafte schriftelijke informatie en vervolgens via het E-Justiceportaal² beschikbaar is gesteld.³

2.2 *Maatregelen op het gebied van het materiële insolventierecht*

2.2.1 **Inleiding**

Bezien wij de maatregelen die tijdens de eerste golf van de coronacrisis in verschillende EU-lidstaten op het vlak van het materiële insolventierecht zijn genomen, dan kunnen wij vaststellen dat in hoofdzaak sprake was van (a) een opschorting van de plicht tot het aanvragen van faillissement door de debiteur, (b) een verbod op het doen van een verzoek tot faillietverklaring door een crediteur en (c) moratoria.

2.2.2 **Opschorting van de verplichting tot het aanvragen van faillissement**

De opschorting van de verplichting tot het aanvragen van faillissement lijkt daarbij veruit de belangrijkste crisismaatregel: slechts zes lidstaten hebben deze maatregel niet genomen of daarvan in elk geval geen melding gemaakt. Daarbij valt op dat al deze lidstaten, met uitzondering van Cyprus en Hongarije, zich in het noorden van de EU bevinden. Naast Nederland betrof het Denemarken, Finland en Zweden. Waar Cyprus en Hongarije geen uitdrukkelijke motivering gaven van waarom van een opschorting geen sprake was, was voor Nederland de reden dat wij überhaupt geen verplichting kennen om faillissement aan te vragen. Nederland heeft op dit punt met steun van de Scandinavische landen in het algemeen ingebracht dat niet-levensvatbare ondernemingen niet te lang moeten blijven voortbestaan, met alle nadelige gevolgen van dien. Beter is de focus te leggen op economische ondersteuning van ondernemingen en te bewerkstelligen dat nog wel levensvatbare ondernemingen snel en efficiënt kunnen worden geherstructureerd. Daarop kwam overigens van enkele andere lidstaten de vraag hoe deze opvatting zich verhoudt met de afwezigheid van een verplichting tot het aanvragen van faillissement.

Ten aanzien van de lidstaten die overgingen tot een opschorting van de verplichting om een faillissement aan te vragen, geldt dat de voorwaarden waaronder deze verplichting werd opgeschort onderling sterk verschilden. Sommige lidstaten (België, Bulgarije, Estland, Griekenland, Litouwen, Luxemburg, Malta, Roemenië en Spanje) verbonden vooraf geen specifieke voorwaarden aan het uitstel of maakten van dergelijke voorwaarden geen melding. Andere lidstaten deden dit wel. Zo eisten sommigen (Duitsland, Frankrijk, Kroatië, Oostenrijk en Tsjechië) dat de onderneming voordien “gezond” moest zijn en het faillissement direct of op enige wijze te wijten moest zijn aan COVID-19 of de daaraan gerelateerde maatregelen. Weer een andere lidstaat (Slovenië) introduceerde een weerlegbaar bewijsvermoeden inhoudend dat indien de staat van faillissement was inge-

2 Op het E-Justice portaal wisselen EU-lidstaten informatie uit over hun wetgeving, zie <https://e-justice.europa.eu/home.do?plang=nl&action=home>.
3 https://e-justice.europa.eu/content_impact_of_covid19_on_the_justice_field-37147-nl.do.

treden tijdens de COVID-pandemie, zij werd geacht daardoor veroorzaakt te zijn. Frankrijk en Italië eisten bovendien dat van fraude geen sprake moest zijn en voorzagen erin dat indien dat wel zo was de opschorting niet gold. Italië voorzag bovendien in een individuele uitzonderingsmogelijkheid. Een uitzonderingsmogelijkheid (Kroatië) was er ook voor het geval het belang van de staat, het milieu of de volksgezondheid tot het aanvragen van een faillissement noopte.

Ook de duur van de opschorting verschilde aanzienlijk. Sommige lidstaten (bv. België, Malta) stelden niet vooraf een einddatum vast terwijl andere lidstaten (Griekenland, Italië, Oostenrijk, Slowakije) dat wel deden, al dan niet met een mogelijke verlenging. In weer andere lidstaten (Bulgarije, Tsjechië, Estland, Spanje, Frankrijk, Kroatië, Litouwen, Roemenië) werd het einde van de opschorting gekoppeld aan het eind van de noodmaatregelen of verlengd tot enige tijd daarna.

2.2.3 Opschorting van de bevoegdheid tot het aanvragen van faillissement

In het ook voor deze jaarvergadering van de NVR II verschenen preadvies van Jacqueline Frima⁴ lezen wij dat in Nederland na de lockdown binnen Recofa is besproken dat rekening diende te worden gehouden met de coronacrisis bij de behandeling van faillissementsverzoeken. De Nederlandse rechtbanken introduceerden een tijdelijke regeling waarin expliciet de mogelijkheid werd opengehouden om bij de (summierlijke) toetsing van een faillissementsverzoek door een crediteur rekening te houden met de coronacrisis zodat in de kern gezonde bedrijven niet ten onrechte failliet zouden worden verklaard. In veel andere lidstaten van de EU (België, Bulgarije, Finland, Frankrijk, Italië, Griekenland, Kroatië, Letland, Litouwen, Malta, Oostenrijk, Roemenië, Spanje en Tsjechië) werd de bevoegdheid van crediteuren om een verzoek in te dienen tot faillietverklaring van een debiteur gewoon opgeschort.

Ook bij deze maatregel maakte een aantal lidstaten (België, Bulgarije, Finland, Griekenland, Litouwen, Malta, Oostenrijk, Roemenië, Spanje, Tsjechië) geen melding van nadere voorwaarden. Anderzijds deden in elk geval drie lidstaten dat wel. Voor Frankrijk en Italië gold wederom dat van fraude geen sprake mocht zijn, waarbij in Italië ook in dit geval in individuele cases de opschorting buiten werking kon worden gesteld door de bevoegde rechter. In Slovenië konden crediteuren de rechter nog wel konden verzoeken een debiteur failliet te verklaren, maar werd deze debiteur na een dergelijk verzoek vier maanden extra gegund om te herstructureren indien duidelijk was dat de onmogelijkheid voor de onderneming om haar opeisbare vorderingen te voldoen te wijten is aan COVID-19.

Ten aanzien van de duur van de maatregel gold wederom dat sommige lidstaten (bv. België) geen melding maakten van een vooraf vastgestelde einddatum. Andere lidstaten

4 J.C.A.T Frima, 'Betalingsuitstelwet: mosterd na de maaltijd of mosterd zonder maaltijd?', *NVR II 2020 Preadvies*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2021.

(bv. Italië, Letland, Litouwen, Griekenland, Oostenrijk, Slovenië, Slowakije en Tsjechië) deden dat wel of koppelden het einde van de opschorting aan het einde van de noodmaatregelen, al dan niet met mogelijkheid van enige verlenging of uitloopmogelijkheid.

2.2.4 **Moratoria**

Naast de bovengenoemde opschortingsmaatregelen voorzag een groot aantal lidstaten ook nog in een andere groep van maatregelen die strikt genomen niet tot het insolventierecht behoren, namelijk moratoria op het opeisen van (sommige soorten) vorderingen en het te gelde maken van zekerheden door het treffen van daartoe vereiste executie maatregelen. Dit gold in elk geval voor België, Bulgarije, Finland, Frankrijk, Griekenland, Hongarije, Kroatië, Letland, Malta, Oostenrijk, Tsjechië, Roemenië, Slovenië en Slowakije. De reikwijdte van deze maatregelen en ook de duur ervan varieerde echter onderling sterk.

2.3 *Maatregelen op het gebied van het formele insolventierecht*

De belangrijkste maatregel in het kader van het formele insolventierecht betrof de opschorting van de behandeling van zaken of van wettelijke termijnen. Dergelijke maatregelen werden genomen in de overgrote meerderheid van de lidstaten, namelijk België, Bulgarije, Cyprus, Estland, Duitsland, Griekenland, Ierland, Italië, Litouwen, Luxemburg, Malta, Oostenrijk, Polen, Slovenië, Slowakije, Spanje en Tsjechië. Ook bij deze vorm van maatregelen was het weer zo dat de duur en de exacte voorwaarden onderling (sterk) verschilden.

2.4 *Tussenconclusie*

Na deze oppervlakkige vergelijking van de belangrijkste tijdens de COVID-crisis genomen maatregelen op het vlak van het insolventierecht kunnen wij vaststellen dat sprake is van een zekere ad hoc harmonisatie ten aanzien van de soort maatregelen die getroffen zijn, maar ook dat de voorwaarden waaronder en de duur waarvoor zij golden onderling (sterk) verschilden.

Gezien de omstandigheid dat het crisisregelgeving betrof die veelal onder stoom en kokend water tot stand kwam, mag deze conclusie niet al teveel verbazing wekken. Dat geldt mijns inziens niet voor het feit dat na de al meermaals genoemde JBZ-Raad de informatie-uitwisseling over (crisis)maatregelen op het vlak van het insolventierecht niet is voortgezet. Men zou denken dat juist als er echte problemen aan de orde zijn het voor de hand ligt te bezien of het mogelijk is de genomen maatregelen enigszins op elkaar af te stemmen. Dat is echter niet gebeurd: het door mij voor deze bijdrage gebruikte overzicht dateert van 16 april 2020 en is voor het laatst bijgewerkt op 15 mei 2020. Na

de voornoemde JBZ-Raad is het onderwerp van de crisismaatregelen op het vlak van het insolventierecht binnen de EU niet meer aan de orde geweest: het heeft niet meer gefigureerd op de agenda van de raads werkgroepformatie (ambtenaren) of radengroepformatie (ambassaderaden) Civiel Recht – Algemene Vragen waarin ad hoc-kwesties over het insolventierecht normaal gezien worden besproken. Zulks ondanks de omstandigheid dat na april 2020 nog verschillende van deze bijeenkomsten hebben plaatsgevonden.

3 HET EUROPESE WETGEVINGSPROCES

3.1 *Inleiding*

De zojuist gedane vaststelling bevreemdt temeer als zij wordt geplaatst in het licht van de al tamelijk concrete plannen van de Europese Commissie voor een verdergaande harmonisatie van het insolventierecht. Men zou verwachten dat juist die zaken als eerste worden aangegrepen waar inmiddels enige vorm van spontane harmonisatie is opgetreden zodat in geval van een volgende crisis, die inmiddels al is aangebroken, ondernemers die grensoverschrijdend zaken doen beter weten wat zij moeten verwachten. Dat gebeurt echter niet: de Europese Commissie opteert onmiddellijk voor een harmonisatie van kernonderdelen van het faillissementsrecht. Over die plannen kom ik straks te spreken, maar om te beoordelen hoe wenselijk en haalbaar zij zijn, is van belang ze eerst te plaatsen in het kader van de praktische realiteit van de totstandkoming van Europese wetgeving en van wat tot nu toe aan harmonisatie heeft plaatsgevonden of althans de oproepen die binnen de EU tot harmonisatie zijn gedaan.

Ten aanzien van de praktische aspecten van de totstandkoming van Europese wetgeving geldt dat deze in het bijzonder voor hen die zich niet dagelijks met het Europese recht bezighouden veelal tamelijk onbekend zijn. Zij zijn echter wel degelijk van grote invloed op het uiteindelijke resultaat van projecten tot harmonisatie. Deze praktische aspecten leiden er namelijk niet zelden toe dat het middel uiteindelijk erger is dan de kwaal of in elk geval voor die kwaal geen werkelijke genezing biedt. Bovendien hebben zij veelal tot gevolg dat het belangrijkste objectief dat lidstaten voor ogen hebben, het behouden van hun eigen goedwerkende systeem is. Aldus volgt hieronder een inkijkje in de praktische kant van het Europese wetgevingsproces. Daarbij gaat bijzondere dank uit naar mijn collega Paulien van der Grinten, met wie ik veel onderhandelingen over de EU-wetgeving heb gevoerd. Zij schreef naar aanleiding van onze ervaringen met de richtlijn representatieve acties voor de Nederlandse Vereniging van Procesrecht een heel hel-

der stuk over het Europese onderhandelproces, waaruit ik hieronder dankbaar heb geput.⁵

3.2 *De nulfase*

De onderhandelingen over een voorgenomen Europese regeling beginnen officieel met een voorstel van de Europese Commissie. Daaraan gaat echter een lange periode van voorbereiding vooraf. De Europese Commissie stelt bij haar aantreden eerst zogeheten *mission letters* vast met onderwerpen die de agenda vormen voor de aankomende legislatuur. Deze agenda, waarover de Raad (= de lidstaten) zich uitspreekt, wordt verder ingevuld door middel van zogeheten actieplannen. De actieplannen worden op hun beurt elk jaar verder uitgewerkt in het Commissie Werkprogramma. Daarin kondigt de Europese Commissie aan welke wetgeving dat jaar zal worden gepresenteerd. Bij het opstellen van de actieplannen en het invullen van haar werkprogramma treedt de Europese Commissie soms in overleg met de lidstaten. Dat is echter lang niet altijd het geval.

Om te voorkomen dat de *mission letters*, de actieplannen of het werkprogramma leiden tot wetsvoorstellen die de Nederlandse regering echt niet wil, wordt al voor het aantreden van een nieuwe Europese Commissie een inventarisatie gemaakt van onderwerpen die wenselijk of eventueel aanvaardbaar zouden kunnen zijn. Deze inventarisatie wordt vervolgens op allerlei niveaus gedeeld, vaak door middel van *papers* die worden meegenomen bij gesprekken met de Europese Commissie, leden van het Europees Parlement (EP) en andere lidstaten. Meestal zijn dit soort gesprekken erg abstract met weinig ruimte voor details. Zij worden bovendien soms bemoeilijkt doordat onderwerpen in andere lidstaten zijn ondergebracht bij andere departementen of binnen de Europese Commissie bij commissarissen die geen natuurlijke gesprekspartner zijn voor de Nederlandse bewindspersonen. Voor het insolventierecht geldt in sommige lidstaten bijvoorbeeld dat delen ervan zijn belegd bij het Ministerie van Financiën of van Economische Zaken. Binnen de Europese Commissie geldt dat het Directoraat Financiële Markten, Financiële Stabiliteit en Kapitaalmarktunie de leiding heeft overgenomen van het Directoraat Justitie.

Als een onderwerp eenmaal op de agenda staat, begint de Commissie vaak met een werkgroep van experts om dit onderwerp voor te bereiden. Invloed kan in die fase worden uitgeoefend door ervoor te zorgen dat Nederlandse experts in de expertgroep terechtkomen.

5 P.M.M. van der Grinten, 'Europa en burgerlijk procesrecht: een nog altijd moeizame verhouding', in: C.A.H.M. ten Dam, P.M.M. van der Grinten e.a., *De invloed van Europa op ons procesrecht, Inleidingen op de jaarvergaderingen van de Nederlandse vereniging van burgerlijk procesrecht*, Den Haag: Boom juridische uitgeverij 2020, p. 13-31.

Zodra de expertgroep eenmaal een rapport tot stand heeft gebracht, dat overigens meestal niet openbaar wordt, bereidt de Europese Commissie een consultatiestuk voor. Dit consultatiestuk kan verschillende vormen aannemen: het kan een zogeheten groenboek zijn (een vragenlijst over een voorgenomen regeling), een ontwerpregeling of een ontwerpregeling met daarin vragen. Ook bevraagt de Europese Commissie lidstaten soms over het functioneren in hun nationale praktijk van bepaalde procedures.

Vervolgens schrijft de Europese Commissie haar voorstel en komt zij met een *impact assessment* waarin de verschillende beleidsopties en de effecten daarvan worden verkend. In dergelijke *impact assessments*, waarvan de praktijk overigens leert dat zij pas worden geschreven zodra de nieuwe regels eenmaal zijn geformuleerd, figureren altijd drie opties. Ik zal deze opties maar omschrijven als niets doen op EU-niveau, een beetje doen op EU-niveau en veel doen op EU-niveau. Weinig verrassend is dat de conclusie in bijna alle gevallen behelst dat veel moet worden gedaan. Zou de conclusie namelijk zijn dat actie op EU-niveau niet nodig is dan zou er immers helemaal geen wetgevingsvoorstel met *impact assessment* verschijnen en komt de Europese Commissie bovendien zonder werk te zitten. Zou de conclusie zijn dat er een beetje gedaan moet worden, dan zou het risico bestaan dat uiteindelijk nog steeds bijna niets wordt gedaan omdat voorstellen in het hierna te beschrijven proces worden verwaterd of, zo men wil, uitgekleed. Dat risico wordt gemiti-geerd indien gemikt wordt op veel doen, ook dan wordt immers in de meeste gevallen uiteindelijk op een wat bescheidener resultaat uitgekomen maar blijft nog steeds meer over dan wanneer meteen in het midden wordt begonnen.

In deze fase brengt Nederland voor ons belangrijke punten onder de aandacht bij alle lagen van de Commissie. Het betreft dan de Commissaris, diens kabinet en de medewerkers van de afdeling die het voorstel inhoudelijk heeft voorbereid. Elk Nederlands punt dat nu in de tekst van het Commissievoorstel terechtkomt, hoeft straks niet meer in overleg met 27 andere lidstaten uitonderhandeld te worden. Soms vindt Nederland bij het Commissieonderdeel dat het voorstel schrijft weinig gehoor. In dat geval kunnen kabinetten van andere Commissarissen nog worden benaderd om kritische vragen te stellen tijdens de interne consultatie over het voorstel binnen de Commissie. Deze fase is vergelijkbaar met onze nationale interdepartementale afstemming.

3.3 *Stap 1: Bevoegdheidsverdeling*

Hoewel nog voordat het Commissievoorstel officieel op tafel ligt een oplettende lidstaat dus al een heel onderhandelingstraject achter de rug heeft, begint een Europees wetgevend voorstel dus formeel met een Commissievoorstel en een *impact assessment*.

Over dit voorstel bepaalt de Raad van de Europese Unie, dat wil zeggen de 27 EU-lidstaten, een standpunt. Dat gebeurt onder leiding van een – elke zes maanden wisselend – voorzitterschap van een van de lidstaten. Elk onderwerp is ingedeeld bij een Raad

van Ministers. De meeste onderwerpen op het terrein van het civiele recht vallen onder de al eerder genoemde JBZ-Raad. Voor Nederland zit voor onderwerpen die het civiel recht betreffen de Minister voor Rechtsbescherming in deze raad. Soms ontstaat na het publiceren van een Commissievoorstel onenigheid in welke Raad het behandeld gaat worden. Het voorzitterschap heeft dan het laatste woord. Onder invloed van de Europese Commissie zal veelal worden geopteerd voor die formatie waar tegen het voorstel de minste oppositie is te verwachten.

3.4 *Stap 2: Onderhandelingen op ambtelijk expertniveau*

De onderhandelingen in de Raad vinden in eerste instantie plaats op het niveau van een zogeheten raads werkgroep. Daarin zijn ambtenaren van de ministeries van de lidstaten vertegenwoordigd. Zij worden soms bijgestaan door vertegenwoordigers van hun ambassades bij de EU, de zogeheten Permanente Vertegenwoordigingen (PV's). Het voorzitterschap bepaalt de vergaderfrequentie. Als een voorzitterschap (in overleg met de Commissie) belang hecht aan een snelle behandeling van een voorstel, kunnen vaker (bv. elke twee weken) of minder vaak (bv. een enkele keer in de zes maanden voorzitterschap) raads werkgroepen worden gehouden. Als een voorzitterschap het niet eens is met een voorstel of het te gecompliceerd vindt, zal eerder worden gekozen voor een lage vergaderfrequentie.

In de raads werkgroepen worden voorstellen door de 27 lidstaten en de Europese Commissie artikel(lid) voor artikel(lid) mondeling doorgenomen. Voor civielrechtelijke voorstellen geldt dat dat gebeurt onder volledig vertaalregime zodat alle delegaties in hun eigen taal kunnen spreken en luisteren. Daarnaast wordt dikwijls schriftelijk commentaar geleverd. Vervolgens komt het voorzitterschap met een aangepaste tekst waarin het commentaar van de lidstaten is verwerkt. Dit hele proces herhaalt zich in het geval van civielrechtelijke voorstellen veelal meerdere keren. Daardoor kan het, afhankelijk van de complexiteit van het voorstel en het belang dat de opeenvolgende voorzitterschappen en de lidstaten eraan hechten, enkele maanden tot enkele jaren in beslag nemen. Voor voorstellen op het terrein van het civiele recht is dat laatste eerder regel dan uitzondering. In het algemeen is het zo dat voorstellen na afloop van dit proces op punten al sterk verwaterd zijn of bewust vaag zijn geformuleerd opdat alle lidstaten erin kunnen lezen wat zij geraden achten. Een andere beproefde methode bij kwesties waarover het moeilijk is overeenstemming te bereiken, is een verwijzing naar nationaal recht.

Nederland moet tijdens deze fase dus prioriteiten stellen. Alles binnenhalen wat volgens ons eigenlijk wenselijk is om nieuwe regelgeving goed te laten werken lukt met nog 26 andere lidstaten die hetzelfde willen vrijwel nooit. Daarom is het al tijdens deze fase effectiever om te blijven hameren op een of twee hoofdpunten en daar medestanders voor te zoeken en concrete tekstvoorstellen aan te leveren. Deze voor juristen vaak bijzonder

ontluisterende werkelijkheid geldt niet alleen voor wat Nederland plenair naar voren brengt, maar ook voor wat door Nederland aan de orde wordt gesteld in overleggen met gelijkgestemde lidstaten en (aanstaande) voorzitterschappen.

Hoe goed afgewogen en uitgewerkt ook, het inbrengen van meer dan enkele aanpassingsvoorstellen werkt in het algemeen niet of zelfs contraproductief. Zuiver juridische argumenten zijn bovendien meestal volstrekt onvoldoende om een bepaalde regel of een bepaald voorstel geaccepteerd te krijgen of juist tegen te houden. Argumenten over de (ongewenste) gevolgen werken veel beter. In de raads werkgroep maakt een argument “Nederland vindt dit omdat...” veel minder indruk dan het argument “Onze rechtspraak geeft aan dat deze maatregel nodig/onuitvoerbaar is omdat...”.

De rechtspraak heeft er dus zelf ook belang bij om zich de gewoonte eigen te maken zich al in deze fase in een voorstel en de mogelijke gevolgen ervan te verdiepen en niet af te wachten tot er weer een vastgestelde regeling uit Brussel komt. Dat geldt overigens ook voor de wetenschap. Om deze reden worden commissievoorstellen door het Ministerie van Justitie en Veiligheid ook besproken met bijvoorbeeld de Commissie Insolventierecht, de Adviescommissie voor burgerlijk procesrecht of de Staatscommissie voor Internationaal Privaatrecht. Daarnaast komt het dikwijls voor dat een klankbordgroep met advocaten of andere juristen, rechters en wetenschappers wordt ingesteld om de gevolgen van een Commissievoorstel beter in kaart te kunnen brengen.

3.5 *Stap 3: Diplomatieke behandeling*

Als de discussie in de raads werkgroep is afgerond, of indien er in de raads werkgroep geschilpunten bestaan waarover door de experts in de raads werkgroep geen overeenstemming kan worden bereikt, wordt het voorstel doorgezonden aan de Radengroep. Daarin zitten de vertegenwoordigers van de PV's. De ruimte voor technische inbreng is hier meestal nog tamelijk beperkt. De besprekingen in de Radengroep kunnen enkele weken tot enkele maanden in beslag nemen. Als blijkt dat er nog veel openstaande punten zijn, kan het voorstel worden teruggestuurd van de Radengroep naar de raads werkgroep.

Als de Raden tot overeenstemming komen of als dat niet het geval is, wordt het voorstel behandeld in het zogeheten Coreper (*Comité des Représentants Permanents*, het Comité van Permanente Vertegenwoordigers, ofwel de ambassadeurs van de lidstaten bij de EU). Deze besprekingen worden gevoerd in het Engels, Frans of Duits. Vanwege de technische aard geldt voor civielrechtelijke dossiers in deze fase dat, zo dossiers al worden besproken en niet als hamerstuk afgedaan, die bespreking hooguit enkele minuten duurt en uitsluitend de politiek zeer contentieuze onderwerpen betreft. Voor voorstellen van technische aard is geen enkele ruimte meer. Coreper kan het besluit nemen om akkoord te gaan met het voorstel, het terug te sturen naar de Raden of het terug te zenden naar de tekentafel van de raads werkgroepen.

3.6 *Stap 4: Politieke behandeling in de Raad*

Zodra het voorstel voldoende is voorbereid op ambtelijk en diplomatiek niveau, is het gereed voor politieke besluitvorming door de Raad. Normaal gesproken worden eerst delen van het voorstel aan de Raad voorgelegd waarover de Raad dan de politieke richting bepaalt.⁶ Het uiteindelijke doel is dat de ministers het eens worden over een aangepaste tekst van het voorstel. Als er genoeg aanwijzingen zijn dat de kans bestaat dat dat gebeurt, komt uiteindelijk het hele voorstel in de Raad. Die beslist over de meeste zaken dan met gekwalificeerde meerderheid. Omdat formeel het EP eerst tot een standpunt moet komen, doet de Raad dit, als hij eerder is, via een algemene oriëntatie.

3.7 *Stap 5: Behandeling in het EP*

Parallel aan de behandeling in de Raad wordt het voorstel besproken in het EP. Dat gebeurt in de eerste instantie in een of meer commissies. De meeste civielrechtelijke voorstellen worden besproken in de Commissie Juridische Zaken (JURI), die dan de eerstverantwoordelijke commissie is. Zij wijst een rapporteur aan. Deze rapporteur, die uit een bepaalde politieke groep komt, neemt voorstellen voor amendementen op het voorstel op in een verslag voor de commissie. Alle andere politieke partijen kunnen een schaduwrapporteur aanwijzen. Zij zullen proberen om ook de door hen gewenste amendementen in te brengen. Over een rapport met amendementen stemt eerst de verantwoordelijke commissie en daarna plenair het voltallige EP (de ‘eerste lezing’). Dikwijls wordt een voorstel overigens ook in andere commissies van het EP besproken die ook amendementen kunnen indienen en dan tot een vergelijk moeten komen met de eerstverantwoordelijke commissie.

De onderhandelingen in het EP kunnen een paar maanden tot een paar jaar duren. Tijdens deze fase probeert Nederland, net als andere lidstaten, weer het EP met praktische argumenten en voorbeelden in te nemen voor de Nederlandse positie of die positie waar de Raad met Nederlandse instemming op uit zal komen. Als het de Raad en EP lukt hun standpunten al in deze fase met elkaar en de Commissie af te stemmen, vergemakkelijkt dit de fase die volgt na het bepalen van hun standpunten, de triloog.

3.8 *Stap 6: Triloog*

Zodra zowel Raad als EP hun standpunt hebben bepaald, kan de triloog aanvangen. In deze fase onderhandelen EP, Raad en Commissie met elkaar met als doel te komen tot

⁶ Artikel 294 VWEU. Dit geldt voor de meeste civielrechtelijke onderwerpen. Voor het familieprocesrecht geldt een uitzondering. Daar beslist de Raad met unanimititeit en heeft het EP slechts een adviserende stem.

een gezamenlijk resultaat dat in eerste lezing kan worden aangenomen.⁷ Dit is voor de lidstaten de lastigste en gevaarlijkste fase. Dat geldt zeker voor technische onderwerpen als het faillissementsrecht, die vaak raken aan altijd hete hangijzers, zoals de positie van werknemers en van het MKB. De niet-politieke delen worden besproken in zogeheten technische trilogieën, die vele dagen kunnen duren, maar in deze fase worden door de rapporteur en de schaduwrapporteurs juist veelal grote delen van het voorstel in het politieke getrokken om zoveel mogelijk onderhandelingsruimte te scheppen en een politiek punt te maken. Dat gebeurt bijvoorbeeld door in een twitterstatement nog even flink van leer te trekken tegen de macht van banken of door in het algemeen te stellen dat ook de ondernemingsraad moet worden betrokken in kwesties rondom faillissement.

Gesprekken worden gevoerd in het Engels of Frans of in de nationale taal van de rapporteur via een Engelse of Franse vertaling. Deze onderhandelingen vinden bovendien achter gesloten deuren plaats en worden namens de Raad door het voorzitterschap gevoerd. Dat gebeurt op basis van een mandaat van de andere lidstaten dat wordt gegeven op basis van een zogeheten 4-kolommendocument van vaak honderden pagina's waarin alle wijzigingen zijn weergegeven. Dit document moet vooraf door de Raden en het Co-reper worden goedgekeurd nadat het vaak slechts een of enkele dagen voordien is ontvangen.

Ook in deze fase bestaat dus bijzonder weinig ruimte voor nuance. Lidstaten hebben bovendien weinig zicht op wat zich in de uitwisseling tussen de onderhandelaars daadwerkelijk afspeelt. Zij moeten vertrouwen op de mededelingen daaromtrent van het voorzitterschap en de Europese Commissie die er echter beiden belang bij hebben dat het voorstel wordt aangenomen. Voor de EP-leden die niet aan tafel zitten, geldt overigens hetzelfde ten aanzien van de verhouding met de rapporteur.

Ook dit proces kan enkele maanden tot enkele jaren duren. In het geval van onenigheid tussen Raad en EP geldt wederom dat vaak bewust wordt gekozen voor een vage tekst die voor meervoudige interpretatie vatbaar is of voor uitwerking in de overwegingen bij het voorstel die juridisch niet bindend zijn. Uiteindelijk beslissen de lidstaten en het EP of de tekst nog voldoende aanvaardbaar is. Is dat het geval, dan kan het akkoord in de Raad en het EP worden aangenomen.

3.9 *Stap 7: Juristen-linguïsten*

Nadat het onderhandelingsresultaat door zowel Raad als EP is geaccepteerd, wordt de overeengekomen tekst gecontroleerd door juristen-linguïsten van zowel Raad als EP. Zij proberen ervoor te zorgen dat de overeengekomen tekst in alle talen zoveel mogelijk dezelfde betekenis heeft. De Engelse en de Franse tekst zijn daarbij leidend. Dit proces vergt vaak nog enige tijd. Dat komt vooral omdat de juristen-linguïsten niet zelden aanpassin-

⁷ En zo nodig nog een tweede of zelfs derde lezing, vgl. art. 294 VWEU, *PbEU* 2016 C 202/01.

gen in de lang bevochten bewoordingen aanbrengen die niet stroken met wat is overeengekomen of met de bedoeling de gekozen bewoordingen bewust vaag te houden. Indien dit proces is afgerond en de teksten akkoord bevonden zijn door de Raad en het EP, kunnen zij definitief worden aangenomen.

3.10 *Stap 8: Implementatie*

Daarmee breekt de laatste fase aan, namelijk die van de implementatie door de lidstaten. De lidstaten hanteren daarvoor heel verschillende methoden. In sommige lidstaten gebeurt implementatie door middel van een decreet dat weinig meer inhoudt dan dat de tekst van het desbetreffende Europese wetgevingsinstrument wordt geplakt achter de nationale wetgeving waarmee zij het nauwst verband houdt. In andere lidstaten, zoals Nederland, wordt het nieuwe instrument nauwkeurig ingebed in de bestaande nationale wetgeving.

Bij dit proces proberen de lidstaten zoveel mogelijk de ruimte te gebruiken die de tekst van de nieuwe Europese regel biedt. Om lidstaten ertoe te bewegen zo dicht mogelijk bij de tekst van de nieuwe regel te blijven, organiseert de Europese Commissie zogeheten implementatiewerkshops. Lidstaten moeten daar inzage verschaffen in hoe zij de nieuwe regels implementeren. De Europese Commissie gebruikt deze informatie niet alleen om lidstaten te helpen, maar in toenemende mate ook om al in een vroeg stadium informatie te vergaren voor een mogelijk later op te starten inbreukprocedure. Het is voor lidstaten dus lang niet altijd gunstig om in deze fase het achterste van hun tong te laten zien. Zij zijn daar dan ook niet altijd toe bereid.

Voor de implementatie van een nieuwe richtlijn wordt de lidstaten in het algemeen ongeveer 1,5 tot 2 jaar gegund. Als deze fase is afgerond is er, in het bijzonder in het geval van civielrechtelijke dossiers, sinds het begin van de nulfase zoals ik die hierboven beschreef niet zelden minimaal vier tot zes jaar verstreken. Dat brengt in sommige gevallen mee dat de situatie er nationaal heel anders voorstaat dan aan het begin. De implementatie van de Richtlijn Herstructurering is daar een goed voorbeeld van. Het proces dat uiteindelijk tot deze richtlijn heeft geleid is in 2014 ingezet met een aanbeveling van de Europese Commissie inhoudend dat lidstaten maatregelen moesten treffen die het ondernemen mogelijk maken hun problematische schulden in een vroeg stadium te herstructureren opdat faillissementen zoveel mogelijk kunnen worden vermeden.⁸ Inmiddels heeft Nederland met de WHOA een *state of the art* regeling, die op sommige punten echter anders is dan de richtlijn. Om die reden moest ook in Nederland toch weer een apart implementatietraject worden ingezet.

8 E. Schmieman, 'De aanbeveling van de Europese Commissie inzake een nieuwe aanpak van faillissement en insolventie', *Ondernemingsrecht* 2014/8, p. 369-373.

4 GAAN WE ECHT NAAR EEN VERDERE HARMONISATIE VAN HET INSOLVENTIERECHT?

4.1 *Wat is tot nu toe gebeurd?*

De harmonisatie die tot nu heeft plaatsgevonden betrof in hoofdzaak het formele insolventierecht, meer in het bijzonder het internationaal privaatrecht. Zij heeft met name vorm kregen met de Europese Insolventieverordening uit 2000⁹ en de herschikking daarvan in 2015.¹⁰

De eerste stappen van ‘Europa’ op het terrein van harmonisatie van het materiële faillissementsrecht dateren echter alweer van even geleden. Eind 2011 nam het EP een resolutie aan over insolventieprocedures waarin werd aangedrongen op harmonisatie van nationale insolventiewetten ten aanzien van herstructureringsplannen.¹¹ In 2012 wees de Europese Commissie de modernisering van regels inzake insolventie aan als “een kernactie om ondernemingen betere overlevingskansen te bieden en ondernemers een tweede kans te bieden”.¹² Vervolgens werd in de mededeling “Een nieuwe Europese aanpak van faillissementen” maar weer eens gewezen op de verschillen tussen de nationale regels op het gebied van insolventie.¹³ Uiteindelijk werd op 9 januari 2013 het actieplan ‘Ondernemerschap 2020’ goedgekeurd waarin lidstaten wordt verzocht tegen 2020 “ondernemingen diensten te bieden voor een vroegtijdige herstructurering alsmede advies om faillissementen te voorkomen”. Ook werd gevraagd om “steun aan kleine en middelgrote ondernemingen voor herstructurering en een nieuwe start”.¹⁴

Vervolgens kwam de aanbeveling inzake een nieuwe aanpak van faillissement en insolventie die onder meer was gebaseerd op de uitkomsten van een door de Europese Commissie gehouden consultatie over het faillissementsrecht¹⁵ en op de aanbevelingen van een door de Europese Commissie ingestelde Expertgroep die voordien een aantal malen bijeen was gekomen. In die Expertgroep waren driegezaghebbende Nederlandse experts vertegenwoordigd. De Europese Commissie wees erop dat verschillende lidstaten bezig waren met het herzien van hun insolventiewetgeving ter verbetering van wat de Commissie noemde ‘het stelsel van redding van ondernemingen’. De Europese Commis-

9 Verordening (EG) nr. 1346/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures (PB L 160 van 30.6.2000, p. 1).

10 Verordening (EU) 2015/848 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2015 betreffende insolventieprocedures PB L 141, 5.6.2015, p. 19-72.

11 Resolutie van het Europees Parlement met aanbevelingen aan de Commissie betreffende insolventieprocedures in het kader van het vennootschapsrecht van de EU, P7_TA(2011)0484.

12 Mededeling van de Commissie inzake de Akte voor een interne Markt van 3 oktober 2012, COM (2012) 573 final.

13 COM (2012) 742 final.

14 COM (2012) 795 final.

15 ec.europa.eu/justice/newsroom/civil/opinion/files/120326/insolvency_questionnaire_en.pdf.

sie achtte het nodig om de samenhang tussen die nationale initiatieven te bevorderen en de verschillen tussen de nationale stelsels terug te brengen en ging vervolgens over tot het voorstellen van de richtlijn herstructurering en insolventie. Deze werd in 2019 aangenomen en wordt momenteel door de lidstaten geïmplementeerd.¹⁶ Zij vertoont grote overeenkomsten met de inhoud van de WHOA, die ik bij de lezer bekend veronderstel. Het succes van deze beperkte materiële harmonisatie vond haar grondslag met name in de omstandigheid dat veel lidstaten nog niet beschikten over wetgeving inzake vroegtijdige buitengerechtelijke herstructurering met als doel een faillissement te voorkomen. Voor veel andere aspecten en thema's van het insolventierecht ligt dat heel anders en bestaan in de afzonderlijke lidstaten wel uitgewerkte regelingen.

4.2 *De nieuwe plannen van de Europese Commissie*

Inmiddels is er weer een nieuwe Europese Commissie. Er zijn dus ook weer nieuwe plannen. Passen wij hetgeen ik hierboven heb uiteengezet over het Europese wetgevingstraject toe op die plannen, dan lezen wij in de *mission letter* van Valdis Dombrovskis, Executive vice-president van de Europese Commissie, met als opdracht “an economy that works for people” en in die hoedanigheid verantwoordelijk voor de financiële markten, het volgende:

“You should speed up the work towards a Capital Markets Union to diversify sources of finance for companies and tackle the barriers to the flow of capital. You should explore ways to make cross-border investments easier, to improve the supervisory system and to better harmonize insolvency and tax proceedings”.¹⁷

In de *mission letter* van Didier Reynders, Eurocommissaris voor Justitie en Consumentenbescherming, en in die hoedanigheid normaal gesproken verantwoordelijk voor EU-wetgeving op het terrein van het burgerlijk recht, lezen wij hoegenaamd niets over het insolventierecht. Dit leidt tot de indruk dat niet de justitie-commissaris, maar de commissaris voor de financiële markten de leiding zal hebben bij een (verdere) harmonisatie van het faillissementsrecht. Deze indruk werd bevestigd bij de presentatie van het Capital Markets Union Action Plan (“KMU”) in september van dit jaar, door Executive vice-president Dombrovskis. In dit actieplan lezen wij:

¹⁶ Richtlijn (EU) 2019/1023 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 betreffende preventieve herstructureringsstelsels, betreffende kwijtschelding van schuld en beroepsverboden, en betreffende maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van procedures inzake herstructurering, insolventie en kwijtschelding van schuld, en tot wijziging van Richtlijn (EU) 2017/1132 (Richtlijn betreffende herstructurering en insolventie), PB L 172 van 26.6.2019, p. 18-55.

¹⁷ https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/mission-letter-valdis-dombrovskis-2019_en.pdf.

“Met de KMU wil de EU een echte eengemaakte kapitaalmarkt in de EU tot stand brengen. [...]. De enige weg vooruit is om stapsgewijs te werk te gaan in alle sectoren waar er nog hinderpalen voor het vrij verkeer van kapitaal zijn. [...] COVID-19 zal waarschijnlijk bij vele ondernemingen tot een herstructureering leiden. Onvoldoende en onaangepaste financiering en het tekort aan eigen vermogen in de financieringsstructuur verzwakken ondernemingen en zullen het herstel doen sputteren [...] In dit nieuwe actieplan geeft de Commissie een lijst maatregelen om beslissende vooruitgang te boeken in de richting van de voltooiing van de KMU. De Commissie maakt zich hard voor 16 acties om drie sleutel doelstellingen te behalen: sleutel doelstellingen te behalen:

- een groen, digitaal, inclusief en veerkrachtig economisch herstel ondersteunen door financiering toegankelijker te maken voor Europese ondernemingen;
- de EU nog veiliger maken als locatie waar mensen kunnen sparen en beleggen op lange termijn;
- de nationale kapitaalmarkten integreren tot een echte eengemaakte markt.

[...]

De sterk uiteenlopende nationale insolventieregelingen zijn sinds lang een structurele hinderpaal voor grensoverschrijdende beleggingen. Door uiteenlopende en soms ondoelmatige nationale regelingen is het voor grensoverschrijdende beleggers moeilijk een inschatting te maken van de duur en de uitkomst van procedures om waarde te recupereren, waardoor het lastig is om de risico's correct te beprijzen, met name voor schuldinstrumenten. Harmonisering van bepaalde doelgerichte onderdelen van de nationale insolventieregels of de convergentie ervan zouden de rechtszekerheid kunnen verbeteren. Voorts zouden lidstaten met een regelmatige monitoring van de doeltreffendheid van nationale insolventieregelingen hun insolventieregelingen kunnen benchmarken met regelingen in andere lidstaten. Dit zou voor de lidstaten met zwak presterende regelingen een stimulus kunnen zijn om hun regelingen te hervormen.

Actie 11: Om de uitkomsten van insolventieprocedures beter voorspelbaar te maken, zal de Commissie met een wetgevings- of niet-wetgevend initiatief komen voor een minimale harmonisatie of verhoogde convergentie wat betreft gerichte onderdelen van het recht inzake niet bancaire insolventies. Daarnaast zal de Commissie, samen met de Europese Bankautoriteit, de mogelijkheden nagaan om datarapportage te versterken, zodat nationale regelingen voor het afdwingen van de naleving van leningcontracten op regelmatige basis op hun doeltreffendheid kunnen worden getoetst. De Commissie zal de werkzaamhe-

den rond de in dit actieplan aangekondigde acties binnenkort aanvatten met publieke consultaties over het rechtskader voor Europese fondsen voor lange-termijnbeleggingen en de niet-bancaire insolventie.”¹⁸

In de bijlage bij het Capital Market Union Action Plan lezen wij vervolgens:

“Bij het initiatief voor een wetgevings- of een niet wetgevend instrument zou het kunnen gaan om een definitie van triggers voor insolventieprocedures, de rangorde van vorderingen (afweging van de belangen van verschillende soorten schuldeisers, zoals schuldeisers met of zonder onderpand in een insolventieprocedure) en andere kernbestanddelen, zoals pauliaanse vorderingen of het opsporen van activa. Hierbij zullen de uitkomsten van de publieke consultatie worden meegenomen, maar ook het advies van een groep deskundigen en het overleg met de lidstaten. Ook zal dit initiatief, dat voorzien is voor het tweede kwartaal van 2022, worden geflankeerd door een effectbeoordeling (impact assessment)”.¹⁹

4.3 *De Nederlandse positie*

4.3.1 **Inleiding**

Uit het voorgaande blijkt dat de Europese Commissie inderdaad, of misschien moet ik zeggen: nog steeds, van plan is over te gaan tot een (verdere) harmonisatie van het materiële insolventierecht. Een gedeelte van de kansen waarop deze plannen konden worden beïnvloed ligt op dit moment al achter ons: de Europese Commissie heeft zelfs al een aantal thema's voor ogen waarop die harmonisatie zou moeten zien. De nieuwe plannen betreffen in elk geval de definitie van faillissement, de rangorde van crediteuren, de *actio pauliana* en *asset tracing*.

4.3.2 **De Nederlandse positie en de redenen daarvoor**

In het zogenaamde BNC-fiche (dat staat voor Beoordeling Nieuwe Commissievoorstellen) wat na het verschijnen van nieuwe Europese voorstellen aan de Tweede Kamer moet worden gestuurd, geeft het Nederlandse kabinet zijn visie op de voorgenoemde plannen van de Europese Commissie:

“Wat betreft harmonisatie van (bepaalde delen van) het insolventierecht is het kabinet terughoudend[er]. Het kabinet ziet het belang van goed werkende en voorspelbare insolventieprocedures, maar is vooralsnog niet overtuigd van de

18 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/DOC/?uri=CELEX:52020DC0590&from=EN>.

19 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/DOC/?uri=CELEX:52020DC0590&from=EN>.

noodzaak tot harmonisatie van insolventieregimes door middel van een bindend instrument. Insolventieprocedures kunnen ook verbeterd worden zonder het regelgevend kader ingrijpend te wijzigen.”²⁰

Nederland is dus sceptisch ten aanzien van een (verdere) harmonisatie van het materiële insolventierecht. Daarvoor zijn een aantal redenen denkbaar. De eerste is dat nieuwe Europese wetgeving volgens Nederland toegevoegde waarde moet hebben voor burgers en bedrijven. Zij mag niet in de weg staan aan goed werkende nationale systemen die Nederland doorgaans heeft.²¹ Dat geldt zeker voor het insolventierecht: Nederland doet het in de internationale ranglijsten goed waar het de efficiëntie van het insolventierecht betreft. Zo plaatst de Wereldbank Nederland op nummer 7 van de wereld. Frankrijk, dat binnen de EU in het algemeen de grootste invloed heeft, staat pas op plaats 26.²²

In het voorgaande beschreef ik al dat zodra de Europese Commissie een onderwerp in het vizier heeft, zij weliswaar experts raadpleegt, lidstaten vragen stelt en een *impact assessment* maakt, maar altijd de conclusie trekt dat Europese interventie nodig is. Aan de Nederlandse terughoudendheid ligt ten grondslag dat nog niet vaststaat dat het nodig is om over te gaan tot harmonisatie van het materiële insolventierecht. Uit gesprekken met de (rechts)praktijk komt namelijk naar voren dat de mate waarin grensoverschrijdende investeringen worden gedaan veeleer van de vraag of in de doel-lidstaat de regels hetzelfde zijn als in de thuislidstaat afhangt dan van de vraag of de investeerder de overheid en de juridische infrastructuur in de doel-lidstaat betrouwbaar vindt. Daarbij speelt een rol of de wetgeving stabiel is en niet voortdurend of onverwacht (ingrijpend) wijzigt: grensoverschrijdende investeringen vergen regels die niet te snel wijzigen en vooral helder en eenduidig zijn. Dat is, zo zagen wij hierboven, met EU-regelgeving echter bepaald geen vanzelfsprekendheid.

Daarnaast kan een harmonisatie pas werken als de regels worden toegepast door een onafhankelijke, betrouwbare, onpartijdige, deskundige en relatief snelle rechtspraak. Van een betrouwbare en onpartijdige rechtspraak is gezien de huidige steeds feller wordende discussie over de *rule of law* in elk geval niet in alle lidstaten in dezelfde mate sprake. Hetzelfde geldt voor een snelle rechtspraak: de doorlooptijd van faillissementszaken verschilt per lidstaat sterk. Zo neemt de afwikkeling van een gemiddeld faillissement in Slowakije door de bank genomen ongeveer vier jaar in beslag, terwijl dat in Ierland slechts 6 maanden is en in Nederland ongeveer een jaar.²³ Om deze redenen ligt een verdere harmonisatie van het materiële faillissementsrecht niet zonder meer voor de hand.

20 *Kamerstukken II* 2020/21, 22 112, 2953.

21 <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2019/11/22/tk-geannoteerde-agenda-voor-de-jb-z-raad-van-2-3-december-2019-te-brussel>.

22 <https://www.doingbusiness.org/en/rankings>.

23 <https://www.ceps.eu/wp-content/uploads/2016/07/HarmonisingInsolvencyLaws.pdf>.

4.4 *Mogelijke punten waarop harmonisatie te overwegen zou zijn*

In het voorgaande stelde ik dat plannen van de Europese Commissie nadat zij eenmaal zijn gepubliceerd meestal in enige vorm doorgaan. Dat geldt ongetwijfeld ook voor het insolventierecht. Dit is voor de rechtspraak dus het moment om suggesties aan te dragen waarmee zij gediend is maar die niet meteen hoeven te leiden tot een harmonisatie en dus een aanpassing van de kern van het materiële insolventierecht. Het verdient in dit kader aanbeveling dat de Nederlandse rechtspraak probeert zoveel mogelijk inzicht te verschaffen in tegen welke praktische obstakels men oploopt wanneer men te doen heeft met insolventies in andere EU-lidstaten.

Omdat materiële harmonisatie in elk geval pas zin heeft als de regels ook correct en tijdig worden toegepast, lijkt het verstandig in elk geval eerst te bezien of verbetering van de efficiëntie en de doorlooptijden van insolventieprocedures mogelijk is en, zo ja, op welke punten. Wellicht zou als eerste een minimale harmonisatie ter hand kunnen worden genomen van de regels omtrent wie van de aanvraag tot faillissement wordt geïnformeerd en wanneer dat uiterlijk dient te gebeuren. Ook zouden regels kunnen worden gesteld ten aanzien van de termijn waarbinnen in beginsel op het verzoek om faillissement moet worden beslist. Hetzelfde geldt voor hoger beroep.

Daarnaast zou wellicht duidelijkheid kunnen worden geschapen over welke goederen buiten het faillissement blijven en zou kunnen worden bepaald dat voor faillissementen met geen of zeer beperkte baten een vereenvoudigde procedure kan worden gekozen of het faillissement kan worden opgeheven. Een dergelijke regeling zou vergen dat de crediteuren van een dergelijke procedure op een uniforme wijze en binnen een bepaald aantal dagen na het nemen van de beslissing tot het toepassen van een vereenvoudigde procedure of opheffing op de hoogte worden gesteld.

Voorts zou kunnen worden overwogen de regels omtrent de indiening van vorderingen te harmoniseren. Zo zou kunnen worden bepaald dat de curator die over voldoende informatie beschikt ook zelf een lijst van vorderingen kan opstellen, mits crediteuren de gelegenheid krijgen om deze lijst op juistheid te verifiëren. Daarnaast zou een maximale termijn kunnen worden ingesteld waarbinnen vorderingen moeten worden ingediend en zou een sanctie kunnen worden gesteld op te laat ingediende vorderingen. Bovendien zouden lidstaten kunnen worden verplicht ervoor te zorgen dat bij een geschil tussen de curator en de schuldeisers of tussen de schuldeisers onderling over de juistheid van een vordering, met inbegrip van de rang, een onafhankelijke administratieve of gerechtelijke instantie met passende voortvarendheid beslist.

Ook zou het aan de efficiëntie van de insolventieprocedure en de voorspelbaarheid van nationale regelingen kunnen bijdragen als wordt bepaald dat schuldeisers op effectieve wijze moeten kunnen opkomen tegen een doen of nalaten van de curator ten aanzien van het beheer of de vereffening van de boedel bij een onafhankelijke administratieve of gerechtelijke instantie, die binnen een bepaalde termijn beslist.

Ten aanzien van de rangorde van crediteuren zou kunnen worden bepaald dat lidstaten ervoor moeten zorgen dat deze duidelijk is. Dat kan bijvoorbeeld door van de lidstaten te vragen dat zij informatie omtrent de rangorde publiceren in het al eerder genoemde e-justice portal en de curator te verplichten om uiterlijk bij de uitbetaling van vorderingen te laten zien hoe deze volgorde wordt toegepast. Daarmee wordt niet materieel in de rangorde van schuldeisers getreden, maar ontstaat wel duidelijkheid.

De efficiëntie van de faillissementsprocedure zou voorts wellicht kunnen worden verbeterd door de betrokkenheid van schuldeisers te optimaliseren. Dat zou bijvoorbeeld kunnen door de lidstaten te verplichten een elektronisch register in te richten waarin de belangrijkste ontwikkelingen van het faillissement worden bijgehouden en dit register in ieder geval voor schuldeisers toegankelijk te maken. Daarnaast zou kunnen worden bezien of lidstaten ertoe kunnen worden verplicht te zorgen dat schuldeisers een vorm van advies of inspraakrecht hebben bij het beheer en vereffening van de boedel, bijvoorbeeld in de vorm van een schuldeiserscommissie.

Aan efficiëntie van de procedure zou voorts wellicht bijdragen dat uniforme regels worden gesteld voor het geval waarin in voldoende mate aannemelijk is dat tenminste een deel van de vorderingen van schuldeisers kunnen worden voldaan. In dat geval kan de curator tussentijds uitkeren maar zouden lidstaten kunnen bepalen dat deze uitkering onderhevig is aan toestemming van de rechterlijke of administratieve autoriteit.

Ten slotte zouden meer uniforme regels kunnen worden gesteld over de uiteindelijke uitkering. Zo zou kunnen worden geregeld dat de curator zorgt voor een overzicht van vorderingen, het beschikbare tegoed, en de uitkering of percentage van uitkering dat voor de schuldeisers beschikbaar is alsmede hoe dat overzicht eruit moet zien. Voorts zou kunnen worden bepaald dat de curator zo spoedig mogelijk de schuldeisers uitbetaald en schuldeisers op enige wijze kunnen opkomen tegen het overzicht van vorderingen, voor zover het hen betreft. Ten slotte zou kunnen worden bepaald dat een rechterlijke of administratieve autoriteit zo spoedig mogelijk of zelfs in beginsel binnen een bepaalde termijn op geschillen beslist.

5 CONCLUSIE

Met de maatregelen die tijdens de COVID-19 crisis in de EU-lidstaten op het vlak van het insolventierecht zijn genomen, is sprake van een soort van voorzichtige spontane harmonisatie. Deze is erin gelegen dat de maatregelen qua soort in een bepaalde mate overeenstemmen. De uitwerking verschilt per lidstaat echter aanzienlijk. Het is verbazingwekkend dat de Europese Commissie niet het initiatief heeft genomen voor een betere informatieuitwisseling om zo de spontaan opgetreden harmonisatie verder te brengen en wellicht langzaam uit te breiden. Nog verbazingwekkender is het dat de Europese Commissie van plan is voorstellen te doen ter harmonisatie van kernonderdelen van

het materiële insolventierecht zonder een indicatie te geven dat zij daaraan voorafgaand of tegelijkertijd beziet hoe de efficiëntie en de doorlooptijd van insolventieprocedures kan worden geoptimaliseerd.

Wanneer gesproken wordt over de wenselijkheid van harmonisatie van in het bijzonder het materiële insolventierecht, doet men er goed aan zich te realiseren dat het verre van zeker is dat het uiteindelijke resultaat voor Nederland een verbetering zal opleveren. Het Europese wetgevingsproces is lang en complex. Tradities en voorkeuren van 27 lidstaten moeten eerst binnen de Raad worden verenigd. Daarna moet in een ondoorzichtig proces van onderhandelingen ook het EP worden tevredengesteld. De kans is zeer reëel dat Nederlandse vanzelfsprekendheden een dergelijk proces bepaald niet ongewijzigd en ongeschonden doorstaan. Hoe dan ook verdient het de aanbeveling dat de Nederlandse rechtspraak de Nederlandse overheid tijdig van concrete input voorziet omtrent mogelijke gewenste en ongewenste harmonisatie en die input voorziet van begrijpelijke argumentatie over de gevolgen daarvan. Alleen zo kan worden voorkomen dat meer rechtsonzekerheid wordt gecreëerd in plaats van minder.

FINANCIËLE ONDERSTEUNING DOOR DE GO-C-GARANTIE

Mr. ir. B.P.C. van Weert*

1 INLEIDING

Economisch deelt de COVID-19-crisis een behoorlijk tik uit aan Nederland. Veel bedrijven worden geconfronteerd met forse omzetzaling oplopend tot 100%. Ook in die gevallen waarin de omzetzaling een minder draconische omvang heeft, is het vrijwel onmogelijk om de kostenstructuur van de onderneming zo snel aan te passen dat een verliesituatie uitblijft. Om bedrijven in staat te stellen om die aanpassing te maken, heeft de overheid een pakket maatregelen genomen.¹ Een van die maatregelen is de beschikbaarstelling van een overheidsgarantie voor nieuw te verstrekken financieringen door banken die het gevolg zijn van een kredietbehoefte bij bedrijven door de COVID-19-crisis: de GO-C-garantie.² De voornaamste afwijking ten opzichte van de reguliere GO-regeling³ is een toename van het garantiebedrag van 50% tot 80 of 90%.

Met de GO-C-garantie wordt een bijdrage geleverd aan het voorkomen van liquiditeitsstekorten bij ondernemingen, zodat ondernemingen met een gezond toekomstperspectief gefinancierd kunnen blijven worden.⁴ Publieke garantstellingsprogramma's – waar de GO-C-garantie een van de verschijningsvormen van is – zijn van cruciaal belang om breed verspreide faillissementen en een systeemcrisis door netwerkeffecten van omvallende bedrijven te voorkomen.⁵

In dit preadvies zal in het eerste deel de werking van de GO-C-garantie worden toegelicht. Daarbij komt ook het juridische kader aan de orde en de huidige inzet van de garantie. In het tweede deel wordt ingegaan op het *moral hazard* risico van het finan-

* Bas van Weert is als senior accountmanager werkzaam bij de afdeling Financial Restructuring & Recovery van Rabobank. Dit preadvies is op persoonlijke titel geschreven.

1 *Kamerstukken II*, 2019/2020, 35 420, nr. 16.

2 Regeling van de Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat van 23 april 2020, nr. WJZ/ 20095811, tot wijziging van de Regeling nationale EZK- en LNV-subsidies (Garantie ondernemingsfinanciering uitbraak coronavirus) (*Stcrt.* 2020, 23929). Hierna te noemen de “GO-C-garantie”.

3 Titel 3.13 van de Regeling nationale EZK- en LNV-subsidies.

4 Nr. 1 van de Toelichting van de GO-C-garantie.

5 L. Spiegelaar en M. Middeldorp, *Publieke garanties effectief in beschermen MKB in crisistijd*, <https://economie.rabobank.com/publicaties/2020/mei/publieke-kredietgaranties-effectief-in-beschermen-mkb-in-crisistijd/> (laatst geraadpleegd op 25 oktober 2020).

cieren met een garantie en de vraag hoe de *non-performing loans*-regelgeving ingrijpt op dit risico.

Er wordt vrijwel niet geprocedeerd over overheids garanties. De recente uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven is dan ook des te opzienbarend.⁶ In het derde deel van dit preadvies zal die uitspraak kort besproken worden. Het preadvies wordt afgesloten met een korte samenvatting en conclusie.

2 WERKING VAN DE GO-C-GARANTIE

2.1 Hoofdpijnen

Alvorens in detail in te gaan op de werking van de regeling volgt hier een beschrijving van de regeling op hoofdpijnen.

Wanneer als gevolg van de COVID-19-crisis een kredietbehoefte ontstaat bij een onderneming dan kan de onderneming besluiten ter invulling van die kredietbehoefte een beroep te doen op een bank. Als de bank een overeenkomst met de overheid heeft gesloten,⁷ zou de bank bij het in behandeling nemen van deze kredietvraag kunnen besluiten om een beroep te doen op de GO-C-garantieregeling. De GO-C-garantieregeling is een verruiming van de al geruime tijd bestaande (reguliere) GO-garantie. De verruiming is te vinden in een toename van het garantiebedrag. De reguliere GO-garantie kent een garantiepercentage van 50%, bij de GO-C-garantie is dat 80 of 90%. Voor het overige zijn de regelingen qua uitwerking nagenoeg gelijk.

Afhankelijk van de omvang van de onderneming en de financieringsbehoefte staan er twee routes open: (i) voor de financiering aan MKB-ondernemingen en een kredietbehoefte van < EUR 1,5 mln is er de verruimde BMKB-regeling en (ii) voor financieringen en ondernemingen die hier niet aan voldoen is er de GO-C-regeling.⁸ Het onderscheid tussen behandeling in deze twee varianten zit onder andere in de omvang van de garantie en de looptijd. In dit preadvies zal de verruimde BMKB-regeling niet behandeld worden.⁹

De bank schrijft een financieringsaanvraag, volgt haar reguliere goedkeuringsproces en neemt een besluit over deze financieringsaanvraag. Bij een positief besluit kan de bank de kredietaanvraag voorleggen aan de Rijksdienst voor Ondernemend Nederland (RVO)

⁶ Cbb, 13 oktober 2020, ECLI:NL:CBB:2020:748.

⁷ Die garantstellingsovereenkomst is opgenomen in bijlage 3.13b.1. bij de GO-C-garantie.

⁸ Voor land- en tuinbouwbedrijven en visserij- en aquacultuurbedrijven is het Borgstellingskrediet Landbouw uitgebreid. Go-C is ook toegankelijk voor deze sectoren (art. 3.13b.3 van de Regeling nationale EZK- en LNV-subsidies). De uitbreiding van het Borgstellingskrediet Landbouw wordt in dit preadvies verder niet behandeld.

⁹ Voor een toelichting op (onder andere) de verruimde BMKB-regeling zie: T. Hartman, S. van Leeuwen en F. Seuntjes, 'Liquiditeitsnood in de coronacrisis: noodfinancieringsregelingen voor onderneming', *Bb* 2020, 44.

om aanspraak te maken op de GO-C-garantie.¹⁰ Een Adviescommissie Kredietcommissie zal de minister adviseren ter zake het besluit om de gevraagde garantie al dan niet af te geven.¹¹

Als de garantie wordt afgegeven, krijgt de bank voor de nieuw te verstrekken financiering een garantie van 80 of 90%. Welk percentage van toepassing is, is afhankelijk van de vraag of de onderneming al dan niet een MKB-onderneming is. Bij een MKB-onderneming is er sprake van 90% garantie, bij een grote onderneming is dat 80%.¹² Een lening met een GO-C-garantie heeft een maximale looptijd van 6 jaar.¹³ Indien de bank gedurende de looptijd van deze garantie verlies lijdt op de gegarandeerde lening, kan zij een beroep doen op deze garantie.

In een voorbeeld: MKB-onderneming X heeft een kredietbehoefte van EUR 2 mln als gevolg van de COVID-19-crisis. Hij verzoekt zijn bank om deze kredietbehoefte in te vullen; de onderneming kan geen aanvullende zekerheden stellen voor de gevraagde financiering. De bank doet een beroep op de GO-C-garantie en deze wordt toegekend. De bank heeft dan een dekking van EUR 1,8 mln (90% x EUR 2 mln). Na twee jaar blijkt X het niet te redden en gaat failliet. Er resteert op het moment van faillissement nog EUR 1,6 mln van de lening waarvoor de garantie heeft te gelden. In dat geval kan de bank de staat aanspreken voor een bedrag van EUR 1,44 mln (90% x EUR 1,6 mln). Voor de bank resteert dan een verlies van EUR 160.000.

2.2 Aanvraag

Er zijn een aantal voorwaarden waaraan voldaan moet worden wil een lening onder de garantstelling van de staat gebracht kunnen worden. Die voorwaarden zijn opgenomen in artikel 1.c en artikel 3 van de garantstellingsovereenkomst die gesloten moet worden tussen de staat en de financier ('garantstellingsovereenkomst').¹⁴ Het overgrote deel van die voorwaarden zijn 'checklistvoorwaarden'; hier moet aan voldaan worden wil men een beroep kunnen doen op enige vorm van garantstelling. Het al dan niet voldoen aan deze voorwaarden, is vaak eenvoudig en objectief vast te stellen.

10 Art. 4 van bijlage 3.13b.1. bij de GO-C-garantie spreekt over een 'formulier overeenkomst een model dat als bijlage bij deze overeenkomst is gevoegd, onder bijvoeging van een kopie van de ontwerp-leningsovereenkomst en van andere bescheiden als genoemd in het model'. Dit model is niet opgenomen in de regeling. Wel gebruiken banken een checklist die met RVO is afgestemd. In die checklist is ook opgenomen welke stukken een bank aan RVO moet aanleveren.

11 Art. 3.13.6 van de GO-C-garantie.

12 Art. 3.13b.4 van GO-C-garantie. Voor de definitie van MKB-onderneming wordt gebruik gemaakt van de Europese definitie. Zie: Aanbeveling 2003/361/EG van de Commissie van 6 mei 2003 betreffende de definitie van kleine, middelgrote en micro-ondernemingen (*PbEU* 2003, L 124/36).

13 Hier zit ook een verschil met de reguliere GO-garantie; die kent een maximale looptijd van acht jaar.

14 Bijlage 3.13b.1 bij de Regeling Nationale EZK- en LNV-subsidies.

De voorwaarde artikel 1.c. onder 6° van de garantstellingsovereenkomst vraagt nog enige toelichting. Deze voorwaarde luidt als volgt:

[De lening] wordt verstrekt aan ondernemingen die niet al in moeilijkheden verkeerden, in de zin van artikel 2, onderdeel 18, van de algemene groepsvrijstellingsverordening, op 31 december 2019.

Hiermee wordt verwezen naar een EU-verordening,¹⁵ de zgn. Algemene Groepsvrijstellingsverordening (AGVV) op grond waarvan deze vorm van (overheids)steun niet in strijd is met kortgezegd het verbod op staatssteun.

Artikel 2 lid 18 van de AGVV bepaalt wanneer er sprake is van een ‘onderneming in moeilijkheden’. Dat is het geval wanneer er een van onderstaande situaties zich voordoet:

1. Er is sprake van een vennootschap of onderneming waarbij meer dan de helft van haar (aandelen)kapitaal door de opgebouwde verliezen is verdwenen;¹⁶
2. Wanneer tegen de onderneming een collectieve insolventieprocedure loopt of volgens het nationale recht aan de criteria voldoet om aan een collectieve insolventieprocedure te worden onderworpen;
3. Wanneer de onderneming reddingssteun heeft ontvangen en de lening nog niet heeft terugbetaald of de garantie nog niet heeft beëindigd, dan wel herstructureringssteun heeft ontvangen en nog steeds in een herstructureringsplan zit.

In het geval de onderneming geen MKB-onderneming is, komen daar de volgende situaties nog bij:

4. Wanneer de afgelopen twee jaar:
 - (i) de verhouding tussen het vreemd vermogen en het eigen vermogen van de onderneming, volgens de boekhouding van de onderneming, meer dan 7,5 bedroeg, en
 - (ii) de, op basis van de EBITDA bepaalde, rentedekkingsgraad van de onderneming lager lag dan 1,0.

Met name de hierboven onder 1. en 4. opgenomen voorwaarden zijn voor de ondernemingen in bijzonder beheer van belang en zorgen voor een flinke drempel om een beroep te kunnen doen op de GO-C-garantie.

15 EU-verordening nr. 651/2014 van de Commissie van 17 juni 2014 waarbij bepaalde categorieën steun van de artikelen 108 en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie met de interne markt verenigbaar worden verklaard (PbEU 2014 L 187).

16 Achtergestelde leningen fungeren onder voorwaarden ook als eigen vermogen, zie de toelichting van het Ministerie van Economische Zaken op: <https://www.stimulus.nl/opzuid/wp-content/uploads/sites/4/2015/02/Financi%C3%ABle-moeilijkheden-achtergestelde-leningen-brief-Min.EZ-20170818.pdf> (laatst geraadpleegd op 18 oktober 2020).

Naast deze technische definitie is er nog een belangrijke voorwaarde waaraan ondernemingen in moeilijkheden moeten voldoen; artikel 3.a van de garantstellingsovereenkomst. Daar staat:

De rentabiliteits- en continuïteitsperspectieven van de onderneming van de ondernemer zijn bevredigend

Dit artikel bevat een open norm. Uit de ervaring die de auteur dezes samen met zijn collega's heeft met aangevraagde garanties, blijkt deze voorwaarde – als aan alle 'checklistvoorwaarden' is voldaan – het aangrijpingspunt te zijn voor de minister om al dan niet tot het verlenen van de gevraagde garantie over te gaan.¹⁷

2.3 *Verstrekking, beheer en beroep op de garantie*

Als de staat de gevraagde garantie toekent, kan de bank een financieringsovereenkomst met de onderneming sluiten. Die financieringsovereenkomst moet worden overgelegd aan de staat.¹⁸

Na verstrekking moet de bank de financiering zorgvuldig beheren. De bank heeft de verplichting om de staat tijdig te informeren over relevante gebeurtenissen bij de onderneming waarvoor de garantie is verstrekt.¹⁹ Mochten er wijzigingen nodig zijn in de financiering dan kan dat pas na voorafgaande toestemming van de staat.²⁰

Indien een GO-C-garantie wordt afgegeven, is de financier provisie verschuldigd aan de staat. Die provisie bestaat uit alle inkomsten die de financier heeft ter zake de met garantie verstrekte lening te verminderen met:

- Een half procent per jaar voor beheerskosten;
- Fundingkosten, vermeerderd met een liquiditeitsopslag; en
- De afsluitprovisie.²¹

Indien de bank gedurende de looptijd van de garantie verlies lijdt op de gegarandeerde lening, kan zij een beroep doen op de garantie. Als deze situatie zich voordoet dan moet de financier binnen zes maanden de staat verzoeken om de garantie uit te betalen.²²

17 Zo ook in de aanvraag waarover uiteindelijk het College van Beroep voor het bedrijfsleven heeft geoordeeld, CBB, 13 oktober 2020, ECLI:NL:CBB:2020:748.

18 Art. 4.3 van de garantstellingsovereenkomst.

19 Art. 5 van de garantstellingsovereenkomst.

20 Art. 6 en 11 van de garantstellingsovereenkomst.

21 Art. 3.13b.10 van de GO-C-garantie.

22 Art. 9.1 van de garantstellingsovereenkomst.

2.4 Gebruik van de garantieregelingen

Per 30 oktober jl. was EUR 666 mln aan financieringen met GO-C-garantie verstrekt.²³ Dat betekent een garantiebenutting van ca. EUR 560 mln. Het totale bedrag voor de GO-C-regeling waarvoor de overheid garant wil staan is EUR 9,6 mld.²⁴ Dat betekent dat nog geen 6% van de beschikbare garantieruimte reeds gebruikt is.

De verruiming van de BMKB-regeling is in termen van gebruik succesvoller. Per 30 oktober jl. was EUR 883 mln aan BMKB-C-leningen verstrekt; dat betekent een garantiebenutting van ca. EUR 597 mln. RVO meldt dat het garantiebudget van de BMKB van EUR 765 mln euro is verhoogd naar EUR 1,5 mld. Dat betekent dat er voor meer dan 39% gebruik is gemaakt van de garantieruimte.

De veel lagere inzet van de GO-C-garantie kan niet volledig worden toegeschreven aan de verklaring van de Minister van Economische Zaken. De minister geeft aan dat het gebruik lager is omdat bij de initiële GO-C prognose het effect van de NOW niet was meegenomen.²⁵ Bij de BMKB-C was dat effect ook niet meegenomen.

De minister heeft aangegeven de coronagarantiemaatregelen te verlengen; met het oog op het aflopen of afbouwen van andere maatregelen kan de liquiditeitsbehoefte groter worden. De BMKB-C-regeling is verlengd tot eind 2021. De minister geeft niet expliciet aan of ook de GO-C-garantie verlengd wordt, de looptijd van de huidige regeling is tot eind 2020. Internationaal gezien staat Nederland – in vergelijking met andere landen²⁶ – voor een relatief lager totaalbedrag garant.²⁷

23 NVB Coronamonitor van 30 oktober 2020, <https://www.nvb.nl/corona/corona-monitor/> (laatst geraadpleegd op 2 november 2020).

24 <https://www.rijksfinancien.nl/overheidsfinancien-coronatijd/noodmaatregelen/garanties> (laatst geraadpleegd op 18 oktober 2020).

25 Brief van de Minister van Economische Zaken van 27 oktober 2020 (*Kamerstukken II 2020/21, 2020Z19726*).

26 Een overzicht van de garantieregelingen in andere Europese landen is te vinden op <https://eba.europa.eu/eba-publishes-overview-public-guarantee-schemes-issued-response-covid-19-pandemic>.

27 L. Nauta en W. van Eijkelenburg, *Nederlandse coronasteun internationaal vergeleken*, <https://economie.rabobank.com/publicaties/2020/oktober/nederlandse-coronasteun-internationaal-vergeleken/> (laatst geraadpleegd op 18 oktober 2020).

3 MORAL HAZARD RISICO BIJ HET FINANCIEREN MET EEN GARANTIE EN NON-PERFORMING LOANS-REGELGEVING

3.1 Inleiding

Het komt met regelmaat voor dat RVO de minister adviseert om over te gaan tot afwijzing van de gevraagde garantie. In het (recente) verleden is dat gebeurd op grond van een verwijzing naar artikel 3.a van de garantstellingsovereenkomst.²⁸ Dat betekent dat RVO van mening is dat er geen sprake is van bevredigende rentabiliteits- en continuïteitsperspectieven van de onderneming. De bank denkt daar anders over en is van mening dat die perspectieven wel bevredigend zijn. Immers, anders had er binnen de bank geen goedkeuring plaatsgevonden en was de garantieaanvraag niet voorgelegd aan RVO. Blijkbaar is er in deze situaties een verschil van inzicht tussen RVO en de bank. Of is er iets anders aan de hand? In dit deel van het preadvies wordt verder ingegaan op deze discrepantie.

3.2 Financiering met garantie en moral hazard

In de garantieregeling is een aanvraag- en beoordelingsprocedure opgenomen, waarbij – naast de beoordeling door de financier – ook een beoordeling door RVO plaatsvindt van het financierings- en garantieverzoek. De regeling kent ook de mogelijkheid van een meldingsprocedure, waarbij er geen beoordeling door RVO plaatsvindt maar alleen een melding door de financier dat er een garantie wordt ingezet. Het gebruik daarvan is echter ter discretie aan de minister.²⁹ Voor de GO-C-garantie wordt de meldingsprocedure niet gebruikt.

Dat er toezicht moet zijn op de doelmatige, zorgvuldige en adequate aanwending van publieke middelen staat buiten discussie. Een andere reden voor een beoordeling door de staat kan zijn dat de overheid zich bewust is van het risico van *moral hazard*. Er kan bij het financieren met een garantie sprake zijn van *moral hazard* als de financier risico's kan nemen zonder daarvoor de gevolgen te moeten dragen.³⁰ Bij het verstrekken van een

28 Zie de bijlage bij de Brief van de Minister van Economische zaken van 28 oktober 2020 (*Kamerstukken II 2020/21*, 35420, nr. 154), Dialogic, *Evaluatie van de Garantie Ondernemingsfinanciering 2009-2018*, p. 36 https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/brieven_regering/detail?id=2020Z19837&did=2020D42691 (laatst geraadpleegd op 30 oktober 2020) en de eerder aangehaalde uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven: CBB 13 oktober 2020, ECLI:NL:CBB:2020:748.

29 Bij openstelling van de regeling is voor een aantal gevallen inderdaad gebruikgemaakt van die meldingsprocedure, het betrof hier – kort gezegd – leningen en garanties die verstrekt aan zijn ondernemingen die niet behandeld worden bij de afdeling Bijzonder Beheer. Per 14 september jl. is die meldingsprocedure beëindigd en worden alle garantieverzoeken weer beoordeeld door RVO.

30 L. Spiegelaar en M. Middeldorp, *Publieke garanties effectief in beschermen MKB in crisistijd*, <https://economie.rabobank.com/publicaties/2020/mei/publieke-kredietgaranties-effectief-in-beschermen-mkb-in-crisistijd/> (laatst geraadpleegd op 25 oktober 2020).

financiering met een 100%-garantie heeft de financier wel (rente-)inkomsten en geen verlies mocht onverhoopt de debiteur van de financiering niet kunnen betalen; de financier draait zich dan om naar de garantsteller. Het verstrekken van een financiering wordt dan voor een financier een ‘spel zonder nieten’ en kan er in resulteren dat ook kredietonwaardige debiteuren een financiering krijgen.³¹

Een adequaat middel om *moral hazard* te voorkomen, is er voor te zorgen dat er *skin in the game* is.³² Er is sprake van *skin in the game* als ook de andere partij risico draagt. Bij het financieren met een garantie is sprake van *skin in the game* als ook de financier een deel van het risico (en het verlies) draagt als de situatie zich voordoet dat de onderneming niet meer aan zijn verplichtingen kan voldoen. In het geval van de GO-C-regeling is dat altijd het geval; de financier draagt een risico van 10 of 20% van de te verstrekken GO-C-financiering.

Een voorbeeld illustreert hoe *skin in the game* hier werkt:

Onderneming Z – geen MKB-onderneming – moet als gevolg van de COVID-19-crisis een beroep doen op zijn huisbank voor een bedrag van EUR 10 mln. De bank neemt de financieringsaanvraag in behandeling en is – na het goedkeuringsproces binnen de bank doorlopen te hebben – bereid om de financiering te verstrekken, mits de overheid bereid is een GO-C-garantie af te geven voor de financiering. De overheid is daartoe bereid en er is sprake van een 80%-garantie van de hoofdsom. De financiering wordt verstrekt, maar helaas gaat de onderneming na een jaar failliet en moet de bank een beroep doen op de garantie. De bank krijgt dan EUR 8 mln uitbetaald (er van uitgaande dat de volledige hoofdsom nog uitstaat) en heeft zelf een verlies van EUR 2 mln. Gezien de zeer bescheiden inkomsten voor de bank van een GO-C-financiering,³³ heeft de bank dit verlies niet gecompenseerd gekregen uit de inkomsten. De bank heeft daadwerkelijk *skin in the game* en zal de financiering dus alleen verstrekken als de bank er voldoende van overtuigd is dat de financiering ook daadwerkelijk terugbetaald kan worden.

Uit dit eenvoudige voorbeeld blijkt dat de belangen van de garant en de financier gelijk lopen; beiden hebben er baat bij dat er alleen een financiering verstrekt wordt als er voldoende continuïteitsperspectief is voor de onderneming.

Een tweede effectieve manier waarop *moral hazard* in de GO-C-garantie wordt voorkomen is de provisiestructuur. De provisie voor de met een GO-C-garantie te verstrekken financiering³⁴ is zó hoog dat er slechts een beperkte opbrengst voor de bank overblijft. Er is dan sprake van een beperkt risico voor de bank, maar er zijn ook nauwelijks inkomsten.

31 *Moral hazard* lag ook ten grondslag aan de kredietcrisis, zie o.a. A. Struijs en B. de Vries, *DNB: Kredietcrisis strekt tot lering*, <https://economie.rabobank.com/contentassets/b689199b3526470e93b80f95289a79d1/dnb-kredietcrisis-strekt-tot-lering-348.pdf> (laatst geraadpleegd op 22 oktober 2020).

32 Zie voor *skin in the game* in de bijzonder beheer-praktijk, B. van Weert, ‘Skin in the game en bijzonder beheer’, *FIP*, nr. 336.

33 Door de betaling van provisie aan de overheid (zie art. 3.13b.10 van de GO-C-garantie) is de vergoeding voor de bank zeer beperkt.

34 Art. 3.13b.10 van de GO-C-garantie.

3.3 *Financiering met garantie én afname risico voor bank*

Toch is hiermee nog niet alles gezegd. Vaak is er al sprake van een bestaande financieringsrelatie en heeft de financier al financieringen verstrekt aan de onderneming. Dan kan zich de situatie voordoen dat de financier een financiering wil verstrekken met garantie om te trachten zijn bestaande risico te verkleinen.³⁵ Dit kan niet door de bestaande financieringen onder de GO-C-garantie te brengen. De GO-C-regeling kent een duidelijke *fresh money*-eis;³⁶ er kan alleen GO-C-garantie worden aangevraagd voor nieuw te verstrekken financieringen.

Hoe een financier kan trachten om zijn bestaande risico te verkleinen door het verstrekken van een financiering met garantie vraagt meer toelichting. Het volgende voorbeeld is illustratief.

De onderneming Z uit bovenstaand voorbeeld (die nu niet binnen een jaar failliet gaat), heeft al een bestaande financiering bij zijn bank van EUR 20 mln en die financiering is slechts voor de helft (EUR 10 mln) gedekt door zekerheden. Het andere deel van de financiering (eveneens EUR 10 mln) is blanco. Als het misgaat met de onderneming krijgt de bank het blanco deel van de financiering niet terug. Als de bank niets doet, is er een kans van 20% dat de onderneming het redt en niet failliet gaat. De bank zal voor deze financiering dan ook een voorziening moeten vormen en die voorziening bedraagt EUR 8 mln. Er is een kans van 80% dat er daadwerkelijk een verlies van EUR 10 mln ontstaat.³⁷ Door het verstrekken van een aanvullende financiering ad EUR 10 mln (met 80% GO-C-garantie) stijgt de kans dat de onderneming het gaat redden van 20 naar 40%. De bank loopt wat betreft de nieuwe financiering een aanvullend risico van EUR 2 mln (de ontbrekende 20% in de GO-C-garantie). De bank heeft nu een blanco deel van de financiering van EUR 12 mln. De voorziening die de bank nu moet treffen bedraagt EUR 7,2 mln; er is een kans van 60% dat er daadwerkelijk sprake is van een verlies van EUR 12 mln. De voorziening die de bank moet treffen, daalt van EUR 8 mln naar EUR 7,2 mln. Voor de bank is het dan ook zinvol om de aanvullende financiering te verstrekken. Het grootste deel van het risico van de nieuwe financiering wordt gedragen door de overheid. Hierdoor is de bank in staat om met een beperkt aanvullend risico een betere 'kanskaart' te kopen op het wel overleven van de onderneming. Vanuit het perspectief van de overheid is dit een slechte garantie: een kans van 40% op het blijven voortbestaan van de onderne-

35 Hierbij ga ik voorbij aan de implicaties die de bankierseed (art. 3.17b en 3.17c Wft) voor deze situatie met zich brengen. Bankmedewerkers hebben een eed of belofte afgelegd waardoor ze het klantbelang centraal moeten stellen. Het verstrekken van een financiering met het enkele doel om het risico voor de bank te verlagen, kan moeilijk gezien worden als een te dienen klantbelang.

36 Art. 3. i-m van de garantstellingsovereenkomst.

37 De in deze paragraaf gebruikte wijze van het vaststellen van voorzieningen is een zeer vereenvoudigde weergave van de vaststelling van een voorziening door banken. In werkelijkheid wordt ook rekening gehouden met nog te verwachten operationele kasstromen (o.a. betaling van rente en aflossing door de debiteur) en verschillende scenario's. In de volgende paragraaf wordt wel rekening gehouden met de operationele kasstromen.

ming zal niet kwalificeren *als een bevredigend rentabiliteits- en continuïteitsperspectieven van de onderneming*.

Bovenstaand voorbeeld zou met het oog op het *moral hazard* risico een belangrijke reden kunnen zijn voor de overheid om een uitgebreide eigen beoordeling te maken van het kredietrisico. Er speelt echter nog meer.

3.4 Non-performing loans

De vraag is echter of de bank deze financiering met garantie wel zou willen verstrekken. Wat in bovenstaande berekening volledig buiten beeld is gebleven, zijn de (extra) kosten voor banken ter zake *non-performing loans*. Alvorens in te gaan op die extra kosten en waarom die van belang zijn voor de kredietbeslissing van een bank, eerst een toelichting omtrent *non-performing loans*. Hoewel ik getracht heb de toelichting zo beknopt mogelijk te houden, noopt de complexiteit van de regeling tot een vrij lange toelichting.

De Europese Raad heeft een actieplan geformuleerd om het hoge volume *Non-Performing Loans* (NPL's)³⁸ bij Europese banken terug te dringen. NPL's zijn onder andere de financieringen aan bedrijven in financieel zwaar weer, die – in de regel – behandeld worden door de Bijzonder Beheer-afdelingen van banken. Conform het actieplan is een *prudential backstop* geïmplementeerd en zijn twee nieuwe richtlijnen ontwikkeld door de European Banking Authority (EBA): *Guidelines on management of non-performing and forborne exposure* en *Guidelines on loan origination and monitoring*.³⁹ De laatst genoemde *guidelines* hebben als doel nieuwe opbouw van NPL's door banken te voorkomen en zijn voor dit preadvies niet relevant en zullen verder niet behandeld worden.

Wel relevant zijn de *Guidelines on management of non-performing and forborne exposure EBA/GL/2018/06* (hierna: richtlijnen).⁴⁰ Deze richtlijnen zijn allerminst vrijblijvend. De bevoegde autoriteiten en kredietinstellingen moeten alles in het werk stellen om aan de richtlijnen te voldoen.⁴¹ Deze richtlijnen geven specifieke instructies ter zake goede risicobeheerpraktijken met betrekking tot het beheer van *non-performing exposures* (NPE's), *forborne exposures* (FBE's) en *foreclosed assets*.

38 *Non-performing loans* zijn leningen en voorschotten zoals gedefinieerd in bijlage V bij Uitvoeringsverordening (EU) nr. 680/2014, die zijn geclassificeerd als niet-renderend overeenkomstig bijlage V bij Uitvoeringsverordening (EU) nr. 680/2014. De European Banking Authority definieert NPL's als volgt: Non-performing loans or exposures are those that satisfy either of the following criteria: (a) material exposures that are more than 90 days past due; and (b) the debtor is assessed as unlikely to pay its credit obligations in full without realisation of collateral, regardless of the existence of any past due amount or of the number of days past due. European Banking Authority, *EBA Report on NPLs*, 2019. <https://eba.europa.eu/risk-analysis-and-data/npls> (laatst geraadpleegd op 29 oktober 2020).

39 Deze *Guidelines* zijn te vinden op de website van de EBA: <https://eba.europa.eu/>.

40 Deze richtlijnen zijn opgesteld overeenkomstig art. 16 van Verordening (EU) nr. 1093/2010.

41 Art. 16, lid 3, van Verordening (EU) nr. 1093/2010.

Daarnaast is de *prudential backstop*⁴² belangrijk. De Nederlandsche Bank introduceert de *prudential backstop* als volgt:

De *prudential backstop* is een nieuwe aftrekpost op eigen vermogen die een zogenoemde minimum loss coverage voor NPL's waarborgt. Deze wordt toegepast als de accountancyvoorzieningen voor kredietverlies op NPL's lager zijn dan de prudentiële berekening van dit verlies.⁴³

Deze introductie is voor de niet-inhoudskundige moeilijk te volgen. Hieronder zal ik dat proberen duidelijker toe te lichten. Zowel de hierboven genoemde *Guidelines* en *prudential backstop* zal hierna gezamenlijk NPL-regelgeving genoemd worden.

3.5 Wat is de *prudential backstop* en hoe werkt deze?

Als een onderneming die gefinancierd is door een bank in de financiële problemen komt, is de bank verplicht om te bezien of het nodig is om een voorziening te treffen (in het kader van IFRS9 boekhoudregels).⁴⁴ Die voorziening is gelijk aan het bedrag dat de bank naar verwachting niet terug krijgt als het mis gaat met de onderneming. Het bedrag waarvoor een voorziening getroffen moet worden, gaat direct ten laste van het resultaat en dus ook ten laste van de eigen vermogenspositie van de bank.⁴⁵ Voor het deel van de financiering dat de bank naar verwachting wel terugkrijgt, hoeft de bank logischerwijs geen voorziening te treffen.

Voor de werking van de *prudential backstop* is het deel van de financiering dat de bank naar verwachting wel terugkrijgt van belang. Voor een reguliere financiering moet de bank kapitaal aanhouden. Dat is in de regel een beperkt percentage.⁴⁶ De *prudential backstop* kan er in resulteren dat de bank – naast de reeds getroffen voorziening – kapitaal moet aanhouden tot 100% van het deel van de financiering dat de bank wel verwacht terug te krijgen. Ter illustratie een voorbeeld, waarbij weer gebruikgemaakt wordt van de

42 Deze vindt zijn wettelijke grondslag in de Verordening (EU) nr. 630/2019.

43 Nieuwsbericht van De Nederlandse Bank d.d. 26 juni 2019, te vinden op <https://www.dnb.nl/nieuws/dnb-nieuwsbrieven/nieuwsbrief-banken/nieuwsbrief-banken-juni-2019/dnb384573.jsp> (laatst geraadpleegd op 25 oktober 2020).

44 Voor deze boekhoudregels, zie <https://www.ifrs.org/issued-standards/list-of-standards/ifrs-9-financial-instruments/> (laatst geraadpleegd op 20 oktober 2020).

45 Dit is een zeer beknopte en 'kort door de bocht' toelichting op de vraag wat een voorziening is. Voor een (zeer) uitgebreide beschrijving en de wijze waarop de bank voorzieningen moet vaststellen zie de: *Guidelines on credit institutions' credit risk management practices and accounting for expected credit losses* (EBA/GL/2017/06). Ook deze Guidelines zijn te vinden op de website van de EBA: <https://eba.europa.eu/>.

46 Zie hiervoor o.a. de zeer goed leesbare toelichting van de Europese Centrale Bank op dit vlak: https://www.bankingsupervision.europa.eu/about/ssmexplained/html/hold_capital.nl.html (laatst geraadpleegd op 20 oktober 2020).

eerder geïntroduceerde onderneming Z. De bestaande financiering aan Z (zonder de aanvullende GO-C-financiering) kwalificeert als een NPL.

In dat geval zal de bank moeten inschatten of ze – als het mis gaat met onderneming Z – deze financiering volledig terug zal krijgen. Die inschatting valt uiteen in twee delen. De bank maakt een inschatting van het bedrag dat:

- de onderneming uit hoofde van de reguliere bedrijfsvoering nog terug kan betalen (het ongesecureerde deel);
- zij zal ontvangen bij het te gelde maken van de zekerheden (het gesecureerde deel).⁴⁷

De bank maakt die inschatting en verwacht dat onderneming nog drie jaar bestaat voor het misgaat. In die drie jaar verwacht de bank dat Z – naast de renteontvangsten⁴⁸ – nog in staat is om in totaal EUR 2 mln (EUR 1 mln in de eerste twee jaar en geen aflossing in het derde jaar) aan aflossing te voldoen uit de reguliere bedrijfsvoering. Voor de zekerheden wordt een opbrengst van EUR 10 mln verwacht. De resterende EUR 8 mln (EUR 20 mln -/- de som van EUR 10 mln uit zekerheden en EUR 2 mln aflossingen) verwacht de bank – mocht het mis gaan met de onderneming – niet terug te krijgen. De kans op dit scenario is 80%. Dat betekent dat de bank een voorziening moet nemen van EUR 6,4 mln. Voor de 20% kans dat de onderneming wel kan blijven voortbestaan hoeft de bank geen voorziening te nemen; in dat scenario wordt de volledige financiering terugbetaald en worden alle renteverplichtingen voldaan. De te nemen voorziening van EUR 6,4 mln komt voor 100% ten laste van het eigen vermogen van een bank.

Voor de EUR 12 mln die de bank nog wel verwacht terug te krijgen, moet de bank bij NPL's – afhankelijk van het aantal jaren dat de financiering kwalificeert als NPL – extra kapitaal aanhouden en wel conform de onderstaande tabel:

47 De wijze waarop de bank de gestelde zekerheden moet waarderen, is niet ter vrije keuze aan de bank. De *Guidelines on management of non-performing and forborne exposure EBA/GL/2018/06* bevatten hiervoor zeer gedetailleerde instructies zie p. 50-59 van deze *Guidelines*.

48 Die renteontvangsten zijn omwille van de eenvoud buiten beschouwing gelaten in deze en volgende berekeningen. Door dezelfde looptijd in alle scenario's te hanteren is de impact van het niet meenemen van renteontvangsten beperkt.

Tabel 1 Aan te houden kapitaal voor NPL als percentage van het obligo⁴⁹

Number of years as NPE	Unsecured part	Secured part	
	Pillar 2 – Addendum (adjusted calibration)	Pillar 2 – Addendum (adjusted calibration)	
		Secured by collateral other than immovable property	Secured by immovable property
More than 1	-	-	-
More than 2	35%	-	-
More than 3	100%	25%	25%
More than 4	100%	35%	35%
More than 5	100%	55%	55%
More than 6	100%	80%	70%
More than 7	100%	100%	80%
More than 8	100%	100%	85%
More than 9	100%	100%	100%

Note: For parts of NPEs that are guaranteed or insured by an official export credit agency, there are no coverage expectations until more than 7 years of NPE status.

In de eerste twee jaar dat een financiering aan een onderneming gekwalificeerd moet worden als NPL gelden de reguliere kapitaaleisen. Vanaf jaar twee komt daar verandering in; dan moet voor het ongesecureerde deel van de vordering (waarvoor nog geen voorziening is getroffen) 35% kapitaal worden aangehouden.

Stel nu dat onderneming Z reeds drie jaar in behandeling is bij de afdeling Bijzonder Beheer en de financiering eveneens al drie jaar kwalificeert als NPL. Bij onderneming Z is het ongesecureerde deel EUR 2 mln (het deel waarvan de bank verwacht dat dat terugkomt uit de reguliere bedrijfsvoering). Voor dit deel van de financiering moet de bank dan in plaats van de reguliere kapitaaleisen EUR 2 mln (100% x EUR 2 mln) aan kapitaal aanhouden. Voor het geseceureerde deel van de financiering gaan deze kapitaaleisen gelden na jaar drie dat de financiering gekwalificeerd wordt als *NPL*. Bij onderneming Z is het geseceureerde deel EUR 10 mln. Omdat de financiering aan de onderneming reeds drie jaar als *NPL* kwalificeert, moet de bank voor dit deel van de financiering 25% kapitaal aanhouden. Dit bedraagt voor Z EUR 2,5 mln (25% x EUR 10 mln). In totaal moet de bank bij het uitgangspunt dat de onderneming nog drie jaar kan voortbestaan⁵⁰ voor deze financiering in jaar een EUR 4,5 mln aan kapitaal aanhouden (naast de reeds getroffen

49 Deze tabel is afkomstig uit de *Communication on supervisory coverage expectations for NPEs* van de Europese Centrale Bank, p. 10. Dit document is te vinden op https://www.bankingsupervision.europa.eu/press/letterstobanks/shared/pdf/2019/ssm.supervisory_coverage_expectations_for_NPEs_201908.en.pdf?b2fae68e6b625c65fa984f9ce33ee2de (laatst geraadpleegd op 20 oktober 2020).

50 Bovenop de drie jaar dat de financiering aan de onderneming al kwalificeert als NPL.

voorziening). In de daarop volgende jaren is het aan te houden kapitaal EUR 4,5 mln (jaar twee) en EUR 5,5 mln (jaar drie).⁵¹

3.6 *Waarom zijn non-performing loans kostbaar voor banken?*

Een bank zal trachten zijn percentage NPL's beperkt te houden. Als de NPL's de grens van 5% van de totale kredietportefeuille overschrijden, zijn er specifieke bepalingen van toepassing. Banken waar dat het geval is, moeten een NPL-strategie ontwikkelen en aan aanvullende (zware en kostbare) operationele eisen voldoen.⁵² Daarnaast de omvang van de kredietportefeuille en de financieringen die een bank kan verstrekken, wordt beperkt door het beschikbare kapitaal van een bank. Als een bank een lening wil verstrekken, maar niet meer het vereiste kapitaal daarvoor kan aanhouden, kan de bank die lening eenvoudigweg niet verstrekken. Hier zit dan ook een probleem voor de bank: als er veel financieringen in de kredietportefeuille kwalificeren als NPL kan het probleem zich voordoen dat een bank nog slechts beperkt of geen nieuwe uitzettingen kan doen.

Een ander probleem zit in de hoge *opportunity costs* van aan te houden kapitaal bij NPL's. Om dat toe te lichten, wordt wederom onderneming Z gebruikt. Stel de reguliere kapitaalseisen stellen dat een bank 8% kapitaal moet aanhouden voor een uitgezette financiering. Dat betekent voor een lening van EUR 20 mln een bedrag van EUR 1,6 mln. De rest van de lening van EUR 18,4 mln kan de bank dan aantrekken op de geld- of kapitaalmarkt. Stel dat de bank de lening aan de onderneming verstrekt heeft met een rentepercentage van 2% en dat de rente op de kapitaalmarkt 0,5% bedraagt, dan levert dat de bank EUR 276.000 aan renteopbrengsten op, op het deel van de financiering dat niet met eigen kapitaal gefinancierd hoeft te worden op (1,5% x EUR 18,4 mln). Tezamen met de EUR 32.000 renteopbrengst op het deel van de financiering dat gedekt is met kapitaal (2% x EUR 1,6 mln), is de totale renteopbrengst van deze financiering voor de bank EUR 308.000. Stel dat de kosten van de bank 58% van de renteopbrengst bedragen,⁵³ dan zijn de bankkosten voor deze financiering EUR 179.000. Dat betekent een *return on equity* (ROE)⁵⁴ van 8,1% ((EUR 308.000-EUR 179.000)/EUR 1,6 mln).

51 In jaar twee van de drie jaar van het verwachte voortbestaan van Z is het ongesecureerde deel gedaald naar EUR 1 mln. Het gesecureerde deel blijft EUR 10 mln bedragen. De berekening is dan als volgt: $100\% \times \text{EUR } 1 \text{ mln} + 35\% \times \text{EUR } 10 \text{ mln}$. Voor jaar drie is de berekening: $55\% \times \text{EUR } 10 \text{ mln}$.

52 *Guidelines on management of non-performing and forborne exposure* EBA/GL/2018/06, p. 4.

53 De zgn. *cost-income ratio* is voor Nederlandse banken over 2019 58%. Dat wil zeggen dat de kosten om EUR 1 te verdienen, EUR 0,58 bedragen. Een lagere ratio betekent dat de bank efficiënter werkt. Zie de cijfers die de ECB publiceert: <https://sdw.ecb.europa.eu/browse.do?node=9689369> (laatst geraadpleegd op 25 oktober 2020).

54 De ROE voor Nederlandse banken bedraagt voor 2019 7,5%. Zie de cijfers die de ECB publiceert: <https://sdw.ecb.europa.eu/browse.do?node=9689369> (laatst geraadpleegd op 25 oktober 2020). Banken gebruiken het rendement op eigen vermogen onder andere om aandeelhouders en andere verschaffers van eigen vermogen een vergoeding te kunnen betalen en om de eigen vermogenspositie op peil te houden om financieringsverliezen op te kunnen vangen.

Als de bank na jaar drie (zie hierboven) EUR 5,5 mln kapitaal moet aanhouden (naast de voorziening ad EUR 6,4 mln die al voor 100% ten laste van het eigen vermogen is gegaan), dan zakt de ROE naar 2,3% ((EUR 308.000-EUR 179.000)/EUR 5,5 mln). Het rendement op het kapitaal zakt door deze aanvullende kapitaaleisen met meer dan 70%.

Dit betekent dat een bank met oog op het rendement op kapitaal een zeer duidelijke prikkel heeft om er voor te zorgen dat (i) de omvang van haar NPL-portefeuille beperkt is en (ii) een financiering slechts voor een beperkte periode als NPL gekwalificeerd moet worden.⁵⁵ Dit is ook wat met de NPL-regelgeving wordt beoogd.

3.7 Non-perfoming loans en aanvullende financiering onder garantie

Vanwege het Europese beleid dat is gericht op een lage NPL-portefeuille en de impact die dat heeft op de bankbalans en de rentabiliteit, heeft de bank de financiering aan onderneming Z (zonder de aanvullende GO-C-garantie) liever niet in de boeken. Wijzig dit door het wel verstrekken van de aanvullende financiering met een GO-C-garantie?

Allereerst de impact op de voorziening. Door de aanvullende financiering stijgt de kans dat de onderneming kan blijven voortbestaan van 20% naar 40%. Daarnaast verwacht de bank dat in het scenario dat de onderneming wel failliet gaat (het scenario met 60% kans) dat de onderneming in drie jaar voordat het failliet gaat in totaal EUR 6 mln aan aflossingen kan opbrengen (EUR 3 mln in de eerste twee jaar en geen aflossingen in jaar drie). Voor de voorziening betekent dit dat de bank EUR 14,8 mln uit zekerheden ontvangt (EUR 10 mln bestaande zekerheden en EUR 4,8 mln uit de nog resterende garantie) en EUR 6 mln aan aflossingen. In totaal ontvangt de bank EUR 20,8 mln. Bij een faillissement in jaar drie van onderneming Z verwacht de bank een verlies van EUR 9,2 mln. De kans op dit scenario is 60% zodat de bank bij uitbreiding van de financiering van EUR 10 mln en een GO-C-dekking van EUR 8 mln een voorziening van EUR 5,5 mln moet nemen (60% x EUR 9,2 mln). Een daling van de voorziening ten opzichte van de situatie zonder uitbreiding van EUR 880.000 (in de situatie zonder uitbreiding was de voorziening EUR 6,4 mln).

Deze daling in de voorziening moet afgezet worden tegen de toename in kapitaalkosten die de bank heeft als gevolg van de NPL-regelgeving. De berekening van deze extra kapitaalkosten is als volgt:

De bank heeft met de uitbreiding van de GO-C-financiering een totale financiering verstrekt aan onderneming Z van EUR 30 mln. In jaar een, van de drie jaar waarvan verwacht wordt dat Z nog blijft bestaan, bedraagt het ongesecureerde deel EUR 6 mln

55 Exacte gegevens over de huidige tijdsduur van de periode waarin financieringen als NPL moet worden gekwalificeerd (*duration*) zijn – bij mijn weten – niet beschikbaar. ABN AMRO geeft aan dat de verblijfsduur van een onderneming bij Bijzonder Beheer 2-3 jaar bedraagt, zie <https://www.abnamro.com/nl/newsroom/nieuws/2020/bijzonder-beheer.html> (laatst geraadpleegd op 20 oktober 2020).

(het deel waarvan de bank verwacht dat dat terugkomt uit de reguliere bedrijfsuitoefening). Voor dit deel van de financiering moet de bank dan – in plaats van de reguliere kapitaalseisen – EUR 6 mln (100% x EUR 6 mln) aan kapitaal aanhouden. Voor het geseceureerde deel van de financiering gaan deze kapitaalseisen gelden na jaar drie dat de financiering gekwalificeerd moet worden als NPL. Bij onderneming Z is over het geseceureerde deel na drie jaar NPL 25% kapitaal vereist. In dit geval is dat 4,5 mln (25% x EUR 18 mln.) In totaal moet de bank EUR 10,5 mln aan kapitaal aanhouden in jaar een van het voortbestaan Z; een stijging van EUR 6 mln aan kapitaal dat de bank moet vasthouden bij het wel financieren met een GO-C-lening (zonder de aanvullende GO-C-financiering zou de bank EUR 4,5 mln kapitaal moeten aanhouden).

Met 8% *opportunity costs* voor kapitaal en geen opbrengsten voor de bank uit de aanvullende financiering ad EUR 10 mln⁵⁶ kost dit de bank in het eerste jaar van voortzetting van de financiering aan Z EUR 480.000 (8% x EUR 6 mln). In de twee daarop volgende jaren zijn die kosten vrijwel gelijk, resp. EUR 464.000 en EUR 424.000.⁵⁷ Bij een verwachte resterende looptijd van drie jaar zijn de extra kosten voor de bank als gevolg van de NPL-regelgeving EUR 1.368.000.

Dat betekent dat de daling in de voorziening met EUR 880.000 teniet gedaan wordt door de toename aan kapitaalskosten, zodat het waarschijnlijk is dat de bank zal besluiten tot het niet verstrekken van de financiering (en ook geen beroep op de GO-C-garantie zal volgen).

Hoewel dit slechts een vereenvoudigd voorbeeld is,⁵⁸ geeft dit voorbeeld wel aan dat er in veel gevallen geen enkele reden is voor de bank om te trachten ‘ten koste’ van de overheid als garant een GO-C-garantie te verkrijgen. Integendeel, het wel aanvragen van een garantie schaadt in die gevallen waarin er onvoldoende continuïteitsperspectief is voor de onderneming voor wie de garantie wordt aangevraagd, vaak de rentabiliteit van de bank.

56 Aangezien een bank vrijwel niets ‘verdient’ aan de GO-C-regeling (zie de provisiestructuur van de GO-C-regeling) is dit een realistische veronderstelling.

57 Rekening houdend met aflossingen van EUR 2 mln op de GO-C-faciliteit per jaar zijn de uitkomsten als volgt; Jaar twee: (100% x EUR 4 mln) + (35% x 18 mln) = EUR 10,3. EUR 10,3 -/- EUR 4,5 x 8% geeft EUR 464.000. Jaar drie: (100% x EUR 1 mln) + (55 x 16 mln) = EUR 10,8. EUR 10,8 -/- EUR 5,5 x 8% geeft EUR 424.000.

58 Het is mogelijk om de cijfers uit het voorbeeld zo te wijzigen dat het financieel voor de bank nog wel interessant kan zijn om een financiering met GO-C-garantie te verstrekken aan een onderneming met een beperkte kans (<50%) op continuïteit.

NPL-regelgeving heeft een dempende werking op de *moral hazard* van banken bij het aanvragen van GO-C-garantie. Daarnaast laat onderzoek zien dat in het algemeen de hogere maatschappelijke baten de nadelen van een mogelijk hoger *moral hazard* risico compenseren.⁵⁹ Dit zou er dan ook in moeten resulteren dat een verschil van inzicht tussen RVO en banken ter zake de continuïteitsperspectieven van de onderneming waarvoor de garantie wordt aangevraagd, slechts incidenteel voorkomt. De praktijk laat zien dat dat niet het geval is.

Ter afsluiting van dit deel, hoewel mogelijk *prima vista* het idee zou kunnen ontstaan dat de bank te makkelijk krediet verschaft om bestaande risico's af te dekken, is hier nauwelijks ruimte voor. Ten eerste geldt de garantie alleen voor *fresh money*. Daarmee is een mogelijke route daarnaar toe al grotendeels afgesloten. Het 'geitenpaadje' dat nog zou overblijven om gegarandeerd krediet aan te trekken om daarmee de overlevingskansen van een zwakke onderneming te vergroten en dat de bank op die manier profijt zou hebben, miskent de kostenkant vanuit perspectief van de bank als zij te makkelijk krediet verschaft.

4 UITSpraak VAN HET COLLEGE VAN BEROEP VOOR HET BEDRIJFSLEVEN VAN 13 OKTOBER 2020⁶⁰

Over overheids garanties wordt nauwelijks geprocedeerd. Onlangs was dat echter wel het geval en heeft het CBB een uitspraak gedaan in een procedure waarbij de onderneming – voor wie de bank een GO-C-garantie had aangevraagd – beroep heeft ingesteld tegen een besluit van de overheid.

Het CBB zag zich gesteld voor de vraag of de staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat ten onrechte een aanvraag voor een GO-C-garantie had afgewezen.

Alvorens aan de vraag toe te komen moest het CBB eerst het niet-ontvankelijkheidsverweer van de staatssecretaris adresseren. De staatssecretaris stelde zich op het standpunt dat de onderneming niet als belanghebbende in de zin van artikel 1:2 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) kan worden aangemerkt, zodat de onderneming ook niet

59 M. Cowling, "Economic evaluation of the small firms loan guarantee (SFLG) scheme", *Department for Business Innovation & Skills*, 2010, <https://www.employment-studies.co.uk/system/files/resources/files/bis10512.pdf> (laatst geraadpleegd op 25 oktober 2020), P. Hennecke, D. Neuberger, & D. Ulbricht, "The economic and fiscal benefits of guarantee banks in Germany", 2019, *Small Business Economics*, 53(3), p. 771-794, <https://link.springer.com/article/10.1007/s11187-018-0069-6> (laatst geraadpleegd op 25 oktober 2020), P. Muller, S. Devnani, & J. Julius, "Economic Evaluation of the Enterprise Finance Guarantee (EFG) scheme", *London Economics Research Report*, november 2017, <https://www.british-business-bank.co.uk/wp-content/uploads/2017/11/Economic-impact-evaluation-of-the-Enterprise-Finance-Guarantee-scheme-November-2017-s.pdf> (laatst geraadpleegd op 25 oktober 2020) en de Brief van de Minister van Economische zaken van 28 oktober 2020 (*Kamerstukken II* 2020/21, 35420 nr. 154), p. 2 (laatst geraadpleegd op 30 oktober 2020).

60 CBB, 13 oktober 2020, ECLI:NL:CBB:2020:748.

kan opkomen tegen het besluit van de staatssecretaris. In r.o. 6-8 oordeelt het CBb dat op basis van de conclusie van A-G Widdershoven van 7 november 2018⁶¹ en de toepassing van de daarin opgenomen vuistregels, de onderneming wel belanghebbende is. Hoewel aan vuistregel 1 – een eigen zelfstandig belang – niet voldaan wordt, is het CBb van oordeel dat het afgeleide belang niet aan de onderneming moet worden tegengeworpen. Aan vuistregel 2 – het in dit geval niet volledig gelijklopen van het belang van de onderneming en bank – en vuistregel 3 – de betrokkenheid van de recht- of belangpositie van de onderneming bij het besluit rechtvaardigt een zelfstandige aanspraak op rechtsbescherming – wordt wel voldaan.

Vervolgens beoordeelt het CBb het inhoudelijke bezwaar. Er is voldaan aan alle voorwaarden behalve aan het zogenoemde continuïteitscriterium.⁶² De onderneming stelt dat er wel sprake is van voldoende rentabiliteits- en continuïteitsperspectieven en onderbouwt dit met stukken, waaronder een rapport van PwC. De staatssecretaris betwist dit, maar onderbouwt dit niet met stukken. Aan het verzoek van het CBb op grond van artikel 8:42 lid 1 Awb om stukken in te zenden heeft de staatssecretaris – ondanks de verwijzing naar artikel 8:29 lid 1 Awb (kort gezegd de geheimhoudingsmogelijkheid) – niet voldaan, daarbij verwijzend naar de strikte vertrouwelijkheid van de stukken.

In r.o. 13-15 komt het CBb tot het oordeel dat de onderneming voldoende onderbouwd heeft dat de rentabiliteits- en continuïteitsperspectieven bevredigend zijn. Vervolgens voorziet het CBb zelf in de zaak en wijst de garantstelling tot een bedrag van (80% van) EUR 15 mln toe.

5 CONCLUSIE EN SAMENVATTING

Publieke garantstellingsprogramma's – waarvan de GO-C-garantie een van de verschijningsvormen is – zijn cruciaal in de poging van de overheid om de negatieve economische gevolgen van de COVID-19 crisis te beperken. De omvang van het aantal toegekende GO-C-garanties is tot op heden echter beperkt; nog geen 6% van de beschikbare garantieruimte is benut.

In het eerste deel van dit preadvies is de werking en het juridisch kader van de GO-C-garantie toegelicht. Daarbij is geconstateerd dat er een aantal objectieve voorwaarden zijn waaraan voldaan moet worden. Die voorwaarden zorgen er voor dat een *onderneming in moeilijkheden* niet in aanmerking komt voor een GO-C-garantie. Ook moet de onderneming voldoen aan de meer subjectieve eis dat de onderneming bevredigende rentabiliteits- en continuïteitsperspectieven moet hebben.

61 Conclusie van raadsheer advocaat-generaal mr. R.J.G.M. Widdershoven van 7 november 2018 (ECLI:NL:CRVB:2018:3474).

62 Art. 3.a van de garantstellingsovereenkomst.

In het tweede deel van dit preadvies is stil gestaan bij het *moral hazard* risico van het financieren met een garantie. In die situaties waarbij sprake is van een hoge kans op het niet overleven van de onderneming, zou voor banken de verleiding kunnen ontstaan om ten koste van de GO-C-garantie een ‘kanskaart’ op een stijging in de overlevingskansen te kopen. De *non performing loan*-regelgeving die van toepassing is op banken, dempt dit effect echter in grote mate. Deze regelgeving zorgt er voor dat het aanhouden van financieringen aan ondernemingen met een beperkte overlevingskans erg duur wordt; banken zijn verplicht om – ook als de financiering gedekt is met zekerheden – meer kapitaal aan te houden. Het extra aan te houden kapitaal kan oplopen tot 100% van de uitstaande financiering. Deze extra kosten kunnen de mogelijke opbrengst van een ‘kanskaart’ op een hogere overlevingskans door de inzet van een GO-C-garantie snel overstijgen. Banken zullen dan ook, met het oog op haar eigen portemonnee, niet lichtzinnig overgaan tot het aanvragen van een GO-C-garantie bij ondernemingen die al in behandeling zijn bij Bijzonder Beheer.

Met deze kennis in het achterhoofd is het te hopen dat – nu de COVID-19-crisis voortduurt – het gebruik van de GO-C-garantie stijgt doordat er minder afwijzingen zijn.

LESSEN UIT HET VERLEDEN BIEDEN GEEN GARANTIE VOOR DE TOEKOMST

*Prof. mr. drs. M. Haentjens**

“De specifieke vorm van rechtvaardigheid, en dat wat in dezelfde specifieke betekenis rechtvaardig is, zijn in twee soorten te verdelen: één vorm manifesteert zich bij het verdelen van eerbewijzen, geld of andere dingen die onder de mensen als leden van een politieke gemeenschap verdeeld kunnen worden.” (Aristoteles, *Ethica Nicomachea*, V, 1130b30¹ – over distributieve rechtvaardigheid)

1 VRAGEN

Het preadvies van Bas van Weert is reeds uitvoerig ingegaan op overheidsondersteuning, met name ten aanzien van bankfinanciering met overheidsgarantie. Geconstateerd kan echter worden dat het Openbaar Ministerie het (faciliteren van) aantrekken van extra financiering ertoe leidt dat ondernemingen nieuwe schulden aangaan, hetgeen de reeds bestaande schuldenlast vergroot en de financiële positie van ondernemingen in financiële problemen aldus nog precairder maakt. In dit preadvies staat meer in algemene zin de vraag centraal onder welke omstandigheden en op welke wijzen de overheid kan (en wellicht: moet) bij- of inspringen. In de financiële crisis van 2008 zijn in dat verband harde lessen geleerd waar het de bancaire sector betreft. Zijn die lessen ook voor de huidige crisis relevant? Dient de overheid bij steun bijvoorbeeld aandeelhouder van de onderneming te worden? Zou het huidige resolutieregime voor falende banken ook kunnen (of wellicht: moeten) worden toegepast op niet-bancaire ondernemingen?

Om de zojuist genoemde vragen te kunnen beantwoorden, zal ik uiteenzetten om welke redenen de overheid kapitaal moet verschaffen aan noodlijdende banken (*bail-out*) en van welk middel de regelgevers hadden gehoopt dat het dergelijke kapitaalverschaffing overbodig zou maken (namelijk: *bail-in*).² Vervolgens geef ik kort de opgedane ervaringen met *bail-in* weer en onderzoek ik in hoeverre dit alles relevant zou kunnen zijn voor

* Matthias Haentjens is hoogleraar aan de Universiteit Leiden en rechter-plaatsvervanger in de rechtbank Amsterdam.

1 In vertaling van Ch. Hupperts en B. Poortman, Kallias 1997, p. 174.

2 Versterking van de bancaire kapitaalsopbouw op grond van, onder andere, het Basel III-akkoord en de Capital Requirements Directive IV laat ik hier buiten beschouwing.

de huidige, door de coronapandemie veroorzaakte economische crisis. Voordat ik hierop inga, wijd ik enkele woorden aan het fenomeen *too big to fail* en de nadelen van *bail-out*.

Met deze bijdrage hoop ik te laten zien hoe Aristoteles' ideaal van rechtvaardigheid kan worden nagestreefd in tijden van crisis: niet zozeer door het rechtvaardig verdelen van "eerbewijzen, geld of andere dingen", maar door het spiegelbeeld daarvan, te weten: door het op rechtvaardige wijze verdelen van (financiële) verliezen.

2 TOO BIG TO FAIL EN NADELEN VAN BAIL-OUT

Als een van de kernelementen van het kapitalisme wordt wel beschouwd zijn zogeheten zelfreinigend vermogen, dat wil zeggen het fenomeen dat ondernemingen die niet effectief (genoeg) zijn, insolvent raken, worden vereffend en aldus 'de markt' verlaten.³ In de financiële crisis van 2008 bleken enkele banken echter dermate systeemrelevant, dat hun falen de stabiliteit van het financieel stelsel ernstig in gevaar zou brengen. Deze banken waren derhalve *too big to fail*. Toen deze banken daadwerkelijk in de financiële problemen kwamen, is een aantal dan ook met overheidskapitaal overeind gehouden. Een overheidsinjectie of (in het uiterste geval) nationalisatie heeft behalve op korte termijn heilzaam effect echter ook grote nadelen op middel- en langere termijn en kan worden gezien als een inbreuk op het kapitalistisch 'zelfreinigend' vermogen.⁴

De nadelen van kapitalisatie door de overheid zijn velerlei. Een greep: ten eerste drukt overheidskapitalisatie op de overheidsbegroting. Met name in tijden van economische neergang kan een dergelijke druk zowel politiek als economisch moeilijk te verteren zijn, omdat het de kosten van overheidsfinanciering kan doen toenemen naar mate de omvang van de injectie significanter is. Extreme voorbeelden hiervan zijn Ierland en IJsland, landen die in de crisis van 2008 enorme kapitaalinjecties hebben moeten doen en daardoor hun begrotingstekorten tot ongekende proporties hebben zien oplopen.⁵ Bovendien openbaarde zich een *doomloop*: waar banken significante portefeuilles staatsobligaties op de balans hadden staan, verzwakten de genoemde begrotingstekorten, veroorzaakt door kapitaalsteun aan de bancaire sector, de financiële positie van die banken verder, hetgeen op haar beurt de overheidsfinanciën nog meer onder druk zette, en zo verder. Ten tweede kan worden gevreesd voor *moral hazard* aan de zijde van het bankmanagement en grote aandeelhouders na of door overheidskapitalisatie, als die kapitalisatie niet bestaat uit, respectievelijk, het vervangen van dat management en onteigening/

3 Zie ook M. Haentjens, "Corona, krediet en kapitalisme", *Tijdschrift voor Financieel Recht*, 2020/5.

4 Zo schreef Martin Wolf van de *Financial Times* bijvoorbeeld over de dag dat de Amerikaanse bank Bear Stearns werd gered "the day the dream of global free-market capitalism died". Zie A. Tooze, *Crashed, How a Decade of Financial Crises Changed the World*, Penguin Books 2018, p. 166.

5 Zie bijv. Tooze (2018), p. 322.

nationalisatie. Het management en grote aandeelhouders worden dan immers niet afgestraft voor het nemen van (mogelijk) buitensporige risico's, maar kunnen de negatieve gevolgen afwentelen op derden, te weten de belastingbetaler.⁶ Ten derde kan het overeind houden van noodlijdende banken leiden tot zogeheten 'zombiebanken', dat wil zeggen banken die zonder overheidssteun niet levensvatbaar zijn, ook niet als het economisch voorspoediger gaat. Algemeen wordt aangenomen dat dergelijke zombiebanken per saldo een negatief effect op de welvaart hebben.⁷

De zojuist genoemde nadelen niettegenstaande, verstrekten overheden in de financiële crisis van 2008 en daarna op grote schaal kapitaal aan noodlijdende banken. Zij deden dat op verschillende wijzen. Overheidskapitalisatie of *bail-out* werd ten eerste verstrekt in de vorm van direct kapitaal tegen aandelen. De meest extreme vorm hiervan is onteigening, waarbij het gehele aandeelkapitaal door de overheid wordt gehouden. Voorbeelden hiervan in de Nederlandse rechtssfeer zijn de nationalisaties van SNS REAAL en Fortis/ABN AMRO. Ten tweede verstrekte de overheid garanties aan crediteuren van de te steunen onderneming. Dergelijke garanties verlagen de kosten van (nieuwe) leningen. Ten derde nam de overheid verlieslatende goederen of activiteiten over. In Nederland kan daarvan als voorbeeld dienen de constructie die is gehanteerd ten aanzien van de zogeheten Alt A-portefeuille van ING, waarvan de Staat het risico overnam.⁸ Daarnaast is op grote schaal van noodliquiditeit (*emergency liquidity assistance, ELA*) gebruikgemaakt.⁹ Bovendien zijn (deels) met overheidskapitaal gefinancierde noodfondsen als het Europees StabiliteitsFonds (thans: Europees StabiliteitsMechanisme) en op nationaal niveau depositogarantiestelsels gebruikt voor noodsteun. ELA en laatstgenoemde fondsen worden veelal niet gezien als staatssteun en blijven in het vervolg van deze bijdrage buiten beschouwing (ook omdat deze voor niet-bancaire ondernemingen van minder belang zijn).

3 (DWINGENDE) REDENEN VOOR BAIL-OUT

De zojuist genoemde nadelen van overheidskapitalisatie gelden waar het banken betreft, maar ook voor andere, niet-bancaire ondernemingen (zij het met uitzondering van het *doomloop* scenario). Ook als overheidskapitalisatie niet-bancaire ondernemingen betreft, kan dat immers een buitensporige druk op de overheidsbegroting meebrengen, zou van

6 Verg. M. Lousse-Read, *Public Funding of Failing Banks in the European Union* (diss. Nijmegen), Kluwer 2020, p. 581-582 en aldaar genoemde literatuur. Kritisch is S. Schwarcz, in, o.a., "Corporate Governance of SIFI Risk-Taking: An International Research Agenda", in Matthias Haentjens en Bob Wessels (eds.) *Cross-Border Bank Resolution*, Edward Elgar 2019, p. 177 e.v.

7 Zie, bijv. *The Economist*, 26 september 2020, *The Corporate Undead*, p. 61 e.v.

8 Zie hierover, zeer onderhoudend, bijv. R. Janssen, *De afrekening*, Balans 2019.

9 Zie bijv. Lousse-Read (2020), p. 81.

moral hazard sprake kunnen zijn en zou het kunnen resulteren in een aantal zombiebedrijven dat strikt genomen (dat wil zeggen: zonder overheidssteun) geen (economisch) bestaansrecht heeft en aldus de algemene welvaart eerder remt dan bevordert. De zojuist genoemde nadelen van overheidskapitalisatie gelden dan ook evenzeer voor de huidige overheidskapitalisatie van ondernemingen die door de coronapandemie noodlijdend zijn geraakt (opnieuw: met uitzondering van het *doomloop* scenario). Dat overheidskapitalisatie toch op enorme schaal plaatsvond in de financiële crisis van 2008,¹⁰ kan in algemene zin worden teruggevoerd op het eerdergenoemde *too big to fail*-fenomeen, en meer in het bijzonder op de volgende, specifieke eigenschappen van het bankbedrijf.

Ten eerste brengt de interne verwevenheid van de financiële sector mee dat het falen van een bank onmiddellijke negatieve gevolgen heeft voor andere banken en andere financiële ondernemingen. Die gevolgen worden in de eerste plaats gevoeld in de eigen jurisdictie, maar ook regionaal en zelfs wereldwijd. Deze verwevenheid wordt onder andere veroorzaakt door onderlinge financieringstransacties (denk aan *repurchase agreements* en *securities lending* transacties), waarin het verstrekte onderpand wordt 'hergebruikt' en daarmee een domino-effect kan veroorzaken als een partij in de keten van transacties het onderpand niet kan (terug)leveren en andere partijen daardoor hun (contractuele) verplichtingen ook niet meer kunnen nakomen.¹¹ Grootschalige executie van het onderpand leidt bovendien tot neerwaartse druk op de prijs van de verpande goederen, hetgeen verdere verzwakking veroorzaakt van de financiële positie van alle banken die dezelfde en vergelijkbare goederen bezitten. Daarnaast leidt het verzuim van een grote marktpartij tot kostbaarder financiering ook van andere marktpartijen, en daarmee tot verminderde liquiditeit. De laatste twee omstandigheden hebben een grote rol gespeeld in de insolventie van Lehman Brothers en de daarop volgende, wereldwijde financiële crisis.¹²

Voorts brengt het depositogarantiestelsel (DGS) mee dat als een bank faillieert, de overige banken in de desbetreffende jurisdictie (*ex ante* of *ex post*) het kapitaal moeten opbrengen om de gedupeerde deposanten te vergoeden. Als een falende bank een substantiële depositobasis heeft en de overige banken in de jurisdictie er ook niet goed voorstaan, kan het DGS aldus leiden tot een dominoreactie en een dwingende reden zijn een bank niet te (willen) laten failleren. Een sprekend voorbeeld daarvan vormt de nationalisatie van SNS REAAL, waarover de Minister schreef "(...) heb ik omwille van de waarborging van de financiële stabiliteit het uiterste middel van de nationalisatie moeten inzetten, omdat SNS

10 Overheidskapitalisatie in de huidige crisis zal hieronder, in paragraaf 6 nader worden besproken.

11 Zie, bijv. M. Haentjens, *Financial Collateral, Law and Practice*, OUP 2020, p. 232 en Considerans (21) van de Verordening (EU) 2015/2365 van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2015 betreffende de transparantie van effectenfinancieringstransacties en van hergebruik en tot wijziging van Verordening (EU) nr. 648/2012, OJ L 337.

12 Zie, bijv. Haentjens (2020), p. 112. Allicht zou Lehman Brothers om deze reden alleen reeds hebben moeten worden gered.

Bank, en daarmee SNS REAAL, anders failliet zouden zijn gegaan. De inwerkingtreding van het DGS zou een enorme kostenpost betekenen voor de overige banken”.¹³

Ten tweede kan een bancair faillissement vergaande, negatieve consequenties hebben voor het dagelijks leven van klanten en overige wederpartijen van de falende bank. Banken vervullen (nog altijd) een spilfunctie in het betalingsverkeer, zodat een storing daarvan meebrengt dat klanten – in ieder geval tijdelijk – niet meer kunnen beschikken over hun geldrekening. Hoezeer dat tot sociale onrust kan leiden, liet bijvoorbeeld het faillissement van DSB Bank zien. DSB Bank was een relatief kleine bank, maar haar faillissement veroorzaakte desalniettemin grote onrust.¹⁴

Ten derde heeft het faillissement van een bank negatieve gevolgen voor de reële economie, omdat ondernemingen en consumenten dan niet meer kunnen lenen van de falende bank, hetgeen echter ook negatieve consequenties heeft voor hun financieringsmogelijkheden bij andere banken in dezelfde markt.¹⁵

De drie zojuist genoemde omstandigheden, die overheden ertoe hebben gebracht over te gaan tot kapitaalsinjecties bij noodlijdende banken, vatte de Europese wetgever kernachtig samen als redenen om een bank niet te (willen) laten failleren, althans niet volgens de regels van commuun insolventierecht: “Liquidatie volgens een normale insolventieprocedure kan echter de financiële stabiliteit in gevaar brengen, de verrichting van kritieke functies verstoren en de bescherming van depositanten aantasten.”¹⁶

4 RESOLUTIE EN BAIL-IN

De zojuist besproken, specifieke omstandigheden die maken dat het toepassen van commuun insolventierecht op banken vaak wordt vermeden en overheidskapitalisatie aangevoerd kan zijn, lijken op eerste gezicht minder aanwezig waar het niet-financiële ondernemingen betreft. Niet-financiële ondernemingen zijn immers niet, althans veel minder intensief onderling financieel verweven, vervullen geen spilfunctie in het betalingsverkeer en financieren niet op grote schaal de reële economie. Dat betekent echter niet dat niet-

13 Brief van de Minister van Financiën van 1 februari 2013, *Kamerstukken II* 2012-2013, 33532, nr. 1.

14 Zie, bijv. *Het Parool*, “Onrust rond DSB Bank neemt toe”, 2 oktober 2009.

15 Zie bijv. S. Swensen Ellingsaeter, *Creditor Priority and Financial Stability* (diss. Oslo), 2019, p. 55.

16 Considerans (45) van de 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, PB L 173 (BRRD).

financiële ondernemingen nooit (ook) *too big to fail* kunnen zijn. Zo verantwoordde de Minister de recente kapitaalsteun van EUR 3,4 miljard aan KLM aldus: “Het kabinet acht het noodzakelijk deze steun te verlenen vanwege het belang van KLM voor het intercontinentale bestemmingsnetwerk op Schiphol. Dit netwerk is van groot belang voor de Nederlandse economie en werkgelegenheid.”¹⁷

De desastreuze gevolgen van overheidskapitalisatie van de bancaire sector hebben nationale, regionale en mondiale regelgevers in de loop van de financiële crisis van 2008 ertoe gebracht voor financiële ondernemingen een specifiek insolventieregime in te voeren. Dit regime wordt veelal resolutieregime genoemd. Volgens de Europese wetgever zou een dergelijk resolutieregime in ieder geval tot doel moeten hebben

“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 zoveel mogelijk te beperken, en gedekte depositanten en beleggers, alsmede gelden en activa van cliënten te beschermen”.¹⁸

Een van de uitgangspunten van het nieuwe regime is echter dat falende banken in beginsel volgens “normale insolventieprocedures”, dat wil zeggen volgens de nationale regels van algemeen insolventierecht worden geherstructureerd of vereffend.¹⁹ Resolutie zou uitzondering (en geen regel) moeten zijn en overheidskapitalisatie slechts een *ultimum remedium*.²⁰ Aldus is met de resolutieregimes die sinds 2008 wereldwijd zijn opgetuigd, getracht het kapitalistisch zelfreinigend vermogen te herstellen.

Als gezegd, wordt het verstrekken van overheidskapitaal in resolutie zoveel mogelijk vermeden. Het belangrijkste mechanisme om dit te bewerkstelligen is de zogeheten *bail-in*: de afschrijving van kapitaalinstrumenten en de afschrijving of omzetting van vorderingen in aandelen van de falende bank. De *Financial Stability Board* introduceerde *bail-in* in 2011 als een van de ‘Key Attributes’ van een goed werkend resolutieregime en de Euro-

17 Kamerbrief van de Ministers van Financiën en Verkeer en Waterstaat, “Steunmaatregelen KLM” van 26 juni 2020. Voor een kritisch geluid: R. Squire, “U.S. airlines don’t need a bailout to stay in business”, *Washington Post*, 22 maart 2020.

18 Considerans (45) BRRD.

19 Zie, bijv. art. 32 lid 1 en 5 BRRD.

20 Zie, o.a. Considerans (49) en art. 37 lid 10 BRRD.

pese wetgever heeft deze innovatie verwerkt in de Herstel- en Afwikkelrichtlijn (BRRD) en de Resolutieverordening (SRMR).²¹ Met *bail-in* worden verliezen afgewenteld, althans in de eerste plaats gedragen door aandeelhouders en crediteuren van de noodlijdende onderneming, en daarmee door private financiers in plaats van publieke.

Bail-in in de zojuist gehanteerde, ruime zin, betreft een solvabiliteitsinstrument dat de balans verkort en de verhouding tussen activa en passiva herstelt, maar geen liquiditeit verschaft, hoewel veel bancaire insolventies in de eerste plaats worden veroorzaakt door liquiditeits- en niet door solvabiliteitsproblemen. *Bail-in* (in ruime zin) kan ingevolge de BRRD (en de implementatie daarvan in Deel 3A van de Wet op het financieel toezicht, Wft) en de SRMR bovendien in twee stadia plaatsvinden. Eerst vereisen BRRD en SRMR dat ten minste 8% kapitaalinstrumenten (aandelen en bepaalde categorieën achtergestelde obligaties) worden afgeschreven (AFOMKI).²² Pas als dat is gebeurd, worden bepaalde vormen van overheidskapitalisatie beschikbaar, waaronder financiering door het resolutiefonds (SRF) of het DGS. Als tot resolutie is besloten (een formeel besluit te nemen door de bevoegde resolutieautoriteit), kan nog verdere afschrijving van vorderingen en/of het omzetten daarvan in aandelen plaatsvinden (*bail-in* in strikte zin).²³

De introductie van het *bail-in* mechanisme betekent overigens niet dat *bail-out* of traditionele vormen van overheidskapitalisatie niet meer mogelijk of toegestaan zijn. Ook de BRRD erkent dat *bail-out* (in de terminologie van de BRRD: overheidsinstrumenten voor stabilisatie) nog aangewezen kan zijn, maar stelt daaraan wel eisen. Zo dient eerst de reeds besproken AFOMKI te hebben plaatsgevonden.²⁴ Vervolgens is – ook op grond van de BRRD – nog directe overheidskapitalisatie mogelijk in ruil voor aandelen en achtergestelde obligaties (in de terminologie van de BRRD: het publieke-kapitaalsteuninstrument²⁵). Daarnaast voorziet de BRRD in de mogelijkheid van (volledige) nationalisatie (in de terminologie van de BRRD: instrument voor tijdelijke overheidseigendom²⁶). Beide instrumenten kunnen slechts tijdelijk worden toegepast. Het publieke-kapitaalsteuninstrument en instrument voor tijdelijke overheidseigendom zijn niet als zodanig in de Wft geïmplementeerd, nu die wet reeds de mogelijkheden van onteigening/nationalisatie en “onmiddellijke voorzieningen” kende in, respectievelijk, artikelen 6:2 en 6:1 Wft. Bij

21 Respectievelijk FSB, *Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions* (2011, herzien in 2014), beschikbaar via https://www.fsb.org/wp-content/uploads/r_111104cc.pdf; BRRD; en 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, Pb. L 225/1.

22 Art. 3a:21 e.v. Wft.

23 Art. 3a:44 e.v. Wft.

24 Art. 37 lid 10 BRRD.

25 Art. 57 BRRD.

26 Art. 58 BRRD.

dat laatste moet worden gedacht aan, bijvoorbeeld, dat een goedkeuringsrecht van houders van (prioriteits)aandelen ten aanzien van een besluit dat cruciaal is voor de verbetering van de toestand van de vennootschap, tijdelijk buiten werking wordt gesteld of dat een reeds genomen besluit van een van de organen van de vennootschap wordt geschorst.²⁷

5 BAIL-IN IN DE PRAKTIJK

Sinds de inwerkingtreding van de BRRD (en SRMR) is het nieuwe resolutieregime met gemengd resultaat toegepast in verschillende lidstaten en op verschillende soorten banken. Met name in Italië werd overheidskapitalisatie om politieke en economische redenen vrijwel zonder uitzondering onvermijdelijk geacht. Te denken valt bijvoorbeeld aan de insolventies van Banca Monte dei Paschi di Siena, Veneto Banca en Banca Popolare di Vicenza, die alle drie overheidsgeld in reddingsoperaties ontvingen waarin geen *bail-in* werd toegepast. Een uitzondering vormt de insolventie van de Spaanse bank Banco Popular Espanol, waarin wel degelijk *bail-in* werd toegepast alvorens deze bank werd overgenomen door Santander.

Het schamele succes van het *bail-in* instrument kan aan verschillende omstandigheden worden toegeschreven. Ten eerste blijken het met name in Italië consumenten te zijn geweest, die op grond van onheuselijke advisering door de bank zelf zijn bewogen hun spaargeld te investeren in (achtergestelde) obligaties van de bank. Een *bail-in* zou juist deze consumenten treffen, hetgeen als (politiek) onverteerbaar resultaat wordt ervaren. Voorts worden *bail-inable* obligaties vaak gehouden door andere banken, gevestigd in dezelfde jurisdictie als de uitgevende bank. Als alle banken in die jurisdictie er slecht voorstaan, zou een *bail-in* de stabiliteit van het desbetreffende financiële systeem in gevaar kunnen brengen.²⁸

In technische zin is *bail-in* ten aanzien van Veneto Banca en Banca Popolare di Vicenza voorkomen doordat de *Single Resolution Board* besliste dat resolutie van deze banken niet in het publiek belang zou zijn – hetgeen een van de voorwaarden is om tot resolutie te kunnen besluiten, ook al was de ECB tot de slotsom gekomen dat deze banken beide zouden “falen of waarschijnlijk falen” (hetgeen ook een van de voorwaarden is voor resolutie). Veneto Banca en Banca Popolare di Vicenza konden dientengevolge worden overgenomen door Intesa Sanpaolo, welke transactie zwaar was gesubsidieerd door de Italiaanse staat.²⁹

²⁷ *Kamerstukken II* 2011-2012, 33059, nr. 3 (MvT), p. 67.

²⁸ Zie Louisse-Read (2020), p. 542 e.v. en aldaar genoemde literatuur.

²⁹ Zie https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=3_SA_45664.

In het geval van Banca Monte dei Paschi maakte de Italiaanse overheid gebruik van het instrument van “injecties die noodzakelijk zijn om kapitaaltekorten aan te zuiveren die bij de door de Europese Centrale Bank, de EBA of nationale autoriteiten verrichte nationale of Unie- of GTM-brede stresstests, doorlichtingen van de kwaliteit van activa of andere exercities zijn vastgesteld en, waar van toepassing, door de bevoegde autoriteit zijn bevestigd” (zogenoeten *precautionary measures*). Het gaat hier derhalve weliswaar om “voorzorgsmaatregelen van tijdelijke aard” en “buitengewone openbare financiële steun” als gedefinieerd in de BRRD, maar deze maatregelen zijn beperkt tot het aanzuiveren van in stress-testen gesignaleerde tekorten. Dat laatste maakt dat deze vorm van overheidskapitalisatie niet wordt gezien als overheidskapitalisatie die anders wel degelijk zou betekenen dat de desbetreffende instelling wordt “geacht te falen of waarschijnlijk te zullen falen” (en ten gevolge van welke kwalificatie resolutiemaatregelen kunnen worden genomen).

Om het instrument van *bail-in* te versterken heeft de Europese wetgever recentelijk een nieuw pakket gedetailleerde regelgeving aangenomen dat banken ertoe dwingt een substantiële hoeveelheid kapitaalinstrumenten uit te geven die onderworpen kunnen worden aan *bail-in* (het zogeheten *minimum requirement for own funds and eligible liabilities*, MREL).³⁰ Deze regels, die zullen gelden per 28 december 2020 en in samenhang met artikel 108 BRRD moeten worden gelezen, bepalen aldus de rangorde van crediteuren van een bank. Kort gezegd komt deze volgorde erop neer dat mogelijke verliezen met name zullen moeten worden gedragen door achtergestelde crediteuren. Het wordt echter betwijfeld of deze buitengewoon complexe regelgeving zal werken. Nog los van het reeds genoemde, politieke bezwaar om obligaties af te schrijven die ten onrechte zijn verkocht aan particuliere klanten, is het niet geheel zeker of voor de nieuw uit te geven *bail-inable* instrumenten voldoende markt is, en of een afschrijving daarvan niet een domino-effect heeft op de financiële sector als geheel en daarmee de stabiliteit in gevaar brengt.³¹

6 WAT BETEKENT DIT ALLES VOOR DE HUIDIGE CRISIS?

Reeds in april van dit jaar werd de huidige, door de coronapandemie veroorzaakte crisis als zwaarste economische crisis sinds de Grote Depressie beschouwd.³² Ook nu weer is duidelijk geworden dat de insolventie van bepaalde ondernemingen een zodanig groot risico meebrengt voor de financiële stabiliteit, dat dit zou moeten worden voorkomen. Anders dan de financiële crisis van 2008, is de crisis ditmaal echter dermate systematisch dat economen en beleidsmakers het erover eens zijn dat de insolventie van ondernemin-

30 Zie arts. 45 BRRD en 12-12k SRMR.

31 Zie Swensen Ellingsaeter (2019), p. 282 e.v.

32 Zie, bijv. C. Giles, “Global economy set for sharpest reversal since Great Depression”, *FT*, 3 april 2020.

gen over de volle breedte van de economie zou moeten worden voorkomen.³³ Door onder meer afname in productie, afname van belastinginkomsten en waardevernietiging trekken grootschalige insolventies en werkeloosheid namelijk een dermate grote wissel op het economisch bestel dat verschillende overheidsmaatregelen zijn genomen en nog zullen moeten worden genomen om dit te voorkomen, althans te beperken.

In Nederland kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de regeling Garantie Ondernemingsfinanciering (uitgebreid in de zogeheten GO-C regeling³⁴), op grond waarvan leningen aan midden- en grootbedrijf (deels) door de Staat worden gegarandeerd, en de Borgstelling MKB Kredieten, op grond waarvan de Staat borg staat voor kredieten aan midden- en kleinbedrijf. Dergelijke macro-economische maatregelen hebben ook op microniveau ingrijpende gevolgen. Deze maatregelen verlagen de bestaande schuldenlast namelijk niet, maar faciliteren het aangaan – tegen gunstige voorwaarden – van nieuwe schulden. Zoals hierboven, in paragraaf 1 reeds beschreven, kan worden afgevraagd of het faciliteren van nieuwe schulden de huidige crisis adequaat adresseert.

Voor het Verenigd Koninkrijk is bijvoorbeeld voorspeld dat door de overheid gegarandeerde “COVID-19 leningen” al in maart 2021 voor een bedrag van GBP 32-36 miljard niet meer zullen kunnen worden terugbetaald.³⁵ Dat betekent enerzijds waarschijnlijk dat alsdan een groot aantal ondernemingen alsnog zal failleren met alle waardevernietiging van dien. Onwaarschijnlijk is immers dat een marktconforme verkoop op dat moment van systeemcrisis nog mogelijk is. Anderzijds zullen alsdan de door de overheid verstrekte garanties worden ingeroepen en zullen de door de overheid zelf verstrekte leningen moeten worden kwijtescholden om faillissementen te voorkomen. Dit komt neer op een *bail-out* met alle hierboven, in paragrafen 2 en 3 reeds besproken nadelen: negatieve druk op de overheidsbegroting, *moral hazard* en de creatie van welvaartremmende zombiedrijven. In ieder geval kan worden geconcludeerd dat het faciliteren van nieuwe schulden niet het probleem ten gronde oplost maar dat slechts uitstelt.

Zou *bail-in*, het hierboven beschreven instrument dat in de financiële crisis van 2008 als oplossing is gepresenteerd, soelaas kunnen bieden in de huidige crisis? Of zijn nog andere alternatieven beschikbaar? Om die vragen te kunnen beantwoorden, is het nodig nader te beschouwen waaruit de huidige financiële problemen voortvloeien. Vastgesteld moet worden dat in de huidige crisis (en anders dan in de financiële crisis van 2008) voor veel ondernemingen de financiële problemen worden veroorzaakt doordat kosten tijdens

33 Zie bijv. M. Draghi, “We must mobilise as if for war”, *FT*, 27 maart 2020.

34 Zie uitgebreid het preadvies van B.P.C. van Weert, *Financiële ondersteuning door de GO-C-garantie*.

35 K. van Zwieten, H. Eidenmüller en O. Sussman, “Bail-outs and Bail-ins are better than Bankruptcy: A Comparative Assessment of Public Policy Responses to COVID-19 Distress”, *ECGI Law Working Paper N° 535/2020* (beschikbaar via https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3669541), p. 29.

lockdowns doorlopen, waar de inkomsten achterblijven. Die doorlopende kosten kunnen financiële kosten zijn, zoals renteverplichtingen die uit bestaande leningen voortvloeien, maar ook arbeidskosten, huurtermijnen en dergelijke.³⁶ Deze constatering is belangrijk, omdat zij onmiddellijk duidelijk maakt dat insolventie geen adequate oplossing is voor deze ondernemingen. Nog los van het hierboven genoemde macro-economische perspectief dat systeem-brede insolventies op dit moment een te grote wissel op het economisch bestel zouden trekken, vervult insolventie hier namelijk niet haar kapitalistische functie, te weten: het doen verlaten van de markt van niet-levensvatbare ondernemingen. Een heel aantal ondernemingen zal immers wel degelijk levensvatbaar zijn, zij het niet opgewassen of voldoende voorbereid op een crisis die niet voorspelbaar was.

Mits ondernemingen ook na de coronapandemie levensvatbaar zijn, zouden zij de coronapandemie dus moeten kunnen overleven. Hoe zou moeten worden bepaald welke ondernemingen (ook na de pandemie) levensvatbaar zijn en welke niet, is derhalve een essentiële vraag die het bestek van dit preadvies echter te buiten gaat.³⁷ Hoe dan ook kan, afgezien van het reeds besproken – en negatief beoordeelde – middel van het faciliteren van nieuwe leningen, als overlevingsstrategie aan ten minste drie andere middelen worden gedacht: 1) herstructurering; 2) *bail-out* waarbij de overheid de aandelen in noodlijdende ondernemingen geheel overneemt (nationalisatie). Ook is denkbaar dat de overheid schulden direct betaalt of overneemt. Voorstelbaar is bijvoorbeeld dat de overheid arbeidskosten van personeel overneemt; en 3) *bail-in* waarbij schulden worden afgeschreven of uitgesteld, en mogelijk worden omgezet in aandelen.

Herstructurering heeft als groot nadeel dat het een intensief proces is dat vaak langdurige onderhandelingen met crediteuren vereist. Dit proces heeft zowel hoge directe kosten (te weten: tijd die niet kan worden besteed aan de onderneming zelf, etc.), als hoge indirecte kosten, nu mag worden aangenomen dat het vertrouwen van crediteuren in deze ondernemingen zal zijn afgenomen. Dat zal uiteindelijk tot hogere financieringskosten leiden. Bovendien is herstructurering met name geschikt waar het financiële kosten betreft en minder voor arbeidskosten en dergelijke.³⁸ Herstructurering zal derhalve geschikter zijn voor grote ondernemingen met complexer financieringsmodellen dan voor het midden- en kleinbedrijf. Anderzijds is echter denkbaar dat rechtspraak en praktijk een gestandaardiseerd onderhands akkoord ontwikkelt, dat de zojuist besproken bezwaren deels wegneemt.

36 Zie, bijv., Van Zwieten et al. (2020).

37 Als anekdotische adstructie kan in herinnering worden gebracht dat het steunpakket voor KLM voorwaarden kent die de *sustainability* van de onderneming zouden moeten bevorderen. Zie persbericht Rijksoverheid van 3 november 2020: <https://www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2020/11/03/kabinet-stemt-in-met-herstructureringsplan-klm>.

38 Van Zwieten et al. (2020), p. 26.

Bail-out heeft de reeds besproken nadelen, te weten: negatieve druk op de overheidsbegroting, *moral hazard* en de creatie van welvaartremmende zombiebedrijven. Met name het eerste nadeel kan een prohibitief nadeel zijn in een systeemcrisis waarin belastinginkomsten afnemen. Nationalisatie op grote schaal lijkt derhalve onverstandig, maar zal in individuele gevallen, dat wil zeggen waar ondernemingen *too big to fail* lijken, wellicht onvermijdelijk zijn. Ten aanzien van het midden- en kleinbedrijf lijkt een betere beleidskeuze te zijn dat de overheid schulden direct betaalt of overneemt, en dit middel wordt thans ook gedeeltelijk gehanteerd. Voorstelbaar is bijvoorbeeld dat de overheid arbeidskosten van personeel overneemt of voorziet in de financiering van hun omscholing.³⁹ Ook deze oplossing drukt echter op de begroting, levert wellicht *moral hazard* op en kan tot zombiebedrijven leiden. Bovendien zal de selectie van (categorieën) schulden die de overheid betaalt of overneemt economisch en politiek uiterst netelig zijn.

Zoals hierboven, in paragraaf 5 beschreven, heeft de praktijk inmiddels geleerd dat ook *bail-in* geen wondermiddel is. De reeds beschreven nadelen van *bail-in* komen kort gezegd erop neer dat de schulden die worden afgeschreven of uitgesteld crediteuren kunnen treffen die om politieke of economische redenen niet zouden moeten worden getroffen. Voorts kan de afschrijving of uitstel van schulden een domino-effect veroorzaken dat de financiële stabiliteit in gevaar brengt. Beide nadelen gelden onverkort in de huidige crisis. Ten eerste is het politiek waarschijnlijk onverteerbaar dat, bijvoorbeeld, werknemers onderwerp worden gemaakt van *bail-in*. Deze groep crediteuren zou uiteraard kunnen worden uitgesloten van *bail-in*, maar ook hier zal de selectie van (categorieën) crediteuren die wel en niet worden uitgesloten economisch en politiek uiterst netelig zijn.

Ten tweede is niet onwaarschijnlijk dat ook in de huidige crisis *bail-in* een domino-effect kan veroorzaken dat de financiële stabiliteit in gevaar brengt. Ingeval van financieringskosten, bijvoorbeeld, zal het veelal een bank zijn die de *bail-in* zal moeten ondergaan. De bancaire sector is thans weliswaar (veel) beter gekapitaliseerd dan in 2008 en heeft voorts nog de coronacrisis kunnen doorstaan, maar het is goed voorstelbaar dat een groot-schalige afschrijving zal leiden tot een volgende financiële crisis.⁴⁰ Het is met andere woorden de vraag hoeveel *non-performing loans* de bancaire sector nog kan dragen zonder zelf ook in de financiële problemen te raken, met alle negatieve gevolgen van dien.⁴¹

39 Zie bijv. "Cultuurminister probeert te redden wat er te redden valt", *Leidsch Dagblad* 24 november 2020.

40 Zie bijv., reeds J. Plender, "The seeds of the next debt crisis", *FT*, 4 maart 2020.

41 Zo voorspelt Andrea Enria, het hoofd banktoezicht van de ECB dat de portefeuille *non-performing loans* van banken in de eurozone in een donker (maar realistisch) scenario zal kunnen oplopen tot EUR 1,4 biljoen, ruim meer dan tijdens de crises van 2008 en 2011: A. Enria, "ECB: the EU needs a regional 'bad bank'", *FT*, 26 oktober 2020.

Ten slotte vergt *bail-in* een wettelijke basis die zal moeten worden gecreëerd, waarschijnlijk op nationaal niveau. Aangenomen kan immers worden dat een dergelijke wettelijke basis niet snel op Europees of wereldwijd niveau tot stand zal komen. Van een nationale *bail-in* regeling – en anders dan van *bail-out* – is echter niet zeker dat zij zonder meer zal kunnen worden toegepast als de crediteuren of hun vermogensbestanddelen zich in het buitenland bevinden.⁴² Tegen tenuitvoerlegging van een *bail-in* kan de buitenlandse crediteur immers waarschijnlijk opkomen bij de rechter in de eigen jurisdictie, die vervolgens genegen moet zijn de Nederlandse *bail-in* te erkennen.⁴³ Bovendien zal een overheidsorgaan of bewindspersoon de bevoegdheid moeten krijgen te bepalen welke categorieën schulden worden afgeschreven of uitgesteld. Een dergelijke afschrijving zou kunnen worden gecombineerd – in nauwkeurig te omschrijven gevallen – met een (gedeeltelijke) omzetting van die schulden in aandelen in het kapitaal van de desbetreffende debiteur.

7 CONCLUSIES

Het kapitalistisch marktmodel brengt mee dat niet-levensvatbare ondernemingen de markt moeten verlaten door vereffening. In crises zoals de financiële crisis van 2008 en de huidige coronacrisis blijkt dit model echter niet onverkort toepasbaar. Ten eerste omdat ondernemingen *too big to fail* kunnen zijn en ten tweede omdat massale insolventies in een systeemcrisis een te grote wissel op het economisch bestel trekken. Een alternatieve oplossing dient zich echter niet onmiddellijk aan. Besproken mogelijke oplossingen zijn het faciliteren van nieuwe leningen, herstructurering, *bail-out* en *bail-in*. De laatste twee instrumenten lijken in de huidige crisis het meest geschikt, maar kennen elk hun eigen nadelen. *Bail-out* wordt bekostigd door de belastingbetaler, *bail-in* door crediteuren. Als *bail-in* leidt tot een systeemcrisis zijn het echter alsnog de belastingbetalers die de kosten dragen. In ieder geval zal moeten worden erkend dat bepaalde ondernemingen (nog steeds) *too big to fail* zijn en daarom in aanmerking moeten komen voor overheidskapitalisatie. Uiteindelijk komt alles neer op een rechtvaardige distributie (niet van kapitaal, maar) van kosten.

⁴² Anders: Van Zwieten et al. (2020), p. 28.

⁴³ Zie over de erkenning en tenuitvoerlegging van *bail-in* in de bancaire sector uitgebreid S. Guo, *Recognition of foreign bank resolution actions* (diss. Leiden), 2020.

