

Ministerie van Justitie en Veiligheid
Postbus 20301
2500 EH DEN HAAG

**Van den Herik & Verhulst
Advocaten N.V.**

Postbus 50535
3007 JA Rotterdam

Wilhelminatoren
Wilhelminaplein 16
3072 DE Rotterdam
t (+31) (0)10 410 00 55
f (+31) (0)10 481 51 72
www.herikverhulst.nl

St. Beheer Dergengelden
Van den Herik & Verhulst
ABN-AMRO: NL11ABNA0503055166

datum : 16 augustus 2018
uw referentie :
onze referentie : RM/LB 99048
dossier : 99048

mr. R.C.M. van Moorsel
advocaat
t 010 – 297 38 71 (secretaresse)
f 010 – 481 51 72
vanmoorsel@herikverhulst.nl

Betreft: Consultatie Wet opheffing verpandingsverboden

De overheid zou het bedrijfsleven en zichzelf moeten helpen door uitkeringen bij faillissementen te vergroten. In plaats van verder te verkleinen, wat de kern is van deze wet.

Deze wet beoogt het verhaalspercentage van *banken* bij faillissementen van hun kredietnemers verder te vergroten. Als er sprake is van een effectief verpandingsverbod (het is alleen effectief wanneer is opgeschreven dat een verpanding niet *kan*, in plaats van niet *mag*¹) dan kan dat verbod tegen de bank worden ingeroepen. De opbrengst van zo'n vordering komt dan toe aan alle schuldeisers in het faillissement, in plaats van alleen aan de bank. Deze wet wil ervoor zorgen dat dat geld alleen aan de bank wordt uitgekeerd. Dit is waar het wetsvoorstel om gaat. Hieronder staat beschreven tot welke overwegingen dat zou moeten leiden.

Zoals uit het voorgaande volgt doet deze wet afbreuk aan de positie van alle crediteuren in geval van faillissement met uitzondering van de banken, want hun positie gaat er verder op vooruit. Het is goed om te weten dat volgens de berekening van de World Bank de banken in Nederland nu al 89,3% van hun krediet terugzien in geval van faillissement, terwijl de overige crediteuren – waaronder dus ook de Staat met als koplopers de Belastingdienst en het UWV – berooid achterblijven. Dit wetsvoorstel mikt *dus* op een verdere verbetering van de positie van banken richting de 100%, en daarmee *onherroepelijk* op een verslechtering van de positie van andere crediteuren richting de 0%. Nederland zit al in de mondiale kopgroep van de bevoordeling van banken bij faillissement, waardoor de wetgever eerst de vraag zou dienen te beantwoorden om welke reden er nog meer verhaalsmogelijkheden aan de andere crediteuren, waaronder dus de Staat, moeten worden onttrokken ten behoeve van de banken, dan nu al het geval is.

¹ HR Coface/Intergamma 21 maart 2014, NJ 2015/167

Daarnaast attendeer ik op de navolgende omstandigheden die in het wetgevingsproces aan de orde zouden dienen te komen voor een goed parlementair debat en dito uitkomst voor het Nederlandse bedrijfsleven:

1. De banken in de memorie van toelichting genoemde “voorbeeldlanden” die nu al geen verpandingsverbod toelaten, kennen een aanzienlijk lagere recovery rate dan de banken in Nederland. Namelijk 73,5 % voor Frankrijk, 80,0% voor Oostenrijk en 80,6% voor Duitsland.² Men zou kunnen zeggen dat de banken in die landen zo’n wet aanzienlijk harder nodig hebben, dan de banken in Nederland. De wetgever zou vergelijkingen met die landen consequent moeten belichten, en niet incidenteel.
2. Het wetsvoorstel legt een directe link tussen de financiering van een vordering en de zekerheid daarvoor. Deze link is echter niet in evenwicht aangezien de banken op dit moment al verhaal nemen op allerlei andere vermogensbestanddelen die helemaal niet gefinancierd zijn door die banken. Denk daarbij aan: (i) verhaal op activa (diensten en goederen) die zijn geleverd door onbetaalde crediteuren waaronder ook onbetaalde ZFP-ers en MKB-ers,³ (ii) verhaal op activa (diensten en goederen) die niet “door” een bankkrediet zijn voldaan maar door derden zoals obligatiehouders, of activa die bovenop een bankkrediet zijn gefinancierd, (iii) verhaal op vorderingen die ontstaan op grond van de wet (zoals bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 2:9 BW) en vorderingen op grond van onrechtmatige daad, en (iv) verhaal op derden (zoals borgen). Met andere woorden: de banken hebben nu al ruime aanspraak op een zekerheidsareaal dat helemaal niet door hen is gefinancierd. Het totaalpakket aan zekerheden is al meer dan toereikend – zeker als men de internationale verhoudingen in ogenschouw neemt –, en de beoogde wet leidt tot een nog verdere balansverstoring.
3. Volgens de Minister worden verpandingsverboden “op grootschalige wijze, om niet te zeggen categorisch” gevestigd in bijvoorbeeld de retailsector en de bouwsector. Als dit waar zou zijn voor wat betreft verpandingsverboden met goederenrechtelijke werking (want alleen dat soort verpandingsverboden “hinderden” de banken nu) dan zouden de overige crediteuren bij faillissementen in bijvoorbeeld de retailsector en de bouwsector “grootschalig” wel betaald kunnen worden en zouden de banken berooid achterblijven. De praktijk wijst uit dat dit anders is.
4. De wetgever gaat ervan uit dat er ineens voor ongeveer 1 miljard aan extra krediet zou kunnen worden verleend aan het midden- en kleinbedrijf als het voorstel wet zou worden. Als dit al technisch zou kloppen, dan is het nog geen indicatie of garantie dit extra krediet ook daadwerkelijk gaat worden verleend. Het is immers niet zo dat door een verruiming van het zekerheidspotentieel bovenop de reeds bestaande 89,3%-zekerheidsdekking, de kredietluizen nog heel veel verder kunnen opengaan. Ook kan men zich afvragen waarom er nog veel meer schuld moet worden gecreëerd voor een al zeer grote schuldenlast die het bedrijfsleven al met zich meetorst.⁴ Dat wil zeggen: als de banken na deze wet ineens nog meer krediet zouden gaan verlenen.

² Bron voor het Nederlandse recovery percentage van 89,3% voor banken en de aanzienlijk lagere percentages in Frankrijk, Oostenrijk en Duitsland is het navolgende rapport van de World Bank Doing Business 2018: <http://www.doingbusiness.org/~media/WBG/DoingBusiness/Documents/Annual-Reports/English/DB2018-Full-Report.pdf>

³ Middelgrote en kleinere bedrijven en ZFP-ers hebben vaak niet de mogelijkheid om zekerheden te bedingen. Vooral in de bouw en de retailsector is dat merkbaar. Dus zijn deze bedrijven juist in die sectoren extra kwetsbaar.

⁴ Zie het FD d.d. 23 juli 2018: “‘Veilige bedrijven’ zijn een berg schulden aangegaan.” En FD d.d. 15 augustus 2018: “Snelle renteklim stuurt bedrijven naar verontrustend schuldniveau.”

Conclusie

Ik zou menen dat in het parlementaire debat de voorgaande maar ook de navolgende vragen / toelichtingen aan de orde zouden moeten komen.

1. Er dient toelichting te worden verschaft wat deze maatregel de Staat (met name Belastingdienst en het UWV) en de overige crediteuren gaat kosten doordat hun verhaalspositie in faillissement verder wordt uitgekleeft *en* waarom er nog meer zekerheid dient te worden verleend aan banken bovenop de 89,3%. Die toelichting zou daarnaast ook moeten ingaan op naderende wetgeving die de uitkeringen aan banken vlak voor faillissement verder zullen opschroeven (de Wet Homologatie Onderhands Akkoord, WHOA).
2. Er dient toelichting te worden verschaft waarom er enerzijds wordt verwezen naar een schatting (van de begunstigden van deze wet) dat er “bijna 1 miljard” extra krediet gaat worden verleend, en waarom de Minister verderop schrijft dat dit “naar verwachting” gaat plaatsvinden. Zou het niet goed zijn om eerst zekerheid te krijgen voordat het wetsvoorstel wordt aangeboden?
3. Er dient een toelichting te worden verschaft waarom er geen andere maatregelen worden getroffen om ervoor te zorgen dat deze wet geen impact heeft op de andere schuldeisers bij faillissement. Bijvoorbeeld doordat andere vormen van zekerheid bij de banken worden weggenomen en worden toegevoegd aan het zekerheidsareaal van de gezamenlijke schuldeisers.⁵
4. Er dient toelichting te worden verschaft waarom de wet ook onmiddellijk wil inbreken op reeds bestaande afspraken tussen private partijen. Het is immers niet goed denkbaar dat voor een reeds bestaand contract er ineens massaal meer krediet zal worden gaan verleend: tot op heden kon de kredietnemer immers ook blijven opereren zonder die financiering. Sterker nog: de wetgever zou moeten overwegen om juist het ontbreken van de terugwerkende kracht in de wet op te nemen, zodat contractspartijen niet ineens met elkaar in heronderhandeling moeten over dit punt als het samenhangt met andere delen van het contract.
5. Tot slot: het wetsvoorstel leidt tot een verdere verslechtering van de uitkeringen aan het bedrijfsleven en de overheid bij faillissementen. De wetgever zou er goed aan doen om *dat* probleem op te lossen, in plaats van het leven op de pof verder te stimuleren (voor het geval de banken als dank voor het wetsvoorstel, de beloofde 1 miljard al ter beschikking stellen).

Dank voor uw aandacht.

Hoogachtend,
Van den Herik & Verhulst Advocaten N.V.

R.C.M. van Moorsel

⁵ In welk areaal de banken overigens ook meedelen, voor zover hun zekerheden tekort zouden schieten.