

Vragen gesteld door de leden der Kamer, met de daarop door de regering gegeven antwoorden

2243

Vragen van de leden **Van Nispen** en **Leijten** (beiden SP) aan de Ministers voor Rechtsbescherming en van Financiën over *de sterke rechtspositie van banken in het geval van insolventie* (ingezonden 5 april 2018).

Antwoord van Minister **Dekker** (Rechtsbescherming) mede namens de Minister van Financiën (ontvangen 29 mei 2018) Zie ook Aanhangsel Handelingen, vergaderjaar 2017–2018, nr. 1968

Vraag 1

Kent u de afscheidsrede van professor Kortmann van de Radboud universiteit Nijmegen, waarin hij aangeeft dat banken er bij de verdeling van een faillissementsboedel zeer goed uitspringen? Klopt het dat er zelfs sprake is van een internationale koppositie? ¹

Antwoord 1

Ik ben bekend met de afscheidsrede van professor Kortmann waarin hij concludeert dat banken in Nederland een sterke verhaalspositie hebben.

Vraag 2 en 3

Klopt het dat banken in een dusdanig bevoorrechte positie verkeren dat zij hun vordering of een deel daarvan buiten het faillissement om voldaan krijgen? Wat vindt u daarvan?
Vindt u het wenselijk dat hierdoor andere crediteuren, zoals werknemers, zelfstandigen zonder personeel (zzp'ers en het midden- en klein bedrijf (mkb), nog sterker benadeeld worden in geval van een faillissement? Kunt u uw antwoord toelichten?

Antwoord 2 en 3

Het is in ieders belang – ook van werknemers, dienstverleners en leveranciers – dat ondernemers ondernemen, en daarvoor hebben zij krediet nodig. Banken zijn alleen dan bereid krediet te verstrekken wanneer zij voldoende zekerheid hebben dat zij hun geld terugkrijgen. Daarom vragen zij onderpand. Dit onderwerp is in juni 2017 al eens besproken met de groep vertegenwoordigers uit de faillissementspraktijk (onder andere: Vereniging voor Insolventierecht Advocaten INSOLAD, Landelijk overlegorgaan van rechters-commissarissen in faillissementen RECOFA, Beroepsorganisatie

¹ <http://www.ru.nl/rechten/@1125651/afscheidsrede-bas-kortmann-faillissement-paradijs/>

Bedrijfsjuridisch adviseurs NEVOA, Vereniging Jonge Insolventierecht advocaten JIRA, Nederlandse Orde van Advocaten NOVA, Nederlandse Vereniging van Banken NVB), van vakbonden CNV en FNV en van werkgeversorganisatie VNO/NCW-MKB (Kamerstukken II 2016/17, 22 112, nr. 2292) en ook in kamervragen is het toen aan de orde geweest (Kamerstukken II 2016/17, Aansluitend Handelingen, nrs. 545 en 815). Deze groep fungeert als klankbord in het kader van het wetgevingsprogramma herijking faillissementsrecht (hierna: de klankbordgroep). Op grond van artikel 57 Faillissementswet kunnen pand- en hypotheekhouders hun recht uitoefenen, alsof er geen faillissement was, dus buiten de collectieve faillissementsprocedure om. De verhaalspositie die banken hebben, is voor hen een voorwaarde om krediet op eenvoudige wijze en tegen geringe kosten te verlenen. Benadrukt wordt dat zij alleen verhaal kunnen halen voor zover het zekerheidsrecht reikt. Als banken geen onderpand vragen, nemen zij een groter risico en zullen zij voor het verlenen van krediet hogere kosten in rekening brengen. Er zijn ook andere schuldeisers die een bijzondere positie hebben in faillissement, bijvoorbeeld werknemers, boedelschuldeisers, het UWV en de fiscus, en leveranciers (waaronder het midden- en kleinbedrijf) die een eigendomsvoorbehoud hebben bedongen. Met betrekking tot de laatste categorie wordt opgemerkt dat zaken die onder eigendomsvoorbehoud zijn geleverd en nog niet zijn betaald, na de faillietverklaring door de leverancier ook buiten de collectieve faillissementsprocedure om kunnen worden teruggevorderd. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat een koper een zaak waarop nog een eigendomsvoorbehoud rust, al kan verpanden aan een bank (NJ 2016/290). Na de faillietverklaring van de koper zal de bank dat pandrecht pas kunnen uitwinnen als de koopprijs volledig is voldaan aan de leverancier en dus het eigendomsvoorbehoud is komen te vervallen. Daarmee heeft de leverancier met een eigendomsvoorbehoud een sterkere positie dan de bank met een pandrecht ten aanzien van het betreffende goed. Gelet op de hier gegeven voorbeelden (hoog voorrecht, boedelschulden, eigendomsvoorbehoud) is het beeld dat de zekerheidsgerechtigde positie van banken ten koste gaat van andere schuldeisers, onvoldoende genuanceerd.

Vraag 4 en 5

Wat is uw reactie op de opmerking van professor Kortmann dat er via zogenoemde verzamel-pandaktes wordt afgedwongen dat alle kredietnemers van de bank al hun bestaande en toekomstige vorderingen aan de bank verpanden? In hoeverre vindt u dit wenselijk? Wat zijn de mogelijke gevolgen hiervan voor de verdeling van de boedel in het geval van een faillissement? Wat is uw oordeel over het gebruik of misschien zelfs misbruik van banken van de onherroepelijke volmacht, via de algemene voorwaarden, teneinde hun positie in faillissementssituaties te verstevigen? In hoeverre is een onherroepelijke volmacht hiervoor bedoeld?

Antwoord 4 en 5

Goederen kunnen in pand worden gegeven. Pand strekt tot waarborg van een verbintenis. Door een pandrecht te vestigen, verstrekt de pandgever (de kredietnemer) aan de pandhouder (de schuldeiser) een recht om zich met voorrang te verhalen op één of meer verpande goederen van de pandgever. Een pandrecht kan worden gevestigd op verschillende goederen, zoals voertuigen, voorraden, machines, maar ook op (geld)vorderingen die de pandgever heeft op derden (debiteuren van de pandgever). Een pandrecht op vorderingen kan stil of openbaar gevestigd worden door middel van een akte (art. 3:239 lid 1 BW). «Stil» betekent dat de vestiging van de verpanding van de vordering niet wordt meegedeeld aan de debiteur van de pandgever. Wanneer de pandnemer wil dat aan hem wordt betaald, moet het pandrecht wel worden meegedeeld aan de debiteur. Voor het overdragen of verpanden van vorderingen is voldoende dat de desbetreffende akte zodanige gegevens bevat dat, eventueel achteraf, aan de hand daarvan kan worden vastgesteld om welke vorderingen van de pandgever op derden (zijn debiteuren) het gaat (vaste rechtspraak van de Hoge Raad, vgl. NJ 2001/662). Dit betekent dat de namen van de derden niet in de akte hoeven te staan. Voordat de verzamel-pandakte haar intrede deed, werden vorderingen ook al (stil) verpand. Dit kunnen toekomstige vorderingen zijn. Een volmacht is een overeenkomst waarbij iemand aan een ander de bevoegdheid geeft voor hem en in zijn naam op te treden. Bij een verzamel-

pandakte verleent de kredietnemer/pandgever aan de bank een onherroepelijke volmacht om zijn vorderingen op derden aan zichzelf te verpanden tot zekerheid voor hetgeen hij uit hoofde van de kredietovereenkomst met de bank aan die bank is verschuldigd. Door deze volmacht wordt de bank tegelijk pandgever en pandnemer. Hetgeen voortvloeit uit de volmacht kan niet worden herroepen zodat er niets aan te veranderen valt. Hierdoor kan de bank met één enkele pandakte een pandrecht vestigen op alle vorderingen die voor verpanding in aanmerking komen van vrijwel al haar kredietnemers. Door de dagelijkse registratie van deze «verzamel pandakte» komen ook de vorderingen die op de afgelopen dag zijn ontstaan tussen de kredietnemer en een debiteur onder de werking van de pandakte. In 2012 oordeelde de Hoge Raad dat een onherroepelijk volmachtbeding in de algemene voorwaarden van een bank niet onredelijk bezwarend is (NJ 2012/261; ECLI:NL:HR:2012:BT6947) mede omdat het gaat om een kredietovereenkomst tussen een bank en een zakelijke cliënt. De Hoge Raad heeft verder overwogen dat de verzamel pandakte-figuur in het belang is van een vlot functionerend kredietverkeer en dat concurrente schuldeisers in indirecte zin zijn gebaat bij deze figuur omdat financiering van bedrijven door banken wordt bevorderd zodat kredieten ruimer kunnen worden verleend. Van misbruik van onherroepelijke volmacht is dus geen sprake.

Vraag 6

Wat zijn de redenen geweest om banken een sterkere positie te gunnen bij bijvoorbeeld een faillissement dan andere crediteuren? Waarom zijn of worden er geen wettelijke maatregelen getroffen teneinde de gevolgen daarvan recht te trekken?

Antwoord 6

De positie van zekerheidsgerechtigde crediteuren in faillissement is toegelicht bij de beantwoording van de voorgaande vragen. Iedere schuldeiser kan een pandrecht bedingen. Kredietverstrekkers hebben het recht om zich in te dekken tegen schade als een kredietnemer niet kan terugbetalen en doen dat door middel van het vestigen van zekerheidsrechten. Bij het verschaffen van krediet is het indekken door middel van een zekerheidsrecht tegen het risico op niet terugbetalen efficiënt omdat kredietverstrekkers anders hogere kosten in rekening zullen brengen voor het verstrekken van krediet. Op deze manier kunnen kredieten ruimer worden verleend (zie ook het antwoord op vraag 10).

Vraag 7 en 8

Waarom publiceren banken geen gegevens over de zogenoemde recoveryrate en dus over de vraag hoe zij eruit springen in Nederlandse situaties of in situaties waarin de debiteur insolvent is? Klopt het dat deze gegevens er wel zijn, maar zonder rechtsgrond worden achtergehouden? Kunt u uw antwoord uitgebreid toelichten?

Klopt het dat dit verhaalspercentage voor banken in Nederland ongeveer 89,3% inhoudt en dat dit dus betekent dat zij in geval van een faillissement van een klant 89,3% van hun krediet, rente en kosten kunnen terugkrijgen? Zo nee, is dit percentage inmiddels hoger, lager of gelijk gebleven? Kunt u uw antwoord toelichten en aangeven wat dit betekent voor andere crediteuren?

Antwoord 7 en 8

De recovery rate, ook wel verhaalspercentage, is het percentage dat een schuldeiser in een faillissement uiteindelijk betaald krijgt op zijn vordering. Een hoge recovery rate voor kredietverstrekkers is efficiënt omdat daardoor tegen een lage rente krediet kan worden verschaft. Zoals gezegd, zullen banken geen krediet verstrekken zonder afdoende zekerheidsstelling. Dat blijkt ook uit een artikel dat Kortmann zelf aanhaalt in zijn rede, waarin wordt ingegaan op het verband tussen de mogelijkheid om roerende zaken als onderpand te gebruiken en de toegang tot kredietfaciliteiten.² Banken hebben uiteraard cijfers over hun voorzieningen (balans) beschikbaar. Die gegevens moeten zij ook verstrekken aan de toezichthouder. Banken zijn echter niet

² Charles W. Calomiris, Mauricio Larrain, José Liberti en Jason Sturgess, *How collateral laws shape lending and sectoral activity*, *Journal of Financial Economics* 123 (2017) 163–188.

verplicht cijfers over de recovery rates in faillissementen te delen of te publiceren. Het onderzoeksrapport «Doing business 2017» van de Wereldbank waar Kortmann naar verwijst in voetnoot 7 van zijn rede, is gebaseerd op een fictieve casus. In die casus was het uitgangspunt dat de hoogte van het krediet gelijk is aan de marktwaarde van het onderpand. De recovery rate is dan per definitie hoog omdat het onderpand de lening volledig dekt. De waarde van een onderpand is in de praktijk echter veel lager dan het bedrag van de vordering. Om de recovery rate van banken goed te kunnen onderzoeken, is dus meer nodig dan een fictieve casus waarbij het krediet gelijk is aan de marktwaarde van het onderpand. In de landen waar de efficiëntie van het insolventiesysteem hoog is, kan een ondernemer eenvoudig aan financiering komen. In Nederland is het insolventiesysteem zeer efficiënt en kunnen banken hun pandrechten uitwinnen zonder dat daarvoor de tussenkomst van een rechter nodig is. In andere landen kunnen banken onderpand alleen in nationale insolventieprocedures uitwinnen die soms traag en onvoorspelbaar zijn. In een nieuw richtlijnvoorstel beoogt de Europese Commissie daarom te bereiken dat in alle lidstaten banken de mogelijkheid krijgen om versneld en buiten de rechter om zekerheidsrechten uit te winnen. Ik wijs u op het fiche over maatregelen inzake niet-presterende leningen dat eind april aan Uw Kamer is toegestuurd en het daarin genoemde voorstel voor een richtlijn van het Europees parlement en de Raad betreffende kredietbeheerders, kredietkopers en uitwinnen van onderpand (Kamerstukken II 2017/18, 22 112, nr. 2550).

Vraag 9 en 10

Waarom is bij het rechtsvergelijkend onderzoek naar de positie van de pand- en hypotheekhouder tijdens het faillissement niet gekeken naar de positie van banken in het geval van een Nederlands faillissement in vergelijking tot andere landen, ondanks dat de bekendmaking van de hiervoor genoemde 89,3% afkomstig is van de universiteit waar betreffende onderzoekers aan verbonden zijn?³ Indien deze gegevens niet voorhanden waren, waarom is de Tweede Kamer hier niet separaat over geïnformeerd?

In hoeverre wordt de bevoorrechte positie van banken of het verhaalspercentage binnen en buiten het faillissement steeds sterker in de toekomst? Bent u bereid dit te voorkomen? Welke plannen liggen hierover op tafel en wat zijn de gevolgen daarvan voor zowel de positie van banken als andere crediteuren bij een faillissement?

Antwoord 9 en 10

Binnen het wetgevingsprogramma herijking faillissementsrecht wordt in overleg met de klankbordgroep (zie het antwoord op de vragen 2 en⁴ gekeken naar de positie van de verschillende betrokkenen bij een faillissement, waaronder de crediteuren met een pand- of hypotheekrecht (banken). In dat kader wordt gewerkt aan een wetsvoorstel om de doelmatigheid van de faillissementsprocedure te bevorderen. Het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht van de Radboud Universiteit heeft in opdracht van mijn voorganger het *rechtsvergelijkend* onderzoek «De positie van pand- en hypotheekhouder tijdens faillissement» uitgevoerd. De positie van pand- en hypotheekhouders in faillissement in de rechtsstelsels van België, Frankrijk, Engeland, Duitsland en Oostenrijk is vergeleken. Het betreft een puur juridisch onderzoek (Vgl. Kamerstukken II 2016/17, Ahangsel Handelingen, nrs. 545 en 815 die aan dit rechtsvergelijkende onderzoek ten grondslag liggen). Het verhaalspercentage waar Kortmann naar verwijst, is afkomstig uit een economisch onderzoek, zoals blijkt uit de beantwoording van de vragen 7 en 8. Een verwijzing in een rechtsvergelijkend onderzoek naar een economisch onderzoek ligt niet voor de hand omdat het twee verschillende disciplines betreft. Het informeren van uw Kamer over het economisch onderzoek is niet aan de orde omdat het niet is uitgevoerd in opdracht van het kabinet.

Aan de klankbordgroep is gevraagd hoe de doelmatigheid van de faillissementsprocedure kan worden bevorderd. Aan de hand van ervaringen van

³ <https://www.rijksoverheid.nl/binaries/rijksoverheid/documenten/rapporten/2017/12/19/tk-bijlage-de-positie-van-pand-en-hypotheekhouder-tijdens-faillissement/tk-bijlage-de-positie-van-pand-en-hypotheekhouder-tijdens-faillissement.pdf>

⁴ <https://www.rijksoverheid.nl/binaries/rijksoverheid/documenten/rapporten/2017/12/19/tk-bijlage-de-positie-van-pand-en-hypotheekhouder-tijdens-faillissement/tk-bijlage-de-positie-van-pand-en-hypotheekhouder-tijdens-faillissement.pdf>

belangenvertegenwoordigers in de praktijk zal opnieuw met de klankbordgroep worden gekeken naar de positie van de verschillende betrokkenen bij een faillissement, waaronder banken met een pand- of hypotheekrecht. Na het overleg met de klankbordgroep zal ik u via de voortgangsbrieven van het programma herijking faillissementsrecht verder informeren.