

**EINDRAPPORT
MDW-WERKGROEP MODERNISERING
FAILLISSEMENTSRECHT
TWEEDE FASE**

Oktober 2001

Eindrapport van de MDW-werkgroep modernisering faillissementsrecht (tweede fase)

De werkgroep bestond uit vertegenwoordigers van de direct betrokken Departmenten en een externe voorzitter, te weten:

voorzitter

prof. mr. M.J.G.C. Raaijmakers (KUB)

leden

mr. E.J. Arkenbout (Justitie, vanaf 1.1.2001)

mr. G. van Atteveld (Sociale Zaken)

mr. drs. A.J. Berends (Financiën, tot 1.1.2001; Justitie)

mw. mr. drs. J.S.H. de la Bursi-Franssen (Economische Zaken, Secretaris vanaf 1.7.2001)

A. van Eijsden (Financiën)

mr. W. Helmink (Economische Zaken, vanaf 1.12.2000)

mr. G. Lankhorst (Justitie, Secretaris)

mr. L.A.G. Moelker (Financiën, tot 1.1.2001)

drs. W.A. Oskam (Economische Zaken, tot 1.1.2001)

drs. P.M. Waasdorp (Economische Zaken, Secretaris tot 1.7.2001)

0. Samenvatting	5
1. Inleiding	11
1.1 MDW project modernisering faillissementsrecht	11
1.2 De twee fasen van het MDW-project modernisering faillissementsrecht	14
1.3 Het Nederlandse insolventierecht als onderdeel van sociaal economische ordening	15
2. Aanpak en terreinverkenning	18
2.1 Fundamenten ongewijzigd	18
2.2 Wetgevingsprogramma	18
2.3 Wettelijke adviescommissie insolventierecht	19
2.4 Samenhang met reeds aanhangige voorstellen en internationale ontwikkelingen	21
2.4.1 Nederlandse wetgeving	21
2.4.1.1 Wetsvoorstel 27 244 (bevordering effectiviteit surséance en faillissement)	21
2.4.1.2 Schuldsanering natuurlijke personen	23
2.4.1.3 Wetsvoorstel 27 199 (vereenvoudigde afwikkeling van faillissementen)	23
2.4.2 Europese regels; algemeen	24
2.4.2.1 Richtlijnen inzake werknemersbescherming	24
2.4.2.2 EG-Insolventieverordening	25
2.4.2.3 Richtlijnen inzake financiële zekerheidsovereenkomsten en finaliteit	26
2.4.2.4 Waarborgfondsen	27
2.4.3 Andere internationale ontwikkelingen	27
3. Aanbevelingen omtrent de werking van faillissement en surséance	28
3.1 Doelstellingen van het insolventierecht	28
3.2 Integratie van insolventieprocedures	29
3.3 Tijdigheid van aanvragen van insolventieprocedures	31
3.3.1 Enkele overwegingen aangaande misbruik(baarheid) van insolventieprocedures	32
3.3.2 De rol van informatieplichten in de huidige praktijk	33
3.3.3 De rol van het bestuur van de rechtspersoon	35
4. Vernieuwde regeling van faillissement en surséance en de positie van bepaalde groepen schuldeisers	36
4.1 Voorrechten van fiscus en Lisv en bijzonder verhaalsrecht (bodem(voor)recht)	36
4.2 Positie werknemers en Lisv in surséance	39
4.3 Leverantie- en kredietovereenkomsten	41
4.4 Voorwaarden voor en effecten van de verlening van faciliteiten in surséance	42
5. Technische verbeteringen	44
5.1 Werkingssfeer	44
5.2 Boedelschulden	44
5.3 Afkoelingsperiode	46
5.4 Akkoordbepalingen	47
5.5 Deformalisering	49

6. De rolverdeling in een insolventieprocedure	53
6.1 De positie van het rechterlijk apparaat	53
6.2 De positie van curatoren en bewindvoerders	56
6.3 De positie van de schuldeisers	57
7. Flankerend beleid	60
7.1 Preventieve maatregelen	60
7.2 Bevordering minnelijke oplossingen	62
7.3 Destigmatisering	63

0. Samenvatting

De aanpak

1. De modernisering van het Nederlandse faillissementsrecht in het kader van de operatie Marktwerking, Deregulering en Wetgevingskwaliteit verloopt in twee fasen. Vraag was of de Faillissementswet optimaal functioneert, in het bijzonder wat betreft het vermogen om reorganisatie te bewerkstelligen van bedrijven in moeilijkheden. In de eerste fase adviseerde een door het kabinet in het voorjaar van 1999 ingestelde MDW-werkgroep, na een 'quick scan' en consultatie van een aantal deskundigen en betrokken belangengroeperingen, tot een eerste reeks van wijzigingen van de Faillissementswet die geen nader onderzoek vergden en naar werd aangenomen niet een controversieel karakter hadden. Het kabinet volgde deze adviezen en diende Wetsvoorstel 27 244 in tot wijziging van de Faillissementswet dat vooral strekt tot verbetering van de effectiviteit van de surséance.
2. In januari 2000 stelde het kabinet een deels gewijzigde MDW-werkgroep in met de opdracht aandacht te besteden aan onderwerpen waarvoor meer diepgaand onderzoek nodig was om voorstellen te ontwikkelen voor meer vergaande wijzigingen in het insolventierecht. Daarbij vroeg het Kabinet aandacht voor onderwerpen die de positie van kapitaalverschaffers, leveranciers, personeel en preferente schuldeisers raken en voor recente ervaringen in het buitenland. Tevens verzocht het Kabinet rekening te houden met het ingediende wetsvoorstel 27 244. In februari 2001 publiceerde de werkgroep een discussiememorandum 'Nadere herziening van het Nederlandse insolventierecht', waarin een aantal gerichte vragen werd voorgelegd met de uitnodiging via een website (www.mdw.ez.nl) aan het debat deel te nemen. Een aantal organisaties en deskundigen heeft deelgenomen aan hoorzittingen in mei 2001 en heeft daar de standpunten toegelicht.

De context

3. Ingebed in het algemene privaatrecht beschermt het insolventierecht wettelijke en contractuele rechten van vermogens- en kredietverschaffers en anderen die aanspraken kunnen doen gelden jegens hun insolvente debiteur. De Faillissementswet is bepalend voor verhaalsmogelijkheden van schuldeisers ingeval van betalingsonmacht en aldus voor de risicoanalyse van financiers en leveranciers. Met het oog op het vereiste vertrouwen in het maatschappelijk verkeer dient de wet ook primair gericht te blijven op voldoening van schuldeisers. Het insolventierecht is daarnaast een belangrijk onderdeel van het juridisch en economisch ordeningssysteem. Het heeft invloed op begeleiden, voorkomen, oplossen, maar ook afwikkelen van in financiële problemen geraakte ondernemingen. Slechten van barrières en verscherpte mededinging leiden ook tot scherpere concurrentie en bijgevolg tot toename van insolventies van niet concurrerende bedrijven. Van belang in een ondernemende samenleving is dat vrijkomende productiefactoren weer voor nieuwe bedrijvigheid moeten kunnen worden aangewend door middel van reorganisaties in de vorm van her- en doorstart en dat de ervaring van gefailleerde ondernemers opnieuw en positief moet kunnen worden aangewend.
4. Het is echter niet de insolventie als zodanig die teruggedrongen moet worden. Insolventies zijn van alle tijden, zijn onvermijdelijk in een systeem waar de marktwerking overheerst, en zijn zelfs af en toe nodig voor het behoud van de kwaliteit van de markt. Marktwerking betekent ook zelfredzaamheid: slechts de sterkeren kunnen overleven. Het is niet de inzet van de werkgroep geweest om door wetgeving koste wat het kost allerlei

bedrijven overeind te houden, die niet op eigen kracht de concurrentiestrijd kunnen overleven.

5. Er is in het insolventierecht, zeker waar het ondernemingen betreft, een sterke samenhang met internationale ontwikkelingen. De Europese Insolventieverordening van 29 mei 2000 is daarvan een belangrijk voorbeeld. Denkbaar is dat hierdoor een Nederlandse surséance wordt omgezet in een faillissement indien de curator in de Europese hoofdprocedure daarom verzoekt, of dat een Nederlands faillissement wordt geschorst na een verzoek vanuit een andere lidstaat. Het is onvermijdelijk dat dit een Nederlandse doorstart zou kunnen doorkruisen. Van groot belang is verder wetsvoorstel 27 469 tot uitvoering van de wijziging van de Europese richtlijn inzake de werknemersbescherming bij overgang van ondernemingen. Lidstaten dienen maatregelen te nemen om te voorkomen dat faillissementen worden gebruikt om de werknemersbescherming te omzeilen. Nederland heeft dit geïmplementeerd door te bepalen dat de sanctie op misbruik van de faillissementsaanvraag toepassing is van werknemersbescherming buiten faillissement. Dergelijke ontwikkelingen bieden enerzijds grensoverschrijdende mogelijkheden tot vernieuwing, maar scheppen anderzijds ook beperkingen voor de speelruimte die de nationale wetgever heeft. Bij het uitvoeren van een wetgevingsprogramma adviseert de werkgroep de internationale ontwikkelingen en die in het buitenland nauw te betrekken en in het algemeen een visie te formuleren omtrent de rol die de Europese Gemeenschap in die ontwikkelingen dient te spelen

Het wetgevingsprogramma

6. De werkgroep adviseert om een doel- en resultaatgericht programma van wetgeving op te stellen. Dat betekent niet dat alle ingediende wetsvoorstellen zouden moeten worden ingetrokken en vervangen door een geheel nieuw voorstel voor een Insolventiewet. Een integrale herziening van de Faillissementswet vevat in een enkel wetgevingstraject heeft als doorslaggevend nadeel dat voorstellen die niet op weerstand stuiten en waaraan grote behoefte bestaat, niet binnen een aanvaardbaar tijdbestek kunnen worden afgerond. De onderlinge samenhang van deze onderwerpen wordt benadrukt, maar voorkomen moet worden dat geen individueel wetsvoorstel kan worden gerealiseerd buiten aanvaarding van alle andere onderwerpen. De regering dient een agenda en tijdsplanning op te stellen om daarmee vast te leggen in welk tempo en in welke volgorde de afzonderlijke onderwerpen behandeld zullen worden. Aanbevolen wordt de op te stellen wetgeving binnen een periode van twee jaar na de vaststelling van het regeringsstandpunt bij de Tweede Kamer in te dienen. De Minister van Justitie moet bij dit wetgevingsprogramma worden ondersteund door de bijstand van een adviescommissie insolventierecht.
7. De werkgroep adviseert om de behandeling van wetsvoorstel 27 244, ondanks de kritiek die daarop is uitgeoefend, met voortvarendheid door te zetten, aangezien het voorstel tot modernisering van de surséance is te bezien als essentieel onderdeel van het wetgevingsprogramma. Om de voortgang in behandeling niet te belemmeren wordt geadviseerd om de regeling betreffende het ge- en verbruiksrecht daarvan af te zonderen en te behandelen in een later stadium van het wetgevingstraject. Een deel van de navolgende aanbevelingen strekt ertoe de werking van de surséance verder te verbeteren. Ook wetsvoorstel 27 199, waarin de vereenvoudigde afwikkeling van faillissementen wordt geregeld, past goed in het streven naar een meer flexibele en moderne Faillissementswet, en dient daarom als voorbeeld van een “insolventierecht op maat” zo spoedig mogelijk in werking te treden.

De knelpunten

8. De grens tussen faillissement (volgens het wettelijk systeem gericht op liquidatie) en surséance (gericht op herstel) blijkt in de praktijk minder scherp dan in theorie. Faillissement wordt ook gebruikt voor reorganisatie van ondernemingen (of delen daarvan) door middel van 'doorstart'. Surséance eindigt veelal in faillissement. De werkgroep wil, voortbouwend op de reeds aanhangige voorstellen, (a) de saneringsfunctie van faillissement transparanter maken en (b) het recht van de debiteur uitstel van betaling te verkrijgen zodanig herzien dat die aanvraag slechts dan zal worden gehonoreerd indien aannemelijk is dat de schuldeisers na verloop van tijd worden bevredigd en aantoonbaar uitzicht bestaat op herstel. Aldus zal surséance zich opnieuw duidelijk van faillissement onderscheiden als een recht van de debiteur en zullen de verscherpte eisen een einde maken aan de huidige praktijk dat surséance vaak na korte tijd uitmondt in een faillissement.
9. Faillissement en surséance worden te laat aangevraagd. Dit lijkt mede te worden veroorzaakt door het (noodzakelijke) ondernemersoptimisme, het ontbreken van adequate prikkels tot tijdige aanvraag en door de gebrekkige informatieplicht van de debiteur, met het oog op de door de rechter te maken beoordeling of de juiste procedure is aangevraagd. Ook maatstaven voor de beoordeling van de tijdigheid van de aanvraag ontbreken. In de praktijk brengt het aanvragen van insolventie *per se* het voortbestaan van een onderneming (verder) in gevaar. Wat de surséance betreft staat daar tegenover dat in een gemoderniseerde regeling het gevaar vermindert dat na bekendmaking van de surséance deze gaat werken als een 'self fulfilling prophecy'.
10. De recovery rates van met name de concurrente crediteuren zijn laag. Door het toenemende aantal boedelschulden enerzijds en door de sterke rechtspositie van fiscus, andere preferenten en van geseceerde schuldeisers anderzijds blijft er vaak voor hen in de boedel niets ter verdeling over. De geringe betrokkenheid van deze schuldeisers bij de afwikkeling kan dan niet verbazen. Een systeem dat het reorganiserende vermogen van ondernemingen in betalingsmoeilijkheden bevordert, zou ook tot een herschikking moeten leiden van deze onderlinge grote verschillen in rechtspositie.
11. Behoud van werkgelegenheid is vaak slechts mogelijk als de kosten voor boventallig geworden personeel op voortvarende wijze kunnen worden gesaneerd. Indien in een faillissementssituatie wordt doorgestart, bestaat die mogelijkheid zolang geen misbruik wordt gemaakt van de aanvraag, dat wil zeggen met als voornaamste doel de werknemersbescherming te omzeilen. In surséance geldt de werknemersbescherming wel. De ondernemer moet niet zijn kansen op een doorstart via de surséance belemmerd zien op de enkele grond dat de kosten voor boventallig personeel niet te dragen zijn. Dat zou strijden met de wens tot behoud van werkgelegenheid in de door te starten onderneming. Anderzijds dienen overlevingskansen niet kunstmatig te zijn

De Aanbevelingen

Algemeen/doelstellingen van de wet.

12. In de rechtspraak van de Hoge Raad is, sporend met gewijzigde maatschappelijke opvattingen, erkend dat de faillissementscurator ook andere belangen, daaronder die van werknemers, in de vervulling van de hem opgedragen taken mag betrekken. Welke andere maatschappelijke belangen dat precies zijn, en of daartussen een onderlinge rangorde valt aan te brengen, blijft onduidelijk. De werkgroep beveelt aan de doelstellingen van de wet te verduidelijken;

13. Het is wenselijk dat de wet zelf uitdrukkelijk bepaalt welke natuurlijke en rechtspersonen, gemeenschappen en publiekrechtelijke lichamen (waaronder zbo's, kerkgenootschappen) onder de werking van de wet vallen;
14. In plaats van ieder detail in de Faillissementswet zelf te regelen kan – zoals bijvoorbeeld in artikel 285 Fw in het kader van de model-schuldsaneringsaanvraag is gedaan – meer gebruik worden gemaakt van praktijkmodellen die in goed overleg tussen de betrokkenen (Recofa, Insolad, NVB etc.) worden opgesteld. Dit maakt de faillissementsregelgeving moderner en flexibeler. Onderzoek is wenselijk naar de mogelijkheden om onderdelen van de Faillissementswet op partijniveau te regelen. De afwikkeling van een insolvente boedel geschiedt nu eenmaal primair in het belang van de schuldeisers;

Technische verbeteringen.

15. Een verdergaande afkoelingsperiode dan voorgesteld in wetsvoorstel 27 244 beveelt de Werkgroep niet aan. Wel benadrukt hij het grote belang van een serieuze mogelijkheid voor een curator die de overlevingskansen van een onderneming wil onderzoeken om gedurende een niet al te korte periode een “stand still” af te dwingen ten opzichte van de schuldeisers. De huidige regeling in artikel 63a Fw is daartoe niet in alle gevallen voldoende;
16. Het huidige faillissementsprocesrecht is niet meer in alle opzichten bij de tijd en behoeft modernisering. Het is de werkgroep opgevallen dat herzieningsvoorstellen in het faillissementsrecht grotendeels zijn gericht op het materiële recht, terwijl toch ook in het formele recht veel winst te behalen valt. Dat betekent een aanpak langs twee lijnen, namelijk het schrappen op onderdelen van procedureregels, alsmede het buiten toepassing verklaren daarvan in specifieke gevallen. De werkgroep wil toe naar een “insolventierecht op maat”, dat wil zeggen dat de procedure en de afwikkeling varieert afhankelijk van het soort zaak, de schuldeisers en de boedel;
17. De werkgroep adviseert om de regeling voor surséances waarbij zeer veel schuldeisers zijn betrokken, ook voor faillissementen in te voeren. Daarbij kan de geldende grens van het minimum aantal schuldeisers worden verlaagd;

Kernaanbevelingen.

18. Er is behoefte aan een “early warning” systeem dat bestuurders – afgezien van de geldende aansprakelijkheidsbepalingen – prikkelt om op een tijdig moment betalingsonmacht te melden, bijvoorbeeld bij het handelsregister. Het openbaar worden van de betalingsonmacht via dit register vormt een rem op “doormodderen”. Deze meldingsplicht sluit aan bij de geldende meldingsplicht van betalingsonmacht jegens de fiscus ingevolge de Invorderingswet. Verder onderzoek is nodig naar het juiste criterium voor betalingsonmacht. De verwachting is dat de praktijk zich op een vroeger en beter gedocumenteerde aanvraag instelt. Verwacht mag worden dat de adviespraktijk daartoe de nodige procedures en modellen zal ontwikkelen;
19. Met het oog op het bevorderen van de efficiency van de surséance is het gewenst dat de bevoegdheid om te oordelen of de termijn die een kredietinstelling hanteert bij het beëindigen van de overeenkomst in strijd is met de redelijkheid en billijkheid, toekomt aan de rechtbank die beslist op een surséance-aanvraag dan wel, indien surséance reeds is verleend, aan de rechter-commissaris. De rechter houdt daarbij rekening met het kredietrisico van de kredietinstelling, de naar aanleiding van de relatie tussen de kredietinstelling en de debiteur opgewekte verwachtingen, belangen van derden en toekomstperspectieven van de debiteur. De bevoegdheid voor de rechter-commissaris

bestaat thans nog niet. Het verzoek om prolongatie van de overeenkomst dient deugdelijk gemotiveerd te zijn, teneinde te voorkomen dat het lichtvaardig wordt ingediend. Tevens is het gewenst dat de rechter kan verplichten om de leverantie-overeenkomst voort te zetten. Leveranciers mogen voor hun nieuwe leveranties contante betaling of anderszins zekerheden verlangen;

20. De werkgroep adviseert om de behandeling van wetsvoorstel 22 942 inzake de voorrechten en het fiscale bodemrecht met spoed en voorrang voort te zetten. De argumenten waarmee ooit het fiscale voorrecht en het bodemrecht werden gerechtvaardigd, kunnen thans niet zonder meer overtuigen. Ook de vanzelfsprekendheid van de gelijkschakeling van het Lisv met de fiscus moet, gelet op het verschillende karakter van belastingheffing en sociale verzekering, aan de orde komen. De budgettaire consequenties van afschaffing dienen in een nieuwe regeerperiode onder ogen te worden gezien. Indien de budgettaire consequenties van afschaffing op politiek niveau prohibitief zouden worden beoordeeld, wordt subsidair aanbevolen het bodem(voor)recht te vervangen door een ander systeem van securering, namelijk het door Van Mierlo geformuleerde alternatief van een wettelijk pandrecht, gecombineerd met een beperkter omschreven toepassingsbereik van het bodemrecht en een geleidelijke reductie van het opbrengstpercentage zoals door De Liagre Bohl voorgesteld. Het bodem(voor)recht is immers te gevoelig gebleken voor ontwijkconstructies. De vertegenwoordigers van de ministeries van Financiën en Sociale Zaken en Werkgelegenheid delen het standpunt van de andere werkgroepleden op het punt van voorrecht en bodem(voor)recht niet. Zij menen dat om reden van het budgettaire belang het voorrecht en het verhaalsrecht van de fiscus en voor de Lisv niet kan worden gemist.
21. Om de voortgang in behandeling van wetsvoorstel 27 244 niet te belemmeren wordt geadviseerd om de regeling betreffende het ge- en verbruiksrecht daarin te schrappen en dit onderwerp in een later stadium van het wetgevingstraject ter hand te nemen;
22. De arbeidsmarkttoets die thans nog door de RDA wordt uitgevoerd zou vanuit een oogpunt van efficiency van de surséance en concentratie in de beoordeling moeten worden overgeheveld naar de rechter die oordeelt over de aanvraag tot surseance. Deze kan dan een collectief ontslag in het kader van het bij de aanvraag van surséance in te dienen saneringsplan beoordelen. Artikel 62 Werkloosheidswet dient ook in surseance toepasselijk te worden gemaakt in de zin dat ook surséance als 'betalingsonmacht' kan gelden indien het voortbestaan van de onderneming in gevaar wordt gebracht door de loonkosten gedurende de opzegtermijn van boventallig geworden personeel. De rechtbank wordt bevoegd te bepalen of en in welke mate een regresvordering van het Lisv op de sursiet ontstaat, teneinde te voorkomen dat de financiering van de voortzetting alsnog in gevaar komt of te enen male onmogelijk is;
23. De bepalingen inzake het akkoord kunnen meer worden geënt op de bepalingen van de schuldsaneringsregeling, teneinde de mogelijkheden van voortzetting te vergroten. Een regeling waarbij afhankelijk van de boedel ook de preferenten aan een akkoord gebonden worden, of kunnen worden, zal leiden tot een hogere recovery rate voor de concurrente schuldeisers en zal de continuering van een onderneming via een akkoord kunnen vergemakkelijken;
24. De werkgroep beveelt aan om het criterium van een boedelschuld in de wet vast te leggen. Dit strekt ertoe de toename op grond van de rechtspraak van deze hoeveelheid superpreferente schulden te beteugelen. Dat geldt met name voor het "toedoen"-criterium. Curatoren en bewindvoerders moeten meer en tijdig aandacht besteden aan de behandeling van voorlopige en ambtshalve aanslagen van de fiscus (loonbelasting, omzetbelasting, inkomstenbelasting, vennootschapsbelasting) en van de

uitvoeringsinstellingen, teneinde te voorkomen dat deze aanslagen te hoog worden opgelegd;

De actoren.

25. Vanuit de gedachte dat de afwikkeling primair geschiedt in het belang van de schuldeisers beveelt de werkgroep aan om de participatie te stimuleren door de huidige regeling van de commissie van schuldeisers nieuw leven in te blazen. De vrijblijvendheid van benoeming is nu te groot. Deze commissie zou bijvoorbeeld de controle van de periodieke rapportage door de curator op zich kunnen nemen. Dit kan de rechter ontlasten, en tegelijk voor meer economische inbreng in de procedure zorgen en evenzeer de transparantie en integriteit bevorderen;
26. De voorstellen van de werkgroep leiden tot een toename van het aantal rechterlijke toezicht-, advies- en beslistaken en daarmee van de werkdruk van de rechterlijke macht. Onzeker is of daarvoor binnen de rechterlijke macht voldoende capaciteit, zowel qua menskracht als qua budget, aanwezig is. De regering dient daarom rekening te houden met alternatieve oplossingen. Om de mogelijkheden van herpositionering van een deel van deze taken goed in kaart te brengen, is nader onderzoek nodig. Een goed toegeruste “back-office” is hoe dan ook essentieel;
27. Indien wordt gekozen voor verdere specialisatie van de rechterlijke macht, beveelt de werkgroep een langere roulatietermijn aan voor rechters-commissarissen. De professionaliteit en efficiency kunnen verder worden verhoogd door concentratie te bewerkstelligen van faillissements- en surséancezaken bij enkele nader te bepalen rechtbanken. Er moet door rechters meer gebruik worden gemaakt van middelen om economische expertise te betrekken bij de behandeling van insolventiezaken en overwogen dient te worden of niet ook, zoals het geval is voor de Ondernemingskamer, leken-deskundigen kunnen worden benoemd tot lid van de faillissementskamer;
28. De MDW-werkgroep beveelt aan om een pool van deskundigen samen te stellen waarin ook anderen dan advocaten (bedrijfseconomen) raadpleegbaar zijn door de rechterlijke macht. Er moet door curatoren worden gewezen op het klachtrecht. Curatoren en rechters dienen de voortgang te bewaken bij de behandeling van insolventiezaken;

Flankerend beleid.

29. Faillissementsrecht is praktijkrecht, en met regelgeving alleen kunnen de beoogde doelstellingen niet worden behaald. De werkgroep dringt daarom aan op concrete en tijdige maatregelen bij wijze van flankerend beleid. Het gaat daarbij om tijdige informatieverstrekking aan ondernemers over hoe om te gaan met betalingsproblemen, onder meer door middel van helpdesks, voorlichting omtrent ondernemersvaardigheden en betere startersbegeleiding, bijvoorbeeld door de Kamers van Koophandel, alsmede bevordering van buitengerechtelijke oplossingen.

1. Inleiding

1.1 MDW-project modernisering faillissementsrecht

formeel kader van het project

In het bredere kader van de operatie Marktwerking, Deregulering en Wetgevingskwaliteit heeft het kabinet in het voorjaar van 1999 ook een werkgroep ingesteld met het oog op de modernisering van het Nederlandse faillissementsrecht. Het kabinet stelde in het MDW-project de vraag aan de orde of de Faillissementswet optimaal functioneert, in het bijzonder wat betreft vermogen om reorganisatie te bewerkstelligen van bedrijven in moeilijkheden.

beleidskader: de ondernemende samenleving

De MDW-operatie leidde reeds tot wijziging van ons systeem van economische ordening, zoals wat mededinging en vestigingseisen betreft. Het streven van het kabinet is de situatie op een aantal van die terreinen te verbeteren en te moderniseren¹ en ondernemerschap te bevorderen, mede in aansluiting op de doelstellingen van de EU-top van Lissabon (maart 2000). In 'De Ondernemende Samenleving'² wordt, alles gericht op een toename van het aantal ondernemers, starters en groeiers, aandacht besteed aan onderwerpen als opleiding en coaching van ondernemers bij de start en bij later optredende problemen van hun onderneming en schuldsanering van eenmansbedrijven. Slechten van barrières en verscherpte mededinging leiden ook tot scherpere concurrentie en bijgevolg tot toename van insolventies van niet concurrerende bedrijven. Van belang is dat vrijkomende productiefactoren weer voor nieuwe bedrijvigheid moeten kunnen worden aangewend door middel van her- en doorstart (waarbij herstart is te verstaan als voortzetting van de onderneming in dezelfde rechtspersoon en doorstart als liquidatie van de rechtspersoon met behoud (en verkoop) van de onderneming of delen daarvan) en dat de ervaring van gefailleerde ondernemers opnieuw en positief moet kunnen worden aangewend. De wet heeft invloed op de beslissing van personen om het risico te nemen om met inzet van hun persoon en vermogen een eigen onderneming te beginnen nu de wet bepaalt wat gebeurt met de persoon en diens vermogen als succes uitblijft. Door informatisering, internationalisering en individualisering ontstaat een meer 'ondernemende samenleving' en dat heeft ook invloed op het insolventierecht. Ondernemerschap mobiliseert persoonlijk initiatief en durf, bevordert de collectieve welvaart en maakt personen minder afhankelijk van overheid en anderen. Maar 'ondernemen' leidt uit zijn aard niet per definitie en niet steeds tot succes. Economische omstandigheden kunnen veranderen, innovatie kan markten achterhaald maken of fundamenteel veranderen. Persoonlijke lotgevallen kunnen een ondernemer tijdelijk of permanent ongeschikt maken zijn ondernemerschap voort te zetten. De grens tussen 'mislukking' en 'misbruik' is soms onduidelijk en de kwalificatie afhankelijk van het gezichtspunt van degene die deze maakt.

¹ Via een reeks van initiatieven beoogt het kabinet de kansen voor ondernemerschap in ons land te vergroten en belemmeringen weg te nemen of te verminderen, zoals wijziging en afschaffing van allerhande vestigings- en bekwaamheidseisen, deregulering, het verminderen van administratieve lasten, het ondersteunen van voorhoedeprojecten en het toegankelijker maken van stimulerings- en subsidieregelingen, fiscaal betere behandeling van starters en vernieuwers, ondersteuning van kredietverwerving door garanties, verbetering van onderwijs en opleiding gericht op ondernemerschap, aandacht in het kader van het grote stedenbeleid, hulp bij het betreden van buitenlandse markten, ondersteuning van regionale technostartersprojecten en het voorkomen van niet gerechtvaardigde kapitaalvernietiging.

² EZ (2000), *De ondernemende samenleving: meer kansen, minder belemmeringen voor ondernemerschap* (TK 1998/1999, 26736, nr. 1), Den Haag.

knelpunten en wensen

In praktijk- en wetenschappelijke analyses zijn vele punten van zorg en kritiek op de werking van het huidige Nederlandse insolventierecht naar voren gebracht. Deskundigen en belangengroepen hebben pleidooien gehouden voor grote of kleinere wijzigingen van het insolventierecht. Een inventarisatie van deze knelpunten en wensen levert het volgende (niet altijd coherente) beeld op:

- Een faillissement stigmatiseert; het staat in de weg aan mogelijkheden voor ondernemers om opnieuw te beginnen. De mogelijkheden om onderscheid te maken tussen fraude en mislukking zijn te gering.
- De doelstellingen van de Faillissementswet moeten worden verduidelijkt. In de huidige wet is onvoldoende duidelijk waarnaar curatoren, bewindvoerders en rechters-commissarissen dienen te handelen bij de vervulling van de hen opgedragen taken: behoud van de onderneming en werkgelegenheid, opbrengstmaximalisatie van de boedel ter voldoening van schuldeisers of een (door de wet) aangegeven combinatie van beide (zie ook HR 10 mei 1985, NJ 1985, 793 en HR 24 februari 1995, NJ 1996, 472).
- De grens tussen faillissement (volgens het wettelijk systeem gericht op liquidatie) en surséance (gericht op herstel) is in de praktijk vaag. Faillissement wordt ook gebruikt voor reorganisatie van ondernemingen (of delen daarvan) door middel van 'doorstart'. Surséance eindigt veelal in faillissement. Dit leidt tot de vraag of beide procedures (samen met de vereenvoudigde afwikkeling en de Wsnp-procedure) ineengevlochten moeten worden. Dit zou kunnen inhouden dat de rechter (ook tegen de wil van de aanvrager) een ander regime toepasselijk kan verklaren dan waarom is verzocht.
- De Faillissementswet bevat geen duidelijke regels voor doorstartprocedures, o.m. betreffende het beheer van en het toezicht op de voortgezette onderneming en de opbrengst maximalisatie (bijvoorbeeld in de vorm van een veilingplicht).
- Faillissement en surséance worden te laat aangevraagd. Dit lijkt mede te worden veroorzaakt door het ontbreken van adequate prikkels tot tijdige aanvraag en door de gebrekkig geregelde informatieplicht van de debiteur (mede met het oog op de door de rechter te maken beoordeling of de juiste procedure is aangevraagd). Ook maatstaven voor de beoordeling van de tijdigheid van de aanvraag ontbreken.
- Er bestaat slechts een gebrekkig inzicht in het (minnelijke) voortraject van insolventies en de wijzen waarop ondernemingen er (met hulp van financiers en/of andere derden) in slagen hun problemen op te lossen, als betrof het een 'stille curatele'. Er is sprake van 'informatie-asymmetrie' die een wezenlijke invloed heeft op de onderlinge posities van de onderscheiden groepen van crediteuren. Duidelijke normen voor buitengerechtelijke saneringen ('out of court settlements' of 'work outs') ontbreken.
- De mogelijkheden die een buitengerechtelijk akkoord of een door de rechter 'opgelegd' dwangakkoord thans bieden zijn beperkt.
- De inrichting van de insolventieprocedure, de mogelijkheid van verificatiegeschillen en andere geschillen en de complicaties die dit veroorzaakt, ook voor schuldeisers, leiden tot langdurige en kostbare procedures.
- De mogelijkheden tot sanering van personeelskosten door afvloeiing van boventallige werknemers zijn te beperkt. De 'doorstart' vanuit faillissement is op dit moment de gebruikelijke weg om sanering van personeelskosten te realiseren.
- Er is dringend behoefte aan verduidelijking welke verplichtingen als boedelkosten kunnen respectievelijk dienen te gelden.
- Opnieuw wordt aan de orde gesteld de (rechtvaardiging van) aard en omvang van de bevoorrechtiging van de fiscus (in het bijzonder het bodem(voor)recht) en van de

uitvoeringsinstanties sociale verzekeringen. In dit verband wordt ook genoemd de te hunnen opzichte geldende meldingsplicht van betalingsonmacht en de daaruit voortvloeiende asymmetrie van informatie. Die vraag dient te worden geplaatst tegen de achtergrond van de meer algemene behoefte aan heroverweging van bevoorrechtiging van schulden (tezamen met het bodem(voor)recht van de fiscus) en de uitwerking die bevoorrechtiging heeft op de 'recovery rate' voor concurrente crediteuren. De vraag is gesteld of dit stelsel niet moet worden herzien of zelfs geheel afgeschaft.

- De invloed die separate executie heeft op de going-concernwaarde, leidt tot de vraag of de curator niet de bevoegdheid moet krijgen om ter voorkoming daarvan zelf tot executie over te gaan.
- De positie van wederpartijen bij duurovereenkomsten en gevolgen van beëindiging daarvan in of voorafgaande aan insolventie is opnieuw aan de orde gesteld. De vraag is of de wet (verdere) voorzieningen dient te geven voor (verplichte) doorfinanciering respectievelijk doorlevering. Hierbij is in het bijzonder gewezen op de positie van dwangcrediteuren.
- Duidelijke (geharmoniseerde) normen ontbreken voor insolventies met een internationaal karakter. Na de inwerkingtreding van de EU Insolventieverordening op 31 mei 2002 geldt dit punt alleen met betrekking tot niet EU-lidstaten en Denemarken.
- Van vele zijden is gewezen op het grote belang van deskundigheid van, en specialisatie en interdisciplinaire samenwerking binnen de rechterlijke macht en, in mindere mate, de advocatuur. Op dit moment is de tendens dat belangrijke delen van de advocatuur zich terugtrekken uit de insolventiepraktijk. Er is te weinig interdisciplinaire samenwerking tussen rechterlijke macht, advocatuur en accountants, financieel-economische deskundigen en interim-managers.

Naast de hierboven opgesomde punten, waarover de werkgroep in het vervolg van dit rapport adviezen en voorstellen heeft opgenomen, zijn er enkele punten onder de aandacht van de werkgroep gebracht, waarvoor op dit moment nog geen concreet advies is geformuleerd:

- Specifieke regelingen ontbreken met betrekking tot insolventie van ondernemingen die in een groep met andere vennootschappen of rechtspersonen zijn verbonden. Het is de vraag of de wet daartoe niet bijzondere voorzieningen dient te bevatten.
- Stelplicht en bewijslast bij aantasting van paulianeuze rechtshandelingen zijn onvoldoende geregeld.

Voor deze twee punten stelt de werkgroep voor de in te stellen adviescommissie (zie paragraaf 2.3) te belasten met het beantwoorden van de vraag of, en zo ja in welke zin, deze onderwerpen nader geregeld kunnen worden.

Tot slot is tijdens de consultatieronde de mededinging in de bancaire sector aan de orde gesteld.

- Geconstateerd is dat het aantal aanbieders op de bancaire markt, vooral in vergelijking met andere landen zoals bijvoorbeeld de VS, relatief beperkt is hetgeen zijn weerslag zou kunnen hebben op de financiële mogelijkheden van (insolvente) ondernemingen.

Dit onderwerp, ofschoon het zeker implicaties heeft voor het insolventierecht, heeft de werkgroep beoordeeld als te ver bezijden het onderwerp van dit rapport om mede hierover te adviseren. Toch wil de werkgroep erop wijzen dat dit een onderwerp van aanzienlijk belang is voor het functioneren van de economie in het algemeen en ook van de insolventieprocedures.

1.2 De twee fasen van het MDW-project modernisering faillissementsrecht

de eerste fase

In de eerste fase adviseerde een door het kabinet ingestelde MDW-werkgroep, na een 'quick scan' en consultatie van een aantal deskundigen en betrokken belangengroeperingen, tot een eerste reeks van wijzigingen van de Faillissementswet die geen nader onderzoek vergden en naar werd aangenomen niet een controversieel karakter hadden. Het kabinet volgde deze adviezen en diende Wetsvoorstel 27 244 in tot wijziging van de Faillissementswet dat vooral strekt tot verbetering van de effectiviteit van de surséance. In de Toelichting bij het Wetsvoorstel wordt op verscheidene plaatsen verwezen naar de uitkomsten van verdere beraadslagingen en onderzoek in een volgende fase.

de opdracht voor de tweede fase

In januari 2000 stelde het kabinet een deels gewijzigde MDW-werkgroep (Tweede Fase) in met de opdracht aandacht te besteden aan onderwerpen waarvoor meer diepgaand onderzoek nodig was om voorstellen te ontwikkelen voor meer vergaande wijzigingen in het insolventierecht. Daarbij vroeg het Kabinet aandacht voor onderwerpen die de positie van kapitaalverschaffers, leveranciers, personeel en preferente schuldeisers raken en voor recente ervaringen in het buitenland. Tevens verzocht het Kabinet rekening te houden met de in de eerste fase bereikte conclusies en het ingediende wetsvoorstel 27 244. Daardoor kwam de werkgroep in de Tweede Fase te staan voor een aantal vragen omtrent de doelstellingen, grondslagen en basisstructuur van de Faillissementswet, de afweging en bepaling van de rechtspositie van direct betrokken belangengroepen, de wijze waarop de wet in de praktijk wordt toegepast, de wijze waarop op de naleving wordt toegezien en zijn maatschappelijke gevolgen. Een niet gering probleem bij de vervulling van de verleende opdracht was dat eerdere voorstellen, waaronder ook Wv 27 199 en 27 244, de discussie en daarmee het object van onderzoek al zeer sterk in beweging hadden gebracht. Schieten op bewegende en moeilijk definieerbare doelen is ook voor een MDW-werkgroep een lastige opgave.

taakopvatting van de werkgroep

De werkgroep heeft, kennisnemende van de vele kritiek en de gedane voorstellen, de opdracht zo verstaan dat hij het Kabinet dient te adviseren over de richting waarin en de wijze waarop het Nederlandse insolventierecht verder dient te worden ontwikkeld. De werkgroep inventariseerde de geuite wensen en knelpunten, voor zover niet reeds verwerkt in Wv 27 244. Behalve van de aanhangige wetsvoorstellen en de daaraan ten grondslag liggende analyses en de commentaren, gebruikte hij nader wetenschappelijk onderzoek door de Katholieke Universiteit Nijmegen en de Universiteit van Amsterdam³. Voortdurend heeft de werkgroep zich gerealiseerd dat de gesignaleerde problemen met betrekking tot de werking van het Nederlandse insolventierecht niet alleen betrekking hebben op de Faillissementswet als zodanig, maar zeer sterk worden beïnvloed door de werking van regels van het algemene privaatrecht, het arbeidsrecht, het belastingrecht en van sociaal-economisch ordeningsrecht. Deze heeft hij in zijn beraadslagingen en aanbevelingen betrokken.

het discussiememorandum

In februari 2001 publiceerde de werkgroep een discussiememorandum 'Nadere herziening van het Nederlandse insolventierecht', waarin nog geen stelling werd genomen,

³ A.W.A. Boot en J.E. Ligterink (2000), *De efficiëntie van de Nederlandse faillissementswetgeving*, Topics in Corporate Finance, nr. 3, 2000, Amsterdam Center for Corporate Finance.
Onderzoekscentrum Onderneming & Recht (2000), *De Efficiëntie van de Faillissementswet*, april 2001, Nijmegen.

maar een aantal gerichte vragen werd voorgelegd met de uitnodiging via een daartoe ingerichte website (www.mdw.ez.nl) aan het debat deel te nemen. Een aantal organisaties en deskundigen heeft deelgenomen aan hoorzittingen in mei 2001 en heeft daar de standpunten schriftelijk en mondeling toegelicht. De reacties, die zowel op Wv 27 244 als op het consultatiememorandum nogal verscheiden, zowel positief als negatief waren, zijn in een bijlage bij dit rapport opgenomen. Ook die reacties onderstrepen dat herziening van het insolventierecht niet slechts betrekking heeft op de Faillissementswet als zodanig, maar in vele opzichten ook op andere terreinen van wet- en regelgeving.

1.3 Het Nederlandse insolventierecht als onderdeel van sociaal economische ordening

de functie van insolventierecht

Ingebed in het algemene privaatrecht beschermt het insolventierecht wettelijke en contractuele rechten van vermogens- en kredietverschaffers en alle andere direct of indirect bij een onderneming op basis van overeenkomst of de wet⁴ betrokkenen die aanspraken kunnen doen gelden jegens hun insolvente debiteur, in het bijzonder door diens vermogen (met rechterlijk toezicht) onder curatele of bewind te plaatsen en dat te gelde te maken ter voldoening van schuldeisers. Het is bepalend voor verhaalsmogelijkheden van schuldeisers ingeval van betalingsonmacht en aldus voor de risicoanalyse van financiers en anderen die handelen met de ondernemer. Het bepaalt de modaliteiten van bedrijfsbeëindiging, liquidatie en reorganisatie. Het spreekt hierbij voor zich dat de mogelijkheden tot herstel en verhaal in sterke mate (mede) worden beïnvloed door de ontslagbescherming van werknemers, de verhaalspositie van fiscus en Lisv en het systeem van boedelfinanciering. In de rechtspraak is, sporend met gewijzigde maatschappelijke opvattingen, erkend dat de faillissementscurator ook andere belangen, daaronder die van werknemers, in de vervulling van de hem opgedragen taken mag betrekken. Zonder het risico te miskennen dat altijd en per definitie met 'ondernemen' verbonden blijft, moeten de samenleving en alle direct belanghebbenden er redelijkerwijs op kunnen vertrouwen dat vorderingen worden voldaan en bij verzuim verhaald kunnen worden op het ondernemingsvermogen of wat daarvan na het opheffen van de onderneming resteert. Bestrijding van misbruik van het insolventierecht dient voorop te blijven staan (hoe moeilijk het ook is de grens te trekken tussen fraude en bona fide mislukking) en dit geldt ook voor de bestrijding van indirecte gevolgen daarvan zoals in het bijzonder concurrentievervalsing.

redden wat er te redden valt, maar niet méér dan dat

Duidelijkheid omtrent de uitgangspunten vraagt ook om een negatieve taakafbakening. De werkgroep onderstreept dat een poging tot redding alleen dan zinvol is als diegene die in moeilijkheden verkeert aantoonbare en reële overlevingskansen heeft. Voorstellen tot verbetering van de werking van surséance dienen zich op deze doelgroep te richten. Het is niet het fenomeen insolventie als zodanig dat teruggedrongen moet worden. Insolventies zijn van alle tijden, zijn onvermijdelijk in een systeem waar de marktwerking overheerst, en zijn zelfs af en toe nodig voor het behoud van de kwaliteit van de markt. Marktwerking betekent ook zelfredzaamheid: slechts de sterkeren kunnen overleven. Het behoort niet de inzet van de overheid te zijn om (indien al mogelijk) door wetgeving koste wat het kost allerlei bedrijven (duurzaam) overeind te houden, die niet op eigen kracht de concurrentiestrijd kunnen

⁴ Aanspraken en bevoorrechtiging kan van geval tot geval mede worden bepaald door bijzondere wettelijke regels van fiscale en andere aard: voorrangs-, verhaals- en executieregels, zekerheden en hun werking, het arbeidsrecht, algemene regels van vennootschaps- en rechtspersonenrecht en de positie van fiscus en uitvoeringsorganen sociale verzekeringen

overleven. Een dergelijke “rescue-hype” is dan ook niet aan de orde. Het gaat de MDW-werkgroep om het opsporen van tekortkomingen in het systeem van het insolventierecht die de kans op intransparantie van een insolventieprocedure vergroten of de duur daarvan verlengen.

het bredere kader

Het insolventierecht is, hoewel van privaatrechtelijke aard, een belangrijk onderdeel van het juridisch en economisch ordeningssysteem. Het heeft preventieve en repressieve invloed op begeleiden, voorkomen, oplossen, maar ook afwikkelen van in financiële problemen geraakte ondernemingen. Door de reflexwerking van insolventies op vele indirect getroffen, ondernemingen, gemeenten, regionale en soms zelfs nationale belangen, heeft de werking van het insolventierecht ook een macro-economisch belang. De werking van het insolventierecht kan dan ook niet los worden gezien van die bredere samenhang. Naast de door het burgerlijk recht bepaalde rechtspositie van de bij een insolventie betrokken partijen wordt de werking van de Faillissementswet ook bepaald door regels van arbeids-, fiscaal en sociaal verzekeringsrecht. Het genoemde ordeningssysteem zelf en het daarmee geschapen vestigingsklimaat worden uiteraard bepaald door een veel groter aantal regels en praktijken, zoals ter zake van mededinging, belastingen, vestigingseisen, werking en kwaliteitspotentieel van markten voor arbeid, kapitaal, financiering, dienstverlening, kennis, technologie, infrastructurele voorzieningen voor telecommunicatie, vervoer, energie, e-commerce, valutaverhoudingen, internationale concurrentie bij afbrokkelende landsgrenzen, de ontwikkelingen in de Europese Unie en zo veel meer. Die verwevenheid van onderwerpen maakt niet onbegrijpelijk dat herzieningen weerstanden oproepen. Naar het oordeel van de werkgroep is veel van de geuite kritiek te herleiden tot het gebrek aan een geïntegreerde benadering van problemen in de sfeer van Faillissementswet in enge zin en die welke daar in feite buiten liggen, zeker zolang niet overzienbaar is hoe voorgestelde veranderingen doorwerken in de praktijk en hoe de rechtspositie van direct betrokkenen (in het bijzonder de debiteur zelf, diens schuldeisers, werknemers en de fiscus) wordt beïnvloed. Het heeft ertoe geleid dat een aantal onderwerpen en voorstellen is “gegijzeld”. De kritiek die daarvan het gevolg is, wordt naar het oordeel van de werkgroep terecht geuit. De praktijk is gediend met een duidelijk totaalbeeld van de thans moeilijk overzienbare samenhang tussen aanhangige voorstellen en verder te nemen stappen. Dit rapport beoogt de transparantie in de discussie te bevorderen en aanbevelingen te doen voor een geïntegreerde aanpak in de vorm van een uitgewerkt wetgevingsprogramma.

het krachtenveld

De werkgroep is zich ervan bewust dat herziening van het Nederlandse insolventierecht een gevoelig onderwerp is omdat verschillende belangengroepen geen verandering wensen, vrezen voor verslechtering en pleiten voor verbetering van hun positie. Banken, kredietinstellingen en verenigingen van verschaffers van handelskrediet betonen zich bezorgd over de negatieve invloed van ‘debiteur-vriendelijke’ en continuïteitsgerichte veranderingen op de rechten van crediteuren en op het risico en de prijs van kredietverlening. Zij brengen onder de aandacht dat een groot deel van in financiële moeilijkheden geraakte ondernemingen nu reeds met hulp van de bank ‘stil’ wordt gesaneerd. ‘Doorstart’ werd een beproefde methode om de opbrengst voor de boedel te maximaliseren door verkoop van (delen van) de onderneming van de failliet aan een derde zonder de verkrijger te belasten met de kosten van boventallig personeel en ‘achterblijvende’ concurrente crediteuren. Een te sterk continuïteitsgericht insolventierecht zou, wanneer dat leidt tot instandhouding van ondernemingen met onvoldoende overlevingskansen, niet alleen leiden tot verzwaring van de condities en verhoging van de prijs voor kredietverlening, maar evenzeer tot

concurrentievervalsing. Vanuit een ander gezichtspunt wordt er van werknemerszijde op gewezen dat 'doorstart' de ontslagen werknemers de bescherming zou onthouden die hun bij overgang van ondernemingen door het BW in andere gevallen wordt geboden. Zeer breed echter is de kritiek dat het Nederlandse arbeids- en sociaal verzekeringsrecht een tijdige sanering van arbeidskosten ernstig bemoeilijkt en daardoor in de weg staat aan tijdig herstel van ondernemingen. Er wordt op gewezen dat sanering nu alleen door middel van een geslaagde doorstart mogelijk is en dat per saldo de werkgelegenheid daarmee wordt bevorderd. Voor een betere werking van de surséance is het daarom onontbeerlijk de mogelijkheden voor sanering van personeelskosten te verruimen. Ook het bodem(voor)recht van de fiscus en het voorrecht van de Lisv is niet in de Faillissementswet geregeld, maar is bij afwikkeling van insolventies van groot gewicht. Van vele zijden is er dan ook op aangedrongen die bevoorrechte posities te beëindigen of af te zwakken en de budgettaire effecten daarvan anderszins op te vangen, dit alles geplaatst in de bredere context van de bevoorrechting in het algemeen. Evenmin geregeld in de Faillissementswet, maar voor de insolventiepraktijk van evident belang is de organisatie en professionaliteit van de rechterlijke macht en de advocatuur in insolventiezaken. Nog verder verwijderd van de Faillissementswet ligt het bredere kabinetsstreven naar bevordering van ondernemerschap. Hierbij gaat het om de effecten van het insolventierecht op startende en vooral ook herstartende ondernemers en de vraag hoe stigmatisering door faillissement kan worden omgebogen van een 'straf' op falen naar een positief gewaardeerde levensles en -ervaring. Bij dit alles staat echter buiten discussie dat misbruik van insolventieprocedures op adequate wijze (zonder 'overkill') dient te worden voorkomen en bestreden.

evenwicht in een samenhangend pakket van voorstellen

De werkgroep streefde naar een evenwichtige beschouwing van alle belanghebbenden bij insolventie: de ondernemer zelf, diens vermogens- en kredietverschaffers, de fiscus en de uitvoeringsorganen sociale verzekeringen, de werknemers en niet geseceerde schuldeisers en maatschappelijke belangen en effecten in ruimere zin. De in dit rapport opgenomen aanbevelingen moeten dan ook in onderling verband worden beoordeeld, nu de werkgroep bewust heeft gestreefd naar een uitgebalanceerde herziening van het insolventierecht en enkele onderwerpen die, hoewel zij niet in de Faillissementswet worden geregeld, met een efficiënte werking daarvan ten nauwste samenhangen.

2. Aanpak en terreinverkenning

2.1 Fundamenten ongewijzigd

behoud het goede

De werkgroep is van oordeel dat allereerst duidelijkheid moet worden verschaft ten behoeve van de praktijk omtrent de richting waarin het insolventierecht zich ontwikkelt. Hij meent dat een betere, meer transparante werking van het insolventierecht wenselijk is en beveelt aan deze te bereiken door een verdere bijstelling en uitbouw van reeds ingediende voorstellen.

een doel- en resultaatgericht wetgevingsprogramma

De werkgroep steunt het van verschillende zijden geopperde en ook in de consultatie ondersteunde idee de herziening van het insolventierecht in één samenhangende operatie aan te pakken, omdat slechts op die wijze de bedoelde samenhang kan worden bereikt en vastgehouden in het wetgevingsproces. Dat betekent naar zijn mening echter allerm minst dat alle ingediende wetsvoorstellen zouden moeten worden ingetrokken en vervangen door een geheel nieuw voorstel voor een Insolventiewet. Die idee zou er immers noodzakelijk toe leiden dat de gewenste duidelijkheid en nodige vernieuwing dan zeer ver zouden worden weggeschoven naar een onzeker moment in de toekomst. **De MDW-werkgroep adviseert daarom om een doel- en resultaatgericht programma van wetgeving tot aanpassing van de Faillissementswet op te stellen.** Het voorstel voor die werkwijze wordt ingegeven door de ervaringen die de laatste decennia zijn opgedaan met voorstellen en suggesties tot wijziging. Deze hebben (nog) niet tot de beoogde aanpassingen en vernieuwingen van het Nederlandse insolventierecht geleid omdat zij, oordelend met wijsheid achteraf, niet zijn geplaatst in de bredere samenhang die de werkgroep in dit rapport beoogt te bereiken.

2.2 Wetgevingsprogramma

doelstellingen expliciteren

De werkgroep acht het noodzakelijk dat de wetgever de doelstellingen van het insolventierecht uitdrukkelijk uitspreekt en wel in brede zin, dat wil zeggen in samenhang met de voor de werking daarvan relevante, maar buiten de sfeer van de Faillissementswet liggende onderwerpen. Dit rapport geeft daarvoor een aanzet. Binnen deze doelstellingen, die bij voorkeur in de wet worden verankerd, valt een aantal onderwerpen van wetgeving te onderscheiden ter uitvoering van het advies van de werkgroep. Deze onderwerpen kunnen (deels) als apart wetsvoorstel in een eigen kader afzonderlijk ter hand worden genomen en behandeld.

inhoud van het wetgevingsprogramma

De werkgroep onderscheidt in dit rapport de volgende onderwerpclusters, die in het wetgevingsprogramma een plaats dienen te krijgen:

1. Structuur en uitgangspunten: verheldering van doelstellingen en de rol van de diverse betrokkenen bij de insolventieprocedure en van moment en inhoud van de aanvraag;
2. Herziening van systeem van voorrechten;
3. Doorlevering en doorfinanciering;
4. Akkoordbepalingen;

5. Technische verbeteringen: faillissementsprocesrecht, regeling van de afkoelingsperiode, boedelschulden en procedures met een groot aantal schuldeisers;
6. Professionalisering van rechterlijke macht en curatoren c.q. bewindvoerders;
7. Aansprakelijkheidskwesties, informatieplichten en fraudebestrijding;
8. Deformalisering

Ook buiten het nemen van wettelijke maatregelen dienen door de regering voorstellen te worden ontwikkeld die leiden tot of bijdragen aan realisering van de doelstellingen van het insolventierecht. Elk van deze uit te werken voorstellen is een stap in de richting van een herzien insolventierecht, dat adequaat inspeelt op de eisen van deze tijd, dat voor het bedrijfsleven, werknemers, financiers en leveranciers een transparant en uitgebalanceerd kader biedt voor de gevallen waarin sprake is van betalingsonmacht.

programma-aanpak, fasering en tijdplanning

De werkgroep stelt voor de wetgeving met betrekking tot deze onderwerpen in de vorm van een wetgevingsprogramma op te stellen. Een integrale herziening van de Faillissementswet vervat in een enkel wetgevingstraject heeft als doorslaggevend nadeel dat voorstellen die niet op weerstand stuiten en waaraan grote behoefte bestaat, niet binnen een aanvaardbaar tijdbestek kunnen worden afgerond. De onderlinge samenhang van deze onderwerpen wordt benadrukt, maar voorkomen moet worden dat geen individueel wetsvoorstel kan worden gerealiseerd buiten aanvaarding van alle andere onderwerpen. Ook kan de eigen aard van een bepaald onderwerp meebrengen dat het wetgevingsproces op een eigen wijze moet worden ingericht. De werkgroep komt tot dit inzicht mede op grond van de reacties op de door haar georganiseerde hoorzitting en recente publicaties in vaktijdschriften en daarbuiten over het faillissementsrecht. **De MDW-werkgroep beveelt de regering aan het programma met een agenda en tijdsplanning op te stellen om daarmee vast te leggen in welk tempo en in welke volgorde de afzonderlijke onderwerpen behandeld zullen worden, niet alleen om het commitment van de regering vast te leggen, maar ook om alle belanghebbenden inzicht te geven in het beoogde wetgevingsproces.** Het gevolg van deze aanpak zou zijn dat de door de regering tot dusver gevolgde tweefasen structuur wordt veranderd in een meerfasen structuur. Dit biedt de kans dat in een afzienbaar tijdsbestek een hoogstnoodzakelijke aanpassing van de bestaande wetgeving eindelijk wordt gerealiseerd. **De MDW-werkgroep beveelt aan dat de volgens dit programma op te stellen wetgeving binnen een periode van twee jaar na de vaststelling van het kabinetsstandpunt bij het parlement is ingediend.**

2.3 Wettelijke adviescommissie insolventierecht

betrokkenheid externe deskundigen gewenst

Het terrein van het insolventierecht kenmerkt zich door een hoge mate van complexiteit, gelet op het verband met het privaatrecht, ordeningsrecht, belastingrecht en vraagstukken van financieel-economische aard, alsmede de spanning die bestaat tussen rechtssystematische beginselen en economisch beleid. Aan de kwaliteit van de wetgeving worden hoge eisen gesteld, zowel vanuit technisch-juridisch oogpunt als omwille van aanvaardbaarheid, gelet op maatschappelijke behoeften. Reeds de ervaringen rond de hoorzitting die de MDW-werkgroep heeft georganiseerd, leren dat belanghebbenden prijs stellen op het tijdig en gestructureerd betrokken zijn bij beleidsvorming op dit terrein. Het raadplegen van externe deskundigen heeft een onmiskenbaar positieve invloed op de kwaliteit van de wetgeving.

argumenten voor een adviescommissie insolventierecht

De MDW-werkgroep adviseert om de volgende redenen tot de instelling van een specifieke adviescommissie die de Minister van Justitie adviseert op het terrein van het insolventierecht:

- a. Door het instellen van een adviescommissie wordt de beschikbare deskundigheid gemobiliseerd en uitgenodigd betrokken te zijn bij de herziening van het rechtsgebied. De deskundigheid die in deze commissies is vertegenwoordigd, levert (meer) zekerheid dat kwalitatieve, uitvoerbare en handhaafbare wetgeving wordt voorgesteld;
- b. De commissie zal bijdragen aan de beheersing van de complexiteit van de materie, mede in het licht van de aard van de herzieningsvoorstellen van de werkgroep;
- c. Door het inschakelen van de commissie kan de sensibiliteit voor maatschappelijke ontwikkelingen bij de wetgever worden vergroot;
- d. De samenstelling van de commissie kan bevorderen dat de materie vanuit verschillende invalshoeken wordt benaderd. De commissie kan oplossingen aanreiken voor in de praktijk en de theorie bestaande of gerezen verschillen van inzicht. Dit kan de aanvaardbaarheid van en het draagvlak voor de voorstellen ten goede kan komen.

taken van de commissie

Er bestaan reeds verschillende van dergelijke commissies op het gebied van privaatrecht, zoals de commissies vennootschapsrecht, burgerlijk procesrecht en auteursrecht. Deze adviescommissies zijn in eerste instantie wetgevingscommissies en leveren voornamelijk technische juridische bijstand. Die kan bestaan in het op verzoek van de Minister becommentariëren van een concept wetsvoorstel of het aan de hand van een door de Minister gegeven kader opstellen van een wetsontwerp.

wettelijke basis

De MDW-werkgroep adviseert aansluiting te zoeken bij de regeling in de Kaderwet adviescolleges en de Wet adviesstelsel Justitie. Het belangrijke voordeel daarvan is dat regels zijn gesteld omtrent de benoeming, duur, samenstelling en werkwijze van zo'n commissie. Met genoemde adviesorganen zijn uitstekende ervaringen opgedaan. Vaak worden adviezen integraal of vrijwel integraal overgenomen. De commissies hebben op grond van de kaderwetgeving een formele status, in die zin dat de adviezen openbaar worden en dat daarop een reactie van de Minister van Justitie richting de Kamer moet komen. Op deze wijze verzekeren de commissies zich van invloed op het wetgevingsproces, hetgeen een essentieel verschil is met bijvoorbeeld uit eigen initiatief opgerichte adviesorganen of studiecmissies van wetenschappelijke verenigingen.

samenstelling van de commissie

De MDW-werkgroep geeft in overweging dat in de commissie niet slechts wetenschappelijke vertegenwoordiging wordt opgenomen, maar dat daarin ook een weerspiegeling van verschillende invalshoeken is terug te vinden. Het lijkt raadzaam dat in de commissie belangengroepen niet als zodanig zijn vertegenwoordigd maar dat er wel leden deel van uitmaken die door hun achtergrond en ervaring gevoel hebben voor de belangen van diverse maatschappelijke groeperingen.. Aan de leden zou moeten worden gevraagd te participeren zonder last of ruggespraak. Aangezien de bedoelde maatschappelijke groeperingen zich niet geïnteresseerd behoeven te voelen aan het advies van de commissie, zal de bereidheid om zitting te nemen in de adviescommissie niet negatief worden beïnvloed. Dat is belangrijk omdat de evenwichtigheid van de samenstelling en de onafhankelijkheid van de commissie voorop moet blijven staan. De voorkeur gaat uit naar een adviescommissie die zich vooral op wetgevingsvraagstukken richt en dat deze ook uit leden bestaat, afkomstig uit

de wetenschap, advocatuur of rechterlijke macht. Een commissie met een dergelijke “gemengde” samenstelling zal “onthechter” tegen bepaalde vraagstukken kunnen aankijken dan een commissie met enkel belangenvertegenwoordigers. Tegelijkertijd kan de commissie toch profiteren van de maatschappelijke achtergrond die de verschillende leden hebben.

2.4 Samenhang met reeds aanhangige voorstellen en internationale ontwikkelingen

breder beleids- en wetgevingskader

Het aanbevolen wetgevingsprogramma sluit naadloos aan bij recente wijzigingen en aanhangige voorstellen. Deze samenhang illustreert opnieuw dat het faillissementsrecht niet geïsoleerd is van maatschappelijke ontwikkelingen buiten het terrein van ondernemingen in problemen. In het kader van de herziening van de Faillissementswet kunnen ook voorstellen worden gerealiseerd die tot bepaalde voorzienbare effecten leiden, welke passen binnen de algemene doelstellingen van modernisering van het insolventierecht, waaronder mede de doelstelling zoals verwoord in de nota “De Ondernemende Samenleving”.

internationaal kader

Een belangrijke nieuwe ontwikkeling waarop de MDW-werkgroep wil wijzen, is de toenemende invloed van het Europees recht. De Europese InsolventieVerordening van 29 mei 2000 (Nr 1346/2000 Pb L 160) is daarvan slechts een voorbeeld. In het hiernavolgende tracht de werkgroep te schetsen hoe zij de samenhang tussen dit advies en een aantal reeds aanvaarde aanpassingen en lopende voorstellen ziet. Daarnaast heeft de MDW-werkgroep acht geslagen op recente vernieuwingen van het insolventierecht in andere Europese landen, zoals Duitsland, België en het Verenigd Koninkrijk. Zonder te suggereren dat nationale insolventiewetten eenvoudig zijn te vergelijken, juist door de vele onderlinge relaties tussen het insolventierecht en andere onderdelen van het recht, kan de nationale wetgever uit die herzieningsoperaties ook inspiratie putten. Bij het uitvoeren van het wetgevingsprogramma adviseert de MDW-werkgroep de internationale ontwikkelingen en de ontwikkelingen in het buitenland nauw te betrekken.

wetenschappelijk kader

Aandacht vraagt de MDW-werkgroep ook voor verschillende belangrijke initiatieven op wetenschappelijk terrein, waaronder dat van het Onderzoekscentrum Onderneming & Recht tot het bijeenbrengen van een internationale werkgroep van deskundigen die sinds enige jaren werken aan het opstellen van “Principles of European Insolvency Law” (gebaseerd op de uitgangspunten en beginselen die men in alle of het merendeel van de onderzochte lidstaten aantreft) en het vervaardigen van landenrapporten. Ook deze initiatieven kunnen inspiratie bieden voor de nationale en internationale wetgever tot het verhogen van de kwaliteit van de insolventiewetgeving, een beter begrip voor buitenlandse insolventiestelsels en bevordering van harmonisatie van het insolventierecht.

2.4.1 Nederlandse wetgeving

2.4.1.1 Wetsvoorstel 27 244 (bevordering effectiviteit surséance van betaling en faillissement)

inhoud van het wetsvoorstel

De operatie tot bevordering van de effectiviteit van surséance en faillissement heeft een voortrein in de vorm van wetsvoorstel 27 244, dat in de zomer van 2000 bij de Tweede

Kamer is ingediend. Het voorstel vormt de uitkomst van de beraadslagingen van de eerste fase van het MDW-project. Het voorstel bevat enkele met het oog op de versterking van het reorganiserend vermogen van ondernemingen wenselijk geoordeelde wijzigingen van niet of minder controversiële aard, die geen nader economisch onderzoek vergen. Het is in hoofdzaak gericht op verbetering van het reorganiserend vermogen van ondernemingen teneinde te bevorderen dat surséances tot reorganisatie en continuering van ondernemingen leiden en niet tot hun faillissement. Kort samengevat komen de voorstellen, waarvan een aantal ook betrekking heeft op faillissement, op het volgende neer:

- Verlening van de surséance geschiedt niet langer automatisch. Er is onder meer een saneringsplan nodig en bovendien worden er termijnen in acht genomen;
- Aan verlening van definitieve surséance worden strengere eisen gesteld doordat de debiteur aan de hand van bescheiden aannemelijk dient te maken dat de onderneming geheel of gedeeltelijk zal kunnen worden voortgezet. Als faillissement onvermijdelijk is, wordt het verzoek afgewezen. De gronden waarop definitieve surséance kan worden geweigerd, worden verruimd;
- De werking van surséance wordt uitgebreid tot preferente vorderingen. Voor vorderingen die worden gedekt door pand, hypotheek en retentierecht verandert er niets;
- De afkoelingsperiode kan voor een periode van twee maanden worden verleend, een eenmalige verlenging is mogelijk voor een periode van wederom maximaal twee maanden. Tijdens deze periode heeft de bewindvoerder c.q. curator de mogelijkheid tot vervreemding, verbruik en gebruik, waartegen een redelijke vergoeding staat voor de gelaedeerde. De afkoelingsperiode werkt ook jegens de Ontvanger;
- De bewindvoerder heeft de mogelijkheid aanwijzingen te geven aan de schuldenaar. Eventueel kan de RC bestuurders schorsen;
- De regels voor het totstandkomen van een akkoord worden versoepeld, ook kan een dwangakkoord worden opgelegd;
- Energieleveranciers kunnen tot doorlevering worden verplicht;
- De wet biedt de basis voor een centraal openbaar register, waarin alle gegevens van de registers van rechtbanken omtrent uitgesproken faillissementen en surséances worden opgenomen.

aansluiting bij het wetgevingsprogramma

De Vaste Commissie voor Justitie van de Tweede Kamer heeft op 20 november 2000 een kritisch verslag uitgebracht (TK 2000-2001, 27 244, nr.4), mede in verband met de wetgevingskwaliteit van het voorstel. De voorstellen die de MDW-werkgroep in dit verband doet, moeten mede worden gezien in het licht van het bevorderen van de kwaliteit van de wetgeving op dit terrein door de regelgeving bij de tijd te brengen. Vanwege de samenhang met de voorstellen die in de tweede fase zijn ontwikkeld, adviseert de werkgroep dat uit de eerste fase (bij gelegenheid van de Nota van wijziging naar aanleiding van het verslag) de regeling van het ge- en verbruiksrecht wordt afgezonderd en voor verdere beschouwing overgebracht naar de tweede fase. De werkgroep gaat ervan uit dat de regering de behandeling van het aldus aangepaste voorstel, ondanks de kritiek die daarop is uitgeoefend, met voortvarendheid doorzet, aangezien het voorstel is te bezien als essentieel onderdeel van het programma dat de werkgroep in dit advies voorstelt.

2.4.1.2 Schuldsanering natuurlijke personen

inhoud van de schuldsaneringsregeling

Met ingang van 1 december 1998 is de Wet schuldsanering natuurlijke personen (Wsnp) in werking getreden. Doel van de wet (titel III van de Faillissementswet) is voorkomen dat een natuurlijke persoon die in een financieel problematische situatie is terechtgekomen tot in lengte van jaren door zijn schulden wordt achtervolgd. Bevrediging van de schuldeisers staat niet voorop; de schuldenaar te goeder trouw moet op een gegeven moment weer met een schone lei verder, aangezien de overblijvende schulden niet meer afdwingbaar zijn (er resteert een natuurlijke verbintenis). Wel wordt van de schuldenaar een maximale inspanning gevraagd om zoveel mogelijk activa in de boedel te brengen. De wet beoogt de buitengerechtelijke schuldsanering en de schuldhulpverlening te vergemakkelijken. Daartoe bevat de wet bepalingen die het aangaan van een minnelijke regeling bevorderen en die de gevolgen wegnemen van onredelijk stemgedrag van schuldeisers. De regeling is ook op natuurlijke personen van toepassing die een beroep of bedrijf uitoefenen.

insolventierecht op maat

De wet is een voorbeeld van het idee van de MDW-werkgroep dat insolventierecht “op maat” moet zijn. Afhankelijk van de boedel is een vereenvoudigde afwikkeling mogelijk. Binnen de systematiek van de Faillissementswet, met duidelijke, in de wet verankerde doelstellingen, past een bijzondere regeling voor een bijzondere situatie. De wet faciliteert een herstart voor de (kleine) ondernemer-natuurlijk persoon die de “schone lei” heeft verkregen. In zoverre sluit deze regelgeving geheel aan op de voorstellen die de MDW-werkgroep in dit advies doet. Aanpassingen van de schuldsaneringsregeling verlopen via het traject dat is ingezet met de wetsevaluatie Wsnp die medio 2001 door de Minister van Justitie aan de Tweede Kamer is verzonden.

2.4.1.3 Wetsvoorstel 27 199 (vereenvoudigde afwikkeling van faillissementen)

de voorgeschiedenis

In 1992 is een belangrijke aanpassing van de Faillissementswet en enkele andere wetten voorgesteld in verband met de bevoorrechtiging van vorderingen, het bijzonder verhaalsrecht van de fiscus en de mogelijkheid van vereenvoudigde afwikkeling van bepaalde faillissementen. De behandeling van dat voorstel is opgehouden vanwege twijfels omtrent de haalbaarheid van in het bijzonder de eerste twee onderdelen. Het MDW-project dient mede om een definitieve regeling van deze twee onderdelen voor te bereiden. De behandeling van het onderdeel gewijd aan de vereenvoudigde afwikkeling is daardoor echter ten onrechte opgehouden, aangezien omtrent het belang en de politieke haalbaarheid van dat onderdeel van het voorstel geen twijfels bestaan. Vandaar dat het onderwerp voorwerp van een afzonderlijk voorstel is geworden, dat in 2000 bij de Kamer is ingediend.

de inhoud van het wetsvoorstel

De Faillissementswet neemt als uitgangspunt dat de curator eerst tot vereffening van de boedel overgaat indien de boedel in staat van insolventie is komen te verkeren. Dat stadium wordt bereikt indien op de verificatievergadering geen akkoord kan worden bereikt. Daarna worden de baten te gelde gemaakt en verdeeld. Daarop bestaan twee uitzonderingen, de eerste dat de rechter-commissaris opheffing van het faillissement kan bevelen indien de staat van de boedel daartoe aanleiding geeft, de tweede dat de curator goederen uit de boedel kan vervreemden omdat die niet dan met nadeel voor de boedel bewaard kunnen blijven. Het

gaat bij dit wetsvoorstel om de eerste uitzondering, die in feite, in tegenstelling tot wat kennelijk ooit het uitgangspunt van de wetgever is geweest, een “normaaltype” is geworden, omdat in veel gevallen de boedel zelfs niet meer voldoende is om de vorderingen van de fiscus en de bedrijfsvereniging geheel of gedeeltelijk te voldoen. De praktijk is in die gevallen dat, zodra de curator de boedelschulden betaald heeft en de rest van het beschikbare actief heeft overgemaakt ter voldoening van de belastingschulden en de sociale premies, het faillissement wordt opgeheven. In dergelijke gevallen is voortzetting zinloos geworden omdat er voor de concurrente crediteuren toch niets te verdelen overblijft. Wetsvoorstel 27 199 heeft tot doel om een in de praktijk gegroeide situatie op een nette manier wettelijk vorm te geven, overigens niet om deze vorm van afwikkeling te bemoeilijken of zelfs af te schaffen, maar om deze meer transparant te maken en om daarvoor een wettelijke basis te verschaffen. In zoverre gaat het ook hier om een “insolventierecht op maat”. Dat gaat volgens de volgende procedure. Na tegeldemaking van de boedel maakt de curator een uitdelingslijst op en legt deze ter goedkeuring voor aan de rechter-commissaris. Na goedkeuring door de RC wordt deze ter griffie gedeponereerd waarna gedurende korte tijd verzet mogelijk is. Na verstrijken van die termijn wordt tot uitdeling overgegaan. Onder omstandigheden kan echter op de gewone wijze verificatie en afhandeling plaatsvinden.

stand van zaken

Inmiddels wordt een nota naar aanleiding van het verslag van de Kamer voorbereid. Ook dit voorstel ziet de werkgroep als een bevestiging van het streven naar een insolventierecht op maat en naar deformalisering door vereenvoudiging van procedureregels toe te passen waar mogelijk; een algemene standaard voor alle faillissementsgevallen wordt vervangen door een bijzondere, wettelijk verankerde regeling voor een op zich bijzondere (hoewel in de praktijk veel voorkomende) situatie.

2.4.2 Europese regels, algemeen

anticiperen op Europese initiatieven

Op het terrein van het insolventierecht zijn inmiddels verschillende onderwerpen waarop als gevolg van initiatieven van de Europese wetgever de beleidsvrijheid van de lidstaten is verminderd. Bovendien bevatten deze richtlijnen een systematiek die doorgaans verschilt van die waarmee men binnen de eigen lidstaat vertrouwd is en terminologie waarvan de interpretatie in laatste instantie niet aan de nationale cassatierechter maar aan het HvJEG is over te laten. Hoewel alle initiatieven die de Europese wetgever neemt op het terrein van het vermogensrecht, het arbeidsrecht en het vennootschapsrecht van belang zijn voor het insolventierecht, wil de werkgroep op enkele voorstellen wijzen die op het onderwerp van dit advies in het bijzonder betrekking hebben. Ook het insolventierecht zal in de nabije toekomst voorwerp zijn van verdere Europese initiatieven. De werkgroep adviseert de regering daar tijdig op in te spelen door een visie te ontwikkelen op de rol die de Europese wetgeving in dit verband zou moeten spelen, en een strategie om deze visie te realiseren.

2.4.2.1 Richtlijnen inzake werknemersbescherming

inhoud van de richtlijn

Op het punt van inwerkingtreden staat het voorstel tot uitvoering van de Europese richtlijn 98/50 tot wijziging van richtlijn 77/187 inzake het behoud van de rechten van werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen

of vestigingen (wetvoorstel 27 469). Richtlijn 98/50 wijzigt de richtlijn uit 1977, met als doel de verduidelijking van een aantal begrippen, met name overgang en werknemer. Voorts bepaalt de richtlijn uitdrukkelijk dat deze werknemersbescherming niet van toepassing is op een overgang in het kader van een liquidatieprocedure van de vervreemder, tenzij lidstaten anders bepalen. Voorts wordt beoogd misbruik te voorkomen door regels tegen ontduiking van de arbeidsrechtelijke bescherming. Lidstaten dienen maatregelen te nemen om te voorkomen dat faillissementen worden gebruikt om de werknemersbescherming te omzeilen. Nederland heeft dit geïmplementeerd door te bepalen dat de “straf” op misbruik van de faillissementsaanvraag toepassing is van werknemersbescherming die geldt buiten faillissement: zie het voorstel voor artikel 13a Fw. De wetgever heeft ervoor gekozen deze anti-misbruikbescherming ook te bieden buiten gevallen van overgang van de onderneming. Het gevolg is dat de werknemer keuzemogelijkheden heeft: schadevergoeding of nietigheid van de opzegging van de arbeidsovereenkomst; het laatste is van belang in verband met de mogelijkheid om een werkloosheidsuitkering te krijgen.

resterende keuzemogelijkheden

De werkgroep is in de toelichting op wetsvoorstel 27 469 uitdrukkelijk uitgenodigd om zich uit te laten over de keuzes die de richtlijnen mogelijk maakt. In de toelichting wordt namelijk gewezen op het facultatieve karakter van artikel 5 van de (gewijzigde) richtlijn, dat de mogelijkheid biedt dat schulden als gevolg van arbeidsovereenkomsten niet overgaan. In de toelichting wordt aangegeven dat de MDW-werkgroep op die kwestie zal ingaan. Om die reden wordt niet reeds in wetsvoorstel 26 469 een keuze gemaakt met betrekking tot de mogelijkheid die artikel 5, tweede lid, sub a, biedt. Artikel 5, tweede lid, sub b, biedt eveneens een mogelijkheid waarover de werkgroep zich kan uitlaten, namelijk om te bepalen dat tussen verkrijger en/of vervreemder enerzijds en werknemersvertegenwoordigers anderzijds wijzigingen in de arbeidsovereenkomst worden aangebracht bedoeld om de werkgelegenheid en het voortbestaan van de onderneming veilig te stellen. In paragraaf 4.2 gaat de MDW-werkgroep op deze kwesties nader in.

2.4.2.2 EG-Insolventieverordening

procedures voor grensoverschrijdende gevallen binnen de EU

Op 31 mei 2002 treedt de EG-Insolventieverordening in werking. Deze verordening bevat een groot aantal bepalingen van Europees internationaal privaatrecht alsmede erkennings- en procedurevoorschriften. Binnen de Europese Unie worden grensoverschrijdende insolventieprocedures als gevolg van deze verordening over en weer erkend, en worden de gevolgen in beginsel beheerst door het recht van de Lidstaat waar de procedure is geopend. Curatoren en ook rechters moeten als gevolg van deze verordening nauwer dan voorheen samenwerken en onderling rekening houden met elders in de Europese Unie lopende insolventieprocedures. Van harmonisatie van materieel insolventierecht is geen sprake. Niettemin betekent deze verordening een belangrijke vergroting van de invloed van het Europees recht op dit terrein. Denkbaar is bijvoorbeeld dat een Nederlandse surséance wordt omgezet in een faillissement indien de curator in de Europese hoofdprocedure daarom verzoekt (zie artikel 37 Europese Insolventieverordening), of dat een lopend Nederlands faillissement wordt geschorst na eenzelfde soort verzoek vanuit een andere lidstaat (artikel 33 van de verordening). Voor een zeer groot deel is het Nederlands internationaal privaatrecht vanaf 31 mei 2002 nog slechts van toepassing op grensoverschrijdende faillissementen waarbij geen andere EU-lidstaat is betrokken.

overeenkomstige toepasbaarheid buiten de EU

De MDW-werkgroep adviseert de regering na te gaan in hoeverre de regels die zijn geïntroduceerd voor communautaire faillissementen zich ook buiten dat terrein voor toepassing lenen, en of de hierna te noemen *Uncitral-model law on cross-border insolvency* een rol kan spelen. “Uncitral” staat voor United Nations Commission on International Law.

2.4.2.3 Richtlijnen inzake financiële zekerheidsovereenkomsten en finaliteit

beperking toepasbaarheid insolventiewetgeving

Sinds begin 2001 wordt in Brussel tussen de lidstaten en de Europese Commissie onderhandeld over een voorstel voor een richtlijn betreffende financiële zekerheidsovereenkomsten. Het voorstel is ingegeven door het groeiende belang van geldstromen in de interne markt en de onzekerheid omtrent de juridische regels die daarop van toepassing zijn. De Europese richtlijn 98/26/EG betreffende het definitieve karakter van de afwikkeling van betalingen en effectentransacties in betalings- en afwikkelingssystemen uit 1998 (Finaliteitsrichtlijn) regelt reeds de grensoverschrijdende zekerheidsstelling bij financiële transacties. Het voorstel voor de nieuwe richtlijn bevat regels voor het verstrekken van beursgenoteerde effecten en contanten als zakelijke zekerheden in het kader van overeenkomsten in de vorm van zowel een zakelijke zekerheidsrecht als een eigendomsoverdracht, inclusief repo-overeenkomsten. De richtlijn draagt op dat sommige bepalingen van de insolventiewetgeving niet op bepaalde zekerheidsovereenkomsten van toepassing zijn. Het betreft in het bijzonder de bepalingen die de effectuering van zakelijke zekerheden of andere technieken, zoals vervroegde verrekening, verschaffing van aanvullende zekerheden en substitutie van zekerheden, belemmeren, zoals een afkoelingsperiode. De voorgestelde regels zijn in eerste instantie geschreven in het belang van de kredietverstrekkers en het bankwezen. Het voorstel bevat beperkingen voor de nationale wetgevers voor zover het gaat om de inrichting van het nationaal insolventierecht. Deze strekken ertoe belemmeringen weg te nemen voor de afdwingbaarheid van een financiële zekerheidsovereenkomst, bijvoorbeeld in de vorm van kennisgevingsverplichtingen, “officiële goedkeuring van de verkoop of verkoop middels een openbare veiling of op enigerlei andere voorgeschreven manier”, een gebruiks- of verbruiksrecht, of een bepaalde termijn.

geen conflict met het advies van de werkgroep

Naar het oordeel van de werkgroep is de betekenis van dit richtlijnvoorstel voor de Nederlandse faillissementswet en meer in het bijzonder voor de geadviseerde afkoelingsperiode beperkt. De afkoelingsperiode is bedoeld om de bewindvoerder in staat te stellen de boedel te inventariseren, zonder dat de onderneming ondertussen desintegreert ten gevolge uitwinning van zekerheden op activa van de onderneming. De werkgroep heeft hieraan in 3.8.5 nadere aandacht besteed. Doordat de ontwerprichtlijn inzake financiële zekerheidsovereenkomsten alleen betrekking heeft op liquiditeiten en ter beurze genoteerde effecten en niet op andere activa wordt het primaire doel dat met de afkoelingsperiode is beoogd hierdoor niet doorkruist.

2.4.2.4 Waarborgfondsen

het Europese vangnet

Brusselse besprekingen zijn momenteel gaande over de herziening van de Richtlijn 80/987/EEG van de Raad betreffende de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten inzake de bescherming van de werknemers bij insolventie van de werkgever. De belangrijkste vernieuwing van het in januari 2001 door de Commissie ingediende richtlijnvoorstel bestaat erin de bescherming van werknemers in grensoverschrijdende gevallen van insolventie te verbeteren. De oude richtlijn bepaalde al dat waarborgfondsen onvervulde aanspraken van werknemers dienen te honoreren die voortvloeien uit arbeidsverhoudingen met een insolvent geraakte werkgever. Eén van de wijzigingen die wordt voorgesteld is te bepalen welk waarborgfonds in een internationaal geval bevoegd is. Het bestaan van een dergelijk Europees “vangnet” is relevant voor de vraag welke wijzigingen in de rechtspositie van de werknemer bij surséance of faillissement van zijn werkgever nog gerechtvaardigd kunnen zijn.

2.4.3 Andere internationale ontwikkelingen

de modelwet

In het kader van Uncitral, is een modelwet tot stand gekomen. De modelwet bevat onder andere regels voor samenwerking tussen rechtbanken, curatoren en bewindvoerders in binnen- en buitenland, erkenning van buitenlandse insolventies, ter bescherming van crediteuren en andere belangen en de activa. Het gaat vooral om gevallen van grensoverschrijdende faillissementen, de mogelijkheid voor curatoren om actie te ondernemen voor buitenlandse rechtbanken en de afstemming tussen verschillende procedures in verschillende lidstaten. Terecht stelt de toelichting dat de Model Law een “vehicle” is voor materiële harmonisatie van insolventierecht. De Model Law speelt in op mondialisering van het bedrijfsleven en de behoefte aan rechtszekerheid en duidelijkheid, mede met het oog op bescherming van investeringen en het verzekeren van de belangen van internationale schuldeisers. Ondertussen werkt een werkgroep van Uncitral aan verdere eenmaking van het insolventierecht, onder meer door het opstellen van basisprincipes en met een oog op andere initiatieven in die richting, zoals van de Wereldbank en van Insol.

rol van Nederland en de EU

De MDW-werkgroep adviseert dat Nederland niet alleen zelf actief deelneemt aan de bespreking in Uncitral-verband, maar ook en vooral bijdraagt aan participatie door de Europese Gemeenschap in de werkzaamheden van Uncitral, met het oog op afstemming van grensoverschrijdende faillissementen en internationale harmonisatie van het insolventierecht.

3. Aanbevelingen omtrent de werking van faillissement en surséance

3.1 Doelstellingen van het insolventierecht

primair doel: voldoening van schuldeisers

De centrale doelstelling van het Nederlandse insolventierecht dient naar het oordeel van de werkgroep met het oog op het vereiste vertrouwen in het maatschappelijk verkeer primair gericht te blijven op voldoening van schuldeisers.

Tegelijk is voor de Nederlandse samenleving als geheel, zowel als voor alle direct en indirect betrokken belanghebbenden van belang dat in de afwikkeling van insolventies ook acht wordt, althans kan worden geslagen op andere belangen dan die van schuldeisers⁵. Indien (zonder verstoring van de mededinging) ondernemingen of delen daarvan die kunnen overleven als motor van welvaart, bedrijvigheid, werkgelegenheid en inkomen behouden blijven, wordt niet gerechtvaardigde kapitaalvernietiging aldus voorkomen.

opbrengstmaximalisatie niet strijdig met continuïteit

De in de praktijk ontwikkelde doorstartmethode illustreert dat het niet gaat om een scherpe tegenstelling tussen crediteur- en debiteurvriendelijke stelsels. Het is immers zowel in het belang van de schuldeisers, de debiteur zelf, diens wederpartijen, werknemers en anderen dat de liquidatieopbrengst voor de boedel wordt gemaximaliseerd doordat de onderneming of delen daarvan going concern kunnen worden verkocht, terwijl de continuïteit van (delen van) de onderneming en daarmee de duurzame betrekkingen van haar onderscheiden wederpartijen behouden kunnen blijven. Een stuksgewijze liquidatie lijkt onder het huidige stelsel dé methode bij afwikkeling in faillissement, maar de curator die evidente kansen op doorstart onbenut laat, kan in het stelsel zoals zich dat heeft ontwikkeld niet gezegd worden zijn taak naar behoren te hebben verricht. Het belang van de boedel vordert dat hij deugdelijk onderzoekt of de waarde van de boedel kan worden vermeerderd door voortzetting en doorstart van (delen van) de onderneming. Doel en methode van afwikkeling blijken elkaar aldus te beïnvloeden. Ook voortzetting onder eigen regie en verkoop aan een derde zal in de regel leiden tot waardemaximalisatie van de boedel, waarbij alle betrokkenen belang hebben: de schuldenaar, schuldeisers, werknemers en de samenleving als geheel.

surséance vs. faillissement, de materiële verschillen zijn beperkt

Voortzetting in faillissement leidt tot vele vragen die zich ook voordoen in surséance. Een belangrijk verschil met de surséance blijft echter dat de faillissementscurator niet en de debiteur in surséance wel het moment kan bepalen waarop de insolventieprocedure een aanvang neemt. De laatste heeft, maar zijn bewindvoerder weer niet, de gelegenheid (en Wv 27 244 dwingt hem daartoe) zich, al dan niet met extern advies, voor te bereiden op de aanvraag, in het bijzonder door middel van een business- en saneringsplan. Dit verschil verliest zijn scherpte wanneer een doorstart is voorbereid met behulp van banken en externe adviseurs. Wordt in faillissement voortzetting beoogd of is deze mogelijk en gewenst, dan dient zo snel mogelijk en deskundig te worden beoordeeld of maximalisatie van de boedelopbrengst door middel van een doorstart (d.w.z. met behoud van de hele of een deel van de onderneming) kan worden gerealiseerd.

surséance mag alleen als voortzetting mogelijk is

Tot de erkende oogmerken en doelstellingen van de Faillissementswet behoort het recht van een debiteur om uitstel van betaling te krijgen. De surséance is in het stelsel van de wet niet een ‘alternatieve’ afwikkelingsmethode, maar een recht van de debiteur zelf het

⁵ HR (Sigmacon en Leidsche Wolspinnerij)

initiatief te nemen tot sanering van zijn onderneming en die in eigen regie maar onder toezicht van een bewindvoerder (en de R-C) te saneren. Zulks geschiedt in het bijzonder door middel van sanering van zijn passiva, maar niet valt in te zien dat gezondmaking van de onderneming niet ook hier kan worden nagestreefd door middel van afstoting van *delen* van de onderneming. Surséance is naar haar aard gericht op voortzetting. Deze wordt in Wv 27 244 (art. 215a) niet langer ‘automatisch’ verleend doch slechts als de debiteur met indiening van insolventieplan aanstonds of na verlenging aannemelijk maakt dat vooruitzicht op herstel bestaat. Daardoor is de toegangsdrempel tot de surséance aanzienlijk verhoogd en mag verwacht worden dat deze na inwerkingtreding van de nieuwe regeling nog slechts met succes kan worden aangevraagd in die gevallen waarin daadwerkelijk vooruitzicht op herstel bestaat. **De werkgroep is van oordeel dat de voorgestelde veranderingen in de surséance een positieve uitwerking kunnen hebben op het behoud en herstel van ondernemingen die reële overlevingskansen hebben. Daarom blijft de surséance een belangrijk instrument vormen in het insolventierecht.**

vermijding van misbruik

Uitgesproken oogmerk van het insolventierecht is tot slot ook misbruik (in ruime zin) te vermijden en niet slechts in de zin van het wegmaken van vermogen of het bevoordelen van de ene crediteur boven de andere in de periode die aan de insolventie voorafgaat. Sinds het sterk toegenomen gebruik van rechtspersonen moet ook het misbruik daarvan en van het voorrecht van beperkte of niet-aansprakelijkheid van aandeelhouders respectievelijk bestuurders worden bestreden.

3.2 Integratie van insolventieprocedures

één ingang?

De werkgroep stelde de vraag aan de orde⁶ of de grensvervaging tussen faillissement en surséance niet zou dienen te leiden tot integratie in één regeling⁷, waarbij voor *elke* insolvente onderneming vanuit de algemene doelstellingen kan worden bezien of en hoe deze kan dan wel moet worden voortgezet, hoe de waarde daarvan kan worden gemaximaliseerd en of deze, al dan niet na sanering, overlevingskansen heeft en behouden kan worden. Integratie zou de efficiëntie en transparantie van het insolventierecht dienen te bevorderen. Doorstart en surséance, naar hun functie beide gericht op voortzetting en behoud van (delen van) de onderneming, zouden, zo was de gedachte, op dezelfde leest kunnen worden geschoeid, nu de voorbereiding, regeling en afwikkeling van een sanering in een van beide vormen goeddeels dezelfde vragen oproepen, zoals met betrekking tot de positie van (het bestuur door) de debiteur, de taken en bevoegdheden van curator of bewindvoerder tijdens de voortzetting en het toezicht door de rechter. Winst zou kunnen worden geboekt door introductie van ‘één ingang’ op basis van een inleidend verzoekschrift van schuldeisers of de debiteur, waarna de rechter binnen korte tijd op basis van alle dienende informatie beslist of er gereede mogelijkheden zijn de onderneming van de schuldenaar geheel of gedeeltelijk voort te zetten en te behouden, hetzij met het oog op liquidatie-doorstart, dan wel met het oog op voortzetting door de debiteur zelf. Omdat het verkrijgen van die informatie enige tijd kan vergen, zou de rechter voorlopige voorzieningen kunnen treffen voor de afkoelingsperiode, indien hij op basis van de voorshands beschikbare gegevens van oordeel is dat voortzetting geboden is. Is z.i. herstel redelijkerwijs niet mogelijk, dan benoemt hij een curator en belast deze met de liquidatie van de boedel. Is vereenvoudigde afwikkeling geïndiceerd dan wordt

⁶ Consultatie-memorandum, p. 26 e.v.

⁷ Aldus ook de nieuwe Duitse Insolvenzordnung

deze gelast en is daartoe gereede grond dan wordt de insolventie bij gebrek aan baten opgeheven. Zo zou ook een doorstart kunnen worden voorbereid met een herstelplan zoals dat is voorgesteld voor de surséance. De nieuwe Duitse Insolvenzordnung biedt een voorbeeld van zodanig stelsel en deze illustreert tevens welke onderwerpen in die benadering (herziene) regeling behoeven. Op de suggesties van de werkgroep is van verschillende zijden (voorzichtig) positief gereageerd⁸. **Bij nadere beschouwing is de werkgroep tot de slotsom gekomen dat een zodanige fundamentele herziening van het Nederlandse insolventierecht bepaald het overwegen waard is maar dat de zeer langdurige voorbereidingstijd die dit zou vergen onnodig gevaar zou kunnen opleveren voor de lopende en door de werkgroep nader aanbevolen herzieningen, die belangrijke bouwstenen vormen voor een latere meer fundamentele herziening. Hij overweegt daarbij het volgende.**

nieuw élan voor bestaande procedures

De aanbevelingen van de werkgroep strekken er in de eerste plaats toe om, voortbouwend op de reeds aanhangige voorstellen, de wet aan te passen aan de praktijk zoals die zich heeft ontwikkeld door (a) de saneringsfunctie van faillissement transparanter te maken en (b) het recht van de debiteur uitstel van betaling te verkrijgen zodanig te herzien dat daarvan slechts dan met kans op succes gebruik kan worden gemaakt indien aannemelijk is dat schuldeisers worden voldaan en uitzicht bestaat op herstel. De voorstellen en aanbevelingen bewerkstelligen aldus dat surséance zich opnieuw duidelijk van faillissement onderscheidt als een recht van de debiteur en dat de verscherpte eisen een einde maken aan de huidige praktijk dat surséance zeer vaak direct of na korte tijd uitmondt in een faillissement. Met het oog daarop worden hierna enkele voorstellen gedaan die de werking van de surséance kunnen bevorderen. Het heeft direct gevolg voor de bevoegdheid tot aanvraag. Voor surséance blijft dit alleen de debiteur zelf, voor faillissement de schuldeisers en de debiteur. Dat de rechter krachtens art. 218 lid 5 in een surséance ambtshalve het faillissement kan uitspreken, geeft reeds thans een aanzet tot integratie. Van de andere zijde geschiedt dat met de aanbeveling dat een curator moet onderzoeken of doorstart mogelijk is met het oog op maximalisering van de opbrengst en behoud van de onderneming. Het plan dat hij, indien die mogelijkheid zich z.i. voordoet, daartoe opstelt heeft echter een ander karakter dan het plan dat een debiteur bij aanvraag van surséance indient, omdat het faillissement reeds is uitgesproken en de curator de opdracht heeft dat naar de regels van de wet af te wikkelen. Liquidatie blijft daarbij het hoofdkenmerk, doorstart een modaliteit daarvan. De debiteur die surséance aanvraagt maakt gebruik van een recht dat de wet hem biedt, maar de rechter blijft bepalen of hem daadwerkelijk uitstel van betaling wordt verleend aan de hand van de verzwaarde toegangseisen. Wordt de aanbeveling gevolgd de debiteur te verplichten tot eerdere aanvraag van insolventie dan zal ook dat het onderscheid tussen beide procedures verminderen. Net als in de te wijzigen surséance-procedure zou dat ook bij faillissement nopen tot een eerdere aanvraag⁹.

toekomstperspectief

Aan een toekomstige integratie staat dit alles niet in de weg, al zal het principiële onderscheid tussen het recht van de debiteur en dat van crediteuren ook dan tot zijn recht dienen te komen. Te beoordelen is dan of het huidige stelsel van rechterlijke goedkeuring in

⁸ Zoals o.a. blijkt uit de reactie van Insolad op het discussiememorandum (schriftelijke reacties zijn gebundeld en als bijlage bij dit rapport gevoegd)

⁹ Denkbaar is de maatstaf te hanteren van (dreigend) onvermogen tot betaling van zijn schulden (de schuldenaar heeft betaling van zijn opeisbare betalingen gestaakt of voorzien wordt dat schulden niet kunnen worden voldaan op het tijdstip dat die opeisbaar zijn).

elk geval wat de surséance betreft geheel of gedeeltelijk dient te worden vervangen door goedkeurings- en adviesrechten van schuldeisers en andere direct betrokkenen. Een belangrijk ijkpunt daarbij is de belasting van de rechterlijke organisatie, de maatschappelijke kosten die daaraan zijn verbonden en de ontwikkeling van snelheid en deskundigheid van het rechterlijk apparaat. De werkgroep doet ook daaromtrent nadere aanbevelingen (hoofdstuk 6) en omdat de uitkomst daarvan voor de totale werking van het insolventierecht van groot gewicht is, moet daaromtrent meer inzicht en ervaring zijn verkregen vooraleer te beslissen omtrent verdere verzwaring van de rol van de rechter respectievelijk een keuze voor een ander stelsel waarin deze juist wordt verminderd. Een zekere convergentie tussen beide procedures tekent zich ook af in de sterkere rol die de bewindvoerder (recht tot geven van aanwijzingen) en de rechter (mogelijke vervanging van de bestuurder) in de te wijzigen surséance-regeling zijn toegedacht. Datzelfde geldt overigens voor de crediteurencommissie.

3.3 Tijdigheid van aanvragen van insolventieprocedures

bestaande criteria voor tijdigheid

Voor het bereiken van de doelstellingen van het insolventierecht is tijdige aanvraag van de insolventie procedure van cruciaal belang. Faillissement en surséance worden vaak zo laat aangevraagd dat geen uitzicht (meer) bestaat op herstel of voldoening van de crediteuren. Het criterium verschilt voor faillissement en surséance. Voor de eerste geldt de feitelijke toets te verkeren in de toestand dat de schuldenaar heeft opgehouden te betalen, voor de tweede ‘dat de schuldenaar voorziet niet te kunnen voortgaan met het betalen van opeisbare schulden’. In Wv 27 244 wordt dit criterium geobjectiveerd. Wat de surséance betreft mag worden verwacht dat dit een ingrijpend ‘sanerend’ effect zal hebben, omdat ontijdigheid (gemeten aan inmiddels te zeer geslonken kansen op herstel en voortbestaan) zal leiden tot afwijzing van het verzoek met de kans dat krachtens art. 218 lid 5 zijn faillissement wordt uitgesproken. De praktijk zal zich op vroegtijdiger en beter gedocumenteerde aanvraag (moeten) instellen. Verwacht mag worden dat de adviespraktijk daartoe de nodige procedures en modellen zal ontwikkelen. Om dit te bevorderen kan gebruik worden gemaakt van (wettelijke) verwijzingen naar zodanige nadere regelingen. Hierna doet de Werkgroep verdere voorstellen die er op gericht zijn om tijdigheid te bevorderen, in het bijzonder ook voor surséance.

niet alleen tijdig maar ook terecht

De vraag hoe met het oog op verbetering van de werking van het insolventierecht kan worden bevorderd dat een aanvraag tijdig geschiedt, heeft intussen ook een keerzijde. In de praktijk wordt incasso van vorderingen vaak nogal ‘lichtvaardig’ afgedwongen met (de dreiging van) een aanvraag tot faillissement. Dit kan, in het bijzonder bij redelijke, althans niet malicieuze betwisting van de verplichting, de schuldenaar buitenproportionele schade toebrengen. Dit heeft een negatieve invloed op de werking van het insolventierecht. **De vereiste pluraliteit vormt een zekere rem op zodanig ‘oneigenlijk’ gebruik van het recht faillissement van een niet betalende crediteur aan te vragen, maar de vraag is of dat in de praktijk ook altijd zo werkt. De werkgroep beveelt aan dit aspect te betrekken bij mogelijke wijzigingen gericht op bevordering van tijdig aanvragen van insolventie.**

laveren tussen hoop en vrees

‘Tijdigheid’ blijft voor het overige echter een moeilijk begrip, omdat in de praktijk van onze samenleving het aanvragen van een insolventieprocedure nu eenmaal *per se* het voortbestaan van een onderneming (verder) in gevaar brengt. Wat de surséance betreft staat

daar tegenover dat de voorgestelde en in dit rapport aanbevolen veranderingen het gevaar verminderen dat na bekendmaking van de surséance deze gaat werken als een ‘self fulfilling prophecy’. Buiten die gevallen blijft het hijsen van de stormbal leiden tot een wedloop van crediteuren en gemeenlijk tot de ondergang van de onderneming; opgewekt ‘doormodderen’ kan echter leiden tot mogelijk onherstelbare schade voor crediteuren. De problematiek ligt in het grensgebied tussen ondernemen (met moed, persoonlijke inzet en risico overwinnen van problemen die eigen zijn aan ondernemen) en het onverantwoord ten laste van crediteuren ‘doormodderen’ (*zonder* dat deze bekend zijn met de situatie en daarom niet of niet tijdig maatregelen kunnen nemen). De kritische factor is de beoordeling door de ondernemer van de kansen dat zijn problemen kunnen worden overwonnen. De ervaring leert dat ondernemers niet zelden hun kansen op herstel te optimistisch inschatten. Dit is iets anders dan frauduleus misbruik. Bij de behandeling van deze problematiek passen daarom enkele preliminaire opmerkingen.

3.3.1 Enkele overwegingen aangaande misbruik(baarheid) van insolventieprocedures

natuurlijke en rechtspersonen

In de eerste plaats moet onderscheid worden gemaakt tussen natuurlijke en rechtspersonen. Natuurlijke personen met een onderneming komen ingeval van insolventie in het regime van de Wsnp-procedure die weliswaar de mogelijkheid biedt van restschulden te worden bevrijd, maar daartoe de voortdurende medewerking van de schuldenaar vereist. Dienovereenkomstig is deze constellatie niet of verwaarloosbaar fraudegevoelig. Rechtspersonen daarentegen bieden daartoe meer mogelijkheden, omdat insolventie in beginsel wordt gevolgd door ontbinding en blijvende onmogelijkheid vorderingen te verhalen (‘plof’-BV’s).

aansprakelijkheid

In de tweede plaats wijst de werkgroep er op dat in de rechtspraak de regel is aanvaard dat degene die handelt voor een rechtspersoon in de wetenschap dat aangegane verplichtingen niet zullen kunnen worden voldaan daarvoor in beginsel persoonlijk aansprakelijk wordt. In wezen is de regel dat zulk handelen niet is toegestaan tenzij de derde met wie wordt gehandeld daarvan op de hoogte is of wordt gesteld en de risico’s aanvaardt: een plicht tot early warning derhalve. Dit laatste zal zich kunnen voordoen in de verhouding tot die crediteuren die krachtens contract of de wet weten of redelijkerwijs kunnen weten dat de debiteur zich in die situatie bevindt

wat is fraude en wat niet?

In de derde plaats meent de werkgroep dat fraude scherp moet worden onderscheiden van de gevallen waarin sprake is van ‘mismanagement’. Het laatste begrip is per definitie vaag en omvat zowel gevallen van roekeloos doormodderen als van bona fide doorvechten (al dan niet tegen beter weten in). Rechtens is het een niet ongevaarlijk begrip omdat toepassing ervan op vragen van burgerrechtelijke aansprakelijkheid gemakkelijk bloot staat aan ‘wijsheid achteraf’ en daarmee miskening van het eigene van ondernemen. Daardoor ontstaat ook het gevaar van een oneigenlijk (quasi-poenaal) gebruik van het instrument van persoonlijke aansprakelijkheidsstelling van bestuurders door curatoren met het verdere gevaar voor stigmatisering en onnodig verder persoonlijk leed (na en naast de reputatieschade die een faillissement voor de betrokkenen zonder meer al oplevert). Daarmee is allerm minst gezegd dat de wetgever lijdzaam zou moeten blijven ten opzichte van fraude. Integendeel, **de werkgroep is van mening dat het instrumentarium tot bestrijding van fraude aanscherping**

verdient, maar dan zodanig dat het inderdaad leidt tot effectieve aanpak van diegenen die zich opzettelijk en bewust willen verrijken ten koste van crediteuren. Het noopt tot scherpe(re) omschrijvingen, een effectieve procedure uitmondend in een objectieve toets door de onafhankelijke rechter.

3.3.2 De rol van informatieplichten in de huidige praktijk

openbaarmakings- en informatieverplichtingen

De werkgroep wijst er op dat de discussie over verbetering van de tijdigheid van aanvraag van insolventieprocedures en ‘early warning’ systemen moet worden geplaatst tegen de achtergrond van reeds bestaande openbaarmakings- en informatieverplichtingen en in het bijzonder de omvang, frequentie en wijze waarop door commerciële rechtspersonen (i.h.b. NV en BV) informatie wordt of dient te worden verschaft. Deze informatieplichten, die zowel wettelijk als contractueel kunnen zijn, leiden ertoe dat bepaalde partijen vroeger dan het brede publiek op de hoogte (kunnen) zijn van de (dreigende) financiële problemen. De vraag is wat deze partijen doen met de hun toekomende informatie, welk effect hun handelen heeft op het verdere verloop van zaken en of hierin nog verbeteringen denkbaar zijn. In het algemeen geldt dat een bonus op tijdige ‘openbaarmaking’ of sancties op het (te lang) uitblijven daarvan, kunnen bevorderen dat deze tijdig geschiedt.

administratie en jaarrekeningplicht

Boek 2 gebiedt in de eerste plaats iedere rechtspersoon boek te houden (art. 2:10 BW). Dat betreft slechts de administratieplicht. Daarnaast is iedere rechtspersoon telkenjare verplicht haar jaarrekening openbaar te maken¹⁰. Uit de jaarrekening en uit de accountantsverklaring moet blijken of op going concern basis is gewaardeerd. Is dat, gelet op de toestand van de vennootschap niet langer gerechtvaardigd, dan zal de waardering niet meer op die basis mogen plaatsvinden en zal dat blijken uit de jaarrekening. De accountant die de jaarrekening die de jaarrekening controleert zal, in het geval het bestuur niet eigener beweging tot afwaardering overgaat, in zijn verklaring moeten doen blijken van zijn afwijkende oordeel. In beide gevallen kunnen derden die daarvan kennis nemen tot nadere actie overgaan. De plicht tot openbaarmaking is echter slechts een jaarlijkse, ontheffing van de plicht tot het opmaken van de jaarrekening kan worden verleend, de cijfers zijn per definitie historisch, het continuïteitsoordeel blijft primair een bestuursoordeel en de accountant is in de regel niet voldoende geëquipeerd dat oordeel anders dan marginaal te toetsen. Deze eigenschappen van de jaarrekeningtoets, maken deze weinig geschikt voor verbetering naar een early warning systeem (en maken daarmee de sanctie van art. 2:248 lid 2 BW ook wat arbitrair). Denkbaar is wel om in de wet de plicht op te nemen zich *uitdrukkelijk* over going concern waardering uit te spreken, maar betwijfeld moet worden of die werkelijk bij zal dragen aan een verbetering van de insolventiepraktijk¹¹. Evenzo kan worden gedacht aan invoering van een uitdrukkelijke plicht voor de accountant om continuïteitsbedreigende factoren onverwijld ter kennis te brengen van het bestuur en (zo die er zijn) de commissarissen, maar ook daarvan moeten niet te hooggestemde verwachtingen worden gekoesterd, nu de controle veelal niet gedurende het gehele jaar plaats vindt maar zich concentreert op de jaarstukken en vaak steekproefsgewijs wordt uitgevoerd.

¹⁰ (artt. 2:394 jo. 392/393 BW)

¹¹ Beurs-NV's zijn overigens verplicht tot bekendmaking van tussentijdse cijfers en koersrelevante informatie, ook (dreigende) financiële moeilijkheden of tegenvallers.

aanvullende regels voor beursvennootschappen

Naast de jaarrekeningplicht zijn beursvennootschappen verplicht ook tussentijds verslag te doen van hun performance en te eniger tijd openbare mededelingen te doen van belangrijke ontwikkelingen (art. 28h Fondsenreglement) waaronder ook het ontstaan van ernstige financiële moeilijkheden. Bovendien worden voor deze ondernemingen in de regel 'ratings' opgemaakt en gepubliceerd die een indicatie geven van de financiële toestand van de onderneming.

meldingsplicht bij fiscus en Lisv

Jegens de fiscus en de Lisv is de onderneming gehouden tot melding van niet-betaling van belastingen of premies. Deze meldingsplicht krachtens de Invorderingswet wordt, mede gelet op de sanctie op verzuim daarvan, goed nageleefd. Deze geeft fiscus en Lisv een informatievoorsprong, maar omdat meldingen worden gedaan in alle gevallen dat betaling op de vervalddag uitblijft en daarom zeer vaak zonder dat sprake is van reële financiële problemen, is verbetering van de insolventiepraktijk door invoering van een verplichting tot openbaarmaking van die meldingen reeds daarom niet te verwachten. Anders zou dit zijn indien openbaarmaking zou worden opgelegd wanneer de gemelde betalingsonmacht langer dan enkele maanden voortduurt. **De werkgroep beveelt aan een ondernemer die langer dan drie maanden in verzuim is met de betaling van belastingen en premies (te rekenen vanaf de dag dat hij voor de eerste maal heeft gemeld c.q. had moeten melden niet aan zijn betalingsverplichtingen te kunnen voldoen) de verplichting op te leggen daarvan onverwijld mededeling te doen door het deponeren van een verklaring bij het Handelsregister van zijn woonplaats.** Daardoor zal eenieder daarvan kennis kunnen nemen en passende maatregelen kunnen nemen, maar belangrijker is dat het de betrokken ondernemer daartoe zelf aanspoort. De ondernemer heeft de keuze om hetzij via onderhandeling met zijn financier(s) aanvullend krediet te verkrijgen en de achterstallige verplichtingen te voldoen (zodat hij niet gedwongen wordt de bedoelde mededeling bij het Handelsregister te deponeren), danwel anderszins een 'work out' te entameren waaronder ook kan worden begrepen het treffen van een betalingsregeling met fiscus en Lisv of het aanvragen van surséance of faillissement. **De Werkgroep stelt niet voor aan het verzuim van deponering van die verklaring als zodanig bijzondere wettelijke sancties te verbinden**, nu dat zonder meer al een belangrijke factor zal vormen bij de beoordeling van een actie gericht op aansprakelijkstelling van bestuurders en mede-beleidsbepalers. De sanctie van art. 2:138/248 lid 2 BW is daartoe naar het oordeel van de Werkgroep te zwaar. Het verzuim is immers reeds op zichzelf een belangrijk gegeven bij de beoordeling van het handelen van bestuurders en mede-beleidsbepalers en meer in het bijzonder voor de verdeling van stelplicht en bewijslast. Het aangaan van verplichtingen na het tijdstip waarop de melding is of had behoren te worden gedaan wordt voor de betrokken bestuurder c.q. ondernemer immers extra riskant, nu hij dan zal moeten aantonen dat desondanks aan de aangegeve verplichtingen kon worden voldaan. De mededelingsplicht zal daarom naar verwachting leiden tot het vroegtijdig alerteren van de ondernemer zelf en tot het vrijwel opheffen van de ongelijkheid van informatie tussen fiscus/Lisv en derden.

contractuele informatieplicht jegens de bank

Is door kredietinstellingen of anderen krediet verleend dan is de rechtspersoon in de regel contractueel verplicht tot nadere tussentijdse informatieverschaffing. Kredietinstellingen hebben bovendien de mogelijkheid tot monitoring door hun inzicht in het verloop van binnenkomende en uitgaande betalingen. In de regels zal een debiteur die in problemen raakt onder een bijzondere kredietbewaking worden geplaatst. Naar mededeling van de NVB wordt ongeveer 80% van in problemen geraakte ondernemingen zonder enige insolventiemaatregel

gesaneerd. Het (wettelijke) kader waarbinnen dit plaats vindt, wordt gevormd door de gesloten overeenkomsten en verschaft zekerheden en de algemene regels van burgerlijk recht terzake van onder meer aansprakelijkheid voor schade en medeverantwoordelijkheid voor ondernemingsbesluiten bij een geforceerde 'work out'¹². Ook bij de voorbereiding en uitwerking van wel binnen het bereik van de Fw vallende scenario's spelen zij vaak een belangrijke rol. Naar het oordeel van de werkgroep dient die praktijk positief te worden beoordeeld nu zij erin resulteert dat de ondernemer wordt gedwongen zijn oordeel te toetsen aan dat van zijn belangrijkste financiers. Ook de voorgestelde mededelingsplicht zal ertoe kunnen bijdragen dat informele 'work outs' vroeger worden geëntameerd.

3.3.3 De rol van het bestuur van de rechtspersoon

aandeelhoudersbelang versus crediteurenbelang

De werkgroep wijst er opnieuw op dat het richtsnoer voor het handelen van organen van rechtspersonen (in het bijzonder NV en BV) bij (dreigende) insolventie niet primair (meer) is gericht op het belang van de aandeelhouders (vennootschap), maar op die van de crediteuren. Zij worden als het ware trustees voor de crediteuren. In de VS en Groot Britannië is deze notie reeds sterk bepalend voor de praktijk. Die vooropstelling is naar de mening van de werkgroep van groot belang bij de beantwoording van de hier voorliggende vragen en de te maken keuzes. Artikel 2:136/246 bepaalt echter voor de NV en BV dat (tenzij de statuten anders bepalen) het bestuur zonder opdracht van de algemene vergadering van aandeelhouders niet bevoegd is aangifte te doen tot faillietverklaring van de vennootschap. Deze bepalingen zijn ongerijmd. Het insolventierecht brengt tot uitdrukking dat ook insolvente rechtspersonen in de eerste plaats de belangen van schuldeisers tot richtsnoer van hun handelen dienen te nemen. Tijdigheid van de faillissementsaanvraag is essentieel voor de bescherming van de crediteurenbelangen en het bestuur (dat daartoe over alle gegevens kan beschikken) is bij uitstek de partij die zich daaromtrent een weloverwogen oordeel kan vormen. **De Werkgroep brengt daarom onder de aandacht de vraag of het nog wel passend is dat de bevoegdheid tot aanvraag van faillissement niet bij het bestuur doch bij de algemene vergadering van aandeelhouders berust.** Dit kan immers leiden tot vertraging (in verband met oproepingstermijnen) en mogelijk tot aansprakelijkheid van bestuurders wegens te late aanvraag. Hij vraagt zich af of in het geval van een (dreigende) deconfiture de belangen van de schuldeisers niet boven die van de aandeelhouders zouden moeten worden gesteld. Bij de beoordeling van deze vraag dient uiteraard het zo-even gedane voorstel tot bekendmaking van voortdurende betalingsonmacht te worden betrokken.

fraudebestrijding

Fraudebestrijding blijft geboden en zou, van de andere zijde benaderd, ook moeten leiden tot destigmatisering. De Werkgroep heeft overwogen of fraudebestrijding zou kunnen worden vergemakkelijkt door een verscherpt instrumentarium in de vorm en naar het voorbeeld van de Engelse 'disqualification', bijvoorbeeld door aan de rechter de bevoegdheid te verlenen, om, gehoord de curator en belanghebbenden, bij vastgestelde 'fraude' de fraudeur voor een nader vast te stellen periode te straffen met uitsluiting van nader aan te duiden functies of hoedanigheden bij een onderneming. De Werkgroep beveelt zodanige nieuwe instrumenten niet aan nu de regering verscheidene maatregelen heeft genomen, zoals de verbetering van het preventief toezicht, de registratie op overdracht van aandelen en integriteitsbeoordeling in het kader van het wetsvoorstel Bibob.

¹² HR (Kip/Rabo Winterswijk)

4. Vernieuwde regeling van faillissement en surséance en de positie van bepaalde groepen schuldeisers

4.1 Voorrechten van fiscus en Lisv en bijzonder verhaalsrecht (bodem(voor)recht)

het huidige systeem

Voorrangrechten spelen in faillissement een belangrijke rol omdat zij in afwijking van de hoofdregel van gelijkberechtiging (*paritas creditorum*) de betrokken schuldeiser een voorrang geven bij de verdeling van de netto-opbrengst van goederen. Voorrang vloeit voort uit pand en hypotheek, voorrechten en nog enkele andere wettelijke gronden, zoals bij het retentierecht. Pand en hypotheek geven een verhaalsrecht: de pand- of hypotheekhouder kan vóór andere schuldeisers verhaal nemen op bepaalde goederen. De regeling van de voorrechten is opgenomen in het BW (artt. 3:283-289), welke goeddeels is gebaseerd op de aanbevelingen van de Commissie Houwing (1974). Voorrechten ontstaan alleen uit de wet. Het BW kent een voorrecht toe aan vorderingen op (a) bepaalde goederen en (b) alle goederen van de schuldenaar. Voorrecht op *bepaalde* goederen verleent de wet voor kosten tot behoud of bearbeiding, appartementsrechten en kosten wegens vordering tot schadevergoeding uit hoofde van verzekering. Voorrecht op *alle* goederen geeft hij voor de kosten van faillissementsaanvraag, lijkbezorging, aanspraken op pensioenuitkeringen, aanspraken op arbeidsinkomen en heffingen door de EU-organen.

De bevoorrechting van de fiscus en de Lisv en het bijzondere verhaalsrecht van de fiscus voor *bepaalde* belastingen en premies op (*de opbrengst van*) *nader bepaalde goederen* berusten op de (bij invoering van het NBW gewijzigde) Invorderingswet 1990. Het fiscale voorrecht en het bijzonder verhaalsrecht werden gehandhaafd en ‘verdeeld’ over artikel 21 lid 2 (fiscale voorrecht) en 22 lid 3 (bodemrecht).

achter de horizon...

Een meer diepgaande discussie werd uitgesteld in verband met een brede herwaardering van het systeem van (niet alleen fiscale) voorrechten en het bijzonder verhaalsrecht. Daarom werd in art. 70 Invorderingswet een zgn. “horizonbepaling” opgenomen: het fiscale bodem(voor)recht zou vervallen op 1 januari 1993 tenzij voordien een wetsvoorstel zou zijn ingediend inhoudende een definitieve regeling of verlenging van de geldigheidsduur van voornoemde bepalingen voor niet langer dan een jaar. Na het advies van een interdepartementale werkgroep Voorrecht en Bodemrecht werd op 30 november 1992 ingediend wetsvoorstel 22 942 tot wijziging van het BW, de Faillissementswet en enkele andere wetten terzake van bevoorrechting van vorderingen, het fiscale bodem(voor)recht en de vereenvoudigde afwikkeling van faillissementen. Dit laatste onderwerp is inmiddels afgekoppeld door middel van een afzonderlijk wetsvoorstel (27 199). De resterende problematiek betreft dus de bevoorrechting in het algemeen, en die van belastingvorderingen in het bijzonder (incl. de voorgestelde uitbreidingen tot provinciale, gemeentelijke belastingen en heffingen van waterschappen) en sociale verzekeringspremies alsmede het bijzondere verhaalsrecht van fiscus en Lisv. Na indiening van het eindverslag van de Tweede Kamer in 1994 is de behandeling van 22 942 geheel stil komen te liggen.

...wacht wetsvoorstel 22 942...

De verwachte principiële discussie over voorrechten en bijzonder verhaalsrecht is zo ten onrechte niet verder gevoerd. Gelet op de strekking van de horizonbepaling is het achterwege blijven van een behandeling van het wetsvoorstel hoogst opmerkelijk. De enige (maar onvoldoende) verklaring voor het feit dat het noodzakelijke debat niet is voortgezet, is het kennelijk controversiële karakter daarvan. **De werkgroep meent dat het van tweeën een**

is: hetzij het wetsvoorstel wordt ingetrokken, hetzij de behandeling van het wetsvoorstel wordt hernomen, in het forum waar het onderwerp thuishoort. De werkgroep beveelt aan om dit laatste met spoed en met voorrang te doen. Daarbij ligt een Nota van wijziging in de rede en zou een procedurele splitsing overwogen kunnen worden tussen het systeem van (fiscale en niet-fiscale) voorrechten enerzijds en het bijzonder verhaalsrecht van de fiscus anderzijds, nu beide niet onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn. Het debat zal niet alleen worden gevoed door de reacties van destijds op het wetsvoorstel, maar ook door de hiernavolgende aanbeveling uit dit MDW-rapport, en de reacties op de hoorzittingen en het discussiememorandum.

...op een deugdelijke motivering

In de motivering van Wv 22 942 werd aangesloten bij het advies van de interdepartementale werkgroep Voorrecht en Bodemrecht (1990). De argumenten pro en contra het fiscale voorrecht en bodem(voor)recht wegende is de werkgroep tot de slotsom gekomen dat handhaving van de status quo in de samenleving anno 2001 niet zonder meer (zoals nog kon geschieden in Wv 22 942) voor de hand ligt. Daarbij dient aandacht te worden besteed aan de vraag of en in hoeverre de gelijkenschakeling van de Lisv met de fiscus steeds gerechtvaardigd is, gelet op het verschillende karakter van belastingheffing en sociale verzekering. De destijds gehanteerde argumenten hebben de werkgroep niet kunnen overtuigen. Een voortvarende parlementaire behandeling van 22 942 moet een geactualiseerde motivering opleveren en waarschijnlijk ook een inhoudelijk aangepast wetsvoorstel.

andere beoordelingsaspecten

Het is verder van belang om de effecten van de positie van de fiscus voor het financieringsaanbod in Nederland in ogenschouw te nemen. Het bijzonder verhaalsrecht van de fiscus brengt met zich dat de dekkingswaarde, die financiers aan de in de financieringsovereenkomst bedongen zekerheden kunnen ontleen, vermindert. Afschaffing van het bijzonder verhaalsrecht vergroot dus potentieel de financieringsmogelijkheden van financiers. Dit is in het bijzonder van belang indien financieringen relatief zwaar rusten op zekerheden zoals veelal bij het MKB en vooral bij starters. Voorts is met de snel voortschrijdende integratie van de Europese financiële markten een aandachtspunt dat het huidige stelsel aan buitenlandse financiers steeds moeilijker is uit te leggen. Ook daardoor kan een en ander negatieve gevolgen hebben voor het financieringsaanbod op de Nederlandse markt. De vertegenwoordiger van Financiën gaat echter ervan uit dat afschaffing van het fiscale bodem(voor)recht geen positieve effecten zal hebben op het financieringsklimaat.

aanbeveling

Het vorenstaande brengt de werkgroep op inhoudelijke gronden tot de aanbeveling om het (bodem)voorrecht van de fiscus af te schaffen. De budgettaire consequenties daarvan dienen op politiek niveau onder ogen te worden gezien en zullen onderdeel kunnen vormen van het geheel van afspraken in een nieuwe regeerperiode. **Voor het geval de budgettaire consequenties van algehele afschaffing prohibitief worden geoordeeld, beveelt de werkgroep subsidiair aan om in de te hernemen discussie ook de omvang en de inrichting van het betreffende zekerheidsrecht ter discussie te stellen.** Hierop wordt hierna nader ingegaan.

minderheidsstandpunt

De vertegenwoordigers van de ministeries van Financiën en Sociale Zaken en Werkgelegenheid delen het standpunt van de andere werkgroepleden op het punt van voorrecht en bodem(voor)recht niet. Zij menen dat om reden van het budgettaire belang het

voorrecht van fiscus niet kan worden gemist. Dat geldt ook voor de Lisv. De Lisv heeft onder het huidige recht geen bodemrecht. Om die reden wordt bedoeld recht in Wv 22 942 aan de Lisv toegekend. Ook zijn de vertegenwoordigers van de ministeries van Financiën en Sociale Zaken en Werkgelegenheid van oordeel dat het financiële belang dat met het verhaalsrecht is gemoeid er aan in de weg staat om tot afschaffing daarvan over te gaan. Een en ander laat onverlet dat bezien kan worden of het bijzondere verhaalsrecht in de huidige vorm dient te worden gehandhaafd. Evenwel benadrukken zij dat enigerlei vorm van een verhaalsrecht ter securering van het voorrecht voor de fiscus beschikbaar zal moeten zijn. De vertegenwoordigers van de ministeries van Financiën en Sociale Zaken en Werkgelegenheid merken voorts op dat naast het budgettaire belang ook andere belangen zijn gemoeid met het handhaven van voorrecht en verhaalsrecht.

kostbaar ontwijkgedrag

Voor ondernemingen blijft de bevoorrechting en het bijzonder verhaalsrecht aansporen tot ontwijkgedrag in de keuze voor en regeling van de financiering van goederen, hetgeen de fiscus weer noopt tot kostbare invorderingsmechanismen en - strikt genomen - procedures die onnodig zouden moeten zijn. Dit laatste is in een minder kneedbaar systeem overbodig, zal de regeling minder misbruikgevoelig maken, en tot minder concurrentievervalsingen leiden tussen ondernemers onderling. Want thans blijven die ondernemingen buiten schot die zich van de beste juridische constructies (afvoerconstructie, bodemverhuurconstructie, afstandconstructie, wisseltrucs, etc.)¹³ kunnen bedienen om de fiscus te slim af te zijn. Een strakker systeem biedt niet alleen de fiscus een handhavingsvoordeel, maar voorkomt tevens de klassieke wedloop bij (dreigende) insolventie om activa veilig te stellen, met alle negatieve gevolgen voor de overige schuldeisers en de werking van de insolventieprocedure.

twee alternatieve wijzen van securering

Het toepassingsbereik van het fiscale bodembeslag hoeft zich niet per definitie uit te strekken tot alle niet aan de schuldenaar toebehorende goederen die hij heeft bestemd tot blijvend gebruik in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf, dus bijvoorbeeld ook het wagenpark. Een substantiële inperking van het aantal voorwerpen dat vatbaar is voor bodembeslag behoort ook tot de mogelijkheden. Dat is een kwestie van heroverweging van de juiste afbakening van de wettelijke definitie. In plaats van het bestaande bijzonder verhaalsrecht zijn ook geheel andere methoden denkbaar om de fiscus zekerheid te verschaffen. Het voorstel in Wv 22 942 tot herziening van het bijzonder verhaalsrecht en opneming in het BW, is sterk gekritiseerd onder meer door De Liagre Böhl en Van Mierlo en opnieuw ook in de reacties op het MDW-discussiememorandum. De eerste stelde voor het bijzonder verhaalsrecht te doen vervallen en de fiscus een bijzonder voorrecht toe te kennen op een percentage van de opbrengst van alle aan de schuldenaar in eigendom toebehorende roerende zaken, niet registergoederen, met rang boven (bezitloos of vuist) pandrecht, aangevuld met een bijzonder verhaalsrecht op roerende zaken van derden om te voorkomen dat een pandhouder vlak voor een hem bekende déconfiture onderhands uitwint zonder afdracht van het percentage. Ook Van Mierlo wil het bestaande bijzonder verhaalsrecht schrappen en dit vervangen door een wettelijk (vuistloos) pandrecht op de roerende zaken die bestemd zijn tot blijvend gebruik van de roerende of onroerende zaak waarin de schuldenaar zijn beroep of bedrijf uitoefent of heeft uitgeoefend, ongeacht aan wie die zaken toebehoren of wie op dergelijke zaken enig recht kan doen gelden. Hij wijst op de geringe ontwijkmogelijkheid door het droit de suite. Tevens stelt hij voor belastingschulden en sociale

¹³ Fiscale encyclopedie De Vakstudie, Band ***, artikel 22, aantekeningen 55-59, Kluwer Deventer

verzekeringsschulden te bevoorrechten op alle overige goederen van de belastingschuldige. Vragen omtrent reële eigendom van derden dienen volgens Van Mierlo niet in de wet, maar in de Leidraad Invordering te worden geregeld. Beide alternatieven hebben ten opzichte van de huidige praktijk de charme van de eenvoud.

het bijzonder verhaalsrecht hervormd

Zou worden besloten om (vanwege de budgettaire implicaties) het bijzondere verhaalsrecht in enigerlei vorm te handhaven, dan wil de werkgroep ten behoeve van het voort te zetten parlementair debat een duidelijke voorkeur uitspreken. Een combinatie van hervormende maatregelen lijkt dan het meest aantrekkelijk. Ten eerste zou de definitie van het bijzonder verhaalsrecht (bijvoorbeeld op het punt van de verhaalsobjecten zoals bijvoorbeeld de “stoffering”) beperkter moeten worden omschreven. Ten tweede zou op basis van het voorstel van Van Mierlo (een wettelijk pandrecht op de roerende zaken bestemd tot blijvend gebruik) de handhaafbaarheid van dat (ingeperkte) bijzondere verhaalsrecht kunnen worden verbeterd en de “constructiegevoeligheid” ervan kunnen worden verminderd. Ten derde zou dit systeem moeten worden aangevuld met een percentageregeling a la De Liagre Böhl, hetgeen de mogelijkheid biedt om rekening te houden met de budgettaire consequenties door dit percentage neerwaarts bij te stellen, of zelfs tot een getemporeerde afschaffing van het bijzonder verhaalsrecht te besluiten. De werkgroep beveelt aan om de behandeling van Wv 22 942 met spoed te hernemen en daarbij bovenstaand voorstel in de wet uit te werken.

4.2 Positie werknemers en Lisv in surséance

ontslagbevoegdheid van RDA naar rechtbank

In het vorenstaande heeft de werkgroep, voortbouwend op Wv 27 244, een aantal voorstellen gedaan tot versterking van de surséanceregeling teneinde te bereiken dat ondernemingen die daadwerkelijk overlevingskansen hebben de mogelijkheid tot herstel wordt geboden. In de commentaren op het Discussiememorandum kwam opnieuw naar voren dat herstel (en daarmee behoud van werkgelegenheid) slechts mogelijk is als de kosten voor boventallig personeel snel kunnen worden gesaneerd. De werkgroep wijst er op dat de toekomst van het Nederlandse arbeidsrecht en meer in het bijzonder van het duale ontslagstelsel het onderwerp vormt van beraadslagingen naar aanleiding van het rapport van de Commissie Rood. Wat daarvan de uitkomst zal worden is thans nog onzeker. **De werkgroep beveelt niettemin en los van de uitkomst van die beraadslagingen aan dat in elk geval met betrekking tot ontslag van boventallig personeel in het kader van een surséanceaanvraag de functie van de RDA wordt vervuld door de rechtbank die de aanvraag behandelt. Deze aanbeveling moet worden gezien in samenhang met de voorstellen die elders worden gedaan met betrekking tot de positie van andere belanghebbenden.**

criteria, termijnen en procedures voor het overige ongewijzigd

Om collectief ontslag aan te vragen voor boventallig personeel wordt, zoals thans geldt in de RDA-procedure, in de aanvraag en het in te dienen plan uiteengezet dat en waarom herstel en voortzetting van de onderneming slechts mogelijk is indien de personeelskosten worden verminderd door middel van gedeeltelijke inkrimping van het personeel. Bij de keuze van de af te vloeien werknemers worden de gebruikelijke selectiecriteria (evenredigheids- en/of het dienstjarenbeginsel) toegepast. De hiervoor benodigde informatie is gelijk aan die welke een werkgever dient te overleggen bij het een bedrijfseconomisch ontslagverzoek via de RDA. Aanvaarding van het plan (inclusief de samenstelling van de ontslaglijst) houdt in

dat de rechtbank (in plaats van de RDA) toestemming verleent tot opzegging van de arbeidsovereenkomsten met het boventallige personeel. Net als in Engeland, Duitsland en België blijven de wettelijke opzegtermijnen gelden, bij surséance derhalve maximaal 4 maanden, maar ter compensatie van de proceduretijd kan op die termijn, als thans bij de RDA, een maand in mindering worden gebracht, zij het dat steeds tenminste een maand opzegtermijn resteert. De termijn kan mitsdien nimmer meer bedragen dan 3 maanden. Hierbij zij aangetekend, dat op basis van de wettelijke opzegtermijn in de RDA-praktijk voor de meeste werknemers vaak slechts een of twee maanden opzegtermijn in acht dienen te worden genomen.

De rechtbank hanteert bij de behandeling van de aanvraag dezelfde ontslagregels als het zgn. Ontslagbesluit en de Wet Melding Collectief Ontslag. De OR wordt omtrent een zodanig verzoek geïnformeerd en de vakorganisaties worden, als thans, gehoord. Leiden de beraadslagingen omtrent de aanbevelingen van de Commissie Rood tot de introductie van een repressief ontslagstelsel, dan zou dit ook moeten gaan gelden voor ontslag in het kader van een surséance. Bij ontslag vanwege surséance behouden werknemers het recht wegens kennelijk onredelijk ontslag te procederen gericht op herstel van dienstverband of schadevergoeding. **Ook met betrekking tot dit onderwerp beveelt de werkgroep aan dat richtlijnen worden opgesteld voor de toekenning van ontslagvergoedingen in het specifieke geval van surséance.**

lasten voor de Lisv ter beoordeling van de rechter

Naast de concentratie van procedurele bevoegdheden bij de rechtbank die de surséanceaanvraag beoordeelt komt daar inhoudelijk de vaststelling bij van een passende verdeling van de kosten tussen Lisv en de onderneming in relatie tot de overlevingskansen van de laatste. Twee aspecten zijn daarbij te onderscheiden: de (voor)-financiering van de aanspraken van ontslagen werknemers en de (uiteindelijke) draagplicht voor die kosten. Krachtens art. 62 Werkloosheidswet kan de Lisv de verplichtingen van een insolvente werkgever overnemen ingeval van 'betalingsonmacht', maar de huidige uitleg is dat daarvan in het geval van surséance geen sprake is. **De werkgroep beveelt aan de bepaling zo te wijzigen (verduidelijken) dat deze ook toepasselijk is in surséance en wel indien en voor zover het voortbestaan van de onderneming in gevaar wordt gebracht door het (gedeeltelijk of in zijn geheel) moeten dragen van de loonkosten van boventallig personeel gedurende de opzegtermijn. Voorts meent de werkgroep dat nadien ook niet per definitie voor het geheel van de voorgefinancierde kosten een regresvordering moet ontstaan, omdat deze zou leiden tot een blijvende verplichting van de sursiet en daarmee tot een zelfstandige en voortdurende bedreiging van het herstel dat nu juist (ter voorkoming van faillissement) wordt beoogd.** Neemt de Lisv zoals voorgesteld, de vordering in eerste instantie over dan moet de rechter, aan de hand van nader te ontwikkelen criteria en rekening houdend met de gewenste 'fresh start', kunnen bepalen in welke mate een regresvordering op de sursiet ontstaat. De niet terug te vorderen lasten blijven dan bij de Lisv. De mogelijkheid blijft bestaan om in het kader van het plan een betalingsregeling te treffen, welke ook betrekking zou kunnen hebben op mogelijk achterstallige sociale verzekeringspremies. Om bij de Lisv het financiële risico af te dekken dat deze handelwijze met zich meebrengt, kan worden overwogen om, zoals in Frankrijk is geschied, voor dit doel een verplichte verzekering te introduceren. Ook kan worden gedacht aan de vorming van specifieke risicofondsen op bedrijfstak- of sectorniveau. Gezien de nieuwe toelatingscriteria voor de surséance wordt niet verwacht dat het om een grote populatie gaat, hetgeen inhoudt dat het financiële risico van zeer beperkte omvang zal zijn.

4.3 Leverantie- en kredietovereenkomsten

de voorgeschiedenis

De discussie omtrent het al dan niet opleggen van een doorfinancieringsverplichting is reeds jaren gaande. De voorstellen van de Commissie Mijnsen zijn terzijde gelegd, maar wel deed de staatssecretaris van Justitie bij brief aan de Kamer van 27 mei 1994 (kamerstukken 23.400 VI, nr. 36) een voorstel te dier zake. Tot uitvoering van die brief is het niet gekomen. In zijn discussiememorandum heeft de werkgroep op dit onderwerp commentaar gevraagd. Daarop is mondeling en schriftelijk gereageerd. **De werkgroep is van oordeel dat ook met betrekking tot de onderwerpen doorlevering en doorfinanciering duidelijk richting behoort te worden gekozen binnen het geheel van de in dit rapport gedane aanbevelingen, in het bijzonder die welke strekken tot herstel van de surséance. De hierboven gedane aanbeveling heeft, zo merkt hij aanstonds op, slechts betrekking op de surséance en niet op faillissement.** Hij overweegt daarbij het volgende.

aansluiten bij bestaande rechtspraak

In de jurisprudentie zijn grenzen gesteld aan het opzeggen door een kredietinstelling van een kredietovereenkomst. Bij de toetsing van de duur van de door de kredietinstelling gehanteerde opzegtermijn aan het redelijkheids- en billijkheidsbeginsel van artikelen 6:2 en 6:248 BW kunnen, globaal gezegd, vier factoren een rol spelen: het kredietrisico van de kredietinstelling, de naar aanleiding van de relatie tussen de kredietinstelling en de debiteur opgewekte verwachtingen, belangen van derden en toekomstperspectieven van de debiteur. De werkgroep meent dat het ontwikkelen van nieuwe en zelfstandige wettelijke criteria voor het doen voortbestaan of toekennen van kredieten na verlening van surséance moet worden ontraden niet slechts omdat die per definitie zeer gecompliceerd van aard zijn, maar niet minder omdat het opleggen van een zelfstandige doorfinancieringsverplichting een te sterke inbreuk zou maken op de algemene beginselen van burgerlijk recht. Hij beveelt daarom aan een regeling te introduceren die aansluit bij de hierboven aangehaalde rechtspraak.

nieuwe procedure gekoppeld met surséanceaanvraag

In de huidige situatie toetst de President van de rechtbank in kort geding op vordering van de kredietnemer of bij het beëindigen van de kredietovereenkomst de redelijkheids- en billijkheidsnormen in acht zijn genomen. **Voor de surséance stelt de werkgroep voor die toetsing efficiënter te doen plaatsvinden door in de wet te bepalen dat de surséanceaanvrager tevens kan verzoeken dat de rechtbank die zich uitspreekt over het al dan niet verlenen van surséance ook beoordeelt of de termijn die de kredietinstelling heeft gehanteerd bij de eventuele beëindiging van de kredietovereenkomst in overeenstemming is met de door de wet gestelde eisen van redelijkheid en billijkheid.** De rechtbank beslist daarop bij dezelfde uitspraak als die waarbij hij op het surséanceverzoek beslist. **Daarnaast beveelt de werkgroep aan dat, indien in het surséanceverzoek niet tevens het verzoek is opgenomen om de opzegtermijn te toetsen, de later benoemde bewindvoerder een dergelijk verzoek alsnog kan richten aan de rechter-commissaris.**

randvoorwaarden bij de aanvraag voor doorfinanciering

Voor de behandeling van de hierbedoelde aanvraag dienen naar het oordeel van de werkgroep de volgende eisen te gelden. Het verzoek om te beoordelen of de kredietinstelling een redelijke opzegtermijn in acht heeft genomen dient deugdelijk gemotiveerd te zijn en bij gebreke daarvan te worden afgewezen. Met die eis verdraagt zich niet dat indien, zoals elders in dit rapport wordt aanbevolen, standaardformulieren en gedragsregels zullen zijn ontwikkeld zonder nadere motivering 'kruisjes worden geplaatst' bij het vakje 'verzoek verlenging

kredietovereenkomst'. Op dit onderdeel van de aanvraag wordt door de rechtbank niet beslist dan nadat de betrokken kredietinstelling als belanghebbende in staat is gesteld zich te verweren en gehoord te worden. De wet dient te verduidelijken wat dient te geschieden tussen het tijdstip van aanvraag en de beslissing daarop. Indien de rechtbank of de rechter-commissaris in het kader van een surséance oordeelt dat de door de kredietinstelling gedane opzegging respectievelijk de daarbij gehanteerde opzegtermijn strijdt met de door de wet vereiste redelijkheid en billijkheid, zijn de schulden die jegens de kredietinstelling ontstaan uit de kredietovereenkomst boedelschulden met de hoogste rang. De aanvraag kan niet worden gebruikt om op voorhand, d.w.z. zo lang de kredietinstelling de kredietovereenkomst nog niet heeft opgezegd, te doen bepalen dat zij in voorkomend geval een bepaalde opzegtermijn in acht zal hebben te nemen: verzoeken kunnen niet eventuele, in de toekomst gelegen opzeggingen betreffen. **De wet dient te voorkomen dat misbruik, lichtvaardig of pro forma gebruik wordt gemaakt van de hier verleende bevoegdheid** en kredietinstellingen aldus gedwongen zich daartegen desondanks te verweren en daartoe de nodige kosten te maken.

doorleveringsplicht

In dit verband draagt ook een geconditioneerd verbod tot beëindiging van de levering bij aan de reddingskansen van de onderneming met overlevingskansen. Voor zo'n verplichting is plaats ingeval van leveranciers die goederen of diensten leveren die zodanig op de onderneming in problemen zijn afgestemd dat daarvoor zo snel geen reëel alternatief voorhanden is. Bij de bepaling in welke gevallen een dergelijke plicht opportuun is mag worden betrokken dat het in de omstandigheid van een surseance bijzonder bezwaarlijk kan zijn om uit te wijken naar andere leveranciers. **De werkgroep stelt voor, om precies dezelfde redenen als die ten grondslag liggen aan het voorstel voor een voortzetting van de financiering, de rechter dan wel de RC de bevoegdheid te geven een leverancier te verplichten de leverantieovereenkomst te continueren. Dit impliceert o.a. dat de in wetsvoorstel 27.244 voorgestelde regeling voor energieleveranciers wordt uitgebreid tot alle "dwangcrediteuren"**. Leveranciers mogen derhalve niet als voorwaarde stellen (voor het leveren van zaken aan de schuldenaar die in surseance verkeert) dat eerst de vorderingen die voortvloeien uit leveranties van voor de surseance worden voldaan. Leveranciers mogen evenwel contante betaling of anderszins zekerheden voor hun nieuwe leveranties verlangen en hun leveranties schorsen indien deze contante betaling of zekerheid achterwege blijft.

4.4 Voorwaarden voor en effecten van de verlening van faciliteiten in surséance

strengere voorwaarden bevorderen tijdigheid aanvraag

Reeds eerder in dit rapport is aanbevolen om aan de meldingsplicht bij fiscus en Lisv na verloop van 3 maanden tevens een openbaarmakingsplicht te verbinden teneinde de schuldenaar er toe aan te zetten tijdig maatregelen te nemen. Met de hierna opgenomen voorstellen wordt deze doelstelling verder nagestreefd door aan het tijdig ingrijpen een zekere aantrekkelijkheid te verlenen. In samenhang met een aanvraag tot verlening van surséance van betaling kan de rechter die over dit verzoek heeft te oordelen een aantal faciliteiten toekennen die de kans op overleven van de betreffende onderneming aanzienlijk kunnen vergroten. Deze faciliteiten worden niet eerder toegekend dan dat de rechter overtuigd is van de overlevingskansen van de onderneming. Deze overtuiging moet hij krijgen uit de door de aspirant-sursiet ingediende stukken, waarbij een centrale plaats is ingeruimd voor het saneringsplan. De aanvrager van de surséance kan zijn kans op het verkrijgen van genoemde faciliteiten dus aanzienlijk vergroten door tijdig met zijn verzoek te komen en door dat zeer

grondig voor te bereiden. Komt hij in een te laat stadium, wanneer zijn onderneming al te veel schade heeft opgelopen om een doorstart nog aannemelijk te maken dan riskeert hij een ambtshalve uitgesproken faillissement. Komt hij met onvoldoende onderbouwing voor zijn aanvraag dan zal hij, in ieder geval totdat hij de vereiste onderbouwing alsnog heeft geleverd, verstoken blijven van de faciliteiten die zo behulpzaam kunnen zijn bij het redden van zijn onderneming. Verder kan de aanvrager zijn kansen vergroten door reeds op voorhand met zoveel mogelijk van zijn crediteuren tot een overeenstemming te komen over de wenselijkheid van het behoud van zijn onderneming en de wijze waarop dit te realiseren zou zijn. Op deze manier bevordert het bieden van aantrekkelijke faciliteiten in combinatie met strenge toelatingseisen het tijdig aanvragen van een insolventieregeling. Dit zal een gunstige uitwerking hebben op het slagingspercentage in de toegekende surséances, zodat deze procedure zich zal kunnen bevrijden van het stigma van ‘voorportaal van faillissement’ en op de maatschappelijk schade door insolventies omdat de schulden door de vroegere aanvraag gemiddeld minder hoog zullen oplopen.

faciliteiten die aan rechterlijke afweging onderhevig zijn

De mogelijkheden die de surséance biedt hebben alle tot doel om te voorkomen dat ondernemingen die in principe overlevingskansen hebben, toch failliet gaan omdat ze na het aanvragen van surséance terstond ‘leeglopen’.

Het eerste en meest basale instrument dat dit doel dient is de afkoelingsperiode. Deze wordt in het volgende hoofdstuk onder de technische verbetering besproken. Hetzelfde geldt voor het ge- en verbruiksrecht dat aan de bewindvoerder c.q. de curator kan worden toegekend en waarvoor de rechter de in verband met het ge- dan wel verbruik verschuldigde vergoedingen vaststelt. Andere faciliteiten die aan bod komen bij de integrale afweging die de rechter maakt bij de beslissing om al dan niet surséance te verlenen, vloeien voort uit de hierboven weergegeven posities van bepaalde groepen crediteuren die, indien er geen enkele beperking aan zou kunnen worden opgelegd, zonder meer ertoe zouden leiden dat iedere doorstart illusoir zou worden. Achtereenvolgens gaat het dan om de mogelijkheid om

- een deel van de financiële lasten in verband met boventallig personeel over te laten nemen door de Lisv al dan niet met (gedeeltelijk) regres op de sursiet;
- leveranciers, met inbegrip van dwangcrediteuren, te beperken in hun recht om betaling van vóór de surséance opgebouwde schulden af te dwingen door leveranties stop te zetten;
- kredietverstrekkers te onderwerpen aan rechterlijke controle waar het gaat om de termijn die in acht wordt genomen bij de beëindiging van een kredietlijn.

Door de afweging omtrent deze faciliteiten in één hand te leggen en te doen samengaan met de beoordeling van de onderbouwing van de surséanceaanvraag wordt het mogelijk om een evenwichtige afweging te maken van de ‘pijn’ bij de diverse partijen die in de uitoefening van hun rechten worden ingeperkt en de baat die daar tegenover staat in de vorm van behoud van de onderneming. Geen van de genoemde faciliteiten mag lichtvaardig worden gevraagd of toegekend juist omdat het om een inperking van rechten gaat. De eisen die moeten worden gesteld aan de onderbouwing van het verzoek en aan de kwaliteit van het saneringsplan zijn zonder meer hoog. Anderzijds is het redelijk om van partijen te verlangen dat, waar de optie bestaat om met vereende krachten een onderneming met gedegen overlevingskansen te behouden, de daartoe vereiste inspanning ook wordt geleverd.

5. Technische verbeteringen

5.1 Werkings sfeer

wie of wat valt onder de Faillissementswet?

Het is wenselijk dat de wet zelf uitdrukkelijk en nauwkeurig bepaalt welke natuurlijke en rechtspersonen respectievelijk ‘lichamen’ onder de werking van de wet vallen. Aandacht verdienen ‘overheidslichamen’, waarbij het niet gaat om overheidsondernemingen in de rechtsvorm van een rechtspersoon opgericht conform en volgens de regels geldend van Boek 2 Burgerlijk Wetboek (vereniging, BV, NV, stichting), maar om de verscheidenheid van andere publiekrechtelijke lichamen (ZBO’s e.a.). Ook wat betreft kerkgenootschappen en zelfstandige onderdelen daarvan is verduidelijking gewenst. Evenzo dient de wet te worden verduidelijkt voor openbare personen-vennootschappen ongeacht of deze (naar toekomstig recht) uitdrukkelijk als rechtspersoon worden erkend. Het EESV ware uitdrukkelijk te noemen. Afzonderlijke aandacht verdienen gebonden en verdelings-gemeenschappen, zoals de nalatenschap, huwelijksgoederengemeenschap, voortgezette gemeenschap en ontbonden rechtspersonen waarvan het vereveningssaldo nog niet (geheel) is verdeeld.

De werkgroep beveelt aan dat de wet uitdrukkelijk en in een afzonderlijke bepaling aangeeft op welke rechtssubjecten en samenwerkingsvormen hij al dan niet toepasselijk is.

5.2 Boedelschulden

boedelschuld: criterium en rangorde

De huidige Faillissementswet geeft geen definitie van de boedelschulden. In afzonderlijke gevallen valt uit de tekst in wisselende bewoordingen af te leiden dat het om een boedelschuld gaat (bijvoorbeeld de artt. 24, 39, 40, 238 en 239), andere boedelschulden zijn op grond van de rechtspraak in het leven geroepen. Boedelschulden zijn schulden die een onmiddellijke aanspraak tegen de boedel geven en die derhalve door de curator onmiddellijk uit de boedel moeten worden voldaan. Dit biedt een boedelschuldeiser een groot voordeel: hij hoeft zijn vordering niet ter verificatie in te dienen en op een uitdelingslijst te wachten. De overige schuldeisers – hoe preferent ook – genieten dit voordeel niet. Het feit dat de Faillissementswet over de definitie van de boedelschuld zwijgt levert in feite - ook volgens de rechtspraak - een dubbele onzekerheid op: zowel ten aanzien van het *criterium* waaraan een schuld dient te voldoen, wil die het predikaat “boedelschuld” verdienen, als ten aanzien van de vraag naar de eventuele onderlinge *rangorde* van de boedelschulden. **De MDW-werkgroep beveelt aan om het criterium van een boedelschuld in de wet vast te leggen.**

twee categorieën

Het op grond van de rechtspraak voortdurend uitdijende aantal boedelschulden zorgt voor een toenemende onderlinge strijd tussen de boedelschulden, en een dalend actief ter verdeling onder de overige schuldeisers. Het moge daarbij duidelijk zijn dat een toename van het aantal boedelschulden kan leiden tot een toename van het aantal zogenaamde “negatieve boedels”, dat wil zeggen boedels waar reeds de boedelschulden de baten overtreffen. Het komende artikel 57a Fw (wetsvoorstel 27 244) geeft daar een praktisch eenvoudig te hanteren regeling voor. Wanneer er onduidelijkheid bestaat over de vraag of in casu een bepaalde schuld wel of niet een boedelschuld is, bemoeilijkt dat de vraag of een doorstart haalbaar is. Thans kunnen boedelschulden naar geldende opvattingen ontstaan hetzij op grond van een

wettelijke bepaling, hetzij door toedoen van de curator of bewindvoerder. De eerste categorie levert (althans wat het bestaan van de boedelschuld betreft) minder problemen op. Bekendste voorbeeld is de loon- en premieschuld verschuldigd vanaf de dag der faillietverklaring van de werkgever (artikel 40 Fw). Het is met name de tweede categorie die voor onduidelijkheid zorgt.

toedoen-vereiste te rekbaar gebleken

Terzake van de formulering van het “toedoen”-criterium is aanpassing van het bestaande recht wenselijk. Dat criterium is niet heel scherp gebleken. **De MDW-werkgroep stelt voor dat in een wettelijke definitie slechts als boedelkosten worden aangemerkt kosten die:**

- a. **hetzij redelijkerwijs strekken tot vereffening of beheer van de boedel;**
- b. **hetzij voortvloeien uit verplichtingen die uitsluitend ná het uitspreken van de insolventie door de curator/bewindvoerder zijn aangegaan, goedgekeurd of voortgezet, met het oog op voortzetting van de onderneming (in het bijzonder boedelmortgage en leveranties van voor de voortzetting benodigde producten of diensten).**

Hiermee kiest men een beperkter uitgangspunt dan het enkele (feitelijke) toedoen van de curator of bewindvoerder. Ook voor de curator en de bewindvoerder geldt immers dat geen verplichtingen mogen worden aangegaan waarvan redelijkerwijs voorzienbaar is dat deze niet ten laste van de boedel kunnen worden voldaan. De ontwikkeling moet worden tegengegaan dat reeds een boedelschuld wordt aangenomen zodra de curator of de bewindvoerder op de een of andere manier heeft bijgedragen aan het ontstaan ervan.

continuïteit gebaat bij voorspelbaarheid van boedelschulden

Een omvangrijke last aan boedelschulden kan een directe aantasting vormen van de mogelijkheden tot continuering van de onderneming. Dit bedreigt de mogelijkheden voor de curator c.q. bewindvoerder om financiers en leveranciers (van voor de voortzetting vitale producten en diensten) contant te betalen of zekerheid te bieden. Een teveel aan boedelschulden vermindert ook de recovery rate voor de faillissementsschuldeisers om wie de procedure juist begonnen is. Tegelijkertijd dient te worden bedacht dat het vaak juist de “betalingsgarantie” is die de boedelschuld biedt die een bedrijfsvoortzetting mogelijk maakt. Het terugdringen van het aantal boedelschulden om de continuïteit van de onderneming te bevorderen houdt dus daar op, waar het contraproductieve effect wordt bereikt dat curator en schuldeisers zonder de waarborg van een boedelschuld minder snel tot een bedrijfsvoortzetting zullen besluiten. Indien uitsluitend zou worden gekeken naar de vraag of (achteraf gezien) de waarde van de boedel is vermeerderd, zal dat kunnen leiden tot grotere terughoudendheid bij bedrijfsvoortzettingen dan thans het geval is. Wetsvoorstel 27 244 kiest eveneens uitdrukkelijk (artt. 63b lid 5 en 241b lid 5) voor een toetsing van de redelijke prognose vooraf. Cruciaal is echter dat die prognose alleen dan kan worden gemaakt als de wet aan de hand van een duidelijk criterium de voorspelbaarheid van boedelkosten vergroot.

ambtshalve aanslagen als boedelschuld

Met de komst van een definitiebepaling wordt naar het oordeel van de werkgroep de noodzakelijke scherpere demarcatie aangebracht tussen verifieerbare schulden en boedelschulden. Een definitie alleen is echter niet genoeg. Want een probleem dat niet direct door wetgeving kan worden opgelost is dat ook zoveel mogelijk moet worden voorkomen dat boedelschulden ontstaan. **Zo is de werkgroep gebleken dat door curatoren en bewindvoerders niet altijd tijdig wordt onderkend dat de behandeling van voorlopige en ambtshalve aanslagen in dit verband deskundige aandacht verdient.** Een bedrijf dat in

financiële moeilijkheden raakt heeft veelal ambtshalve aanslagen (loonbelasting, omzetbelasting, eventueel ook inkomstenbelasting of vennootschapsbelasting) opgelegd gekregen. Deze aanslagen zijn opgelegd op basis van schattingen die geen andere basis hebben dan de historische gegevens omtrent de betreffende belastingplichtige. Het proces van opleggen van ambtshalve aanslagen door de fiscus loopt door zolang een verzoek om stopzetting van de kant van de curator of bewindvoerder niet wordt gehonoreerd. Daarnaast moet bepaald worden welk deel van de aanslagen werkelijk verschuldigd is. Voor zover te hoog opgelegd dienen aanslagen te worden gecorrigeerd. Dezelfde gang van zaken kan zich voordoen met betrekking tot de vorderingen van de Lisv.

5.3 Afkoelingsperiode

geen fait accompli, want toets rechter-commissaris.

Door middel van een afkoelingsperiode kan worden bereikt dat elke verhaalsbevoegdheid van derden op hetzij de insolvente boedel, hetzij op goederen die zich in de macht van de gefailleerde of de curator bevinden, voor een bepaalde periode slechts met machtiging van de rechter-commissaris kan worden uitgeoefend. Die derden kunnen pand- of hypotheekhouder zijn, of een recht van reclame hebben, of een eigendomsvoorbehoud. Zo is ook de fiscus gebonden aan dit tijdelijke moratorium. Indien de rechter-commissaris ambtshalve een afkoeling gelast, of een dergelijk verzoek door een belanghebbende honoreert, wordt de curator in staat gesteld om zich een oordeel te vormen over de boedel zonder dat ondertussen die boedel terstond wordt leeggehaald door bovengenoemde rechthebbenden om hun rechtspositie veilig te stellen. Aldus wordt een “fait accompli” voor de curator voorkomen (zie TK 1999-2000, 27 244, nr.3, p.6).

onderzoek naar overlevingskansen.

De bestaande afkoelingsperiode (artikelen 63a en 241a Fw) biedt naar het oordeel van de werkgroep een belangrijk rechtsmiddel om de mogelijkheden te (laten) onderzoeken naar de overlevingskansen van een onderneming. In wetsvoorstel 27 244 is de afkoelingsperiode vanuit die overweging verder uitgebouwd door de maximale duur van twee keer een maand te verlengen tot twee keer twee maanden. De ruimte om te streven naar een continuering van de in betalingsmoeilijkheden geraakte onderneming wordt hiermee bewust vergroot. In Wv 27 244 is ook het zogenaamde ge- en verbruiksrecht opgenomen. Dit recht houdt in dat de curator de bevoegdheid krijgt om verpande goederen tijdens de afkoelingsperiode te gebruiken, te verbruiken en te vervreemden. Omdat de weerstand tegen deze regeling dusdanig is, dat dit de verdere afhandeling van Wv 27 244 dreigt te belemmeren is eerder geadviseerd deze regeling daaruit af te zonderen. Het ge- en verbruiksrecht zal dan dus niet van rechtswege aan de curator toekomen. Dit neemt niet weg dat de werkgroep van oordeel is dat een ge- en verbruiksrecht een nuttig instrument is in de surséance. Aanbevolen wordt hieraan in het verdere wetgevingstraject nader aandacht te geven en daarbij de modaliteiten te onderzoeken die hieraan verbonden zouden moeten worden. De in te stellen adviescommissie zal hierbij ondersteuning kunnen bieden.

evenwicht tussen betrokken belangen.

Het parlementaire debat omtrent het juiste evenwicht in de voorgestelde regeling tussen de onderlinge belangen van de schuldeisers en de belangen van de schuldenaar is momenteel nog gaande. Gegeven de substantiële voorstellen om de afkoelingsperiode in wetsvoorstel 27 244 meer gewicht te geven, en het kennelijk controversiële karakter daarvan, acht de werkgroep nog verdergaande voorstellen met betrekking tot de afkoelingsperiode

thans niet aan de orde. Wel benadrukt de werkgroep het grote belang van een serieuze mogelijkheid voor een curator die de overlevingskansen van een onderneming wil onderzoeken om gedurende een niet al te korte periode een “stand still” af te dwingen ten opzichte van de schuldeisers. De huidige regeling in artikel 63a Fw is daartoe niet in alle gevallen voldoende. Wv 27 244 stelt derhalve een verzwaring voor om zodoende de continuïteit van de onderneming te bevorderen. **Een verdergaande afkoelingsperiode dan voorgesteld in wetsvoorstel 27 244 acht de werkgroep thans niet aan de orde.** De betrokkenheid van de rechter-commissaris bij aanvraag en verlenging in de nu voorgestelde regeling bevat voldoende waarborg tegen lichtvaardig c.q. te langdurig gebruik van de afkoelingsperiode.

5.4 Akkoordbepalingen

oplossing in eigen regie spaart tijd en geld.

In een moderne insolventiewet mag volgens de MDW-werkgroep een praktisch hanteerbare en realistische regeling van het akkoord niet ontbreken. Een akkoord leidt vaak tot een snellere wijze van afwikkeling dan het van a tot z doorlopen van een procedure inclusief verificatie tot en met uitdelingslijst. Het enkele feit van snelheid bij de afwikkeling kan de overlevingskansen van een onderneming aanmerkelijk vergroten. Als zodanig heeft het akkoord de strekking om een liquidatie van het vermogen te voorkomen, hetgeen past in het streven om reorganisatie en continuïteit van de onderneming te bevorderen. Aangenomen mag worden dat de route via het akkoord ook voor schuldeisers vaak meer bevrediging schenkt, niet alleen door de snellere doorlooptijd, maar ook omdat zij meer invloed hebben op de uitkomst dan in het geval zij geheel of grotendeels zijn overgelaten aan het handelen van de curator of bewindvoerder. Omdat het (ook naar geldend recht reeds) de gefailleerde c.q. de sursiet is die het akkoord aanbiedt (artikelen 138 respectievelijk 252 Fw) behoeft het geen betoog dat het ook voor de insolvente onderneming een methode van afwikkeling is die – waar enigszins mogelijk – de voorkeur verdient. De onderneming die in een deconfiture een akkoord weet aan te bieden dat het uiteindelijk haalt, hetzij via de instemming van de schuldeisers, hetzij via de (subsidiare) route van het dwangakkoord dat door de rechter-commissaris wordt uitgesproken, heeft immers de regie zoveel mogelijk in eigen handen gehouden. Dat kan bijdragen aan een vermindering van de stigmatiserende werking van een faillissement.

reductie meerderheidseisen in eerste fase

Wetsvoorstel 27 244 voorziet reeds in een versoepeling van de voorwaarden voor het slagen van een akkoord. De nieuwe artikelen 145 en 146 doen dat voor het faillissement; de nieuwe artikelen 268, eerste lid en 268a voor de surseance. De bepalingen zijn voor beide typen procedure vrijwel identiek. Zowel de eerste stap van de instemmingsvoorwaarden van de schuldeisers als de tweede stap van het rechterlijk dwangakkoord zullen in de toekomst eenvoudiger kunnen worden genomen. In plaats van een tweederde meerderheid zal immers voortaan nog slechts de toestemming van een gewone meerderheid van de ter verificatievergadering verschenen erkende en voorwaardelijk toegelaten concurrente schuldeisers nodig zijn om tot een akkoord te komen. Preferente schuldeisers stemmen ook na invoering van wetsvoorstel 27 244 niet mee, en blijven buiten een akkoord. Datzelfde geldt uiteraard voor de separatisten.

akkoord ook in belang van schuldeisers

Het afketsen van een akkoord doorkruist niet alleen het belang van de onderneming die het ontwerp-akkoord aanbiedt. Ook schuldeisers zelf – preferent dan wel concurrent – kunnen de nadelige gevolgen ondervinden van een of twee “dwarsliggers” in hun midden die het totstandkomen van een akkoord - ondanks een toegeeflijke meerderheid binnen de schuldeisers - weten te verhinderen. Daardoor zal de afwikkeling langer duren, en zullen meer kosten worden gemaakt die uit de boedel moeten worden voldaan. Denkbaar is zelfs dat door een weigering van een minderheid het welwillende deel van de schuldeisers uiteindelijk minder op hun vordering ontvangt dan het geval zou zijn geweest bij aanvaarding van het verworpen akkoord. Dat kan op gespannen voet staan met de redelijkheid en billijkheid die ook schuldeisers onderling op grond van de jurisprudentie jegens elkaar in acht hebben te nemen.

preferenten binden zichzelf ook nu al aan een akkoord

De werkgroep acht het denkbaar dat (omwille van het bevorderen van het reorganiserende vermogen van de onderneming in moeilijkheden) nog een stap verder wordt gegaan op de weg die met wetsvoorstel 27 244 reeds is ingeslagen. Het voorstel vervat in wetsvoorstel 27 244 is immers beperkt tot de (te verkrijgen instemming van de) concurrente schuldeisers. Bevoorrechte schuldeisers blijven buiten de regeling van het akkoord, al gebeurt het in de praktijk wel dat ze (met name de fiscus en de bedrijfsvereniging) zich gedragen als waren zij gebonden aan een akkoord met de concurrente schuldeisers. Vaak speelt daarbij een rol dat het akkoord totstandkomt dankzij een externe geldschieter, bijvoorbeeld een overname-kandidaat, die als voorwaarde stelt dat alle crediteuren akkoord gaan, en anders het faillissement zijn loop laat hebben. Begunstiging van een akkoord betekent zo begunstiging van continueringkansen. Volgens de werkgroep is sprake van een zekere onevenwichtigheid aangezien in de huidige akkoordregeling uitsluitend wordt getoerd aan de toestemmingseisen van die categorie schuldeisers die in de praktijk toch al de laagste recovery rate op de vordering heeft. Een regeling waarbij ook de preferenten aan een akkoord gebonden worden, of kunnen worden, zal bovendien leiden tot een hogere recovery rate voor de concurrente schuldeisers, en zal de continuering van een onderneming via een akkoord kunnen vergemakkelijken.

Wsnp-akkoordregels als optie

De werkgroep realiseert zich dat de uitwerking van een verbeterde akkoordregeling niet eenvoudig is. Dit lijkt een onderwerp bij uitstek voor de in te stellen Adviescommissie Insolventierecht, gezien het zowel technisch-juridische als praktijkafhankelijke karakter van een akkoordregeling. De werkgroep acht het niet zinvol om in iedere zaak te proberen een akkoord met alle crediteuren te bereiken, met alle kans op vertraging van dien, nu voor preferenten onvoldoende prikkels bestaan om in te stemmen met een akkoord. Voor het aannemen van een akkoord zou – in de gevallen waarin de curator volgens de R-C terecht reden heeft om te vermoeden dat ook een akkoord met de bevoorrechte schuldeisers kans van slagen heeft – geen gekwalificeerde maar slechts een gewone meerderheid van (het bedrag van) de preferente schuldeisers en een gewone meerderheid van (het bedrag van) de concurrente schuldeisers voldoende moeten zijn. **Om die reden zou, wanneer zou blijken dat daaraan behoefte bestaat, in de eerste en tweede titel van de Faillissementswet de mogelijkheid geopend moeten worden om de akkoordregeling in de derde titel te volgen.** Afhankelijk van de boedel en de samenstelling van schuldeisers en vorderingen zou de rechter-commissaris dan een optie ter beschikking staan als volgt: “De rechter-commissaris kan ambtshalve of op verzoek van de curator bepalen dat artikel 332 leden 3 en 4 van overeenkomstige toepassing zijn”. Daar hoort het stemmen in

afzonderlijke groepen bij. De onderlinge verdelingsregel van 2:1 is dermate radicaal dat die naar het oordeel van de werkgroep uitsluitend moet blijven gelden voor de schuldsaneringsregeling. Een onderlinge verdelingsregel tussen preferenten en concurrenten van bijvoorbeeld 4:1 zou voor de ‘overeenkomstige toepassing’ niet ondenkbaar zijn. **De werkgroep beseft dat een zodanige regeling echter een aanmerkelijke aantasting van de positie van bevoorrechte schuldeisers impliceert.**

5.5 Deformalisering

vereenvoudiging waar mogelijk

Het is de werkgroep opgevallen dat herzieningsvoorstellen in het faillissementsrecht grotendeels zijn gericht op het materiële recht, terwijl toch ook in het formele recht veel winst te behalen valt. Als middel om insolventies af te wikkelen en de vele aanspraken in goede banen te leiden, bevat de Faillissementswet noodzakelijkerwijs veel bepalingen omtrent de procedure. Deze voorschriften geven enerzijds houvast aan de schuldeisers met hun vele vaak onverenigbare wensen, en bieden anderzijds ook de schuldenaar gedurende het verloop van de insolventie een kader van rechtszekerheid. Niet in de laatste plaats vormt de procedure ook een schema waaraan de curator en de bewindvoerder zich bij de inventarisatie en afwikkeling van de vele vorderingen hebben te houden. Wie de procedure bewaakt, bewaakt daarmee tevens het handelen van de curator of bewindvoerder. Denkbaar is echter dat niet in ieder type insolventieprocedure telkens alle geldende procedurevoorschriften in acht genomen behoeven te worden. De MDW-werkgroep meent dat een zodanige aanbeveling goed aansluit bij een Faillissementswet die zoveel mogelijk tegemoet komt aan de wensen vanuit de praktijk, gericht is op snelheid en die niet in de weg staat aan bevordering van de continuïteit van ondernemingen. **De Faillissementswet zou daarom niet moeten worden belast met procedurevoorschriften die geen gerechtvaardigd doel (meer) dienen. Dat betekent een aanpak langs twee lijnen, namelijk:**

- 1. het schrappen op onderdelen van procedureregels;**
- 2. het buiten toepassing verklaren daarvan in specifieke gevallen.**

voorbeeld: schrappen publicatieplicht

De reeds aanhangige wetsvoorstellen passen uitstekend binnen deze aanpak. Een voorbeeld van de eerste groep gevallen is de in wetsvoorstel 27 244 geregelde schrapping van de publicatieplichten in dag- en nieuwsbladen, die de boedel tot op de dag van vandaag veel geld kosten. Aan de hand van deze publicaties valt voor schuldeisers na te gaan hoe het met de solventie van een schuldenaar is gesteld. Het wetsvoorstel bevat een algehele schrapping van deze publicatieplichten onder gelijktijdige invoering van een centraal openbaar insolventieregister, waar een en ander te raadplegen zal zijn. Hiermee wordt de transparantie van de gegevens ten aanzien van faillissementen en surséances bevorderd, en de boedel ontzien. De kosten van publicatie komen immers als boedelschuld rechtstreeks ten laste van de schuldeisers en drukken zo de recovery rates, terwijl de kenbaarheid ook op een andere, snellere en goedkopere wijze te realiseren valt.

voorbeeld: vereenvoudigde afdoening

Een voorbeeld van de tweede groep gevallen is wetsvoorstel 27 199, dat een verregaande vereenvoudiging van de insolventieprocedure voorstelt voor die gevallen waarin op voorhand vaststaat, of althans aannemelijk is, dat in de boedel onvoldoende baten zijn en zullen zijn om de schuldeisers geheel of gedeeltelijk te voldoen. In deze gevallen (die in de praktijk het overgrote merendeel van de dossiers vormen) dient het doorlopen van de

volledige procedure geen redelijk doel. De procedure wordt hiermee geen vast stramen dat per definitie moet worden gevolgd zodra de rechter de procedure opent, maar keuze afhankelijk van het soort zaak. De werkgroep acht een dergelijk “insolventierecht op maat” een zinvolle en nuttige ontwikkeling, die waar mogelijk verder uitgebouwd kan worden.

behoefte aan regeling voor faillissementen met zeer veel schuldeisers

Doordenkend over het deformaliseringsstreven en de komst van een “insolventierecht op maat” heeft de werkgroep geconstateerd dat de Faillissementswet nog geen afzonderlijke regeling kent voor die faillissementen waarbij zeer veel schuldeisers betrokken zijn. Dat is opmerkelijk nu de Faillissementswet voor surséances wel een soortgelijke regeling kent voor gevallen waarbij sprake is van meer dan 5000 respectievelijk 10.000 schuldeisers (artt. 281a – 281f Fw). Deze regeling is tientallen jaren geleden ingevoerd naar aanleiding van de aanvraag tot surséance door de NV Assurantiemaatschappij Brandaris, op welke onderneming meer dan 200.000 vorderingen bestonden alleen reeds wegens premierestitutie. Deze regeling is – ook volgens de suggestie verwoord in paragraaf 4.3 van het OOR-rapport – een waardevolle manier om ook de faillissementsprocedure meer flexibel te maken. In de bedoelde gevallen van surséance kan men thans volstaan met een vereenvoudigde lijst van schuldeisers en een vereenvoudigde oproepingsmethode en heeft de rechtbank de vrijheid om vorderingen van f 1000,- of lager niet te erkennen. De grens van 10.000 schuldeisers markeert waarboven de procedurele vereenvoudigingen niet meer afhankelijk zijn van een voorafgaande rechterlijke toestemming. De werkgroep meent dat een zodanige besparing van tijd en kosten tevens zinvol is in faillissementen met zeer veel schuldeisers. Vaak zullen dat juist de grote faillissementen zijn.

specifieke regeling i.p.v. overeenkomstige toepassing

De MDW-werkgroep stelt voor verder te gaan dan uitsluitend het overeenkomstig toepassen van de huidige artikelen die geschreven zijn voor de grote surséances. De numerieke voorwaarden voor vereenvoudigd procederen zouden belangrijk lager kunnen worden vastgesteld dan de geldende 5000 respectievelijk 10.000. De rechtbank zou bijvoorbeeld reeds bij een aantal van 1000 schuldeisers de bedoelde toestemming kunnen verlenen. Vanaf een aantal van 5000 schuldeisers zou dan verplicht vereenvoudigd geprocedeerd moeten worden. Eenzelfde aanpassing ligt dan bij de surséance voor de hand teneinde ook daar met een deformalisering een doorstart te faciliteren. De MDW-werkgroep adviseert niet ook verdere ophoging van de drempel van f 1000,- voor erkenning van de vordering. Dat leidt al gauw tot onwenselijke verdere verschuivingen in de recovery rate van de verschillende schuldeisers. Ervan uitgaande dat de afwikkeling van een faillissement primair in het belang van de schuldeisers is, is het een voor de hand liggende gedachte dat het ook de schuldeisers zelf zouden moeten kunnen zijn die een vereenvoudigde afwikkelingswijze zouden moeten kunnen verzoeken. Het belang van de schuldenaar verzet zich daar niet tegen: ook hij heeft baat bij de hier beschreven deformalisering en de daarmee gepaard gaande hogere snelheid van de afwikkeling. De werkgroep realiseert zich dat de tekst van de Richtlijn sanering en liquidatie verzekeringsondernemingen en de geest van de Richtlijn sanering en liquidatie kredietinstellingen zich ertegen verzetten dat een dergelijke regeling van toepassing is op schuldeisers met een vordering uit hoofde van een verzekeringsovereenkomst respectievelijk depositohouders.

overige opties voor deregulering

De MDW-werkgroep heeft de deformalisering niet willen beperken tot voorstellen ten aanzien van bestaande regels, maar plaatst de Faillissementswet – met het oog op de D van MDW – in een breder kader. De meer principiële vraag is namelijk aan de orde of de

afwikkeling van een insolvente boedel wel uitsluitend of voornamelijk moet verlopen langs wettelijke lijnen. Voor het materiële recht is dat wellicht de meest wenselijke weg, maar veel voorschriften omtrent de voortgang en de procedure en de exacte invulling daarvan kunnen ook op een andere wijze tot gelding komen dan via de wet. Men kan dan denken aan het gedelegeerd uitvaardigen van algemeen verbindende voorschriften en aan “schedules” (toelatingsformulieren en saneringsplannen bijvoorbeeld) die bij het voeren van een insolventieprocedures dienen te worden gebruikt. De door velen geconstateerde “gap” tussen de tekst van de Faillissementswet en de alledaagse praktijk kan aldus worden overbrugd op een manier die meer flexibel is aan te passen aan gewijzigde behoeften van de stakeholders. Dezen moeten als professionele “repeat players” uitstekend in staat worden geacht om dergelijke modellen in onderling overleg op te stellen. De wet of de memorie van toelichting dient een duidelijke vingerwijzing in die richting te bevatten¹⁴. Het zijn bovendien de schuldeisers zelf in wiens belang de boedel wordt afgewikkeld. **Naar de overtuiging van de MDW-werkgroep verzet zich niets ertegen dat de schuldeisers meer regie afdwingen ten aanzien van het verloop van die behandeling door de procedure deels zelf te normeren. Uiteraard kunnen verschillende modellen worden ontwikkeld al naar gelang de wijze van afwikkeling.**

Niet-formeelwettelijke regels en richtlijnen

Op zich is van een nadere invulling door de betrokken partijen ook thans reeds sprake. De fiscus kent sinds jaren de Leidraad Invordering, Insolad heeft te kennen gegeven een “Code of best practice” te ontwikkelen, de NOVA vaardigt richtlijnen uit op het gebied van het faillissementsrecht, Recofa formuleert (periodiek geactualiseerde) aanbevelingen omtrent de toepassing van de schuldsaneringsregeling, en de NVvR heeft richtlijnen geformuleerd omtrent een groot aantal formele aspecten van de insolventieprocedure, zoals de inrichting van het verzoekschrift, de eigen aangifte faillissement, verzet, de publicatie, de periodieke- en eind verslaglegging, de benoeming tot curator, de verificatie, de financiële administratie en de salarisbepaling. Niet altijd is even duidelijk welk onderwerp door welke instantie op welk niveau geregeld wordt, en wat de status van al deze normen is. Een integraal concept ligt daaraan ook niet ten grondslag. Of een bepaald deelonderwerp nader wordt genormeerd wordt bepaald door het toevallige initiatief van de ene of andere beroepsgroep. **De MDW-werkgroep ondersteunt een ontwikkeling waarbij betrokkenen zelf verantwoordelijkheid nemen voor het kader van regels waarbinnen zij opereren. Het is immers niet vanzelfsprekend dat de wetgever alle onderlinge verhoudingen en procedures tot in detail beschrijft.** Zolang de waarborg bestaat van een overkoepelend rechterlijk toezicht, zouden partijen meer in staat moeten worden gesteld de methode van afwikkeling van hun boedel in onderling overleg zelf te bepalen. Dat past bij een “insolventierecht op maat”. De MDW-werkgroep acht het wenselijk dat een discussie wordt gevoerd welke wettelijke bepalingen zich lenen voor overheveling naar het niveau van de beroepsgroepen. **Onderzoek is wenselijk naar de mogelijkheden om specifieke onderdelen van de Faillissementswet op partijniveau te regelen, waarbij ook de formele wetgever een rol kan spelen, als degene die de kaders stelt, die partijen bij elkaar brengt en die handhaving van de regels garandeert.** Gedacht kan worden aan een soort “delegatie” van regelgevende bevoegdheid, een bewust door de wetgever “open” gelaten ruimte, die pas door

¹⁴ In de praktijk blijkt dat dat goed kan werken. Men zie bijvoorbeeld de toelatingsverklaring ex artikel 285 Fw die toegang geeft tot de wettelijke schuldsaneringsregeling: “De verklaring is een instrument om ervoor te zorgen dat eerst een buitenwettelijke oplossing wordt beproefd. De rechtbank behoeft zich niet van de juistheid van de verklaring te overtuigen. Indien de verklaring naar het oordeel van de rechtbank onvoldoende met redenen is omkleed kan de rechtbank de verklaring weigeren. De inrichting van deze verklaring is bij uitstek een onderwerp voor overleg tussen rechterlijke macht, raden voor rechtsbijstand en kredietbanken.” (TK 1997-1998, 25 672, nr.3, p.4).

formeelwettelijke regels wordt ingevuld indien partijen niet zelf regels opstellen. Strikt genomen gaat het hier om vormen van zelf- of co-regulering, die men ook op tal van andere gebieden aantreft. Een dergelijke aanpak verdient voorts aandacht vanwege de verwachting dat de nalevingsbereidheid van partijen van deze regels wordt bevorderd vanwege de grotere betrokkenheid die zij hebben bij het opstellen ervan.

6. De rolverdeling in een insolventieprocedure

6.1 De positie van het rechterlijk apparaat

uitbreiding advies-, toezicht- en beslistaken?

De aanbevelingen in dit rapport zijn gericht op het vergroten van de overlevingskansen van bedrijven in problemen en op bevordering van transparantie en integriteit van de faillissementspraktijk. Zij leiden tot een toename van de taken van de rechterlijke macht, waartoe verdere professionalisering van het rechterlijk apparaat onontbeerlijk is. De Faillissementswet belast de rechter-commissaris met het toezicht op het beheer en de vereffening van de failliete boedel. In surséance wordt een R-C benoemd “teneinde de bewindvoerders op hun verzoek van advies te dienen” (artikel 223a). De R-C houdt toezicht op het handelen van de curator c.q. de bewindvoerder (en indirect ook het bestuur van de in moeilijkheden geraakte onderneming). Hij is een schaap met tenminste vijf poten: rechter, bemiddelaar, organisator, toezichthouder en beslisser. Daarnaast geeft hij ook incidenteel advies aan de curator of bewindvoerder. Het algemene toezicht bestaat onder andere uit het controleren van de periodieke verslagen die hem door de curator worden aangereikt. Hij houdt echter ook detailtoezicht via het in de praktijk belangrijke klachtrecht. In de voorgestelde vernieuwing van de surséance dient hij onder andere het herstelplan te beoordelen, voor zover hij daartoe verzocht wordt te beslissen over het ontslag van personeel en de opzegging van kredietovereenkomsten te beoordelen.

Hij zal dienen te handelen met de vereiste onafhankelijkheid en deskundigheid en tegenwicht moeten kunnen bieden aan de curator en bewindvoerder. Het vergroot de behoefte aan specifieke expertise die thans nog niet of nog in onvoldoende mate bij de rechterlijke macht aanwezig is, zoals door de rechterlijke macht ook wordt erkend. Het is echter de vraag of de rechterlijke macht de middelen voor een verdere professionalisering ter beschikking stelt, wat kan betekenen dat beheersvraagstukken beslissend worden voor de vraag of de gedane voorstellen kans van slagen krijgen. Daarom worden enkele alternatieve oplossingen voorgesteld.

twee opties voor capaciteitsmanagement bij de rechterlijke macht

De eerste optie is dat de (bestaande en nieuwe) taken in lijn met de bestaande wetgeving blijven toegekend aan en worden uitgeoefend door de rechterlijke macht en dat de noodzakelijke maatregelen worden genomen om zorg te dragen dat deze taken ook daadwerkelijk kunnen worden uitgeoefend. Zie hierna onder 2-4. De tweede optie is dat deze taken of een deel daarvan op een andere wijze worden georganiseerd of herschikt, zonder dat afbreuk wordt gedaan aan essentiële voorwaarden van rechtsbescherming en dat niet de gang naar de rechter onmogelijk of onnodig bezwaarlijk wordt gemaakt. Om een keuze uit een van de opties te maken, is nader overleg met de betrokken partijen nodig. De MDW-werkgroep meent dat het uitbrengen van advies niet daarop dient te wachten.

rechter als toezichthouder?

Het is niet vanzelfsprekend dat alle taken steeds door de rechter-commissaris moeten worden vervuld. De MDW-werkgroep adviseert de regering, indien zij kiest voor de tweede optie, om onderzoek te doen naar de mogelijkheden dat overheid en bedrijfsleven samen zorgdragen voor de op- en inrichting van een onafhankelijke instantie of pool van deskundigen die op basis van de wet taken in het kader van de insolventieprocedure(s) uitoefent. Een dergelijke instantie zou volgens de MDW-werkgroep zich ook kunnen bezighouden met het gedelegeerd uitvaardigen van algemeen verbindende voorschriften en formulieren die bij het voeren van een insolventieprocedures dienen te worden gebruikt. Deze

voorschriften zouden bijvoorbeeld regels kunnen inhouden ter uitwerking van (delen van) de onderscheiden procedures, zoals het voorgeschreven “plan”, de daarbij over te leggen gegevens, opinies, verklaringen omtrent voorafgaand overleg met kredietverstrekkers, uitstel, termijnen, tussentijdse en aanvullende informatie, te horen partijen en deskundigen. Inspiratie zou geput kunnen worden uit het buitenland, zoals met name het Verenigd Koninkrijk.

minder rouleren

De specialisering op het terrein van het insolventierecht is veel minder ver doorgevoerd dan bij curatoren. Het belang van professionaliteitsbevordering van de rechterlijke macht kan niet genoeg worden benadrukt daar waar ook curatoren zich voortdurend specialiseren en permanent opleiden. Dat roept om een voldoende tegenwicht aan de andere kant van de tafel. Een langere zittingstermijn kan daarin verbetering brengen. De thans gebruikelijke roulatietermijn van twee a drie jaar zou moeten worden verdubbeld, om de vereiste know-how op te bouwen en in stand te houden, ook door opleiding van jonge rechters. De faillissementssectie mag niet als sluitpost worden behandeld.

verruiming van taken vergt meer ondersteuning

Het toezicht door de R-C kan zich niet uitstrekken tot ieder onderdeel van iedere zaak op een permanente basis. Als er zich in een zaak een toezichtsmoment voordoet, bijvoorbeeld op basis van een periodieke rapportage of een concrete klacht, moet gewaarborgd zijn dat het toezicht voldoende stevig is, en mag dat niet ondersneeuwen door een te drukke praktijk, een ongelijk kennisniveau ten opzichte van de curator of een te gebrekkige ondersteuning. Dat vraagt om een goed uitgeruste griffie die zijn taak als “back-office” waar kan maken, en om voldoende ander ondersteunend juridisch en economisch geschoold personeel. De werkgroep beveelt daarom aan om de faillissementskamers een herkenbaar gezicht te geven en goed te ondersteunen. Dat is mogelijk in het kader van het toezicht dat de Raad voor de Rechtspraak zal uitoefenen op de uitvoering door de rechterlijke instanties van hun bedrijfsvoering, en bij de automatisering en de kwaliteit van de bestuurlijke en organisatorische werkwijze. Ook het roulatiesysteem zal onder de zeggenschap van de Raad komen te vallen, als onderdeel van de gerechtelijke personeelsaangelegenheden. Tenslotte is van belang dat de Raad oog heeft voor de uitholling van het toezicht van de R-C op de curator, die superspecialist is. De werkgroep is van mening dat uitbreiding van de bestaande taken met een meer bedrijfseconomische toets in de huidige situatie (dat wil zeggen zonder de nodige aanvullende organisatorische maatregelen) niet haalbaar is. De R-C dient door de eigen organisatie voldoende in staat te worden gesteld om de wettelijke toezichthoudende taken waar te maken. De indruk bestaat dat er onvoldoende tijd en geld beschikbaar is voor een meer dan steekproefsgewijze rechterlijke toets naar hoe de curator zijn werk heeft gedaan. Dat geldt ook voor de voortgang in de procedure. Dit vormt een risico voor de integriteit van de insolventiepraktijk. Omdat er om de twee jaar wordt gerouleerd, komt men zelden aan een adequate afronding van lopende dossiers toe. Dit is een gevaarlijke ontwikkeling nu het de integriteit van de procedure en het vertrouwen van de justitiabelen in gevaar brengt.

de rechter-commissaris: benoemingsbeleid

Van benoemingsvrijheid om ook anderen dan advocaten tot curator of bewindvoerder te benoemen wordt nauwelijks gebruik gemaakt. De indruk bestaat dat rechters onvoldoende kennis hebben van wie behalve de gebruikelijke curatoren nog meer bereid en in staat zijn om een benoeming te aanvaarden. Het curatorenaanbod maakt het niet eenvoudig voor de rechter om buiten Insolad om curatoren in grotere faillissementen te benoemen. Zodra het aantal faillissementen weer stijgt (en de eerste tekenen zijn daarvan reeds zichtbaar) doet zich het schrale aanbod in alle hevigheid gelden. Aanbevolen wordt een actief beleid te voeren tot

het opzetten van een een multidisciplinaire pool van personen met de vereiste ervaringen en deskundigheid.

concentratie bij grotere rechtbanken

Specialisatie als zodanig bestaat reeds in de vorm van de afzonderlijke faillissementskamers bij de rechtbanken. De werkgroep beveelt aan nader te onderzoeken of regionale concentratie de gesignaleerde problemen kan oplossen of verlichten, mede in verband met de aanbevolen pool van deskundigen. Indien ook rechters kunnen profiteren van de aldus verzamelde know-how zal de rechterlijke expertise op financieel-economisch terrein en op het terrein van de accountancy kunnen toenemen. Ook zou de mogelijkheid van rechters-plaatsvervanger uit de accountancy en uit ondernemerskringen kunnen worden uitgebreid, mits ook daar de rechterlijke onafhankelijkheid voldoende gewaarborgd blijft. Hoewel concentratie van faillissementskamers tot een meer afstandelijke kamer kan leiden, met de kans op vermindering van informele contacten tussen curatoren en de (in omvang zeer beperkte groep) R-C's, acht de werkgroep het van groot belang dat door concentratie meer tegenspel en bewaking van de integriteit van de faillissementspraktijk valt te verwachten. Ook specialisatie kan worden bevorderd door regionale concentratie. De MDW-werkgroep is geen voorstander van een concentratie bij de vijf gerechtshoven. Allereerst is daar de vraag hoe het hoger beroep zou moeten worden vorm gegeven als het Hof de eerstelijnsvoorziening in faillissement en surséance zou worden. Belangrijker is misschien nog wel dat de eigenschappen die een rechter tot een goed rechter-commissaris maken niet dezelfde zijn als de eigenschappen die een rechter tot een goed raadsheer maken. Het faillissementswerk in eerste aanleg hoort niet bij een instantie thuis die meer toegerust is om een zaak nog eens over te denken. De werkgroep beveelt daarom aan de faillissementen en de surséances onder te brengen bij een te selecteren aantal grotere rechtbanken, met waarborging van een landelijke spreiding.

geen concentratie voor schuldsaneringszaken

De concentratie zou niet betrekking moeten hebben op de schuldsaneringen: die zouden bij de 19 rechtbanken moeten blijven, om te voorkomen dat natuurlijke personen in een uitzichtloze schuldensituatie reiskosten moeten maken om de rechtbank te bereiken. Het is ook de vraag of een algehele concentratie van insolventiezaken bij de dan in aanmerking komende rechterlijke instanties niet snel tot verstopping zou gaan leiden: het gaat immers op jaarbasis om ruim 8000 zaken die zouden moeten worden afgehandeld door een nog beperktere groep rechters. Als dat tot onwerkbaar toestanden zou leiden zou het tegendeel worden bereikt van wat de werkgroep voor ogen staat. Een scheiding in faillissementen en surséances enerzijds en schuldsaneringen anderzijds kan wel tot afstemmings- of uitvoeringsproblemen leiden bij het onderlinge "grensverkeer", dat wil zeggen de schuldenaar in de schuldsanering die tussentijds uit de regeling wordt verwijderd en van rechtswege in staat van faillissement raakt: dat kan verwijzen met zich mee brengen. Datzelfde geldt voor de faillissementsaanvraag die wordt geconverteerd in een schuldsaneringsaanvraag. Denkbaar is ook dat men de scheiding tussen wel en geen concentratie legt langs lijnen van ondernemers versus niet-ondernemers. De schuldsaneringzaken, voorzover zij betrekking hebben op ondernemers, gaan dan wel in de concentratie mee, terwijl de faillissementen, voorzover zij betrekking hebben op niet-ondernemers, juist bij de rechtbanken achterblijven. Dit heeft niet het nadeel van het hierboven beschreven "grensverkeer".

De voorstellen van de MDW-werkgroep leiden tot een toename van het aantal onafhankelijke toezicht-, advies- en beslistaken, in het bijzonder in de voorgestelde surséance-nieuwe stijl. Nadere aandacht behoeft op welke wijze de rechterlijke macht

daarvoor de benodigde capaciteit, zowel qua menskracht als qua budget, dient te vinden en of en in hoeverre alternatieve oplossingen kunnen worden gevonden en hoe taken kunnen worden geherpositioneerd.

Specialisatie van de rechterlijke macht kan worden bereikt door een langere roulatietermijn voor rechters-commissarissen in faillissement en ook door middel van concentratie van faillissements- en surséancezaken bij enkele nader te bepalen rechtbanken. Aanbevolen wordt meer gebruik te maken van economische en financiële expertise bij de behandeling van insolventiezaken door de mogelijkheid te creëren om deskundigen te benoemen hetzij in de faillissementskamer hetzij in de zaak zelf.

6.2 De positie van curatoren en bewindvoerders

de taak van de curator

In faillissementen en surséances is de curator de spin in het web van vorderingen, verificatie en rangordes. De artikelen 68-73a Fw belasten de faillissementscurator met het beheer en de vereffening van de failliete boedel en omschrijven diens taken, bevoegdheden, ontslag en aansprakelijkheid. Bij verlening van surséance benoemt de rechtbank een of meer bewindvoerders “teneinde met de schuldenaar het beheer over diens zaken te voeren” (zie Wv 27 244). Tot curator worden, hoewel de rechtbank vrij is, in de regel slechts advocaten benoemd. Ondanks de vele juridische complicaties blijft het faillissementswerk in hoge mate een praktijkvaardigheid. Bijzondere eisen aan de professionaliteit van de curator of bewindvoerder worden dan ook niet door de wet gesteld, maar wel door de praktijk. De curator is omschreven als een octopus, een veelarmig dier, dat ook verondersteld wordt een scherpe speurneus te hebben, de bewindvoerder in surséance is conceptueel “medemanager”. Vele tentakels komen in de drukke en gevarieerde praktijk goed van pas. Insolventies zijn nu eenmaal gecompliceerd, niet alleen juridisch, maar ook economisch, commercieel en anderszins. De universitaire opleiding garandeert allerm minst de vereiste kennis en vaardigheden. NovA en Insolad (de vereniging van Insolventie-advocaten) -opleidingen vullen ook hier het tekort aan. Aan de kwaliteitseisen (niet alleen op juridisch gebied) die de Insolad-advocaten zichzelf stellen valt weinig toe te voegen.

doorlooptijden en klachtrecht.

De werkgroep heeft met instemming kennis genomen van het voornemen van Insolad om een “Code of Best Practice” te ontwikkelen waaraan het inhoudelijk beleid van curatoren en bewindvoerders kan worden getoetst. Dit zal de uniforme behandeling bevorderen, zeker wanneer een dergelijke code ook normen bevat omtrent de voortgang c.q. de planning van de procedure. Met name hieromtrent is het de werkgroep bekend dat er nogal eens klachten komen van de kant van gefailleerde ondernemers, als zouden curatoren onvoldoende spoed bij de afwikkeling van een insolventieprocedure betrachten. Uiteraard is het klachtrecht van art. 69 Fw hiervoor het geëigende kanaal. De gefailleerde moet op het bestaan van dat klachtrecht wel uitdrukkelijk worden gewezen aan het begin van de procedure, hetzij door de R-C, hetzij door de curator of bewindvoerder. Maar een heldere code kan ook het ontstaan van niet-gerechtvaardigde verwachtingen bij de failliet of sursiet omtrent de doorlooptijd voorkomen. De werkgroep benadrukt dat zowel het klachtrecht als de strenge normen van beroepsaansprakelijkheid die uit de onrechtmatige daads rechtspraak voortvloeien essentieel zijn voor een goede bewaking van de integriteit bij de beroepsuitoefening. Datzelfde geldt voor de controle ter gelegenheid van de vaststelling van het salaris van de curator. Telkens zal

moeten worden beoordeeld of de afwikkeling voldoende voortvarend en actief is geschied, zodat het salaris in verhouding staat tot de uitgevoerde werkzaamheden en de betrachte spoed.

de curator: poolvorming en verbreding benoembaarheid

Het vaak gehoorde argument dat een curator eigenlijk een heel ander (minder uitsluitend juridisch) vak is dan advocaat biedt alleen maar steun voor een benoemingsbeleid dat niet alleen of hoofdzakelijk cursisten vanuit de advocatuur rekruteert. Het zou wenselijk zijn dat de advocatuur ook uit eigen belang de bestaande opleidingsfaciliteiten nog meer openstelt voor buitenstaanders, zoals onervaren rechters-commissaris, maar ook raio's en accountants. De werkgroep ziet in dit kader een rol weggelegd voor "poolvorming" op het tableau vanuit meerdere disciplines (niet alleen de juridisch geschoolde curatoren, maar ook fiscalisten en meer bedrijfseconomisch geschoolden zoals accountants, interim-managers, fusieconsultants) waaruit de rechterlijke macht vervolgens kan putten bij de benoemingen, mits ook de andere beroepsgroepen zich onderwerpen aan een klachtenprocedure en tuchtrechtelijke normen. Die vaste pool van deskundigen (bijv. gepensioneerde ondernemers) kan hetzij via het benoemingentableau worden gerealiseerd, hetzij op basis van de reeds bestaande bevoegdheid van de rechter om zich van deskundigenadvies te voorzien (art. 66 lid 1 Fw). De werkgroep is van mening dat het zorgwekkende feit dat sommige grotere kantoren zich uit de insolventiepraktijk terugtrekken op grond van economische overwegingen het nut van het tevens betrekken van deskundige buitenstaanders alleen maar onderstreept, zeker als het aantal faillissementen verder toeneemt. Met een dergelijke pool kan een snel advies kan worden ingewonnen, dat wellicht minder kostbaar is dan het benoemen van een "curatorantendem" van een advocaat en een financieel deskundige indien vereist gelet op de aard of omvang van de boedel. Afhankelijk van het soort faillissement of surséance zou door de R-C besloten kunnen worden om gebruik te maken van een of meer kandidaten uit het beschikbare bestand.

De MDW-werkgroep beveelt aan om een pool van deskundigen samen te stellen waarin ook anderen dan advocaten (bedrijfseconomen) benoembaar zijn door de rechterlijke macht. Er moet door curatoren worden gewezen op het klachtrecht. Curatoren dienen de voortgang te bewaken bij de behandeling van insolventiezaken.

6.3 De positie van de schuldeisers.

participatie primair belanghebbenden gewenst.

Faillissementen, en in mindere mate surseances, worden primair afgewikkeld in het belang van de schuldeisers. Het zijn – afgezien van de eigen aangifte door de schuldenaar – veelal de schuldeisers die het initiatief nemen tot de aanvraag van de procedure. Zij doen dit vanuit een behoefte om althans een gedeelte van hun vordering voldaan te krijgen via een op liquidatie gerichte procedure. Een sterke participatie van deze primair belanghebbenden lijkt derhalve voor de hand te liggen. Het tegendeel is echter waar. De actieve zeggenschap van schuldeisers in het systeem van de Faillissementswet is dan ook gering. Vergeleken met andere rechtstelsels is in zekere zin sprake van een "paternalistisch" systeem: de faillissementsprocedure is als zodanig sterk geschreven vanuit het schuldeisersperspectief, maar dat schuldeisersbelang wordt niet door henzelf behartigd. Alles draait om hun vorderingen, zonder dat dat in zeggenschap of participatie wordt omgezet: de rechter-commissaris en de curator beslissen wat goed is voor de schuldeisers. Die gegroeide vanzelfsprekendheid legt wellicht een onnodig zware verantwoordelijkheid op deze beide centrale actoren. Een systematiek waarbij meer beslissingsbevoegdheid in handen wordt

gelegd van een vertegenwoordiging van de schuldeisers (en de schuldenaar?) verdient daarom nadere overdenking. Met name de vraag of een onderneming voldoende overlevingskansen heeft, en welk type insolventieprocedure in casu het meest aansluit op de feitelijke situatie, zijn beslissingen die een rechter-commissaris of een curator niet per definitie alleen zouden behoeven te nemen.

huidige regeling te vrijblijvend.

De werkgroep acht het opvallend dat in de Nederlandse faillissementspraktijk nauwelijks of geen gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheid die de wet reeds biedt om schuldeisers meer te betrekken bij de afwikkeling van insolventieprocedures. Het zou een te snelle gevolgtrekking zijn om te beweren dat de praktijk er kennelijk geen behoefte aan heeft. Het gaat in de artikelen 74 tot en met 79 Fw niet om een zwaar opgetuigde regeling. De genoemde bepalingen openen de mogelijkheid dat een zogenaamde “commissie van schuldeisers” wordt ingesteld van een tot drie leden die de belangen van alle schuldeisers moet behartigen. Het is de rechtbank die beslist over de instelling van een dergelijke commissie, afhankelijk van “de belangrijkheid of de aard des boedels”. Deze commissie dient de curator (in sommige gevallen verplicht) van advies. De curator is daaraan niet gebonden. Bij verschil van inzicht moet de curator zijn beslissing drie dagen opschorten en geeft de rechter-commissaris een beslissing terzake. Indien door de rechtbank besloten wordt om een crediteurencommissie in te stellen vervult deze ook toezichthoudende taken. De commissie is (naast iedere afzonderlijke schuldeiser) bevoegd om van het klachtrecht gebruik te maken en om de curator voor ontslag voor te dragen. De curator is bovendien verplicht om desgevraagd alle informatie te verstrekken aan de commissie van schuldeisers.

voordelen betrokkenheid schuldeisers.

De praktijk wijst uit dat het benoemen van een crediteurencommissie kennelijk niet iets is waartoe een rechtbank snel zal overgaan. Enige terughoudendheid valt wel te verklaren, nu de voor hun werk noodzakelijke uitgaven als een boedelschuld worden beschouwd. Ook speelt het punt van de vertegenwoordiging: wie neemt zitting namens welke schuldeisers in de commissie? De werkgroep is van mening dat dit laatste uitvoeringsbezwaar niet kan wegnemen dat principieel meer inbreng nuttig en noodzakelijk is. De huidige tamelijk vrijblijvende regeling zou daartoe vernieuwd kunnen worden. De werkgroep denkt dat dat vier voordelen kan opleveren: 1. het kan de rechter en de curator ondersteunen en ontlasten, waardoor bij dezen meer tijd en aandacht vrijkomt voor andere zaken; 2. Schuldeisers kunnen bijdragen aan de nodige deskundige economische inbreng bij de afwikkeling; 3. een meer intensieve participatie zal kunnen bijdragen aan de acceptatie van een eventuele lage recovery rate; 4. betrokkenheid van de crediteuren heeft invloed op op de periode na de insolventieprocedure: het vermindert de kans op stigmatisering van de schuldenaar omdat de schuldeiser minder aan de zijlijn stond bij de afwikkeling.

geen automatisme

Bij het afstoffen van de regeling van de crediteurencommissie maakt de werkgroep de navolgende kanttekening. Het lijkt de werkgroep in ieder geval niet zinvol om het facultatieve karakter van deze regeling geheel te schrappen, en dus in iedere zaak standaard een dergelijke commissie van schuldeisers te benoemen. Dat zou niet passen in de deformalisering van de insolventieprocedure die de werkgroep overigens voorstelt, en het kan vertragend en kostenverhogend werken. Wat wel mogelijk is, is het huidige uitgangspunt van maximale discretionaire vrijheid beperken, in die zin, dat indien de toestand van de boedel daartoe aanleiding geeft, de rechtbank gehouden is een commissie van schuldeisers te benoemen. Daarop aansluitend zouden de huidige beperkte bevoegdheden van een dergelijke commissie

moeten worden aangepast, waarbij een nauw verband bestaat met de komende taken en bevoegdheden van de rechter-commissaris en de curator in een nieuw faillissementsstelsel. Zo zou bijvoorbeeld de periodieke controle aan de hand van de faillissementsverslagen van de curator heel goed kunnen worden toebedeeld aan een dergelijke vertegenwoordiging van schuldeisers. De commissie (en iedere schuldeiser afzonderlijk) zou tevens actiever gebruik kunnen maken van het wettelijk klachtrecht als middel om de curator te controleren. Het klachtrecht wordt als instituut sterk onderschat. Het levert een “piep-systeem” op aan de hand waarvan de rechter-commissaris meer concreet toezicht kan uitoefenen. Vermeldenswaard is tenslotte dat in de lagere jurisprudentie is uitgemaakt dat – nu de wet niet van het tegendeel rept – in de crediteurencommissie ook rechtspersonen kunnen worden benoemd. Dat biedt aan de beïnvloedingsmogelijkheden door een crediteurencommissie nog meer perspectief.

De werkgroep beveelt aan om de participatie van de schuldeisers te stimuleren door de huidige regeling van de commissie van schuldeisers nieuw leven in te blazen.

7. Flankerend beleid

voorkomen of helpen genezen

Zoals in het voorgaande meermalen is aangegeven, zijn er om de werking van de Faillissementswet te verbeteren ook maatregelen mogelijk en wenselijk die geen aanpassing van de Faillissementswet zelf of van de inrichting en werking van de met de uitvoering belaste organen vergen. Deze maatregelen kunnen worden gebracht onder de noemer flankerend beleid bij de insolventiewetgeving en zijn te onderscheiden in preventie en bevordering van minnelijke oplossingen. In beide gevallen zal het flankerend beleid effecten hebben die tot ruimschoots buiten het bereik van de insolventiewetgeving strekken. Dat hoeft uiteraard geen bezwaar te zijn maar het vereist wel aandacht om te voorkomen dat effecten buiten deze direct beoogde werkingssfeer elders een negatieve uitwerking zouden hebben. De door de werkgroep in ogenschouw genomen opties en de daarbij aanbevolen acties worden hierna beschreven.

7.1 Preventieve maatregelen

doelstelling

Het preventiebeleid naast het insolventierecht is er primair op gericht om waar mogelijk te voorkomen dat ondernemers in dusdanige financiële moeilijkheden komen te verkeren dat ze in een insolventieprocedure terecht komen. Hiermee kan al begonnen worden voordat er feitelijk sprake is van een bestaande onderneming, door aspirant-ondernemers bewust te maken van de kennis en de vaardigheden die essentieel zijn voor het kunnen beoordelen en op peil houden van de bedrijfseconomische conditie van een toekomstige zaak. Bij de bestaande ondernemingen is van tevoren niet zonder meer vast te stellen welke concreet in een risicosituatie verkeren. Degene die bij uitstek in de positie verkeert om de financiële situatie van een onderneming te kunnen overzien is de ondernemer zelf. Daarom zal minstens een deel van dat beleid gericht zijn op alle ondernemers met beoogd effect een grotere alertheid op eerste signalen dat er iets mis zou kunnen zijn. Indien een 'early warning' vroeg genoeg kan worden gegeven zal in veel gevallen het naderende onheil nog kunnen worden afgewend.

voorlichting, kennis en vaardigheden

Starters zijn zich er doorgaans van bewust dat ze in ieder geval een product of dienst moeten aanbieden waar voldoende vraag naar is. De noodzaak van marktonderzoek en een marketingplan zijn vrij algemeen bekend. Dat neemt niet weg dat ook op deze punten soms sprake is van enige roekeloosheid, in zekere zin de duistere keerzijde van het enthousiasme, optimisme en zelfvertrouwen dat ondernemers eigen is en ook moet zijn. Aan deze eigenheden van ondernemers in niet veel te veranderen en dat hoeft ook niet als maar daarnaast een mate van kennis en kunde aanwezig is die het contact met de realiteit helpt waarborgen. De capaciteiten op het gebied van boekhoudkundige, financiële en bedrijfskundige aspecten van het ondernemen, de fiscale spelregels, om maar helemaal te zwijgen van de juridische implicaties bijvoorbeeld van het aannemen van personeel zijn van groot belang, maar helaas soms wat onderontwikkeld. Voorheen werd een adequaat kennisniveau bij ondernemers over deze onderwerpen nagestreefd door het verplicht stellen van het middenstandsdiploma. Deze verplichting is afgeschaft omdat de beoogde doelen er onvoldoende mee konden worden waargemaakt en er daarnaast veel negatieve bijwerkingen waren. Met de ontwikkeling van de markt voor zakelijke dienstverlening zou het ook niet langer nodig zijn dat iedere ondernemer alle bedrijfskundige kennis zelf zou bezitten. Het is

immers veel efficiënter om bepaalde delen van de vereiste kennis in te huren bij een deskundige. De praktijk laat op dit moment zien dat dit nog niet in voldoende mate gebeurt. In de startersbegeleiding, bijvoorbeeld door de Kamers van Koophandel en in andere trajecten die gericht zijn op “leren ondernemen” wordt hieraan al veel aandacht besteed. Ook de marktpartijen die betrokken zijn bij startende ondernemingen, zoals de banken, kunnen hierin een rol spelen. Hierbij valt te denken aan het toetsen of in businessplannen en begrotingen wel middelen zijn gereserveerd voor zakelijke begeleiding.

Het aanbod aan (door allerlei instanties actief aangereikte of door de ondernemer op eigen initiatief aan te vragen) informatie heeft de laatste jaren al een sterke ontwikkeling doorgemaakt. Daarom adviseert de werkgroep niet op voorhand een concrete uitbreiding van deze voorlichtings- en opleidingsactiviteiten. Wel is het noodzakelijk om te onderzoeken of de gehele doelgroep goed wordt bereikt en of (aspirant) ondernemers de aangeboden informatie ook op de beoogde momenten en manieren op zichzelf betrekken. Afhankelijk van de bevindingen van een dergelijk onderzoek kan nadere actie geboden zijn.

helpdesks

Op dit moment bestaat er een zeer klein aantal laagdrempelige (ook qua kosten) particuliere steunpunten waar ondernemers met vragen terecht kunnen. De praktijk levert indicaties op dat er inderdaad behoefte is aan dit soort helpdesks. Ondernemers die te klein of te ‘jong’ zijn om te beschikken over ervaring in de omgang met zakelijke dienstverleners weten niet altijd bij wie ze met een bepaald probleem terecht kunnen en zien soms ook op tegen de (veronderstelde) hoge kosten van een professioneel advies. Helpdesks kunnen daarin een faciliterende rol spelen. Omdat ze veelal bemand worden door (ex)ondernemers ervaren de ‘klanten’ veel herkenning van hun vragen en problemen. Dit vermindert aanzienlijk het gevoel van gêne over de hulpvraag, niet ongebruikelijk onder zelfstandige ondernemers die nou eenmaal graag alles zelf onder controle hebben. Voor een deel is de behoefte aan deze hulpfunctie op te vatten als een indicatie dat de informatievoorziening via de Kamers van Koophandel moet worden uitgebreid of anders ingericht. Op dit werkveld zijn de financiële marges dermate smal dat men zich in gemoede moet afvragen of het redelijk is om deze taak zonder meer aan de markt te willen overlaten. Het alternatief is het bieden van financiële ondersteuning aan initiatieven die zich daartoe melden bij de overheid. Al sedert enkele jaren wordt mede invulling gegeven aan het ondernemersbeleid door het (onder bepaalde randvoorwaarden) verlenen van startsubsidies aan helpdesks voor ondernemers. Nadeel van deze ‘lijdzame’ benadering is dat daarmee niet gegarandeerd wordt dat deze diensten redelijk homogeen over het land verspreid worden aangeboden. De vraag is derhalve of gelet op de behoefte van de markt, de evenwichtige spreiding van het aanbod en de kostenaspecten het bestaande netwerk van Kamers van Koophandel niet ingeschakeld zou kunnen en moeten worden bij dit type dienstverlening.

early warning

Een punt van in essentie nog preventief beleid, dat echter al dichterbij de insolventie als zodanig ligt, is de ‘early warning’. In het voorgaande heeft de werkgroep meermalen betoogd dat het tijdig onderkennen van bestaande of dreigende problemen in een onderneming van eminent belang is. De insolventiepraktijk wijst immers uit dat de huidige aanpak waarbij gewacht wordt totdat het water de ondernemer aan de lippen staat, het risico met zich meebrengt dat er te laat wordt ingegrepen. Daarom is het noodzakelijk om handreikingen te bieden die een tamelijk moeiteloze, periodieke en min of meer routinematige controle op het ‘ondernemingswelbevinden’ mogelijk maken. Een aansprekend voorbeeld van een dergelijk ‘rookalarm’ heeft de werkgroep aangetroffen in het Australische systeem (zonder overigens te willen veronderstellen dat deze aanpak uniek zou zijn). Daar wordt op de

website van de instantie die insolventiezaken voor ondernemers afhandelt (IPAA) de mogelijkheid geboden om, zonder overigens de eigen identiteit te hoeven prijsgeven, een vragenlijst te doorlopen die een groen (alles in orde), geel (dreigende situatie) of rood (onmiddellijk actie ondernemen) licht oplevert voor de ondernemer (http://www.ipaa.com.au/problems_intro.html). De werkgroep acht het raadzaam dat EZ voor de Nederlandse situatie een dergelijk instrument ontwikkelt en implementeert. Hierbij kan gedacht worden aan een implementatie in nauwe samenhang met de recent geïntroduceerde MKBalans.

7.2 Bevordering minnelijke oplossingen

doelstellingen

Voor vrijwel alle geschillen is een compromis tussen de betrokken partijen een snellere en meer bevredigende oplossing dan een gerechtelijke procedure. Gerechtelijke procedures kosten geld, zowel van de overheid en dus van de belastingbetaler als ook van de procederende partijen. Minnelijke oplossingen hebben het voordeel dat de toegangsdrempel lager ligt waardoor ondernemers in problemen vroeger hulp zullen zoeken, de schade aan de onderneming veelal lager ligt dan in het geval van een gerechtelijke procedure en het rechterlijk apparaat wordt ontlast.

minnelijk traject ondernemers in de Wsnp

Ofschoon het feitelijk buiten de orde van deze rapportage valt, omdat de evaluatie van de uit 1998 daterende Wsnp een eigen procedure kent, past het omwille van de samenhang van de onderwerpen toch om hier een korte opmerking te maken over het minnelijk traject in de Wsnp. In tegenstelling tot faillissement en surséance was de gerechtelijke procedure van de Wsnp eigenlijk bedoeld als een ‘stok achter de deur’ om partijen te motiveren tot het treffen van een minnelijke schikking. Opzet in de Wsnp is dat partijen met elkaar overleggen over de manier waarop de schuldsituatie kan worden opgelost, uitmondend in een buitengerechtelijk akkoord. Pas als dit proces aantoonbaar heeft gefaald zal de rechter zich over de zaak buigen en een gerechtelijk (dwang) akkoord opleggen. In de evaluatie is duidelijk geworden dat voor het tot stand brengen van de buitengerechtelijke akkoorden in het minnelijk traject deskundige begeleiding van de betrokken partijen nodig is om tot enig resultaat te komen. Redenerend vanuit deze, voor de Wsnp geformuleerde oplossingsrichting, kan waarschijnlijk ook voor de andere insolventieprocedures baat worden gevonden bij een meer nadrukkelijke begeleiding in de richting van een minnelijk oplossing. Vanuit het bij de Wsnp-evaluatie geconstateerde gebrek aan capaciteit voor de begeleiding van kleine ondernemers is inmiddels een project in voorbereiding waarbij door drie departementen en drie bij schuldhulpverlening betrokken instanties wordt samengewerkt om vorm te geven aan een traject waarin schuldsaneringen bij ondernemers efficiënt kunnen worden afgewikkeld en tevens schuldhulpverleners voor deze specifieke doelgroep worden opgeleid.

stimulering toepassing ADR

Het bevorderen van oplossingen in de vorm van een akkoord is eerder in dit rapport al uitgebreid aan de orde geweest. De voordelen van akkoorden zijn evident. De boedel wordt relatief weinig belast met kosten zodat er meer geld te verdelen is, de procedure kan snel zijn er is vormvrij en er bestaan geen barrière om desgewenst de onderneming voort te zetten. Omdat er veel tegenstrijdige belangen in het spel zijn gaat dit niet altijd soepel. Daarom is het de moeite waard om te bezien of het inschakelen van professionele conflictbemiddelaars soelaas kan bieden. Hierbij kan nog een onderscheid worden gemaakt tussen de rol die een

mediator kan spelen bij enerzijds buitengerechtelijke en anderzijds gerechtelijke akkoorden. De grootste besparingen aan proceduretijd en kosten zijn uiteraard te behalen met buitengerechtelijk akkoorden. Omdat hierbij de procedurele inkadering geheel ontbreekt zal voor deze gevallen de grootste behoefte bestaan aan professionele ondersteuning. Binnen het kader van een gerechtelijke procedure kan een mediator goede diensten bewijzen bij het oplossen van conflicten rond betwiste vorderingen of bij het voorbereiden van de inhoud van een door de rechter te bekrachtigen akkoord. Nu in de voorstellen van de werkgroep in beide fasen van dit MDW-project stappen worden aangeraden die ertoe moeten leiden dat bevoorrechte schuldeisers vaker bij een akkoord betrokken worden, is het waarschijnlijk dat in de toekomst zowel het aantal akkoorden zal toenemen als de behoefte aan ondersteuning om tot een optimaal resultaat daarbij te komen. Alternative Dispute Resolution (soms gekscherend maar wel treffend vertaald als Anders Dan Rechtspraak) is als tak van dienstverlening sterk in opkomst en zelf specialisatie naar werkerreinen is al aan de orde. **De werkgroep juicht de ontwikkeling van de markt voor voor alternatieve conflictoplossing toe en zou het een positieve ontwikkeling vinden als zich binnen deze markt partijen zouden ontwikkelen die zich volledig bekwamen in de begeleiding van debiteuren en crediteuren in de richting van insolventieakkoorden.**

7.3 Destigmatisering

actiepunt of logisch gevolg van een goed werkende insolventiewet?

Uit verschillende onderzoeken blijkt dat mensen aarzelingen hebben om in zee te gaan met een ondernemer die eerder failliet gegaan is. De mate waarin deze aarzelingen optreden verschilt behoorlijk tussen landen en ondervraagde groepen. Een feit is echter dat Nederland niet ‘tolerant’ scoort, in vergelijking met andere landen. Dat houdt dus in dat men hier nog in aanzienlijke mate een faillissement ziet als een soort brevet van onvermogen of als een indicatie voor de kans op herhaling daarvan in de toekomst. Dit is vooral heel nadelig omdat uit andere onderzoeken blijkt dat dit beeld niet strookt met de werkelijkheid. Ondernemers die na een faillissement opnieuw een onderneming beginnen presteren met deze onderneming gemiddeld beter dan de ‘controlegroep’ die niet eerder failliet geweest is. Dat houdt in dat door de negatieve houding tegenover ex-faillieten de economie potentieel schade ondervindt. Omdat de score van Nederland ten opzichte van andere landen ook voor een deel een oorsprong kan hebben in culturele eigenheden is moeilijk te zeggen in hoeverre die attitude door ingrijpen van buitenaf te veranderen is. Toch moet getracht worden om in ieder geval benadeling in hun bedrijfsvoering van ex-faillieten te voorkomen. Nu is vermoedelijk de beste manier om dat te bereiken het verbeteren van de insolventiewet. Als de wet goed werkt, snelle oplossingen biedt, maatschappelijke schade minimaliseert, een als rechtvaardig ervaren verdeling van de boedel oplevert en geen ex ante problemen veroorzaakt in bijvoorbeeld de opties voor bedrijfsfinanciering, zal dat vanzelf een wezenlijk deel van het ongenoegen wegnemen. Als het systeem er dan bovendien nog in slaagt om het onderscheid tussen pech en crimineel handelen scherp te krijgen, hoeven bona fide brokkenmakers niet meer te lijden onder het slechte aanzien dat fraudeurs terecht genieten. De voorstellen in dit rapport zijn dáárop gericht. Als deze MDW-werkgroep herziening faillissementswet haar werk goed heeft gedaan, zou dat op termijn, met de implementatie van de voorstellen, een verbetering te zien moeten geven die zich ook uitstrekt tot destigmatisering.

Bijlage

Reacties op het discussiememorandum MDW-Faillissementswet