

Discussiememorandum

MDW-Werkgroep Faillissementsrecht

Nadere herziening van het Nederlandse insolventierecht

COLOFON

E-mail

ezinfo@postbus51.nl

Telefoon / Phone

Postbus 51 iedere werkdag bereikbaar van 9.00 tot 21.00 uur onder telefoonnummer

0800 - 646 39 51 of (+31) (0)70 3081986

Het algemene telefoonnummer van het ministerie van Economisch Zaken is 070 - 3798911

Bezoek Economische Zaken / Visit Economic Affairs

Het bezoekadres van het ministerie van Economische Zaken is:

Bezuidenhoutseweg 30,
2594 AV Den Haag

Postbus Economische Zaken / P.O. Box

Het postadres van het ministerie van Economische Zaken is:

Postbus 20101,
2500 EC Den Haag

Inhoudsopgave

Woord Vooraf

- 1. Inleiding**
- 2. De plaats en werking van de huidige faillissementswet en de doelstellingen van wijziging**
- 3. Vervagende grenzen tussen faillissement en surséance in de huidige insolventiepraktijk**
- 4. Centrale doelstellingen van het insolventierecht en integratie van de faillissements- en surséance-procedures**
- 5. Tijdigheid van de aanvraag**
- 6. Positie werknemers in insolvente ondernemingen**
- 7. Positie fiscus en bedrijfsverenigingen**
- 8. Destigmatisering van faillissement (en surséance)**
- 9. Professionalisering van het rechterlijk apparaat en curatoren**
- 10. Grensoverschrijdende insolventie**
- 11. Resterende aandachtspunten**

Bijlagen

- I. Overzicht belangrijkste publicaties
2. Cijfermatige gegevens en grafieken
3. Startnotitie MDW-project Modernisering Faillissementswetgeving
4. Gevoerde gesprekken

Woord vooraf en uitnodiging voor commentaar op dit discussiememorandum

's-Gravenhage, 20 februari 2001

In het project Marktwerking Deregulering en Wetgevingskwaliteit betrof het kabinet ook het Nederlandse insolventierecht. De eerste fase van het MDW Project Modernisering Faillissementswet leidde tot de indiening van Wv 27 244. Daarna is een MDW-Werkgroep Modernisering Faillissementswet (tweede fase) ingesteld met de opdracht te onderzoeken of verbetering van de economische efficiëntie, praktische bruikbaarheid en reorganiserend vermogen van de Faillissementswet noodzakelijk is. Deze Werkgroep bestond uit vertegenwoordigers van de direct betrokken Departementen en een externe voorzitter, te weten: 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)
A. van Eijdsden (Financiën)
Mr. W. Helmink (Economische Zaken, vanaf 1.12.2000)
Mr. G. Lankhorst (Justitie, Secretaris)
Mr. L.A.G. Moelker (Financiën)
Drs. W.A. Oskam (Economische Zaken)
Prof. mr. M.J.G.C. Raaijmakers (KUB, Voorzitter)
Drs. P.M. Waasdorp (Economische Zaken, Secretaris)
De Werkgroep deed zich adviseren door Prof. Dr. A.W.A. Boot (UvA).

De Werkgroep startte in Januari 2000 en nam, behalve van Wv 27 244 en de reacties daarop, kennis van de in de eerste fase verkregen inzichten en gegevens, wetenschappelijke en vaktechnische publikaties. Voorts heeft de Werkgroep gesprekken gevoerd met deskundigen (op persoonlijke titel) en gebruik gemaakt van van enkele gerichte wetenschappelijke onderzoeken welke in opdracht zijn verricht.

Verdere analyse van praktijkgegevens en ervaringen, de reeds aanhangige voorstellen en de daarvan te verwachten werking, gecombineerd met verder onderzoek, hebben de Werkgroep tot de mening gebracht dat uitbouw van de reeds ingediende voorstellen, in het bijzonder tot integratie van de procedures voor faillissement en surséance dient te worden overwogen teneinde de werking en efficiëntie van het Nederlandse insolventierecht te verbeteren en te versterken. De Werkgroep staat een evenwichtige benadering voor ogen van de belangen van de meest direct betrokkenen, de ondernemer zelf, diens vermogens- en kredietverschaffers, fiscus, uitvoeringsorganen sociale verzekeringen, werknemers en de niet door zekerheid geseceerde schuldeisers.

Gelet op het grote maatschappelijke belang van het insolventierecht en de belangen van degenen die bij een goede werking daarvan direct belang hebben, heeft de Werkgroep er bewust voor gekozen om zijn voorlopige gedachten openbaar te maken in de vorm van een discussiememorandum en zijn opdracht pas af te ronden met een rapport aan het Kabinet nadat eenieder de gelegenheid heeft gehad op dit discussiememorandum te reageren. De Werkgroep zal daartoe een tweetal openbare hoorzittingen houden, waarvoor de Werkgroep zelf betrokken organisaties en deskundigen zal uitnodigen. Dit tussenrapport en de reacties daarop zullen

openbaar worden gemaakt via het Internet (www.mdw.ez.nl). Eenieder kan aldus deelnemen aan de gedachtenvorming over dit voor de Nederlandse samenleving zo belangrijke onderwerp. Na deze consultatieronde en verwerking van de reacties zal de Werkgroep rond de zomer zijn eindrapport aan het Kabinet aanbieden.

Namens de Werkgroep:

(Prof. mr. M.J.G.C. Raaijmakers, voorzitter)

1. INLEIDING NADERE HERZIENING VAN HET NEDERLANDSE INSOLVENTIERECHT

1.1.1 Het MDW-project Modernisering Faillissementswet bestaat uit twee fasen. De eerste fase is vooral gericht op versterking van het reorganiserend vermogen van de surséance. In de startnotitie is overwogen dat de Faillissementswet een belangrijke plaats inneemt in het juridisch en economisch ordeningssysteem en de eigendomsrechten van vermogensverschaffers en leveranciers beschermt. Tegelijkertijd bepaalt de wet de voorwaarden voor (bedrijfs)beëindiging, liquidatie en reorganisatie van insolvable rechtspersonen met – bijgevolg - grote consequenties voor verlies of behoud van werkgelegenheid. Gewezen werd op de toegenomen concurrentie, de afbrokkeling van economische landsgrenzen onder invloed van de technologische ontwikkelingen en internationalisering van de economie en de beleidsinitiatieven die het kabinet heeft genomen tot modernisering van de economische ordeningswetgeving, onder meer op het terrein van de mededingings- en vestigingswetgeving. In dit kader is ook de modernisering van de Faillissementswet geplaatst. De vraag is of deze wet optimaal functioneert, bijvoorbeeld wat betreft het reorganiserend vermogen voor bedrijven in moeilijkheden. Dit kan ertoe leiden dat bedrijven niet of onnodig laat worden gereorganiseerd en dat reorganisatieperspectieven zelfs geheel verdwijnen.

Voorts is in de startnotitie overwogen dat feitelijke reorganisatie van insolvable bedrijven in hoofdzaak (in strijd met de bedoeling van de wetgever in 1893) geschiedt via faillissement. Reorganisatie via faillissement kan betekenen dat op kosten van crediteuren ondernemingen worden gereorganiseerd die eigenlijk geliquideerd hadden moeten worden. De startnotitie noemt als oorzaak de inrichting van de Faillissementswet: te weinig tijd voor het opstellen van een reorganisatieplan, te geringe mogelijkheden voor de curator om tot een akkoord te komen wegens de preferentiële positie van sommige groepen van schuldeisers, onvoldoende toezicht van een rechter-commissaris bij faillissement en de neiging te wachten tot faillissement om aldus zonder verdere verplichtingen van personeel af te geraken.

1.1.2 De MDW-werkgroep heeft in het bijzonder de opdracht gekregen te onderzoeken of het reorganiserende vermogen van de Faillissementswet en in het bijzonder van de surséance-regeling kan worden versterkt. Zie bijlage 3 voor de startnotitie die het kabinet de werkgroep heeft meegegeven. Meer concreet zijn daartoe de volgende vragen aan de orde gesteld:

1. Hoe kan worden bereikt dat surséance tijdig wordt aangevraagd?
2. Hoe kunnen de curator en de ondernemer beter in staat worden gesteld tijdens surséance over te gaan tot sanering en voortzetting van de levensvatbare (onderdelen van de) onderneming?
3. Hoe kan worden bereikt dat door ondernemers geen misbruik wordt gemaakt van het faillissement ten koste van (potentiële) schuldeisers en werknemers?

1.1.3 Aan het einde van de eerste fase van dit project is eind 1999 een consultatieronde gehouden. Dit heeft geleid tot een ontwerp van wet tot wijziging van de Faillissementswet in verband met het bevorderen van de effectiviteit van surséance van betaling en faillissement (hierna: Wv 27 244). Vervolgens heeft de werkgroep in januari 2000 zijn werkzaamheden voor de tweede fase aangevangen. Op 22 juli 2000 is Wv 27 244 bij de Tweede Kamer ingediend. Het voorstel bevat enkele met het oog op de versterking van het reorganiserende vermogen van ondernemingen wenselijk geoordeelde wijzigingen van niet of minder controversiële aard. Deze wijzigingen behoeften in mindere mate een economische onderbouwing. Het voorstel 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. Een aantal voorstellen heeft niet slechts betrekking op de surséance, maar gelden ook voor faillissement (zoals de afkoelingsperiode en de het akkoord met de schuldeisers). Kort samengevat komen de voorstellen op het volgende neer:

- de verlening van voorlopige surséance geschiedt niet langer ‘automatisch’, en slechts op basis van onder meer een over te leggen saneringsplan en bovendien slechts voor een beperkte periode (artt. 214-215f);
- aan verlening van definitieve surséance worden in art. 218 jo. 214 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 en een saneringsplan moeten overleggen; is faillissement onvermijdelijk dan wordt het verzoek afgewezen; de gronden waarop definitieve verlening kan worden geweigerd, worden uitgebreid, in het bijzonder met het ontbreken van voldoende vooruitzicht dat de onderneming geheel of gedeeltelijk zal kunnen voortbestaan;
- teneinde het effect van een surséance te vergroten en die daarmee aantrekkelijker te maken wordt de werking van surséance uitgebreid tot preferente vorderingen; vorderingen gedekt door pand, hypotheek of retentierecht blijven als voorheen buiten de surséance;
- om voldoende tijdsruimte te bieden voor sanering en daarmee de overlevingskansen te vergroten, wordt de afkoelingsperiode uitgebreid tot ten hoogste vier maanden; de bewindvoerder of curator kan, indien de debiteur dit voordien kon, goederen tijdens de afkoelingsperiode te gebruiken, verbruiken of vervreemden; verlies van rechten van derden wordt gecompenseerd ten laste van de boedel; de afkoelingsperiode werkt ook jegens de Ontvanger in de zin dat hij niet tot uitwinning kan overgaan van de goederen waarop bodembeslag rust; boedelschulden worden voldaan naar evenredigheid van de omvang van elke schuld, behoudens de daarvoor geldende wettelijke voorrang, waarbij deze vordering tot compensatie dezelfde rang verkrijgt als de vorderingen van de schatkist;
- de bewindvoerder kan met machtiging van de rechter-commissaris aanwijzingen geven aan de debiteur en bij weigering daaraan gevolg te geven –in het geval van rechtspersonen- bestuurders schorsen (art. 228a);
- een akkoord behoeft slechts een gewone meerderheid van de crediteuren die tezamen tenminste de helft van het bedrag aan concurrente vorderingen vertegenwoordigen; voorts kan een dwangakkoord worden opgelegd (artt. 145/146 en 268/268a);
- energieleveranciers zijn niet meer bevoegd leveranties stop te zetten om betaling van niet voldane vorderingen af te dwingen (artt. 37b en 237b);
- bij wet wordt een centraal openbaar register ingesteld waarin alle gegevens van de registers van rechtbanken omtrent uitgesproken faillissementen en verleende surséances in worden opgenomen (art. 19a);
- voor een aantal onderwerpen verwijst de toelichting op het voorstel naar de uitkomsten van de tweede fase (zie de hierna in 1.2.8 opgenomen lijst van aandachtspunten).

Met Wv 27 2444 wordt een belangrijke vernieuwing van het Nederlandse insolventierecht voorbereid. Naar zijn opzet zal het reorganiserende vermogen, zoals de indieners dat voor ogen staat, sterk kunnen toenemen. Niettemin blijkt uit de reacties op het wetsvoorstel dat enkele van de daarin voorgestelde wijzigingen op weerstand stuiten. Deze reacties heeft de werkgroep in de beschouwingen betrokken.

1.1.4 Behalve de onderwerpen die blijkens (de toelichting op) het wetsvoorstel gezien hun meer controversiële karakter uitdrukkelijk zijn doorgeschoven naar de tweede fase zijn nog enkele andere wetten danwel aanhangige wetsvoorstellen die voor de werking van het insolventierecht direct van belang zijn. Het gaat om de volgende onderwerpen.

- a. Op 30 november 1992 is ingediend het voorstel tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en enige andere wetten in verband met de *bevoorrechtiging van vorderingen*, het verbinden van een *bijzonder verhaalsrecht* aan bepaalde vorderingen en de invoering van de mogelijkheid van een vereenvoudigde afwikkeling van faillissement (Wv 22 942). De behandeling van dit voorstel ligt al geruime tijd stil. Aan de inhoud daarvan wordt hieronder in paragraaf 1.8 nader aandacht besteed bij de bespreking van het fiscale bodem(voor)recht.
- b. Uit Wv 22 942 is een onderdeel losgemaakt. Op 21 juni 2000 is bij de Tweede Kamer ingediend het voorstel tot wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid van een *vereenvoudigde afwikkeling van faillissement* (Wv 27 199).
- c. Een belangrijke wijziging van en aanvulling op het instrumentarium van de Faillissementswet heeft gestalte gekregen met de opnemingswet van 1 december 1998 van Titel III (*Schuldsanering Natuurlijke Personen*). Deze regeling heeft ook betrekking op schuldsanering van natuurlijke personen die een onderneming drijven en biedt de mogelijkheid te worden bevrijd van ‘restschuld’. De met de nieuwe regeling opgedane ervaringen worden aan de hand van een WODC-evaluatie in maart 2001 door de Minister van Justitie aan de Kamer toegestuurd.

1.2.1 Bij zijn werkzaamheden heeft de werkgroep zich ter uitvoering van die opdracht, behalve op de aanhangige wetsvoorstellen, de daaraan ten grondslag liggende gedachten en analyses, gebaseerd op reeds voorhanden commentaren en suggesties op die voorstellen en – meer algemeen ook los daarvan- tot verbetering van de werking van het Nederlandse insolventierecht. De werkgroep kon beschikken over nader wetenschappelijk onderzoek, verricht door onderzoekers van de Katholieke Universiteit Nijmegen, de Universiteit te Leiden en de Universiteit van Amsterdam. Daaruit zijn de volgende gegevens ontleend.

1.2.2 Verschillende onderzoeken zijn uitgevoerd naar de werking van en ervaringen met de toepassing van de Faillissementswet. De resultaten van deze gegevens hebben aanleiding gegeven tot de vraag of de Faillissementswet voldoende efficiënt werkt, in het bijzonder de regeling van de surséance. Zoals reeds is opgemerkt in de memorie van toelichting bij Wv 27 244, dat beoogt de regeling van de surséance te verbeteren, wordt surséance vaak te laat aangevraagd en eindigt surséance in veel gevallen op korte termijn in een faillissement. Te laat wil zeggen dat de schulden zo hoog zijn opgelopen dat de mogelijkheden voor reorganisatie van de onderneming via de surséance achter de horizon zijn verdwenen. Voorts is opgemerkt dat faillissements- en surséanceprocedures lang duren en dat ondernemingen laat in een formele procedure terechtkomen. Lage *recovery rates* voor niet-zekerheidsgerechtigde crediteuren kunnen van deze kenmerken het gevolg zijn. Een ander mogelijk gevolg is de ontmoediging van innovatief ondernemerschap door de stigmatiserende werking van het faillissement.

1.2.3 Uit onderzoek van het Amsterdam Center for Corporate Finance¹ op basis van CBS-statistieken komt het volgende naar voren:

- 1) Jaarlijks worden in Nederland ongeveer 5000 faillissementen uitgesproken (tabel 1, bijlage 2).²

¹ 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. Hierbij dient te worden opgemerkt dat het CBS sinds 1999 geen uitgebreide statistieken rond de surséanceregeling meer verzamelt.

- 2) Ongeveer tweederde van de surséance-aanvragen wordt ingetrokken en meestal direct omgezet in faillissement (zie tabel 2 in bijlage 2).
- 3) Surséances die in faillissement eindigen, duren in 80% van de gevallen niet langer dan drie maanden. In 10% van de gevallen betrof het een natuurlijk persoon, in negentig procent rechtspersonen.
- 4) Met uitzondering van opheffingen (dus gevallen waarbij de baten tekort schieten voor de aanspraak van belastingdienst en bedrijfsvereniging) duurt de procedure in 75% van de gevallen langer dan één jaar. In 28% van de gevallen laat een akkoord of boedelvereffening langer dan drie jaar op zich wachten.
- 5) Het in een (te) laat stadium aanvragen van de surséance en de verzekerde positie van met name separatisten leidt er toe dat er na het voldoen van de vorderingen van de separatisten, weinig overblijft om aan de andere schuldeisers te voldoen. Ongeveer 90% van de vorderingen van de concurrente schuldeisers blijft onbetaald.

Het Amsterdam Center for Corporate Finance concludeert op basis van empirische gegevens over Nederland dat faillissements- en surséanceprocedures lang duren, dat ondernemingen laat in een formele procedure terechtkomen en dat (mede daardoor) de *recovery rates* bijzonder laag zijn. Men wijst erop dat veel ondernemingen een doorstart realiseren (bijna altijd via faillissement) en er schijnbaar dus wel toekomstpotentieel is, dat echter gezien de lage *recovery rates* niet toekomt aan de bestaande crediteuren.

Een van de onderwerpen die in de wetsevaluatie van de schuldsaneringsregeling aan de orde komt, is de gebrekkige manier waarop de buitengerechtelijke schuldsanering voor ondernemers-niet-rechtspersonen in de praktijk functioneert³. Een betere begeleiding, coaching en advisering van “stoppende” ondernemers kan in die fase voorkomen dat een kleine ondernemer onnodig gerechtelijk wordt geliquideerd. Het gaat in de praktijk om niet onaanzienlijke aantallen: een op de vijf “sanieten” is een ondernemer (eenmanszaak, VOF), hetgeen na twee jaar neerkomt op circa 2200 gevallen. De sterke daling van het aantal faillissementen in 1999 hangt samen met de komst van de Wsnp. Een effectiever schikkingstraject (“work out”) vergroot ook voor deze groep ondernemers de her- en doorstartkansen, en vermijdt het stigmatiserende effect dat voor een ondernemer verbonden zal zijn aan het doorlopen van een schuldsanering bij de rechter. De Werkgroep vraagt zich af met welke flankerende maatregelen deze mogelijkheden om een rechtbankprocedure voor te zijn het beste kunnen worden benut.

1.2.4 De CBS-statistieken weerspiegelen een brede dwarsdoorsnede van de Nederlandse economie en zijn als zodanig vatbaar voor conclusies ten aanzien van macro-economische uitkomsten, zoals de hoogte van *recovery rates*. De werkgroep heeft tevens kennis genomen van een aantal case-studies naar de werking van de Faillissementswet op ondernemingsniveau.

² Het jaarlijks aantal faillissementen is nog geen 1% van het totale aantal ondernemingen. Uit onderzoek van het EIM blijkt dat het percentage startende bedrijven dat na vijf jaar nog bestaat stabiel is en al vele jaren rond de 50% schommelt. Het percentage bedrijven dat stopt als gevolg van een faillissement, neemt af. Begin jaren negentig was 17% van alle opheffingen het gevolg van een faillissement. In de tweede helft van de jaren negentig is dit afgenomen tot 10% in 1999. De verbetering van de conjuncturele situatie hangt hier nauw mee samen. Ook de invoering van de Wet Schuldsanering Natuurlijke Personen (WSNP) per 1 december 1998 speelt een rol. Op een termijn van vijf jaar bedragen de kosten (onbetaalde schulden) van faillerende starters zo'n 6% van de baten (toegevoegde waarde) van succesvolle startende ondernemers.

³ Zie ook het Preadvies N.J.H. Huls aan de Minister van Justitie (2000), Naar een minnelijk voortraject voor ondernemers in de Wet Schuldsanering Natuurlijke Personen, Erasmus Universiteit Rotterdam

Couwenberg heeft vier ondernemingen in financiële moeilijkheden geanalyseerd.⁴ In deze steekproef komt naar voren dat de economische activiteiten in alle gevallen (in afgeslankte) vorm worden gecontinueerd via verkoop van activa. In drie van de vier gevallen wordt het oude management opnieuw aangesteld. In alle vier de gevallen was er sprake van een relatief goed financieel perspectief. De uitwinningpercentages voor de vier case-studies liggen dan ook hoger dan het gemiddelde uit de CBS-statistieken.

Het Onderzoekscentrum Onderneming & Recht (OOR) heeft 50 individuele bedrijvendossiers onder de loep genomen. Dit levert enerzijds uniek materiaal op. Anderzijds betreft het hier onderzoek naar (nog) slechts 50 ondernemingen, in vergelijking met de 5000 ondernemingen waarop de CBS-statistieken betrekking hebben. Daarnaast hebben de 50 studies vooral betrekking op conjunctureel gunstige jaren.⁵ Het rapport constateert dat het op basis van de uitgevoerde steekproef niet mogelijk is een absoluut en definitief oordeel te vellen over de efficiëntie van de Faillissementswet.⁶ De werkgroep constateert overigens wel dat in het rapport een groot aantal aanbevelingen tot wijziging van de Faillissementswet wordt gedaan. Voor een deel zijn deze aanbevelingen opgenomen in Wv 27 244.

De voornaamste uitkomsten van het OOR-onderzoek, waarin onderscheid is gemaakt tussen ontmanteling van de onderneming, de verkoop “going concern”, een akkoord, of een combinatie, zijn:

- 1) In 86% van de 50 onderzochte dossiers werden de activiteiten op de een of andere manier voortgezet (tabel 6, bijlage 2).
- 2) Faillissementsprocedures duren in de onderzochte bedrijven gemiddeld 49,3 maanden. Het onderzoek bevat geen indicaties omtrent de oorzaken van de gemiddelde duur van een faillissement. Gemiddeld genomen neemt de verkoop van activa 2 tot 3,4 maanden in beslag met uitschieters tot 13 maanden (tabel 7, bijlage 2).
- 3) Financiële instellingen en met name banken weten een fors deel van hun vorderingen in te winnen. De fiscus en LISV kennen een uitwinningpercentage van 46%, waarin de opbrengsten zijn begrepen die de fiscus via zijn bodem(voor)recht heeft verkregen. De concurrente crediteuren hebben een uitwinningpercentage van 10%. In 80% van de onderzochte gevallen ontvingen concurrente crediteuren in het geheel geen uitkering (tabel 8, bijlage 2).
- 4) Financiers weten een relatief groot deel (66%) van het totaal gerealiseerd actief in te vorderen (zie tabel 9, bijlage 2).

De literatuur biedt verschillende aanknopingspunten voor een internationale vergelijking van faillissementswetgeving. Een integrale beoordeling van de efficiëntie van faillissementswetgeving in internationaal opzicht is echter tot dusverre lastig gebleken. Daarvoor bestaan verschillende verklaringen. Ten eerste zijn de perioden waarover de

⁴ Couwenberg, O., (1997), *Resolving Financial Distress in The Netherlands*, proefschrift, Rijksuniversiteit Groningen.

⁵ Onderzoekscentrum Onderneming & Recht (2000), *De Efficiëntie van de Faillissementswet*. Tussenrapportage augustus, Nijmegen. Dit betreft een tussenrapportage. In april 2001 zal de eindrapportage worden opgeleverd gebaseerd op een uitgebreidere steekproef.

⁶ Het OOR-rapport formuleert het als volgt: “Er is geen goede grond om ondernemingen die de concurrentiestrijd niet aankunnen, kunstmatig in leven te houden. Lessen uit de recente geschiedenis leren ons dat ook omvangrijke overheidssteun geen waarborg is voor de continuïteit van dergelijke ondernemingen. Slechts indien voldoende aannemelijk is dat de onderneming of een deel daarvan na sanering in een economisch gezonde toestand kan voortbestaan, kan er reden zijn een reddingspoging te ondernemen. Geen enkel empirisch onderzoek heeft tot op heden aangetoond dat de huidige Nederlandse Faillissementswet onvoldoende instrumenten biedt om een dergelijke onderneming in financiële moeilijkheden te redden.”

onderzoeken betrekking hebben veelal niet gelijk. Dit kan leiden tot vertekeningen, bijvoorbeeld omdat het aantal faillissementen in een bepaald jaar mede afhankelijk is van de conjunctuur. Ten tweede kan de industriële structuur tussen landen sterk verschillen. Wellicht dat het ene land bedrijven kent met een hoger risicoprofiel, kleinere omvang of juist met minder vaste activa. Ten slotte zijn de statistieken slechts beperkt vergelijkbaar door afwijkende conventies en door de verschillende onderzoeksmethoden. Uit CBS-statistieken komt bijvoorbeeld een recovery rate voor concurrente schuldeisers naar voren van 10%. Dit is lager dan in andere landen.⁷ Wordt echter het cijfer van gemiddeld 42% voor alle schuldeisers gehanteerd die uit de steekproef van OOR naar voren komt, maar zoals gezegd geeft deze steekproef mogelijk een te positief beeld, dan lijkt dit overeen te komen met de in andere landen gevonden percentages. Al met al lijkt er sprake te zijn van relatief lage *recovery rates* in Nederland in vergelijking met andere landen.

1.2.5 De economische en juridische literatuur is niet eenduidig omtrent nut en noodzaak van aanpassing van de Nederlandse Faillissementswet. Huls bepleit “een flinke opknappbeurt” voor de faillissementswet.⁸ Verdonkschot pleit ervoor de economische gevolgen van de faillissementswet ook in de beschouwing mee te nemen naast de ordeningsaspecten van het faillissementsrecht.⁹ Boot en Ligterink stellen dat urgentie en daadkracht de faillissements- en surséanceregeling moeten kenmerken.¹⁰ In de meer juridisch geïntendeerde literatuur lopen de reacties uiteen van pleidooien voor een grootscheepse wijziging tot oproepen om niet veel te wijzigen. Zo pleit Franken voor een geïntegreerde insolventieprocedure.¹¹ Moret, Ernst & Young heeft een rapport gepubliceerd, getiteld “Rescue Required”¹², terwijl Ophof weer spreekt van een “continuïteitsmanie”¹³. Vriesendorp pleit voor een integrale herziening van de Faillissementswet¹⁴, en Sevenheck noemt de Faillissementswet “een voorbeeld van inconsistente wetgeving”¹⁵, terwijl Meeter de Faillissementswet karakteriseert als “een mooie wet die het toch al honderd jaar heeft uitgehouden”¹⁶. Van Hees pleit voor een nieuwe

⁷ Zie voor Finland Ravid and Sundgren (1998). Zij rapporteren een *recovery rate* van 35%. Thornburn (1999) rapporteert voor Zweden hetzelfde percentage. Voor de VS rapporteren Franks and Torous (1994), White (1984) en Weiss (1990) 34-53% voor Chapter 11. Door White (1984) wordt voor Chapter 7 voor de non-secured creditors een *recovery rate* van 4% gevonden. De *recovery rate* voor Chapter 7 in de VS is dus eveneens bijzonder laag. Het is belangrijk om op te merken dat dit cijfer alleen kleine ondernemingen betreft. Overigens bestaat er voor deze ondernemingen ook een “speciaal” (vereenvoudigd) Chapter 11. Het lage *recovery* percentage zegt niet zoveel omdat van deze kleine ondernemingen bijna alle schulden “secured” zijn en niet meetellen in de *recovery rate*. White (1996) merkt in dit verband op dat ondernemingen die niet voor Chapter 11 kiezen alleen door kunnen gaan door steeds meer activa als zekerheid over te dragen aan de crediteuren, hetgeen verklaart waarom zodra alsnog faillissement optreedt (Chapter 7) er weinig overblijft voor non-secured crediteuren. Dit is waarschijnlijk ook relevant voor de Nederlandse situatie.

⁸ N.J.H. Huls (1999), *Een nieuwe kans voor particulieren en voor ondernemers. Een studie naar de toepassingsmogelijkheden van het Amerikaanse faillissementsrecht in Nederland*, Den Haag.

⁹ I.R. Verdonkschot (1999), *Economische functies van het faillissementsrecht. Selecteren en investeren*, *Tijdschrift voor Insolventierecht*, pp. 59-64.

¹⁰ 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 en Boot, A.W.A. en J. E. Ligterink (2000), *Banken en de faillissementswet*, *Economisch Statistische Berichten*, pp. 876-878..

¹¹ S. Franken (2000), *Onderzoek naar de effectiviteit van faillissementswetgeving*, *Tijdschrift voor Insolventierecht*, pp. 175-184.

¹² Moret Ernst & Young, *Rescue Required*, Rotterdam, 1996.

¹³ H.P.J. Ophof, *Enige algemene beschouwingen over “doorstart”*, *TVVS* 1997, blz. 200.

¹⁴ R.D. Vriesendorp, *Wetgever: de hoogste tijd voor een Insolventiewet*, *TvI* 1997, blz. 63 e.v.

¹⁵ “M.M.A. Sevenheck, *Ideeën over een nieuwe Faillissementswet: van een liquidatie naar een saneringswet, of iets daartussen in? Een voorbeeld van inconsistente wetgeving*, *WPNR* 6284 (1997), blz. 636 e.v.

¹⁶ “H. N. Borgers en M. Scheffers, “Het spijt me heren, het is over, uit, het doek valt”, interview met mr. F. Meeter, *Ars Aequi*, 1998, blz. 573.

Insolventiewet¹⁷, terwijl Couwenberg concludeert dat er geen grond is om over te gaan tot een rigoureuze herziening van de Faillissementsrecht¹⁸. De meningen lopen kortom nogal uiteen.¹⁹

1.2.6 De werkgroep heeft voorts op persoonlijke titel van gedachten gewisseld met verschillende deskundigen, met leden van de rechterlijke macht, de advocatuur, accountancy, het bankwezen en andere betrokkenen bij de faillissementspraktijk²⁰. Door velen is aangedrongen op grote of kleinere wijzigingen, anderen menen daarentegen dat in de praktijk met de huidige Faillissementswet (redelijk) goed valt te werken en dat een (ingrijpende) wijziging daarvan niet noodzakelijk is. Hierbij wijst de Werkgroep er op dat commentatoren soms wel en een andere maal niet (geheel) rekening hebben gehouden of konden houden met de recente wijzigingsvoorstellen (nrs 27 244 en 27 199).

1.2.8 Hierna volgt een overzicht van punten die:

- a) open zijn blijven staan uit de eerste fase van dit MDW Project;
- b) waaromtrent, al dan niet naar aanleiding van de eerder ingediende wetsvoorstellen (als genoemd in par. 1.1.3), in de literatuur, het in paragraaf 1.2.3 en 1.2.4 uitgevoerde onderzoek of anderszins wijziging van het Nederlandse insolventierecht is bepleit;
- c) als gevolg van de beraadslagingen in de werkgroep zijn opgekomen.

De werkgroep beveelt deze aandachtspunten aan in het kader van de consultatieronde:

- a) de stigmatiserende werking van het faillissement, mede in relatie tot de mogelijkheden om met een “schone lei” te beginnen;
- b) onduidelijkheid omtrent de doelstellingen van de Faillissementswet en het richtsnoer 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);
- c) grensvervaging tussen faillissement (volgens het wettelijk systeem gericht op liquidatie) en surséance (gericht op herstel), enerzijds door het gebruik van faillissement voor reorganisatie van ondernemingen (of delen daarvan) door middel van ‘doorstart’, anderzijds doordat surséance veelal eindigt in faillissement, leidend tot de vraag of beide procedures (samen met de vereenvoudigde afwikkeling en de WSNP-procedure) ineengevlochten moeten worden en de rechter –ook tegen de wil van de aanvrager- niet (aanstonds) een ander regime toepasselijk moet kunnen verklaren dan waarom is verzocht (met de mogelijkheid van voorlopige voorzieningen);
- d) ontbreken van duidelijke regels voor ‘doorstart’-procedures, o.m. betreffende het beheer en toezicht van/op de voortgezette onderneming en de opbrengstmaximalisatie (bijvoorbeeld een veiling-plicht);

¹⁷ J.J. van Hees, Herziening van het insolventierecht: een kwestie van denken én doen, *TvI* 1997, blz. 102 e.v.

¹⁸ O. Couwenberg, Nederlandse Faillissementsrecht: meer dan honderd jaar jong, *TvI* 1998, blz. 91. Zie ook Winter, die opmerkt geen stellig antwoord te kunnen geven op de vraag of ons huidige faillissementsrecht onvoldoende bijdraagt aan een succesvolle reorganisatie van bedrijven in moeilijkheden: J.W. Winter, Afkoelen, doorleveren, en doorfinancieren naar huidig, komend en wenselijk (Nederlands) recht, *TvI* 1998, blz. 91; als ook Verdaas, die meent dat het nagenoeg ontbreken van onderzoeksresultaten en de huidige praktijk niet tot de conclusie kunnen leiden dat ondernemingen met bestaansrecht als gevolg van het huidige insolventierecht het onderspit delven, A.J. Verdaas, *Ondernemingsrecht* 1999, blz. 185."

¹⁹ Zie ook het themanummer van het Tijdschrift voor Insolventierecht van januari/februari 2000 voor verschillende visies op het functioneren van de faillissementswet.

²⁰ Zie bijlage 4.

- e) het te laat aanvragen van faillissement en surséance, het ontbreken van adequate prikkels tot tijdige aanvraag en 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);
- f) gebrekkige maatstaven voor de beoordeling van de tijdigheid van de aanvraag (en de daarop gebaseerde keuze) voor ‘insolventie’ en ‘levensvatbaarheid van de onderneming’;
- g) 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’;
- h) ontbreken van duidelijke normen voor buitengerechtelijke saneringen (‘out of court settlements/work outs’) en beperkte mogelijkheden die een buitengerechtelijk of dwangakkoord thans bieden;
- i) invloed die asymetrie van informatie heeft voor de positie van (onderscheiden groepen van) crediteuren;
- j) beperkte mogelijkheden van een buitengerechtelijk of dwangakkoord;
- k) looptijd van insolventieprocedures, ruimte voor verificatie- en andere geschillen en de complicaties die dit veroorzaakt, ook voor (commissies van) schuldeisers;
- l) beperkte mogelijkheden tot sanering van personeelskosten door afvloeiing van boventallige werknemers, mede in verband met de daartoe gebruikelijke ‘doorstart’;
- m) bepaling van welke verplichtingen als boedelkosten dienen te gelden;
- n) de (rechtvaardiging van) aard en omvang van de bevoorrechting van de fiscus (in het bijzonder het bodem(voor)recht) en de uitvoeringsinstanties sociale verzekeringen, ook in het licht van de te hunnen opzichte geldende meldingsplicht van betalingsonmacht en de daaruit voortvloeiende assymetrie van informatie, in het licht van de nadelige werking op de mate waarin concurrente crediteuren aan hun trekken komen;
- o) invloed van bevoorrechting van schulden – tezamen met het bodem(voor)recht van de fiscus- op de ‘recovery rate’ voor concurrente crediteuren, leidend tot de vraag of dit stelsel moet worden herzien of afgeschaft;
- p) de invloed die separate executie heeft op de going concern-waarde, leidend tot de vraag of de curator niet de bevoegdheid dient te worden verleend om ter voorkoming daarvan zelf tot executie over te gaan;
- q) positie van wederpartijen bij duurovereenkomsten en gevolgen van beëindiging daarvan in of voorafgaande aan insolventie, ook de vraag of de wet (verdere) voorzieningen dient te geven voor (verplichte) doorfinanciering respectievelijk -levering;
- r) ontbreken van specifieke regelingen met betrekking tot insolventie van ondernemingen die in een groep met andere vennootschappen of rechtspersonen zijn verbonden;
- s) stelplicht- en bewijslastproblemen bij aantasting van paulianeuze rechtshandelingen;
- t) ontbreken van duidelijke (geharmoniseerde) normen voor insolventies met een internationaal karakter onder de aantekening dat na de inwerkingtreding van de EU Insolventieverordering op 31 mei 2002 dit punt slechts met betrekking tot niet EU-lidstaten en Denemarken geldt.
- u) deskundigheid van, en specialisatie en interdisciplinaire samenwerking binnen de rechterlijke macht en, in mindere mate, de advocatuur; de ontwikkeling dat belangrijke delen van de advocatuur zich terugtrekken uit de insolventie-praktijk; geringe interdisciplinaire samenwerking tussen rechterlijke macht, advocatuur en accountants, financieel-economische deskundigen en interim-managers. De rechterlijke macht verliest daardoor greep op de toepassing van de insolventiewetgeving.
- v) de regeling voor dwangcrediteuren.

[1.2.2.A:] Rechtvaardigen de in de praktijk en literatuur gesignaleerde gebreken en knelpunten naar Uw mening meer of andere wetswijzigingen dan die welke thans reeds zijn voorgesteld of kunnen deze binnen de bestaande wet (inclusief de voorgestelde wijzigingen) worden opgelost?

[1.2.2.B:] Herkent u zich in de bovengenoemde punten van kritiek op (de werking van) het huidige insolventierecht?

[1.2.2.C:] Zijn er naar Uw oordeel meer of andere punten van kritiek op (de werking van) de huidige Faillissementswet?

1.2.3 De conclusie uit de aandachtspunten is dat met betrekking tot een belangrijk aantal onderwerpen aanleiding bestaat tot bezinning op het Nederlandse insolventierecht. De werkgroep bouwt voort op de fundamenten die reeds zijn gelegd door Wv 27 244. Bij de verdere beschouwing zal de werkgroep in ieder geval ook het onderscheid tussen faillissement en surséance opnieuw bezien. De werkgroep acht een maatschappelijke consultatie geboden alvorens zijn werkzaamheden af te ronden met een eindrapport aan het Kabinet.

2. DE PLAATS EN WERKING VAN DE HUIDIGE FAILLISEMENTSWET EN DE DOELSTELLINGEN VAN WIJZIGING

2.1 Voorop staat dat het insolventierecht in essentie een onderdeel is en blijft van het Nederlandse privaatrecht. Centraal staat de gedachte dat schuldeisers recht hebben op voldoening van hun vorderingen. De wetgever nam in 1893 als uitgangspunt dat de faillissementsregeling de liquidatie beoogt van het vermogen van de schuldenaar ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers. Het insolventierecht neemt een belangrijke plaats in binnen het juridische en economische systeem van Nederland en is cruciaal voor het beschermen van rechten van eigendom en aanspraken van vermogens- en kredietverschaffers, leveranciers en ander direct bij ondernemingen betrokken belanghebbenden, zoals in het bijzonder werknemers. Het insolventierecht is bepalend niet alleen voor de verhaalsmogelijkheden van schuldeisers ingeval van betalingsonmacht en derhalve voor het vertrouwen van financiers en anderen die verbintenissen aangaan met de ondernemer maar ook voor de mogelijkheden en voorwaarden voor bedrijfsbeëindiging, liquidatie en reorganisatie van insolvabele ondernemingen en heeft daarmee belangrijke consequenties voor verlies dan wel behoud van werkgelegenheid bij dergelijke ondernemingen.

De Faillissementswet neemt ook in ruimere zin een belangrijke plaats in binnen de ordening van het Nederlandse juridische en economische systeem en vormt een belangrijke factor in het Nederlandse ondernemingsklimaat. De wet beïnvloedt behalve de voorwaarden waaronder ondernemingen in staat zijn krediet aan te trekken en handelstransacties aan te gaan immers ook de beslissing van personen die met inzet van hun persoon en vermogen het risico nemen een eigen onderneming willen beginnen, aangezien de wet bepaalt wat gebeurt met de persoon en diens vermogen indien succes uitblijft. De wet reflecteert de keuzes van de wetgever en beoogt ook het juiste evenwicht te vinden in het spanningsveld waar diverse zeer onderscheiden belangen een rol spelen.

2.2 Aldus is er een sterke wisselwerking tussen het privaatrecht en meer in het bijzonder het insolventierecht aan de ene kant en de economische ordening aan de andere kant. Of een ten dode opgeschreven onderneming niettemin (te lang) blijft voortbestaan respectievelijk een onderneming met overlevingskansen vroegtijdig ten grave wordt gedragen, zijn micro- en macro-economisch gezien vragen waarop het antwoord mede afhangt van keuzes die in het privaatrecht zijn gemaakt. Het ontstaan, onder invloed van informatisering, internationalisering en individualisering van een ‘ondernemende samenleving’ heeft gevolgen voor de inrichting van het insolventierecht. Ondernemerschap mobiliseert persoonlijk initiatief en durf, en bevordert daardoor de collectieve welvaart. Omgekeerd maakt het personen minder afhankelijk van overheid en anderen in de samenleving. Wenst men van deze vruchten van het ondernemerschap ten volle te profiteren dan heeft dat directe gevolgen voor de keuzes die moeten worden gemaakt bij de inrichting van het insolventierecht. Evident is immers dat ‘ondernemen’ uit zijn aard beslist niet per definitie steeds en onder alle omstandigheden leidt of zelfs kan leiden tot succes. In zekere zin is falen inherent aan ondernemen. Economische omstandigheden kunnen veranderen, technologische vooruitgang kan markten obsoleet maken of fundamenteel veranderen. Persoonlijke omstandigheden van de ondernemer kunnen hem tijdelijk of permanent buiten staat stellen zijn ondernemerschap voort te zetten. De vraag is op welke wijze deze risico-factoren van algemene bekendheid in het algemene wettelijke kader en de daarbinnen door betrokkenen te maken afspraken, kan worden betrokken.

Tegelijkertijd heeft de samenleving in het algemeen en al degenen die direct bij een onderneming zijn betrokken en bij haar welvaren belang hebben (handelscrediteuren, kapitaal-

en vermogensverschaffers, werknemers en anderen) er op moet kunnen vertrouwen dat vorderingen, ontstaan in de uitoefening van een beroep of bedrijf, redelijkerwijs worden voldaan respectievelijk bij verzuim kunnen worden verhaald op het ondernemingsvermogen indien een onderneming in moeilijkheden komt te verkeren. Het Burgerlijk Wetboek voorziet in een afgerond systeem aan de hand waarvan schuldeisers verhaal kunnen zoeken op het vermogen of vermogensbestanddelen van hun schuldenaren. Veel is daarbij overgelaten aan de wijze waarop partijen hun verhoudingen contractueel inkleden. Het wettelijke kader dient te voorzien in redelijke 'checks and balances'. Misbruik dient op adequate wijze te worden voorkomen respectievelijk teruggedrongen. Daartoe beschermt de wet de rechten van vermogensverschaffers, de fiscus en 'bedrijfsvereniging', werknemers en leveranciers en worden de mogelijkheden en voorwaarden voor bedrijfsbeëindiging, liquidatie en reorganisatie van in financiële moeilijkheden geraakte ondernemingen bepaald. Juist bij gebleken onvermogen alle verplichtingen na te komen geldt ook hier dat waar niet is zelfs de keizer zijn recht verliest. Het insolventierecht is ingebed in de algemene regels van burgerlijk recht maar wordt ook beïnvloed door bijvoorbeeld het belastingrecht en andere, bijzondere wetten. Men denke aan 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.

Deze brede samenhang moet voor ogen worden gehouden bij beantwoording van de vraag naar de zin, wenselijkheid en – niet minder - de te verwachten gevolgen van wijziging van het Nederlandse insolventierecht.

2.3 Geplaatst in het streven naar een efficiënter insolventierecht, rijst de vraag of de wet transparanter en toegankelijker wordt door duidelijker afbakening van de opgesomde methoden van afwikkeling met het oog op vereenvoudiging van de toepassing van de wet in de praktijk. Daaraan is verbonden de noodzaak dat duidelijkheid bestaat omtrent de doelstelling van de wet en de verhouding tussen die methoden.

Via een reeks van initiatieven beoogt het kabinet de kansen voor ondernemerschap in ons land te vergroten en belemmeringen voor ondernemerschap weg te nemen of te verminderen, zoals via wijziging en afschaffing van allerlei vestigings- en bekwaamheidseisen, deregulering in het kader van de MDW-operatie²¹, 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 steden-beleid, hulp bij het betreden van buitenlandse markten, ondersteuning van regionale technostartersprojecten en het voorkomen van onnodige kapitaalvernietiging. Deze initiatieven zijn gericht op een toename van het aantal ondernemers, starters en groeiers. Tegelijk is de kans aanwezig dat vermindering van toetredingsbarrières en de toepassing van verscherpte Nederlandse mededingingsregels zullen leiden tot intensivering van concurrentie en daarmee ook tot insolventie van inefficiënt opererende ondernemingen. Er lijkt mee te moeten worden gerekend dat het aantal bedrijfsbeëindigingen hierdoor kan toenemen. De vrijkomende productiefactoren zullen weer voor nieuwe bedrijvigheid kunnen worden aangewend. Om die reden is er aanleiding her- en

²¹ Voorbeelden zijn het MDW-project 'Harmonisatie ondernemersbegrip', het project 'Binnenstadsdistributie', het project 'Perifere en grootschalige detailhandelsvestigingen'. Zie ook het Jaarbericht 2000, Markttwerking, Deregulering en Wetgevingskwaliteit zie www.mdw.ez.nl).

doorstart te faciliteren en ook de ervaring van gefailleerde ondernemers opnieuw en positief aan te wenden.

2.4 Gelet op het vorenstaande past de wenselijkheid en noodzaak van verbetering van het Nederlandse insolventierecht mede in het bredere kader van maatregelen gericht op verbetering van kansen en het wegnemen van belemmeringen voor ondernemerschap. Hierbij moet worden bedacht dat de negatieve gevolgen voor persoon en vermogen van een mogelijke mislukking, een rem op nieuwe ondernemingsinitiatieven kunnen vormen. Aansluiting is mogelijk bij de EU-top van Lissabon (maart 2000) en, wat Nederland betreft, bij de benadering als uiteengezet in de Nota 'De Ondernemende Samenleving'.²² Een belangrijk aspect van een ondernemende samenleving is immers dat de opgedane ervaring van een mislukking en het voor deze belangrijke levensles betaalde leergeld –ook in maatschappelijke zin- waardevol zijn. Ook tal van onderwerpen buiten de sfeer van het insolventierecht verlangen aandacht, zoals opleiding en coaching van ondernemers, zowel bij de start van hun onderneming, als wanneer die in financiële problemen geraakt of dreigt te geraken. Men denke hierbij ook aan schuldsanering van eenmans-bedrijven. Zoals steeds speelt uiteraard ook de fiscale behandeling een belangrijke rol.

De noodzaak tot en verwachte werking van wijzigingen van het faillissementsrecht dienen naar het oordeel van de werkgroep te worden getoetst aan die uitgangspunten, ook al beseft hij dat de meetbaarheid van effecten van wijziging niet eenvoudig is. Daarom dient de beoordeling van de wenselijkheid van een nieuw insolventierecht in dat bredere kader te geschieden waarbij ook rekening moet worden gehouden met bestaande en veranderende regels en maatschappelijke observatie. Dat de effecten van maatschappelijke opvattingen over het ondernemen, het falen van ondernemers en de blijvende gevolgen die dit voor hen heeft, moeilijk zijn te meten, betekent allerm minst dat die effecten er niet zijn. In elk geval lijken zij niet bij te dragen tot een ondernemings-klimaat waarin personen worden aangemoedigd om met risico voor hun persoon (goede naam) en hun vermogen een onderneming te starten.

²² Ministerie van Economische Zaken (2000), *De ondernemende samenleving: meer kansen, minder belemmeringen voor ondernemerschap* (TK 1998/1999, 26736, nr. 1), Den Haag.

3. VERVAGENDE GRENZEN TUSSEN FAILLISSEMENT EN SURSÉANCE IN DE HUIDIGE INSOLVENTIEPRAKTIJK

3.1 De structuur van het huidige Nederlandse insolventierecht, inclusief de voorstellen tot wijziging, wijkt af van wat oorspronkelijk de bedoeling was van de Faillissementswet (liquidatie in faillissement en herstel in surséance). De situatie is dat een aantal van elkaar duidelijk onderscheiden methoden van afwikkeling van insolventie bestaan:

- a) vereenvoudigde afwikkeling indien (aanstonds) blijkt dat uit de beschikbare baten concurrente crediteuren niet kunnen worden voldaan;
- b) liquidatie indien geen redelijk vooruitzicht bestaat dat (delen van) de onderneming van de debiteur kunnen worden behouden;
- c) liquidatie door middel van verkoop aan een derde van (delen van) de onderneming;
- d) voortzetting van (delen van) de onderneming indien zulk een vooruitzicht wel bestaat, welke voortzetting geschiedt door de betrokken ondernemer zelf respectievelijk als het een rechtspersoon betreft onder leiding van diens zittende bestuur;
- e) schuldsanering door liquidatie van het bedrijf van de eenmans-ondernemer-natuurlijke persoon, zulks met de mogelijkheid dat hij wordt bevrijd van restant-schulden;
- f) beëindiging van insolventie door middel van een akkoord (in faillissement, surséance of schuldsanering).

3.2 Er is op gewezen dat in de huidige insolventiepraktijk de grenzen tussen faillissement en surséance zijn vervaagd. De eerste fase van dit project (en het daaruit geresulteerde Wv 27 244) is gericht op versterking van het reorganiserende vermogen van de Faillissementswet ten aanzien van insolvabele ondernemingen. De voorstellen richten zich dan ook vooral op een verbetering van de huidige surséance-regeling ter onderscheiding. Illustratief voor deze grensvervaging is dat enkele voorstellen uit Wv 27 244 – zoals voor de afkoelingsperiode – zijn doorgetrokken naar de regeling van het faillissement.

3.3 ‘Doorstart’. Hoewel het faillissement in de opzet van de huidige Faillissementswet primair is gericht op afwikkeling van de boedel door liquidatie van de activa en verdeling van de opbrengst onder de schuldeisers ter delging van hun vorderingen, wordt steeds vaker “doorgestart”. Doorstart is een vorm van liquidatie van de boedel door middel van overdracht al dan niet in afgeslankte vorm- van de onderneming van de gefailleerde rechtspersoon-debiteur aan een andere rechtspersoon²³. Vanuit juridisch perspectief blijft dit een vorm van liquidatie, vanuit economisch perspectief is er sprake van voortzetting. Soms staat de derde-verkrijger weer direkt of indirekt onder bestuur van dezelfde persoon of personen die vóór de insolventie leiding gaven aan de onderneming, zodat in zulke gevallen sprake is van voortzetting onder eigen regie. Deze liquidatie-methode bevordert in de regel dat de *waarde* van de onderneming (minst genomen: deels) wordt gerealiseerd ten behoeve van de boedel. Vooral echter biedt hij de mogelijkheid tot sanering van personeelskosten omdat werknemers bij faillissement niet zijn beschermd. Deze methode biedt aldus de mogelijkheid tot een door de debiteur en/of diens curator en de betrokken bank(en) –al dan niet met medewerking van de fiscus- voorbereide en geregisseerde ‘zachte landing’. Hoewel hier sprake blijft van een vorm van liquidatie, is het resultaat –in economische zin- een *sanering* van een insolvabele onderneming door (gedeeltelijke) voortzetting vanuit faillissement. De methode past op zich genomen bij de gegroeide overtuiging dat insolventie niet noodzakelijk eindigt in liquidatie van de losse tot de boedel behorende activa, maar dat de onderneming zoveel mogelijk dient te worden behouden: voor de debiteur en zijn schuldeisers om de opbrengst te vergroten (door overdracht going

²³ Zo ook H.P.J Ophof, Enige algemene beschouwingen over “doorstart”, TVVS 1997, blz. 199.

concern) en voor de werknemers om werkgelegenheid te behouden. Doorstart heeft zich ontwikkeld als een vorm van liquidatie die de waarde van de boedel kan maximaliseren.

Deze saneringsmethode past evenwel niet geheel in de op liquidatie van activa gerichte opzet van het faillissement. De wetgever heeft in de Faillissementswet met deze vorm van afwikkeling geen rekening gehouden. Opgemerkt moet worden dat voortzetting van (delen van) de onderneming ter maximalisering van de boedelopbrengst en het behoud van levensvatbare (delen van) ondernemingen niet duidelijk is geregeld en dat de wet veel overlaat aan de praktijk en de rechter om in te vullen. In het bijzonder gaat het om een duidelijkere regeling van de taken en de bevoegdheden van de curator met betrekking tot de voorbereiding van en diens positie tijdens de tijdelijke voortzetting tot en met liquidatie door middel van overdracht van (delen van) de onderneming. De curator treedt in deze situatie immers op als interim-manager, maar ook als 'fusie'-onderhandelaar om voor de boedel een zo hoog mogelijke opbrengst te realiseren. De curator wordt in de praktijk vaak geconfronteerd met een kant en klaar plan dat hij, mede gelet op zijn verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid voor een goede vervulling van zijn taken, niet zonder meer naast zich kan of wil neerleggen. Of hij dan moet pogen door middel van een veiling de waarde verder te verhogen is een door de wet niet beantwoorde vraag. Het toezicht door de rechter-commissaris komt in deze omstandigheden weinig tot zijn recht.

Bij nadere overdenking rijst daarom de vraag of en in hoeverre de nu voor surséance voorgeschreven overlegging van een saneringsplan niet ook zou dienen te gelden als vanuit faillissement (delen van) de onderneming worden verkocht aan een derde. Daarmede zou een duidelijkere basis worden gegeven voor de (tijdelijke) voortzetting door de curator tot het moment van overdracht. Ook kan men zich afvragen of en in hoeverre voor faillissementen, waarin een 'doorstart' niet wordt beoogd en met liquidatie van activa wordt volstaan, de afkoelingsperiode (met de in Wv 27 244 voorgestelde uitbreidingen daarvan) wel (onverkort) nodig is, nu doorstart conceptueel aan dient te sluiten bij de door Wv 27 244 verbeterde regeling tot voortzetting. Is sanering niet mogelijk dan lijkt aan een afkoelingsperiode geen behoefte. Bestaat onzekerheid of aanstonds kan worden gekozen voor vereenvoudigde afwikkeling of liquidatie, dan kan, naar het lijkt, worden volstaan met zeer kortstondige rechterlijke voorzieningen.

Verheldering is gewenst, zowel van doelstelling (waardemaximalisatie van de boedel ten behoeve van crediteuren, werknemers en de failliet), als van de procedurele en materiële regels voor de curator en rechter-commissaris.

[3.3.A] Bent U het met deze zienswijze eens? Of meent U dat 'sanering' door middel van een doorstart vanuit faillissement (ongewijzigd) mogelijk dient te blijven?

3.4 *Surséance*. Deze is er op gericht een insolvable ondernemer de gelegenheid te bieden zijn financiële moeilijkheden 'in eigen regie' op te lossen door zijn passiva door middel van een akkoord met de schuldeisers te saneren. Weliswaar wordt zijn vrijheid van handelen beperkt, maar anders dan in faillissement blijft hij zelf aan het stuurwiel zitten. Surséance wordt slechts op eigen verzoek uitgesproken en werkt in zoverre als een 'recht' van de debiteur. Voorlopige surséance wordt thans vrijwel zonder toets verleend.

Uit de onderzoeksgegevens waarover de werkgroep beschikt, blijkt dat surséance na verloop van (korte of langere) tijd in veel gevallen eindigt in een faillissement. Hieraan zal bijdragen dat verlening van surséance, net als bij faillissement, vrijwel steeds tot conserverende maatregelen van schuldeisers leidt.

Wv 27 244 beoogt de surséance nieuw leven in te blazen door in de artikelen 214-218 zowel

voor voorlopige als definitieve verlening van surséance een strengere ‘ingangscntrole’ voor te schrijven: voorlopige surséance wordt niet langer ‘automatisch’, en definitieve surséance wordt niet verleend wanneer ‘onvoldoende vooruitzicht bestaat dat de door de schuldenaar gedreven onderneming geheel of gedeeltelijk zal voortbestaan’. Die rechterlijke toets zal er –naar verwachting- toe bijdragen dat surséance slechts wordt verleend als er uitzicht is op sanering. Maar ook zal nog kunnen blijken dat het optimisme van de debiteur misplaatst is. In dat geval is de rechter op dit moment niet bevoegd ambtshalve een faillissement uit te spreken gericht op liquidatie ten behoeve van crediteuren. *De vraag rijst of de rechter die bevoegdheid moet worden toegekend.* Daaraan gekoppeld moet de vraag worden gesteld of die bevoegdheid betekenis heeft naast de mogelijkheden die de schuldeisers hebben om het faillissement aan te vragen en of het effect contraproductief kan zijn als debiteuren vrezen dat de rechtbank hun verzoek tot verlening van surséance ambtshalve in een faillissementsaanvraag omzet.

Verwacht lijkt te mogen worden dat de nieuwe regeling, nadat daarmee enige ervaring zal zijn opgedaan, er toe zal leiden dat debiteuren eerder en beter voorbereid een surséance aanvragen nu de aanvraag in uitzichtloze gevallen wordt afgewezen. Toewijzing zal daadwerkelijk tot sanering en getemporeerde voldoening van schulden kunnen leiden. Daarmede lijkt dan ook de maatschappelijke perceptie te zullen kunnen veranderen en de thans optredende ‘Pavlow-reactie’ van crediteuren en wederpartijen op de verlening van surséance kunnen verdwijnen. De Werkgroep meent dat de richting die Wv 27 244 heeft gekozen inderdaad tot dat resultaat zal kunnen leiden, maar vraagt zich dan vervolgens af of de bevoegdheid tot het aanvragen van surséance niet ook anderen dan de debiteur zelf dient te worden verleend. Dit zou naar zijn voorlopige oordeel professionele kredietverschaffers, maar mogelijk ook andere direkt belanghebbenden, een middel kunnen geven om vroegtijdig, d.w.z. voordat het te laat is, zelf een sanering van de onderneming uit te lokken. Dat alsdan de bewindvoerder primair verantwoordelijk zou worden voor het opstellen van een insolventieplan heeft niet als een overwegend bezwaar te worden gezien, omdat mag worden aangenomen dat –net als nu vaak gebeurt bij doorstart- deskundig advies zal worden verleend door de huisbankier of andere crediteuren.

Gedacht zou kunnen worden aan de mogelijkheid van een “stille surséance”. Daaronder wordt verstaan dat op verzoek van het management van een onderneming in moeilijkheden een bewindvoerder “in stilte” onderzoekt of de moeilijkheden verholpen kunnen worden, met vermindering van een openbare surséance. De voordelen daarvan zijn dat naar verwachting ondernemers eerder bereid zullen zijn, hulp te zoeken van buiten, omdat de schade die voor de onderneming veelal aan een openbare surséance verbonden is, wordt vermeden. Praktijk is immers dat een openbare surséance gepaard gaat met een verzwakte onderhandelingspositie ten opzichte van leveranciers en afnemers, opdrachten vallen weg, sleutel-functionarissen vertrekken etc. Een stille bewindvoerder kan in een korte tijd een reddingsplan maken of daarbij behulpzaam zijn. Zeker in een geval van kwalitatief zwak management kan dit toegevoegde waarde hebben. Zou blijken dat alsnog openbare surséance is geboden, dan is de informatie beschikbaar, die nodig is voor een beoordeling door de rechter-commissaris. Een prikkel voor bestuurders om stille surséance aan te vragen kan voorts zijn, dat het risico om persoonlijk aansprakelijk gesteld te worden vanwege de schulden van de vennootschap hierdoor wordt verminderd, zeker indien met het aanvragen van stille surséance wordt voldaan aan een verplichting om (dreigende) insolventie te melden. Ook het risico om persoonlijk aansprakelijk gesteld te worden in buitenlandse rechtsstelsels, bijvoorbeeld vanwege, naar later blijkt, ongedekte cheques, zou hierdoor wellicht verminderd kunnen worden. Aan de andere kant zijn er ook bedenkingen tegen een stille surséance. Een stille surséance heeft voor de debiteur wel de nadelen van gewone surséance (zijn beschikkingsbevoegdheid wordt beperkt)

maar niet de voordelen (het op een afstand houden van schuldeisers); men kan zich dan ook afvragen wat de prikkel is om een stille surséance aan te vragen. Voorts kan men zich afvragen wat voor de debiteur het voordeel is boven stille surséance boven het inwinnen van advies van bijvoorbeeld een accountantskantoor. Dit klemmt des te meer nu hij bij stille bewindvoering de kosten niet kan overzien, terwijl bij een advies van een accountant een van tevoren overeengekomen tarief betaald dient te worden, en de opdracht desgewenst kan worden ingetrokken. Waarom zou het de rechtbank moeten zijn die de stille bewindvoerder benoemt? Hoe stil is een stille surséance indien besprekingen moeten worden gevoerd met de bank? Tot slot: hoe kan de stille bewindvoering stil worden gehouden tegenover de aandeelhouders in het geval, waarin de debiteur een aan een effectenbeurs genoteerde vennootschap is?

[3.4.A:] Hoe oordeelt U over de aanbeveling om de rechtbank de bevoegdheid te verlenen om bij afwijzing van een verzoek tot definitieve verlening van surséance ambtshalve het faillissement uit te spreken?

[3.4.B:] Hoe oordeelt U over de aanbeveling dat ook anderen dan de debiteur zelf een surséance zou moeten kunnen aanvragen?

[3.4.C:] Welke belanghebbenden zouden daartoe naar Uw oordeel de bevoegdheid dienen te verkrijgen? Zijn bijzondere regels wenselijk of noodzakelijk voor (organen van) rechtspersonen en de OR?

[3.4.D:] Welke regels zou de wet dienen te bevatten voor de samenwerking tussen debiteur en bewindvoerder terzake van het aan de rechtbank voor te leggen insolventieplan?

[3.4.E:] Zou het naar Uw oordeel zinvol zijn te voorzien in een ‘stille’ surséance of curatele die het mogelijk maakt zonder (onmiddellijke) publiciteit te proberen de problemen op te lossen dan wel voorbereidingen te treffen voor de surséance? Welke regels zou de wet daartoe dienen te bevatten?

3.5 De surséance-regeling biedt tot dusver, anders dan faillissement, geen ruimte tot sanering van personeelskosten door middel van collectief ontslag. Een restrictievere beoordeling van verzoeken tot verlening van surséance kan er ook toe leiden dat binnen surséance de bestaande mogelijkheden tot sanering van personeelskosten beter worden benut, ook al zullen de daaraan verbonden kosten hoger uitvallen dan bij ontslag in faillissement.

4 CENTRALE DOELSTELLINGEN VAN HET INSOLVENTIERECHT EN INTEGRATIE VAN DE FAILLISSEMENTS- EN SURSÉANCE-PROCEDURES

4.1. Niet ter discussie staat dat het Nederlandse insolventierecht met het oog op het vereiste vertrouwen van het maatschappelijk verkeer primair gericht dient te blijven op voldoening van schuldeisers. Tegelijk dient ongerechtvaardigde kapitaalvernietiging te worden voorkomen om ondernemingen met overlevingskansen te kunnen behouden. Een eenzijdige uitsluitend op de belangen van de debiteur respectievelijk van de crediteuren gerichte benadering past niet nu beide elementen in elkaars verlengde liggen. Voortzetting onder eigen regie zowel als verkoop door een derde leidt in de regel tot maximalisering van de waarde van de boedel. Alle direkt betrokkenen hebben daarbij belang: de schuldenaar, zijn schuldeisers, zijn werknemers en de samenleving als geheel. Vereist blijft dat een redelijk vooruitzicht bestaat dat de schulden worden voldaan of gesaneerd. Duidelijke maatstaven zijn nodig voor de beoordeling of een onderneming (geheel/gedeeltelijk) levensvatbaar is. Gewaarborgd dient te zijn dat die beoordeling kan geschieden met de daartoe vereiste kennis en ervaring. Voortzetting noopt ertoe de rechten van verscheidene direkt betrokken belanghebbenden (fiscus, uitvoeringsinstellingen sociale verzekeringen, werknemers, separatisten en andere schuldeisers) op evenwichtige wijze opnieuw te bezien. Risico's van insolventie dienen zo min mogelijk eenzijdig op een van deze groepen te worden afgewenteld

[4.1.A:] Bent U van oordeel dat meer of andere uitgangspunten of doelstellingen dienen te gelden?

4.2. Uitgaande van de voldoening van schuldeisers, kan de methode van het halen van verhaal verschillen van geval tot geval. Net als bij het traject van schuldsanering van ondernemers-natuurlijke personen, zal snel en professioneel moeten worden vastgesteld of er gereede mogelijkheden zijn de onderneming van de schuldenaar geheel of gedeeltelijk te behouden. Surséance van een niet levensvatbare onderneming is niet zinvol, faillissement en liquidatie van een onderneming met overlevingskansen evenmin.

De werkgroep vraagt zich of wat de effecten zijn als de procedures van faillissement en surséance worden ineengeschoven, indien bij elke insolventie aanstonds kan worden beoordeeld of voortzetting zinvol is. Inspiratie kan worden ontleend aan de nieuwe Duitse Insolvenzordnung.

4.3 De samenvoeging van beide procedures zou volgens de volgende lijnen kunnen worden gerealiseerd. Een beoogde 'doorstart' en 'surséance' worden met eenzelfde verzoekschrift ingeleid. *Elk* inleidend insolventie-verzoek, derhalve ook wanneer dit is gericht op liquidatie door middel van overdracht van (delen van) de onderneming dient dan voldoende inlichtingen te bevatten –respectievelijk binnen zeer korte tijd alsnog te worden verschaft- die de rechter in staat stellen welke methode van 'afwikkeling' het meest in aanmerking komt. Aan de hand van dezelfde criteria wordt beoordeeld welke methode voor toepassing in aanmerking komt. In "hopeloze gevallen" wordt de procedure niet belast met onnodige formaliteiten. In dergelijke gevallen kan worden volstaan met een summiere aanduiding van de staat van de boedel. In *alle* gevallen dient snel 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 of door middel van een sanering van de schulden door een akkoord. De debiteur zal slechts het effect kunnen bereiken dat hem 'surséance wordt verleend' indien hij zijn verzoek vergezeld doet gaan van een insolventieplan (vgl art. 215a Wv

27 244) en alle dienende verdere informatie verschaft. ‘Automatische’ verlening van surséance vervalt ook reeds in de opzet van Wv 27 244.

Voor *elke* insolvente onderneming kan dan vanuit de gekozen algemene doelstellingen, bezien worden of en hoe deze ook in het geval van liquidatie door middel van overdracht aan een derde, (tijdelijk) kan/moet worden voortgezet, hoe de waarde daarvan kan worden gemaximaliseerd en of deze, al dan niet na sanering, levensvatbaar is en behouden kan worden. Op deze wijze kunnen de bestaande regelingen voor faillissement, surséance en schuldsanering verder worden geïntegreerd in één nieuwe regeling. Daarnaast bestaat de mogelijkheid van vereenvoudigde afwikkeling. Hierover handelt wv 27 199, dat bedoeld is ter codificatie van de bestaande praktijk.

4.4.1 Of en wanneer (een deel van) een onderneming ‘levensvatbaar’ is, is niet eenvoudig te bepalen. Ook bij het in Wv 27 244 voorgestelde art. 218 Fw is er uitdrukkelijk van afgezien hieromtrent een criterium op te nemen²⁴. Dit onderwerp hangt samen met de hierna te bespreken vraag hoe de tijdigheid van insolventie-procedures kan worden verbeterd. Hier wordt volstaan met de algemene constatering dat de rechter in staat dient te worden gesteld te beoordelen of de onderneming (of een deel daarvan) voldoende levensvatbaar is en kan worden voortgezet. De aanvrager verschaft de rechter daartoe de nodige gegevens. De schuldenaar respectievelijk bij rechtspersonen: het bestuur, verschaft – zulks in aansluiting op Wv 27 224 - alle informatie die nodig is voor de beslissing of kan worden overgegaan tot vereenvoudigde afwikkeling, liquidatie of voortzetting ‘in eigen regie’ dan wel na overdracht, dan wel – bij natuurlijke personen - tot schuldsanering. Is het niet mogelijk aanstonds te constateren welke weg dient te worden bewandeld dan geeft de rechter de debiteur maximaal vier weken respijt om aanvullende informatie te verschaffen die hem in staat stelt te beslissen.

4.4.2. Indien daartoe summierlijk de noodzaak of wenselijkheid is gebleken, kan de rechter een afkoelingstermijn vaststellen en zonodig andere voorzieningen treffen. De Werkgroep legt als gedachte op tafel dat de geldende regeling voor de afkoelingsperiode en de voorgestelde wijzigingen daarop, kunnen worden beperkt tot de gevallen waarin uitzicht op voortzetting bestaat respectievelijk ter inventarisatie slechts voor een (zeer) korte termijn kan worden bepaald. Dat geldt zeker ook voor de bij Wv 27 244 voorgestelde gebruiks- en vervreemdingsrechten. Aldus kan aan de bezwaren tegen de brede werking van de afkoelingsperiode (deels) worden tegemoet gekomen. Nu bij de verscherpte ingangscntrole de kans op behoud daadwerkelijk zal worden verbeterd, mag er van worden uitgegaan dat in overeenstemming met de daarin opgenomen voorstellen tot betaling, ook uitzicht is op (gehele of gedeeltelijke resp. getemporeerde) voldoening van de schulden. De rechter kan een afkoelingsperiode gelasten en aldus voorkomen dat door separatisten of andere belanghebbenden conservatoire of executoire maatregelen worden genomen met betrekking tot goederen die voor voortzetting van de onderneming (of een deel daarvan) onontbeerlijk zijn. Wv 27 244 voorziet in een mogelijke verlenging van de afkoelingsperiode tot vier maanden en beperkt ook de positie van bepaalde dwangcrediteuren (water- en energie-leveranciers). Voorts is een regeling voorgesteld tot vervreemding en verbruik van bedrijfsgoederen met een vergoeding ten laste van de boedel.

Hoewel de afkoelingsperiode er tevens toe dient de curator of bewindvoerder zonder tijdsdruk in staat te stellen tot inventarisatie van de boedel, is deze in de vernieuwde surséance-regeling vooral nodig voor de continuering van (delen van) de onderneming die levensvatbaar is (zijn) geoordeeld op de eerder aangegeven wijze. De vraag rijst of de in art. 237b voorgestelde

²⁴ MvT, nr. 95

regeling voor dwangcrediteuren tot alle dwangcrediteuren dient te worden uitgebreid. Bij de verscherpte ingangscontrole lijken daartegen minder bezwaren te kunnen worden ingebracht. In het bijzonder rijst voorts de vraag of nadere voorzieningen dienen te worden getroffen voor de beëindiging van wederkerige overeenkomsten strekkende tot financiering en/of beleving van de onderneming van de sursiet en of de wederpartijen dan zouden moeten gedogen dat lopende kredietfaciliteiten en leveringsverplichtingen zouden doorlopen. Het zou voor die wederpartijen, in het bijzonder de huisbankier, mede een prikkel vormen er voor zorg te dragen dat tijdig insolventie wordt aangevraagd. Hierbij wordt opgemerkt dat die gedachte tot op zekere hoogte aansluit bij de rechtspraak over de opzegging van kredietovereenkomsten. In de regel zal in het plan een akkoord worden aangeboden. Denkbaar zou zijn expliciet te bepalen dat in het voorstel daartoe kan worden afgeweken van bestaande voorrechten en zekerheden die aan crediteuren bij overeenkomst of de wet zijn toegekend. Daarbij zou passen dat de weging van de stemmen van de daarbij betrokken derden in de stemming over het aangeboden akkoord in de wet op evenwichtige wijze wordt geregeld. Dit impliceert wel dat de regeling met betrekking tot de stemming zou moeten worden herzien. Preferente schuldeisers en schuldeisers met vorderingen waaraan een zekerheidsrecht is verbonden, zullen niet in hun positie kunnen worden aangetast indien zij daar niet zelf over hebben meegestemd. Er zal in dat geval een stemming dienen te worden gehouden per categorie schuldeisers. Dit kan de aanvaarding van een akkoord compliceren. Bij een andere opzet zou voorts passen dat de rechter desverzocht (voorlopig of bij het in te dienen insolventieplan) kan bepalen of de onderneming wordt voortgezet onder de zittende leiding van de onderneming, dan wel door anderen.

Voorts zou de rechter-commissaris veel meer dan thans actief toezicht dienen te houden op de richtige uitvoering van het plan conform de daarin opgenomen maatregelen. Zijn taken en bevoegdheden zouden daartoe in de wet nader kunnen worden aangegeven.

Is aldus vastgesteld dat er voldoende uitzicht op herstel bestaat, dan verkrijgt de surséance ook werking jegens preferente schuldeisers des dat zij kunnen meestemmen over de verlening van de surséance en zij tijdens de surséance niet tot executie kunnen overgaan. De afkoelingsperiode heeft, mits door de rechter toegestaan, de gevolgen zoals die worden voorzien na de inwerkingtreding van Wv 27 244. Wederkerige overeenkomsten kunnen slechts door de curator/bewindvoerder worden beëindigd. De vraag is of dit ook zou moeten gelden voor lopende kredietfaciliteiten. In de brief van het kabinet van 1994 over het rapport van de commissie Mijnsen werd die vraag positief beantwoord. Toentertijd zijn bezwaren geuit. Tot nu toe is het er niet van gekomen tot uitvoering van de brief over te gaan.

Doelstelling was op deze wijze kasstroom problemen op te lossen door liquiditeiten aan de boedel toe te voegen. Daarbij werd als uitgangspunt geformuleerd dat de positie van de financier er daardoor niet wezenlijk op achteruit mag gaan. In grote lijnen komt dit de facto neer op een bevriezing van de positie van de financier op een niveau van de datum van surséance evenals dit, conform de doelstelling van de surséanceregeling, ook voor andere schuldeisers geldt.

Bij een beoordeling van bovenstaande vraag is het in de brief van het kabinet geformuleerde uitgangspunt zeer belangrijk. Een eventuele bevriezing zoals boven voorgesteld mag niet het effect hebben dat de ex ante financiering van alle bedrijven wordt bemoeilijkt.

Overigens zijn er ook nadelen. Hier wordt een enkele genoemd. Zo wordt in het OOR-rapport opgemerkt dat niet blijkt dat de huidige praktijk van verlening van boedelkredieten onvoldoende is, c.q. dat de mogelijkheid tot aantrekken van financiering dient te worden

versterkt door middel van een aan bestaande financiers op te leggen wettelijke verplichting tot doorfinanciering.

Hierbij moet wel in ogenschouw worden genomen dat in de door de werkgroep op tafel gelegde gedachtengang vanwege de zwaardere toegangscriteria tot de insolventieprocedure sprake zal zijn van een betere populatie en dus een hogere overlevingskans van sursietten. Deze verplichting wordt dus alleen ingevoerd in gevallen waarin er daadwerkelijke overlevingskansen zijn. Aan de ene kant betekent dit dat de kredietverschaffer een klein risico loopt: na de sanering wordt het krediet alsnog afgelost. Bovendien zal hij dat risico in veel minder gevallen lopen, indien de surséance niet wordt verleend in hopeloze gevallen. De verplichting is dus zowel naar aard als omvang beperkt. Aan de andere kant: indien er duidelijk overlevingskansen zijn, is het de vraag of financiers in veel gevallen al niet op vrijwillige basis boedelkrediet zullen verschaffen.

[4.4.2.A:] Dient naar Uw oordeel de voorgestelde wijziging van de surséance te worden aangevuld met invoering van handhaving van de status quo voor financiers op de datum van ingang van de insolventieprocedure.

a) Welke voor- en nadelen ziet u van een dergelijk systeem?

b) Onder welke condities zou een dergelijk systeem aan de orde kunnen komen?

De voorgestelde regeling voor energieleveranciers wordt uitgebreid tot alle dwangcrediteuren. De rechter bepaalt desverzocht of de onderneming wordt voortgezet onder de zittende leiding van de onderneming, dan wel door anderen.

Hierbij past dat de rechter-commissaris veel meer dan thans het geval is bij de surséance actief toezicht houdt op de richtige uitvoering van het plan conform de daarin opgenomen maatregelen. Zijn taken en bevoegdheden worden door de wet nader aangegeven.

4.4.3. Tot voortzetting, ook tijdelijk in het geval van een beoogde liquidatie door middel van overdracht van (delen van) de onderneming aan een derde, wordt slechts besloten op basis van een door de debiteur of diens curator/bewindvoerder ingediend insolventieplan. Voor de surséance wordt in het voorgestelde art. 214 (Wv 27 244) verlangd dat in of bij het inleidende verzoekschrift worden opgenomen:

(a) een door behoorlijke bescheiden gestaafde staat als bedoeld in artikel 96 Fw;

(b) een opgave waaruit blijkt dat gehele of gedeeltelijke voortzetting van de door de schuldenaar gedreven onderneming mogelijk is; alsmede

(c) een ontwerp van een saneringsplan²⁵. Een ontwerp van een akkoord kan worden bijgevoegd, maar vereist wordt dit niet.

De vraag is welke eisen aan het plan moeten worden gesteld opdat de schuldenaar en later diens curator of bewindvoerder zich een nauwkeurig oordeel kunnen vormen. Dit plan is in wezen een 'business plan' met daarin passende elementen gericht op 'herstart' zoals verwachtingen voor de ontwikkeling van de omzet, resultaat en kasstroom. Belangrijke overweging is hoe het in plan rekening wordt gehouden met de belangen van direct betrokkenen. Daaraan is behoefte nu voor de verlening van de surséance voldoende vooruitzicht moet bestaan dat de schuldeisers na verloop van tijd zullen kunnen worden bevredigd en dat de onderneming geheel of gedeeltelijk zal voortbestaan. Het plan dient in elk geval een voorstel te bevatten met betrekking tot het bestuur van de onderneming gedurende de insolventieprocedure en – voor

²⁵ Verwezen wordt ook naar artikel 9 en 10 van de Belgische faillissementsregeling (i.h.b. wat de over te leggen bescheiden betreft).

zover toepasselijk - voor de bevrijding van (een deel van) de schulden.

4.4.4. Bij het plan wordt alle dienende informatie verschaft, hieronder kan bijvoorbeeld vallen een verklaring omtrent de haalbaarheid van het plan door een externe accountant en omtrent het financierings- en ondernemingsplan. De schuldenaar verschaft alle door de rechter benodigde en verlangde inlichtingen. Een dergelijke beoordeling dient ook plaats te vinden in faillissement, in elk geval wanneer liquidatie door middel van een doorstart wordt beoogd of mogelijk is. De benodigde bescheiden of inlichtingen worden hier verstrekt door de ondernemer zelf indien deze ook de aanvrager is of door of onder verantwoordelijkheid van de curator indien het faillissement door anderen is aangevraagd. Zonodig wordt daartoe een korte termijn gesteld en treft de rechter voorlopige voorzieningen (zoals een voorlopige bewindvoerder of een beperking van beschikkingsbevoegdheid). Is de rechter prima vista van oordeel dat het plan gerede kans van slagen heeft, dan gelast hij de afkoelingsperiode en roept een vergadering van crediteuren bijeen. Is de rechter van oordeel dat herstel redelijkerwijs niet mogelijk is, dan benoemt hij een curator en belast deze met de liquidatie van de boedel. Is vereenvoudigde afwikkeling geïndiceerd dan wordt deze gelast.

4.4.5. In ons huidige stelsel ligt de beslissing of het faillissement wordt uitgesproken respectievelijk voorlopige of definitieve surséance wordt verleend, dan wel een natuurlijk persoon wordt toegelaten tot de schuldsaneringsprocedure telkens bij de rechter. Ook in het hier geschetste stelsel zou dat het geval blijven.

Ingevolge het huidige art. 218 kunnen crediteuren zich verzetten tegen een definitieve verlening van surséance. Die regel blijft ook in het Wv 27 244 gelden, zij het dat daaraan de verzwaarde test van het nieuwe 4e lid worden toegevoegd. In een andere benadering van het insolventieplan, zal –zoals al ter sprake kwam in 4.4.2.- het plan ook dienen te worden voorgelegd aan de vergadering van crediteuren. Bevat het plan een voorstel voor een schuldeisersakkoord dan wordt over aanvaarding daarvan besloten op de wijze als voorgesteld in art. 268 (Wv 27 644), met de mogelijkheid van een dwangakkord (art. 268a). Bevat het plan ook voorstellen tot debt-equity swaps en/of kapitaalvermindering en –verhoging dan worden daartoe in beginsel de daarvoor geldende procedures gevolgd.

Wel ligt het volgens de Werkgroep in de rede dat de wet, in het geval de rechter een plan tot voortzetting van een onderneming (of delen daarvan) goedkeurt, dient te voorzien in een vergadering van aandeelhouders of leden, waarin deze hun oordeel kunnen geven over het insolventieplan. Evenzo dient de OR, zo die er is, te worden geïnformeerd en wat het insolventieplan betreft –op verkorte termijn- om advies te worden gevraagd.

Strekt het plan tot overdracht van een onderneming aan een derde dan voorziet de wet in regels met betrekking tot onthoudingsverplichtingen van de debiteur (zoals non concurrentie) en rechten van derden (bijvoorbeeld ten aanzien vergunningen en al dan niet doorlopende aansprakelijkheid).

4.4.6. De wet regelt expliciet de bevoegdheden en verantwoordelijkheden van schuldenaar, curator, rechter-commissaris en schuldeisers bij voortzetting. Hij geeft regels voor doorstart door overdracht aan personen die nauw verbonden zijn met de schuldenaar en de wijze waarop maximalisatie van de opbrengst wordt gewaarborgd, bijvoorbeeld door veiling voor te schrijven.²⁶ Evenzo regelt de wet de wijze waarop toezicht wordt uitgeoefend op de uitvoering

²⁶ Een interessante gedachte is in dit verband naar voren gebracht door Aghion, Hart en Moore (1992, *The Economics of Bankruptcy Reform*, *Journal of Law, Economics and Organization*, 523-546) en Bebchuk L., 1998, Chapter 11, in *The New Palgrave Dictionary of Economics and Law*, Vol. 1, 219-224) die een alternatief veilingsmechanisme voorstellen. Hun mechanisme komt er op neer dat concurrerende crediteuren een call-optie wordt aangeboden om een beschermde (seniore) crediteur uit te kopen met als uitoefenprijs de aanspraak van de

van het plan, de aansprakelijkheid van de curator of bewindvoerder, diens honorarium en de wijze en tijdstippen waarop deze rekening en verantwoording aflegt ontrent de vervuiling van de hem opgedragen taken.

4.4.7. In dit stelsel past dat ook derden een verzoekschrift kunnen indienen. Een voordeel daarvan is dat de kans dat de procedure eerder wordt aangevraagd groter is dan thans het geval is. Dit verruimt naar het zich laat aanzien de mogelijkheden die banken in het voortraject reeds hebben tot informele ‘work outs’. Als bezwaar kan worden gezien dat de schuldenaar tegen zijn wil de verplichting krijgt opgelegd om met de bewindvoerder samen te werken. De procedure kan hierbij als sluitstuk dienen. De rechter heeft bij een beslissing tot (goedkeuring van) een voortzetting de vrijheid te bepalen dat niet de schuldenaar zelf (respectievelijk niet alleen) het bestuur over de onderneming blijft voeren.

4.4.8 De werkgroep vraagt zich af of de schuldsaneringsregeling eveneens in de procedure zou kunnen worden geïntegreerd. Het voorgestelde systeem zou met zich mee kunnen brengen, dat indien een schuldeiser een verzoekschrift om een doorstart indient, en de rechter er op basis van het saneringsplan niets in ziet, dat dan de weg naar de schuldsanering wordt ingeslagen, waarbij de restschuld van de ondernemer/natuurlijk persoon uiteindelijk bij vonnis wordt “kwijtgescholden”. Dat vormt dus een onzekere factor voor de verzoeker. Indien er ondanks het mislukken van het verplicht voorgeschreven schikkingstraject naar het oordeel van de rechter toch doorstartmogelijkheden voor de ondernemer zijn, zal hij wel gemakkelijker kunnen verwijzen naar een surséancetraject. Bij de integratievraag zijn uiteraard ook van belang de ervaringen en praktische resultaten met de schuldsaneringsregeling zoals die in de wetsevaluatie worden verwoord en aan de Tweede Kamer worden aangeboden.

4.4.9 De voordelen van integratie van insolventieprocedures zijn:

- a) Alle belanghebbenden lijken met dit plan wegens de in de regel optredende hogere opbrengstwaarde gediend: de schuldenaar, zijn schuldeisers, zijn werknemers en de samenleving als geheel. Alle partijen krijgen met dit plan een sterker belang bij reorganisatie van de onderneming wat een tijdige aanvraag bevordert wat vervolgens ertoe leidt dat schulden niet onnodig oplopen zodat ook daadwerkelijke reorganisatie mogelijk is. De voordelen van integratie van insolventieprocedures zijn daarnaast gelegen in het voorkomen van oneigenlijke toepassing van faillissement en surséance nu de toe te passen methode afhankelijk wordt gemaakt van het rechterlijk oordeel. Het kan er toe bijdragen dat de bestaande en gebleken inefficiëntie van de huidige wet, die –tenminste deels- het gevolg is van de ‘vrijheid’ van de debiteur, wordt weggenomen doordat de rechter –en zulks steeds op basis van een verzoek om insolventiemaatregelen- aan de hand van deugdelijke informatie zijn beslissing kan nemen.
- b) Het plan kan leiden tot een aanzienlijke vereenvoudiging van de wet nu alle elementen van voortzetting, zowel die in een ‘surséance’ welke is gericht op herstel als ingeval van liquidatie door middel van overdracht van (delen van) een onderneming op één plaats in de wet geregeld kunnen worden. Voortzetting van de onderneming vergt naar het oordeel van de Werkgroep reeds zonder meer nadere regeling, nu –zoals hierboven opgemerkt- de doorstart vanuit faillissement in het geheel niet is geregeld en de surséance-praktijk de vraag doet rijzen of de aanvraag daartoe slechts moet worden voorbehouden aan de schuldenaar. Men denke bijvoorbeeld aan de regelingen van en in verband met de

beschermde crediteur. Het idee hierachter is dat een dergelijk biedingsproces minder informatie vereist, namelijk “alleen” een inschatting of de waarde van de onderneming de aanspraak van de beschermde crediteur overtreft. Is dit het geval dan zou een juniore crediteur bereid moeten zijn de senior crediteur uit te kopen.

afkoelingsperiode die thans zowel bij het faillissement als bij de surséance worden behandeld zonder dat het eerste conceptueel gerechtvaardigd lijkt. Voorts sluit de gedachte geheel aan bij de opzet die in Wv 27 244 en Wv 27 199 reeds is gekozen en geeft daarvan in feite een nadere uitwerking.

- c) De wet trekt duidelijk de consequentie van het reeds opgetreden en bij inwerkingtreding van de nieuwe voorstellen verder nog te verwachten verlies van het in oorsprong beoogde onderscheidende karakter van faillissement en surséance. Er ontstaat meer ruimte voor een op elk concreet geval toegesneden aanpak nu de aanvrager(s) en de rechter bij de inrichting, uitwerking en uitvoering van het insolventieplan meer mogelijkheden krijgen. Reorganisatievoorstellen, ook die welke zijn gericht op tijdelijke voortzetting ter voorbereiding van een liquidatie door middel van een 'doorstart', worden voor alle betrokkenen transparant gemaakt, de kwaliteit ervan zal mede als gevolg van het rechterlijk toezicht toenemen en het gehele proces van reorganisatie zal beter controleerbaar worden.
- d) Naar verwachting zullen insolventieprocedures (het surséance, hetzij liquidatie) sneller verlopen wat bevorderlijk is voor een efficiëntie van het stelsel zodat ondernemingen zonder overlevingskansen niet onnodig lang op kosten van crediteuren trachten te overleven.

Bij het idee om één rechtsingang voor saneringsprocedures en liquidatieprocedures te creëren kunnen ook enige kanttekeningen worden geplaatst:

- a) Een keerzijde is dat afbreuk wordt gedaan aan de eigen verantwoordelijkheid van de debiteur respectievelijk diens schuldeisers voor de keuze van de soort van procedure nu aan de rechter een beslissende rol wordt toebedeeld en daarmee het beginsel van diens lijdelijkheid opzij zou worden gezet.
- b) Hoewel bij een verzoek tot voortzetting van (delen van) een onderneming ook in Wv 27 244 al meer informatie dient te worden verschaft, kan een verscherpte "ingangscontrole" bij insolventie leiden tot verhoging van kosten, zowel voor de indiener(s), aangezien aan het opstellen van een plan doorgaans kosten zullen zijn verbonden zoals de inschakeling van deskundigen, als voor de rechterlijke macht.
- c) Indien tot voortzetting wordt besloten wordt van separatisten een offer gevergd ingeval zij hun executierechten verliezen of moeten opschorten.
- d) "Misbruik" van deze procedure is niet geheel en al uit te sluiten indien de ondernemer de aanvraag zodanig in strijd met de waarheid inricht, dat de rechter redelijkerwijs geen andere optie overblijft dan de procedure van faillissement, zodat aanvullende informatieplichten van de aanvrager en/of passende privaatrechtelijke en strafrechtelijke sancties zullen moeten worden overwogen.
- e) De uitwerking van deze nieuwe regeling vergt naar het zich laat aanzien gedetailleerde wetgeving, zoals op het punt van bevoegdheden en verantwoordelijkheden van de schuldenaar, de curator, de rechter-commissaris en de schuldeisers bij voortzetting. Ook zijn regels nodig voor de doorstart door overdracht aan personen die nauw verbonden zijn met de debiteur en de wijze waarop maximalisatie van de opbrengst wordt bevorderd of gewaarborgd. Evenzo moet de regels stellen omtrent de wijze waarop toezicht wordt uitgeoefend op de uitvoering van het plan, de aansprakelijkheid van de curator/bewindvoerder, diens honorarium en de wijze en tijdstippen waarop rekening en verantwoording moet worden afgelegd omtrent de vervulling van hem opgedragen taken.
- f) Aan de rechterlijke macht worden (nog) hogere eisen gesteld dan op grond van wv 27 224. De rechter dient immers snel en met de vereiste deskundigheid te beslissen op een inleidend verzoek. Op het onderwerp "professionalisering:" van de rechterlijke macht wordt in hoofdstuk 9 verder ingegaan.

- g) Hoewel ook in een geïntegreerde opzet van insolventiemaatregelen voorop blijft staan dat ‘doorstart’ een vorm van (waarde-optimaliserende) liquidatie is van de insolvente boedel, nemen door overeenkomstige toepassing van de beoordelingsnormen en regels voor voortzetting van (delen van) de onderneming de verschillen met de surséance-regeling enigszins af²⁷. Dit kan leiden tot druk om de bestaande verschillen tussen surséance en faillissement wat betreft de rechten van werknemers bij overgang van ondernemingen te verminderen of weg te nemen. Het zou er dan ook toe kunnen leiden dat de aandacht verschuift naar herziening van het ontslagrecht als zodanig met het oog op voor het gezonde voortbestaan van overigens levensvatbare ondernemingen, economisch noodzakelijke sanering van personeelslasten. Zie ook hoofdstuk 6.

[4.4.9.A:] Verwacht U dat de aangeduide integratie van insolventieprocedures tot een verbetering van de herstartmogelijkheden van ondernemers en een vereenvoudiging van het Nederlandse insolventierecht zal leiden?

[4.4.9.B:] Welke voor- en nadelen zouden naar Uw oordeel zijn verbonden aan een integratie van de WSNP-procedure in de in dit tussenrapport ter discussie gestelde gedachte integratie van insolventieprocedures?

[4.4.9.C:] Bent u het eens met de aangeduide voor- en nadelen? Ziet U meer of andere voor- en/of nadelen?

[4.4.9.D:] Dient naar Uw oordeel de voorgestelde wijziging van de surséance te worden aangevuld met:

- a) uitbreiding van de regeling voor dwangcrediteuren;
- b) verscherpt toezicht door de R-C op de uitvoering van het insolventieplan;
- c) verruiming van de mogelijkheden tot het treffen van voorlopige voorzieningen bij de aanvraag van insolventiemaatregelen?

[4.4.9.E:] Welke informatie is naar uw oordeel benodigd bij de indiening van het plan? In hoeverre kan hierbij rekening worden gehouden met het feit dat kleinere ondernemingen in dat stadium vaak onvoldoende management- en financiële capaciteit hebben?

[4.4.9.F:] Welke bevoegdheden meent U dat de curator/bewindvoerder respectievelijk de rechtercommissaris dienen te worden verleend?

[4.4.9.G:] Welke verantwoordelijkheden en aansprakelijkheden passen daarbij?

[4.4.9.H:] Hoe oordeelt U over een veilingplicht als methode van waarde-maximalisatie?

²⁷ Zulks mede gelet op HvJEG 29 juli 1991, NJ 1994, 168 (d’Urso-arrest)

5. TIJDIGHEID VAN DE AANVRAGE

5.1 Zoals in de toelichting op wetsvoorstel 27 244 reeds is opgemerkt, worden zowel faillissement als surséance te vaak te laat aangevraagd. Te laat betekent: dat de situatie van de schuldenaar zodanig is verslechterd dat geen uitzicht (meer) bestaat op herstel, dan wel op een adequate genoegdoening van alle crediteuren. Surséance eindigt dan ook vaak alsnog in faillissement. Voor surséance zullen de in Wv 27 244 gedane voorstellen een ‘sanerend’ effect hebben. Wacht de schuldenaar te lang dan loopt hij het risico dat surséance niet (meer) wordt verleend. De voorbereiding zal professioneler kunnen geschieden door inschakeling van de bank, de accountant en de fiscaal en juridisch adviseurs. In een geïntegreerd stelsel zou dit alles ook dienen te gelden voor een ‘doorstart’. De aanvraag dient deugdelijk en grondig te worden voorbereid en de schuldenaar of diens adviseurs dienen daartoe tijdig het initiatief te nemen wil de vereiste medewerking van de rechter kunnen worden verkregen. De veronderstelling is dat de adviespraktijk zich op dit patroon zal instellen. Wordt de procedure langs deze lijnen verbeterd dan is de hoop dat daarop niet langer, althans niet in dezelfde mate als thans, het odium van ‘faillissement’ rust en dat belanghebbenden daarop dan ook minder negatief zullen reageren.

[5.1.A:] Deelt U de mening dat naast het stelsel van Wv 27 244 een verdere aanpassing van de surséance-procedure is gewenst?

5.2 Op welke grond kan een insolventieprocedure (door de schuldenaar of diens crediteuren) worden aangevraagd? Art. 1 Fw spreekt van: ‘De schuldenaar, die in den toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen’, derhalve van een toestand van *feitelijke* aard. Art. 213 Fw spreekt van ‘de schuldenaar die voorziet dat hij met betalen van zijn opeisbare vorderingen niet zal kunnen voortgaan’²⁸. Art. 215 lid 3 (Wv 27 244) bepaalt dat voorlopige surséance niet wordt verleend indien summierlijk blijkt dat de schuldenaar niet zal kunnen voortgaan met het betalen van zijn opeisbare schulden. Toepassing van de test van het te wijzigen art. 218 zal er naar verwachting toe leiden dat surséance niet definitief wordt verleend, indien niet aan de daar gestelde eisen wordt voldaan.

Par. 17 InsoG spreekt van ‘Zahlungsunfähigkeit’, welke term nader wordt verklaard in lid 2 met de woorden: ‘wenn er nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen’. Dat mag in de regel worden aangenomen ‘wenn der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat’. Het gaat hier om de grond waarop ‘Eröffnung’ mogelijk is.

Ook voor het Nederlandse insolventierecht zou die benadering, die zich ook al min of meer aftekent in het voorgestelde art. 215 lid 3, overweging verdienen. 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).

[5.2.A:] Kan de voorgestelde maatstaf voor (dreigend onvermogen) bijdragen tot het tijdiger aanvragen van insolventie?

5.3. Los van de evenbedoelde grond waarop de procedure wordt ingeleid, is en blijft het essentieel dat dit ook *tijdig* en daadwerkelijk geschiedt. Lastig blijft het echter om aan te geven

²⁸ Artikel 9 van de Belgische regeling inzake het gerechtelijke akkoord (vergelijkbaar met onze surséance-regeling) spreekt over de schuldenaar die ‘tijdelijk zijn schulden niet kan voldoen of indien de continuïteit van zijn onderneming bedreigd wordt door moeilijkheden die op min of meer korte termijn kunnen leiden tot het ophouden van betalen’.

wat 'tijdig' is. Het raakt de grens tussen ondernemen (met moed, persoonlijke inzet en risico overwinnen van problemen die eigen zijn aan ondernemen) en het onverantwoord ten laste van crediteuren 'doormodderen' en dan wel *zonder* dat deze (voldoende) van de financiële moeilijkheden op de hoogte zijn (en daarom niet – tijdig - maatregelen kunnen nemen). Is de 'going concern'-waarde hoger dan de liquidatiewaarde van de tot de onderneming behorende activa en blijft de cash flow positief dan zullen tegenslagen in het algemeen kunnen worden overwonnen. Allerlei omstandigheden kunnen een negatieve invloed hebben op de waarde van de onderneming, haar inkomsten en uitgaven, kosten, waarde van activa, omzet, krediettermijnen en dus – per saldo - op de solvabiliteit en liquiditeit van de onderneming. Ondernemen houdt ook in dat bij tegenslag tijdig de juiste maatregelen worden getroffen. Een positieve inzet om die het hoofd te bieden is onontbeerlijk, maar verwijtbaar is een gebrek aan zorg voor de belangen van degenen die de onderneming mede financieren of haar door inzet van arbeid mede in stand houden. Naarmate de problemen ernstiger worden zal de ondernemer zich die belangen meer moeten aantrekken en zijn gedrag daardoor meer moeten laten leiden. Ongelijkheid van kennis omtrent de werkelijke situatie en de daaruit voor crediteuren voortvloeiende risico's vormt een van de kernproblemen bij de bepaling van de 'tijdigheid'. De vraag is hoe de efficiëntie van het insolventierecht kan worden verbeterd op het punt van informatie-assymetrie. Aandacht verdient de mogelijkheid van 'early warning'-systemen, aangevuld met prikkels in de vorm van een 'bonus' op tijdige melding, het bevorderen van vroegtijdig (buiten)-gerechtelijk akkoord en een verplichting voor rechtspersonen tot melding van wat in Duitsland wordt aangeduid als Überschuldung²⁹.

5.4 Een probleem is dat weinig bekend is omtrent de fase die voorafgaat aan het (formeel of meer algemeen) bekend worden van insolventie van een onderneming en omtrent het stadium waarin en de wijze waarop buitengerechtelijke oplossingen (kunnen) worden bereikt. Kennis omtrent (dreigende) financiële problemen heeft uiteraard allereerst de debiteur zelf, maar deze blijkt vaker (te) optimistisch over de kans deze zonder hulp op te lossen. Gesteld is dat in het bijzonder de banken aldus ongeveer 80% van in problemen geraakte ondernemingen saneren, waarbij overigens niet geheel duidelijk is of die percentages voor alle banken en financiers gelden. De overige 20% betreft kennelijk gevallen waar de banken een buitenwettelijke sanering in eigen regie niet mogelijk achten. Overigens zij opgemerkt dat het onderzoek dat wordt verricht door de KUN naar het hierboven bedoelde informele voortraject nog niet is afgerond. De Werkgroep hoopt dat in de reacties op dit discussiememorandum meer gegevens beschikbaar zullen komen op dit voortraject.

5.4.1. Is de ondernemer een rechtspersoon dan is deze gehouden zijn jaarrekening openbaar te maken tezamen met de verklaring omtrent de door zijn externe accountant daarop uitgevoerde controle (artt. 2:394 jo. 392/393 BW). Uit die bescheiden blijkt of al dan niet op 'going concern'-basis is gewaardeerd. Is dat niet het geval dan is de problematische toestand van de rechtspersoon openbaar, zodat ook anderen dan de schuldenaar daarop actie kunnen nemen. Deze verplichting is echter slechts een jaarlijkse, terwijl de wet toestaat dat ontheffing wordt verleend voor het opmaken van de jaarrekening. Is de ondernemer een beurs-vennootschap dan is deze gehouden ook tussentijds cijfers en koersrelevante informatie bekend te maken³⁰, zodat dan (dreigende) financiële moeilijkheden of tegenvallers eerder bekend dienen te worden gemaakt. Een bonus op tijdige 'openbaarmaking' respectievelijk adequate sancties op ontijdige

²⁹ De situatie dat schulden niet meer worden gedekt door het eigen vermogen (waardering op going concern basis, maart aandacht voor gebruiken –ook afschrijving verworven goodwill op eigen vermogen- in de betreffende bedrijfstak). Par. 212 InsoG.

³⁰ Zie bijvoorbeeld art. 28h AEX-Fondsenreglement

melding, kunnen bevorderen dat tijdig wordt gemeld (vgl Eerste en Tweede Misbruikwet). Op de functie die regels inzake going concern-waardering en een verklaring daaromtrent kunnen hebben wordt teruggekomen in Par. 5.5.

5.4.2. Het laat alles onverlet dat de ondernemer op grond van overeenkomst of, zoals jegens de fiscus en uitvoeringsorganisaties sociale verzekeringen, op grond van de wet gehouden is of kan zijn ook tussentijds en anderszins informatie te verschaffen aan bepaalde crediteuren. Dit is regel jegens de huisbankier³¹ en wettelijk verplicht jegens fiscus en uitvoeringsinstanties. Deze bijzondere crediteuren hebben – behalve hun wettelijke of overeengekomen zekerheden – daarom in de regel een informatievoorsprong wanneer zich liquiditeits- en/of solvabiliteitsproblemen aftekenen. Die stelt hen niet alleen in staat de activiteiten en prestaties van ondernemingen te ‘monitoren’, maar ook om bij dreigende insolventie een ‘stille work out’ te bevorderen en te begeleiden, zonder – zoals geldt voor de stille curatele in het effectenrecht (vgl. art. 28 WTK en art. 22 WTB) – dat de Fw hieromtrent nadere regels geeft. Hier berust die mogelijkheid voor de fiscus op zijn wettelijke positie en voor de bank op haar contractuele positie op grond van de met de debiteur gesloten financieringsovereenkomst(en), de daarbij bedongen zekerheden en algemene regels van burgerlijk recht (in belangrijke mate gevormd in de rechtspraak). Deze hebben niet slechts betrekking op de opzegbaarheid van financierings- en andere duur-overeenkomsten, maar ook op vraagstukken van aansprakelijkheid, al dan niet bij een geforceerde ‘work out’ en de betrokkenheid resp. mede-verantwoordelijkheid voor genomen ondernemingsbeslissingen. Het gaat hier vaak over het moeilijk overzienbare traject dat voorafgaat aan een beslissing om insolventiemaatregelen aan te vragen. Zoals opgemerkt wordt wel gesteld dat 80% van de probleemgevallen in het informele voortraject via de afdeling bijzonder beheer van de banken zou worden opgelost. Zo gesteld gaat hiervan de suggestie uit dat in de resterende 20% van die probleemgevallen in dat informele voortraject een oplossing niet meer kan worden bereikt en faillissement onvermijdelijk is geworden. Die constatering zou betekenis hebben voor de beoordeling van de vraag hoe de efficiëntie van het insolventierecht kan worden versterkt. De surséance zou, mits gezuiverd van de thans voorkomende ‘quasi-faillissements’-gevallen en mits eerder aangevraagd, dan het sluitstuk kunnen vormen van een met de betrokken financiers en/of belangrijke wederpartijen buitengerechtelijk voorbereide ‘work out’.

[5.4.2.A:] Zijn naar Uw mening bijzondere wettelijke regelingen voor het informele voortraject van insolventie nuttig of wenselijk? Of kan – zoals thans- worden volstaan met toepassing van algemene regels van burgerlijk recht?

[5.4.2.B:] Zo ja, welke onderwerpen zouden die moeten betreffen en hoe zouden die dienen te luiden?

[5.4.2.C:] Welke mogelijkheden ziet U voor de introductie van prikkels voor de debiteur en zijn financiers en (belangrijke) wederpartijen tot het tijdig entameren van een (vorbereide) ‘work out’?

[5.4.2.D:] Hoe kan meer inzicht worden verkregen in het informele voortraject om de hier gestelde vragen beter te kunnen beantwoorden?

5.5 De vraag rijst of tijdigheid van de aanvraag kan worden bevorderd door de bedoelde informatievoorsprong te neutraliseren. De ervaring onder de 1^e en 2^e misbruikwet is dat de

³¹ Vgl ook art. 21 Algemene Bankvoorwaarden

voorgeschreven melding aan de fiscus in het algemeen tijdig geschiedt. Het gaat echter – zo blijkt - om zeer vele meldingen en vaak is van serieuze problemen geen sprake, zodat een openbaarmaking daarvan naar het oordeel van de Werkgroep in de praktijk niet het beoogde gevolg zal hebben.

Te overwegen valt het bestuur van rechtspersonen er toe te verplichten in hun jaarrekening uitdrukkelijk een going concern-verklaring op te nemen, welke naar haar inhoud valt onder de algemene controle door de externe accountant. De vraag is overigens niet alleen wat precies de inhoud van een dergelijke verklaring is maar ook in hoeverre dergelijke gegevens beschikbaar zijn (en tegen welke kosten) voor diegenen die het aangaat. Niettemin zou zo'n maatregel, die moet worden afgewogen tegen de bestaande praktijk en tegen vergelijkbare regels in het buitenland in verband met de concurrentiepositie van het Nederlandse bedrijfsleven, het bestuur van die rechtspersonen die door een dergelijke maatregel getroffen worden, ertoe nopen zich dienaangaande uitdrukkelijk te beraden en uit te spreken en bovendien confronteren met de visie van de externe accountant indien deze anders oordeelt. Indirect zou zo'n maatregel kunnen leiden tot de ontwikkeling van nauwkeurigere regels ter bepaling van de gerechtvaardigheid van een going concern verklaring. Hierbij zou passen dat de accountant omtrent voor de continuïteit bedreigende factoren waarop hij bij zijn controle stuit, onverwijld en gemotiveerd het bestuur en – zo die er is - de raad van commissarissen op de hoogte stelt. Bij zijn verklaring omtrent zijn controle op de jaarrekening maakt hij daarvan, indien het bestuur geen maatregelen heeft genomen, melding.

Doet zich die situatie voor dan is de vraag of de positie is bereikt waarin de onderneming maatregelen moet nemen om de gerezen problemen het hoofd te bieden. Is een 'stille work out' niet mogelijk, dan is dit het moment dat een aanvraag voor insolventie-verklaring met bijbehorend saneringsplan zou moeten worden ingediend. Een zodanige regeling zou verfijnder kunnen werken dan de Duitse Überschuldungs-regeling³², omdat de 'going concern'-beoordeling geschiedt naar de voor afzonderlijke ondernemingen geldende waarderingsregels. Het geeft aanleiding tot verzameling en beoordeling van al die gegevens die bij het aanvragen van een surséance in de nieuwe opzet van de artt. 214 en 218 onontbeerlijk zullen worden. Introductie van deze wijze van 'early warning' kan preventie en 'zelfwerkzaamheid' bevorderen.

[5.5.A:] Hoe oordeelt U over (de effectiviteit van) een verplichte 'going concern'-verklaring in de jaarrekening van rechtspersonen?

5.6 Van eigen aard is de problematiek van de ondernemer-natuurlijke persoon in het kader van de nieuwe wettelijke schuldsanering. De vraag rijst hierbij of niet een meer actieve coaching moet worden bevorderd, bij voorkeur door de particuliere sector mogelijk in samenwerking met (semi)publieke instanties. Naar blijkt hebben vele gemeenten niet de vereiste kennis en mankracht om de hen in de WSNP opgedragen taak tot afgifte van de toelatingsverklaring naar behoren te vervullen. Gemeenten zijn niet primair toegerust om ook ondernemers goed te bedienen, en hebben al moeite met het juist en volledig invullen van de verklaring ex art. 285 Fw. Dat heeft gevolgen voor de inhoud en de tijdigheid van het schikkingstraject. Ook hier geldt dat een meer gestructureerd buitengerechtelijk voortraject ("work out") ertoe kan leiden dat deze ondernemers niet onnodig een beroep hoeven te doen op een liquidatieprocedure, en dat een herstart of doorstart kan worden bevorderd door betere

³² Par. 19 InsO sprake 'wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt'. De waardering mag echter geschieden op 'going concern'-basis, als voortzetting van de onderneming 'nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich ist'.

begeleiding. De ondernemer-natuurlijk persoon staat er vaak alleen voor, heeft weinig tot geen adviseurs, en heeft wellicht meer dan anderen behoefte aan een regeling die een externe deskundige second opinion waarborgt, zodat tijdig advies kan worden verkregen omtrent de levensvatbaarheid van de onderneming. Het stigma op falen zal door externe coaching en advies ook kunnen verminderen: bij de eenmans-ondernemer krijgt de stigmatisering bij insolventie namelijk een extra persoonlijk aspect.

[5.6.A:] Met welke maatregelen kan naar uw mening het buitengerechtelijke voortraject van de schuldsaneringsregeling voor ondernemers-natuurlijke personen worden verbeterd?

6. POSITIE WERKNEMERS IN INSOLVENTE ONDERNEMINGEN

6.1 Vanwege de uitsluiting van ontslagbescherming wordt het faillissement vaak gebruikt als middel tot sanering van arbeidskosten door ontslag van personeel en voortzetting van de onderneming na doorstart. De salarisverplichtingen blijven niet – als bij surséance - bij de werkgever maar gaan over op de Lisv. Noch de artt. 7:662-680 BW (overgang werknemersrechten), noch de EU richtlijn waarop die berusten, zijn van toepassing. Deze methode wordt daarom verkozen boven de surséance, die voor gedeeltelijke of afgeslankte voortzetting vaak meer voor de hand zou liggen. Voordeel van de methode is wel dat de werkgelegenheid van een deel van de werknemers behouden blijft binnen een onderneming die zich aldus een gezondere positie voor de toekomst heeft kunnen verwerven. De praktijk hecht grote waarde aan deze methode van liquidatie die ertoe leidt dat enerzijds voor de boedel de waarde kan worden gemaximaliseerd en tegelijk (delen van) de onderneming kunnen worden behouden. In de geïntegreerde benadering die de Werkgroep voor ogen staat en die reorganisatie van ondernemingen transparanter en aantrekkelijker zou moeten maken, moet worden nagegaan hoe de positieve elementen van deze saneringsmethode kunnen worden behouden zonder onnodig afbreuk te doen aan de positie van werknemers.

6.2. De positie van werknemers is in het geval van insolventie van de ondernemer bij wie zij in dienst zijn niet primair een aangelegenheid van het insolventierecht. Gewezen wordt op de algemene discussie omtrent de ontwikkeling van het Nederlandse arbeids- en ontslagrecht naar aanleiding van het kortgeleden aan het kabinet uitgebrachte rapport van de werkgroep onder leiding van Prof. Mr. M.G. Rood. Het neemt niet weg dat ook de positie van deze groep van direct belanghebbenden bij een mogelijke herziening van het insolventierecht bijzondere aandacht behoeft. Daarbij dient echter voorop te worden gesteld dat de kwestie hoe kan worden gehandeld indien een onderneming in problemen komt door gebleken boventaligheid van haar personeel ook *buiten* het geval van een directe dreiging van insolventie aandacht behoeft. Dat geldt in het bijzonder voor de thans reeds bestaande mogelijkheden tot (collectief) ontslag en de beoordeling daarvan door de RDA. Is van zodanige directe dreiging wel sprake dan is de te beantwoorden vraag hoe in de opzet van het op ‘doorstart’ respectievelijk voortzetting gerichte insolventieplan en de beoordeling daarvan door de rechter kan en/of behoort te kunnen worden afgeweken van de normale ontslagbescherming, zowel in materiële als in procedurele zin.

6.3. De Werkgroep stelt voorop dat in haar zienswijze in *alle* gevallen waarin (delen van) een onderneming kan worden behouden daartoe bij het inleidende verzoek een insolventieplan moet worden overgelegd. Aanvaarding daarvan heeft –zoals uiteengezet- belangrijke gevolgen voor crediteuren, ook die waarvan vorderingen zijn gecureerd. Denkbaar is dat aanpassingen van de positie van de fiscus en Lisv vereist zijn. Op deze manier kan een evenwichtige bijdrage van de meest betrokken belanghebbenden aan de beoogde verbetering van het insolventierecht worden bewerkstelligd. De volgende benadering wordt in overweging gegeven.

6.4. In het insolventieplan dient door de verzoeker deugdelijk aannemelijk te worden gemaakt dat voortzetting van (een deel van) de onderneming slechts mogelijk is door gedeeltelijke inkrimping van het personeel en dat bij de keuze van de af te vloeien werknemers de gebruikelijke selectiecriteria (evenredigheids- en/of het dienstjarenbeginsel) zijn toegepast. De hiervoor benodigde informatie is gelijk aan hetgeen 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 rechter-commissaris – zulks met voorbijgaan

aan het toestemmingsvereiste van de RDA - toestemming verleent om de arbeidsovereenkomst met het boventallige personeel op te zeggen met inachtneming van de geldende opzegtermijnen. De werkgroep vraagt zich af of het af te vloeien personeel in een dergelijke situatie zou mogen worden geconfronteerd met een kortere opzegtermijn, mede gezien in relatie tot de doelstelling van behoud van zoveel mogelijk werkgelegenheid. Dit alles laat overigens onverlet dat de werknemer de bevoegdheid behoudt om een procedure aan te spannen wegens kennelijk onredelijk ontslag.

Voorts meent de Werkgroep dat het in de rede ligt om te voorzien in een verplichting tot herindienstneming van werknemers wier arbeidsovereenkomst in het kader van een insolventieplan is beëindigd (met herstel van de anciënniteitsrechten) indien binnen een half jaar na de ontslagdatum opnieuw vacatures ontstaan bij de betrokken onderneming. De eerder ontslagen werknemers worden dan in volgorde van de opgebouwde anciënniteitsrechten in de gelegenheid gesteld opnieuw een arbeidsovereenkomst met hun gewezen werkgever aan te gaan

[6.4.A:] Hoe oordeelt U over de aangeduide mogelijkheden tot wijziging van de positie van werknemers in geval van insolventie van hun werkgever?

[6.4.B:] Hoe oordeelt U over de gedachte dat de toestemming van de RDA hier wordt vervangen door de goedkeuring door de rechter van het voorgelegde insolventieplan?

[6.4.C:] Wat is Uw oordeel over de gedachte van een wettelijke verplichting tot herindienstneming als aangeduid?

6.5. Om te voorkomen dat de onderneming de lasten draagt van de sanering, vraagt de Werkgroep zich af of dit niet via een regeling kan worden gedragen door het Lisv, d.w.z. de loonbetalingsverplichting gedurende de opzegtermijn. Daarbij is de vraag of dit een volledige dan wel een gedeeltelijke (bijv. 70%) doorbetaling zou dienen te zijn. Deze vordering van het Lisv zou overigens idealiter niet onmiddellijk inbaar dienen zijn maar slechts op een nader te bepalen termijn. De overige vorderingen (zoals vakantiegeld/niet opgenomen vakantiedagen) zijn preferent.

[6.5.A:] Hoe dienen naar Uw oordeel de hierbedoelde lasten te worden toegedeeld?

6.6. De Werkgroep acht het in de rede liggen dat de OR wordt betrokken in de procedure die leidt tot vaststelling van het insolventieplan die z.i. te dien aanzien informatie- en consultatierechten dient te verkrijgen.

[6.6.A:] Bent U het eens met deze gedachte?

7. POSITIE FISCUS EN 'BEDRIJFSVERENIGING'

7.1. De fiscus heeft, behalve het algemene voorrecht tevens de mogelijkheid tot verhaal op bepaalde zaken die niet de failliet doch derden toebehoren (bodemrecht). Tevens kan de ontvanger gebruik maken van de mogelijkheid om in bepaalde situaties verhaal uit te oefenen op zaken waarop een pandrecht is gevestigd (het bodemvoorrecht). De ratio van zowel het bodemrecht als het bodemvoorrecht is om inhoud te geven aan het fiscale voorrecht dat bij afwezigheid van bodem(voor)recht de facto niet veel zou voorstellen. Door de aanwezigheid van het bodem(voor)recht wordt in faillissementssituaties tevens voorkomen dat de failliet zijn goederen onttrekt aan verhaal door de fiscus door daarop ten behoeve van derden rechten gevestigde rechten respectievelijk het voorbehoud van rechten op door derden aan de failliet geleverde zaken, te kunnen negeren. De Werkgroep heeft zich afgevraagd of het, mede gelet op in het buitenland vigerende stelsels, en tevens in aanmerking nemend het feit dat veel maatschappelijke weerstand en dientengevolge kritiek bestaat tegen het fiscale bodem(voor)recht, heroverweging van deze verhaalsrechten niet gewenst zou zijn.

In de strijd tegen misbruik van in het bijzonder besloten vennootschappen is in de Tweede Misbruikwet bovendien een meldingsplicht ingevoerd van ondernemers die zien aankomen dat zij hun verplichtingen jegens de fiscus en bedrijfsvereniging niet meer kunnen voldoen. Deze informatie is niet openbaar. Dat plaatst deze instanties, net als -op andere wijze- de 'huisbankier' in een "bevoorrechte informatie-positie". Hiermee wordt bedoeld dat zij een informatie voorsprong hebben en dientengevolge met hun debiteur in overleg kunnen treden omtrent een regeling tot betaling van hun schulden. Naar de indruk van de Werkgroep leidt deze voorsprong er veelal toe dat de fiscus een positieve rol speelt bij de aanzet van saneringsmaatregelen. De huidige Fw. biedt daartoe echter geen uitdrukkelijk geregelde normen en procedures. De Werkgroep is van oordeel dat de dominante positie van de fiscus en bedrijfsvereniging heroverweging behoeft. Hij beseft echter dat dit consequenties kan hebben voor de inning en dat niet-inbare vorderingen in essentie ten laste worden gebracht van de algemene middelen en daarmee uiteindelijk van de belastingbetaler respectievelijk van andere verzekerden.

7.2. De sterke positie van de fiscus en de uitvoeringsinstanties sociale verzekeringen berust in hoofdzaak op twee peilers. In de eerste plaats heeft 's Rijks schatkist blijkens art. 21 Invorderingswet 1990 een voorrecht op alle goederen van de belastingschuldige, welk voorrecht gaat boven alle andere voorrechten. Die hoge voorrang laat onaangetast de voorrang van hypotheek- en pandhouders, maar wijkt niet voor een pandrecht dat is gevestigd op 'bodembeslagn'.³³ Ook wijkt het evenbedoelde voorrecht overigens ook voor enkele nader aangeduide voorrechten, t.w. kosten van aanvraag van de faillietverklaring, lijkbezorging en loon- en pensioenaanspraken van werknemers (art. 2:388 BW), de vordering tot vergoeding van schade uit hoofde van verzekering (art. 2:287 BW) en een vordering terzake van kosten gemaakt tot behoud van een goed (art. 2:384 BW). In de tweede plaats beperkt respectievelijk ontneemt 22, derde lid, Invorderingswet 1990 aan derden die geheel of gedeeltelijk recht menen te hebben op roerende zaken de bevoegdheid zich te verzetten tegen een door de fiscus gelegd 'bodembeslag': een beslag op roerende zaken die zich ten tijde van de beslaglegging op de bodem van de belastingschuldige bevinden en dienen 'tot stoffering'.

³³ Daarom wel aangeduid als 'bodemvoorrecht'; zie art. 21 lid 1 InvW. Overigens geldt dit slechts voor de zakelijke belastingen en andere vorderingen genoemd in art. 22 lid 3 InvW.

In dit kader zij opgemerkt dat de Uvi's wel een voorrecht gelijk aan dat van de fiscus hebben doch niet over het bodemrecht beschikken.

7.3 De bijzondere positie van de fiscus, zowel diens hoge preferentie als het uitgebreide recht van verhaal op bepaalde zaken op de bodem van de belastingschuldige, heeft in de loop der tijd veel kritiek ondervonden. Het feit dat een derde met bepaalde hem toebehorende zaken instaat voor de fiscale schulden blijft een ernstige inbreuk vormen op de hoofdregel van burgerlijk recht dat crediteuren zich slechts kunnen verhalen op de eigen goederen van de schuldenaar. Vaak is gepleit voor afschaffing respectievelijk voor wijziging. Evenzeer echter zijn reparaties bepleit teneinde de fraudegevoeligheid van de huidige regeling weg te nemen of te verminderen. Het heeft ook geleid -zoals hieronder kort zal worden uiteen gezet- tot voorstellen van wet. Ter rechtvaardiging van het de bijzondere positie van de fiscus en uitvoeringsorganen sociale verzekering plegen -kort samengevat- de volgende gronden te worden aangevoerd:

- 1) De overheid moet met zekerheid kunnen rekenen op haar inkomsten, in het bijzonder uit hoofde van belastingheffing.
- 2) Zonder versterking van zijn positie zou de fiscus veel actiever en alerter moeten optreden en veelal niet bereid zijn te bewilligen in betalingsregelingen (met het risico dat andere schuldeisers voor zouden gaan).
- 3) De fiscus kan, anders dan andere schuldeisers, niet vooraf zekerheden bedingen voor de voldoening van zijn vorderingen.
- 4) De fiscus zoekt zijn eigen schuldeisers niet uit: op het ontstaan van vorderingen heeft hij, nu deze rechtstreeks uit de wet en het handelen of de positie van belastingplichtigen voortvloeien, geen invloed.

Ook voor dit onderwerp geldt naar de mening van de Werkgroep dat het niet kan worden losgezien dan wel losgemaakt van het bredere perspectief dat de werkgroep in overeenstemming met de door het kabinet gekozen opzet van de MDW-operatie tot uitgangspunt heeft genomen, nl. de bevordering van een 'ondernemende samenleving'. De functie van de belastingheffing -m.m. geldt hetzelfde voor de later geprivilegeerde heffing van sociale verzekeringspremies- is sinds de invoering van het fiscale bodemrecht, zeer aanzienlijk gewijzigd. Met de taken die de overheid tot de hare rekent, zijn haar activiteiten en daarmee de financieringsbehoefte van de overheid sterk toegenomen. De lastendruk is daardoor vergroot. Belastingschulden en schulden uit hoofde van sociale verzekeringen zijn geleidelijk gelijkgeschakeld. De werking van het bodemrecht is door deze en andere ontwikkelingen een andere geworden.

7.4. Bij vaststelling van de Invorderingswet 1990 is de positie van de fiscus en instanties ter uitvoering van sociale verzekeringsregelingen vooralsnog niet wezenlijk gewijzigd (zie thans de artt. 21-22 Invorderingswet 1990). Een direct verband werd gelegd met de invoering van Boek 3 van het Nieuw Burgerlijk Wetboek en de daarin op te nemen regeling omtrent bevoorrechtiging. In verband daarmee werd in art. 70 InvW uitdrukkelijk een 'horizon'-bepaling opgenomen:

'Artikel 22, derde lid, vervalt op 1 januari 1993, tenzij voordien een wetsvoorstel, houdende een definitieve regeling omtrent het fiscaal bodemrecht bij de Tweede Kamer der Staten-generaal is ingediend, dan wel een wetsvoorstel houdende een verlenging van de geldigheidsduur van voornoemde bepaling voor een tijd van niet langer dan één jaar.'

Met Wv 22 942 ingediend op 30 november 1992, werd aan de hier gestelde voorwaarde voldaan. In dit wetsvoorstel is een algehele wijziging voorgesteld³⁴ van de wettelijke regelingen inzake bevoorrechte vorderingen en een bijzonder verhaalsrecht voor fiscus en uitvoeringsinstanties sociale verzekeringen.³⁵ Kort weergegeven wordt daarin -voor zover hier van belang- een wijziging van art. 3:280 BW voorgesteld inhoudende dat de vorderingen wegens rijksbelastingen, sociale verzekeringspremies en -samengevat- vorderingen uit hoofde van arbeid en pensioen ten opzichte van elkaar van gelijke rang zijn, maar in rang ten achter worden gesteld bij vorderingen terzake van de kosten van faillietverklaring, kosten tot behoud van een goed, pand en hypotheek, bewerkingskosten van 'kleine aannemers', appartementskosten en aanspraken jegens verzekeraars op vergoeding van verzekerde schade. Wel blijven evenbedoelde vorderingen bevoorrecht op alle goederen van de schuldenaar (art. 3:280 lid 5 BW-ontwerp), terwijl zij bovendien bevoorrecht blijven boven een stil pandrecht gevestigd op roerende tot de uitoefening van beroep of bedrijf bestemde zaken. Volgens het voorstel zal het huidige 'bodemrecht' -let wel: slechts voor de in art. 3:286 bijzondere belastingen en premieverplichtingen- worden vervangen door een 'bijzonder fiscaal verhaalsrecht'. Dit strekt zich -blijkens het ontwerp voor art. 3:287 BW- uit tot 'niet aan de schuldenaar toebehorende roerende zaken die bestemd zijn blijvend te worden gebruikt in de uitoefening van zijn (d.w.z. van de schuldenaar) beroep of bedrijf'. Daarvoor zou ingevolge het voorstel gelden dat daarop verhaal kan worden genomen 'zonder dat een andere schuldeiser aan degene die verhaal neemt een bedongen overwegend tot zekerheid strekkend recht op deze zaken kan tegenwerpen'. De voorstellen zouden tot gevolg hebben dat de fiscus en uitvoeringsinstanties bij voorrang verhaal kunnen nemen, niet slechts op niet aan de belastingschuldige toebehorende 'bodem-zaken' (eigendomsvoorbehoud) en stil verpande roerende 'zaaks'-goederen, maar ook op 'zaaks'-goederen die zich niet op de bodem bevinden, zoals een door middel van operational lease gefinancierd wagenpark. Dit wordt veroorzaakt doordat het criterium dat in wetsvoorstel 22 942 wordt gehanteerd bij de bepaling van de zaken waarop door de ontvanger en de uvi's verhaal kan worden gezocht is geherdefinieerd en thans luidt dat het gaat om zaken die bestemd zijn om blijvend te worden gebruikt in de onderneming van belastingschuldige. Het bodembegrip is mitsdien in de voorstellen losgelaten.

7.5 Bij Wv 27 244 wordt voorgesteld de afkoelingsperiode ook voor de Ontvanger te doen werken. Bovendien worden boedelschulden terzake van compensatie voor ge- of verbruik, dan wel vervreemding van goederen tijdens de afkoelingsperiode naar rang gelijkgesteld met die voor de (boedel)vorderingen van 's Rijks schatkist.

7.6. De behandeling van Wetsvoorstel 22 942 ligt al geruime tijd (sedert 1994) stil. Er is -zo meent de Werkgroep- goede reden tot nadere bezinning op de huidige, zowel als de voorgestelde regeling strekkend tot bevoorrechtiging van fiscus en uitvoeringsinstanties. De voorgestelde regeling heeft immers -zoals gezegd- van diverse zijden stevige kritiek te verduren gekregen terwijl volgens schrijvers de voorgestelde regeling tevens tot allerlei nieuwe ontwijkingsvormen zou leiden. Afgezien van de vraag of en hoe de algemene insolventiekosten moeten worden bepaald en over de schuldeisers moeten worden verdeeld, zou de Werkgroep ter discussie willen stellen een tweetal de in de literatuur geopperde mogelijkheden:

³⁴ Zie hieromtrent ook het rapport van de Interdepartementale werkgroep Voorrecht en bodemrecht, waarvan de tekst als Bijlage 6 is gevoegd bij Wv 20 588 (wijziging Invorderingswet).

³⁵ Tevens bevat het wetsvoorstel voorstellen tot vereenvoudigde afwikkeling van faillissement.

- a) het verlenen bij wet aan de fiscus en uitvoeringsorganisaties sociale verzekeringen van een bezitloos pandrecht te verlenen³⁶ voor de in art. 3:286 (ontwerp) genoemde schulden op alle roerende zaken, die bestemd zijn blijvend te worden gebruikt in de uitoefening van het beroep of bedrijf van de schuldenaar;
- b) het verlenen van een wettelijk voorrecht op een bepaald percentage van de liquidatie-opbrengst.³⁷

[7.A:] Hoe oordeelt U over het huidige systeem van art. 21 en 22 Invorderingswet 1990

[7.B:] Hoe oordeelt u over het systeem als voorgesteld in Wv 22 942?

[7.C:] Hoe oordeelt U over het voorstel tot opnemning van een wettelijk pandrecht aan de fiscus en uitvoeringsorganisaties sociale verzekeringen?

[7.D:] Als 7.C. met dien verstande dat het huidige begrip "reële eigendom" in de wet wordt verankerd?

[7.E:] Hoe oordeelt U over het voorstel tot een wettelijk voorrecht op een bepaald percentage van de liquidatie-opbrengst ?

[7.F:] Dient de wet in het model als bedoeld in 7.C. een nadere voorziening te bevatten tegen misbruik, bijvoorbeeld doordat de curator de opbrengst van een executie van zekerheidsrechten op goederen die anders ten tijde van het uitspreken van het faillissement zouden hebben toebehoord aan de schuldenaar van de executerende schuldeiser kan terugvorderen, indien binnen zes maanden na die executie insolventie intreedt (faillissement of surséance)?

[7.G:] Hoe dient in dit model te worden bepaald op welke goederen het wettelijke (bezitloze) pandrecht van de fiscus en uitvoeringsorganen sociale verzekering betrekking heeft?

[7.H:] Dient een nadere regeling te worden getroffen terzake van de nauwkeurige aanduiding van boedel- en faillissementskosten, daaronder in het bijzonder begrepen de kosten tot behoud van de onderneming? Is het juist die laatste kosten aan te merken als kosten 'tot behoud van de onderneming'?

[7.I:] Heeft dit model naar Uw oordeel invloed op de financierbaarheid van ondernemingen respectievelijk op de bij het nemen van zekerheid aan de betrokken goederen toegekende executie-waarde?

[7.J:] Dienen belastingschulden steeds met schulden uit hoofde van sociale verzekeringen te worden gelijkgesteld?

³⁶ Een dergelijk voorstel is eerder gedaan door A.I.M. van Mierlo, De fiscus als schuldeiser tijdens faillissement, oratie EUR (1994).

³⁷ De Liagre Böhl (1994)

8. DESTIGMATISERING FAILLISSEMENT (EN SURSÉANCE)

8.1. In Nederland rust nog te veel een stigma op falen. De failliete ondernemer wordt gestigmatiseerd ook al heeft het faillissement al lang niet meer een 'straf'-karakter. Een faillissement wordt, anders dan in de Verenigde Staten, niet gezien als een 'levensles' voor de ondernemer. Dit stigmatiserende effect werkt als een rem op een nieuwe start. In een werkelijk Ondernemende Samenleving leert men van falen en krijgen mensen een nieuwe kans. Een nieuwe Insolventiewet en daarmee verband houdende flankerende maatregelen, dienen daarom bij te dragen aan de-stigmatisering en bevordering van ondernemerschap.

Onderzoek van de Universiteit Nijenrode wijst er op dat in Nederland falen nog te weinig als leerproces wordt gezien.³⁸ Hierdoor kan herstart van een ondernemer in bijvoorbeeld een nieuw marktsegment belemmerd worden. Volgens onderzoek van het EIM lijkt het stigma op falen in ons land ook sterker te zijn dan in bijvoorbeeld de VS.³⁹ In de VS wordt in het algemeen meer open omgegaan met falen.⁴⁰ Het aantal ondernemers dat na een faillissement een herstart maakt ligt in de VS dan ook hoger dan in Nederland, namelijk 47% versus 31%.⁴¹ Amerikaanse (risico)financiers lijken veelal geneigd een eerder faillissement als een positief gegeven te beschouwen. Anekdotisch bewijs is dat Amerikaanse participatiemaatschappijen expliciet gebruik maken van de expertise en leerervaringen van gefailleerde ondernemers.⁴² Het stigma kleeft veelal aan de persoon van de ondernemer zelf, niet aan de rechtspersoon.⁴³ Financiers vragen van een startende ondernemer/groootaandeelhouder bijna altijd een persoonlijke garantstelling. Een eerder faillissement belemmert ook in praktische zin de mogelijkheid voor een nieuwe start omdat men vaak nieuwe financiering niet wenst te scheiden van de oude nog niet afgeloste schuldeisers. Daarbij komt dat kredietbeoordelingsmaatschappijen een eerder faillissement veelal negatief beoordelen. Dit is nadelig voor de mogelijkheden financiering aan te trekken.

[8.1.A:] Hoe zou naar Uw oordeel het evenbedoelde financieringsprobleem van herstarters kunnen worden opgelost of verminderd?

8.2.1 De Werkgroep heeft onderzocht in hoeverre de omvang en de intensiteit van het preventieve toezicht door het Ministerie van Justitie kan bijdragen tot destigmatisering van het faillissement, en daarmee eventuele belemmeringen voor de herkansing van ondernemers kan verminderen. In juli 1996 is daaromtrent een eerder advies van een MDW-werkgroep preventief toezicht vennootschappen uitgebracht, hetgeen recentelijk is uitgemond in de wet herijking preventief toezicht (Stb. 2000,283), die per 1 februari 2001 in werking treedt. Art 68 en 179 boek 2 BW geeft de basis voor het doen van de (preventieve) misbruiktoets bij het oprichten of statutenwijziging van een NV of BV. De verklaring van geen bezwaar voor de oprichting van een vennootschap wordt geweigerd, indien op objectieve gronden redelijke

³⁸ Universiteit Nijenrode (2000), *Succesvol Ondernemen: eerder een kwestie van karakter dan van kennis*, Breukelen.

³⁹ EIM (1998), *Business failures and entrepreneurship in international perspective*, Zoetermeer.

⁴⁰ Illustratief is www.startupfailures.com, een site expliciet gericht op falende ondernemers. Ook in Arthur Andersen (2001), *Not Just Peanuts* komt de VS goed uit de bus, evenals overigens Nederland.

⁴¹, EIM (1998) idem.

⁴² Een andere indicatie voor de wijze waarop men in de VS met falen omgaat is de wetgeving op grond waarvan kredietbeoordelingsmaatschappijen verplicht zijn na een periode van 10 jaar alle informatie gerelateerd aan faillissement uit hun bestanden te verwijderen. In Europa geldt op dit punt de EU-richtlijn privacybescherming (geïmplementeerd bij Wet van 6 juli 2000, Stb. 2000, 302).

⁴³ Overigens heeft de Wet Schuldsanering Natuurlijke Personen de onbeperkte persoonlijke aansprakelijkheid voor schulden van natuurlijke personen doorbroken.

twijfel bestaat aan de (morele of financiële) betrouwbaarheid of integriteit van bij de vennootschap betrokken beleidsbepalende personen. Hiervan kan sprake zijn indien blijkt dat de beleidsbepalende persoon betrokken is geweest bij een faillissement of surséance van betaling, uitgesproken in de acht jaren voorafgaand aan de dagtekening van de aanvraag. Wanneer uit informatie van de curator of de bewindvoerder aannemelijk wordt dat het faillissement of de surséance van betaling niet in belangrijke mate aan de betrokken persoon is te wijten zal in de regel de verklaring direct worden afgegeven. Het enkele feit dat men eerder onderwerp is geweest van een insolventieprocedure is dus niet beslissend: het gaat veeleer om de onafhankelijke inlichtingen die worden verstrekt door diegene die het dichtst bij het faillissement of de surséance betrokken is geweest: de curator of de bewindvoerder⁴⁴.

8.2.2 De wetgever heeft met het terugdringen van het preventieve toezicht gekozen voor het handhaven van een zekere betrouwbaarheidsdrempel, daar waar het risico kan bestaan dat crediteuren worden benadeeld. Het is niet de bedoeling dat zij die door slecht ondernemerschap faillissementen veroorzaken meer faillissementen op hun naam krijgen ten koste van crediteuren, waaronder kredietverschaffers, werknemers en de samenleving. Het algemeen (grensoverschrijdende) belang van een integere handel is daarmee gediend⁴⁵. De afgifte van de verklaring geeft aan dat er niet hoeft te worden getwijfeld aan betrokkene, ondanks mogelijke faillissementen of surséances op zijn naam. De verklaring vervult in die zin een zuiverende rol, want hij vermindert een mogelijk stigma. De mate van verwijtbaar handelen in een faillissement of surséance kan worden vastgesteld op basis van het oordeel daaromtrent van de rechter-commissaris, de curator dan wel op basis van advies van de ECD, de FIOD, de belastingdienst of feiten en omstandigheden blijkend uit de periodieke faillissementsverslagen afkomstig van de griffie van de rechtbank. De doorlooptijd van een aanvraag bij een oprichting dient zodanig snel te zijn dat niet langs die weg een herstartdrempel wordt opgeworpen. Indien er geen antecedenten worden aangetroffen was tot voor kort de gemiddelde doorlooptijd 10 dagen. Die is inmiddels verder teruggebracht tot gemiddeld 7 dagen. Sinds de zomer van 2000 is de elektronische aanlevering operationeel, waardoor een verklaring kan worden verkregen binnen 48 uur indien er geen relevante antecedenten worden aangetroffen. Als er wel antecedenten worden aangetroffen, ligt vanuit de misbruikbestrijdingsgedachte een nader onderzoek voor de hand. Volgens interne richtlijnen is dat onderzoek bij minder dan twee faillissementen in de afgelopen zes jaar minder omvangrijk dan indien er sprake is van twee of meer faillissementen in diezelfde tijd, of indien strafrechtelijke antecedenten worden aangetroffen.

8.2.3 Indien er wel antecedenten worden aangetroffen volgt zoals aangegeven nader onderzoek. De aanvrager wordt in de standaardformulieren onder andere gevraagd naar zijn financiële verleden. Indien hij betrokken is bij een faillissement kan hij de doorlooptijd van het onderzoek verder bekorten door een curator verslag over zijn mate van betrokkenheid te laten toevoegen. De praktijk leert dat de aanvragers dit nimmer doen terwijl daar uitdrukkelijk om wordt gevraagd in de formulieren. Als aanvragers meer van die mogelijkheid gebruik zouden maken, zou dat ertoe kunnen leiden dat de verklaring van geen bezwaar, gezien het rapport van

⁴⁴ Jaarlijks worden circa 74.000 aanvragen behandeld. Daarvan bleken 4700 gevallen onderzoekswaardig. In circa 2 procent (= 90) van de gevallen waarin een nader onderzoek aangewezen leek werd de verklaring geweigerd in het jaar 1999. Daartegen staat een Awb-procedure open voor de belanghebbende.

⁴⁵ Beleidsdoelstelling van het preventief toezicht op het bedrijfsleven is “ het bijdragen aan een veilige, rechtvaardige en betrouwbare samenleving door het voorkomen van misbruik of oneigenlijk gebruik van vennootschappen op zodanige wijze dat de lasten voor het bonafide bedrijfsleven minimaal zijn.” Het preventieve toezicht bevindt zich n.a.v. de parlementaire enquête commissie opsporingsmethoden (Van Traa) in een transformatieproces waarin de uitvoering van de misbruiktoets wordt gemoderniseerd en geïntensiveerd.

de curator of bewindvoerder, eerder positief wordt beoordeeld. De informatie die nodig is voor het beantwoorden van de antecedentenvraag is afkomstig uit een aantal politieke en justitiële registratiesystemen waaronder het eigen systeem VENNOOT 98, een WPR-conform-register dat door DBZ-Justitie wordt gehouden. Vanuit een oogpunt van stigma is van belang dat dit geen door derden raadpleegbaar openbaar register is, maar uitsluitend toegankelijk voor personen en instanties die als vaste gebruikers zijn aangemerkt. Dit zijn alle algemene en bijzondere opsporingsdiensten, waaronder het Openbaar Ministerie, faillissementscuratoren, bewindvoerders en de fiscus. Het register heeft een gepubliceerd privacyreglement.

[8.2.A:] Dient de verklaring van geen bezwaar in de huidige vorm naar uw oordeel een redelijk doel ?

[8.2.B:] Hoe is Uw oordeel omtrent deze mogelijkheid tot destigmatisering?

[8.2.C:] Op welke gronden zou aantekening moeten worden gemaakt van ‘verdacht’ of frauduleus handelen?

[8.2.D:] Hoe zou de procedure kunnen worden ingericht (als deel van de insolventie-procedure)?

8.3. Ook de bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement kan in zeker opzicht een stigmatiserend effect hebben. Strekking daarvan is het curatoren gemakkelijker te maken bestuurders aan te spreken voor het tekort in het faillissement. De grond daartoe is ‘kennelijk onbehoorlijk bestuur’ dat een belangrijke oorzaak van het faillissement heeft gevormd. Verzuim van boekhoud- en jaarrekenplichten merkt de wet aan als kennelijk onbehoorlijk bestuur en dan wordt vermoed dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Tegenbewijs staat hiervan open. Een veroordeling tot zodanige persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders is geen alledaagse zaak en wordt door curatoren niet lichtvaardig ondernomen. Vanuit oogpunt van verhaal is niet altijd duidelijk of een aansprakelijkheidsstelling ook praktisch nut heeft. Indien de procedure echter wordt gestart en ook slaagt, is duidelijk dat dat voor de bestuurder in kwestie grote consequenties heeft

Kleinere ondernemers kiezen -tot dusver niet in de laatste plaats ook om fiscale redenen- voor een BV. Zij zijn dan in de regel tegelijk enig aandeelhouder en bestuurder. Vooral in die laatste hoedanigheid worden zij, indien de onderneming in moeilijkheden komt te verkeren, vaak zonder meer al in privé (op grond van verlangde contractuele zekerheden), maar ook door deze aansprakelijkheid bedreigd. Verzekering tegen aansprakelijkheid als bestuurder is mogelijk, maar deze biedt in de regel geen dekking voor de hier bedoelde aansprakelijkheid. De gronden waarop aansprakelijkheid bestaat (kennelijk onbehoorlijk bestuur) zijn gezien de diversiteit van ondernemingssituaties niet in de wet, maar wel in de rechtspraak nader uitgewerkt. De (relatieve) ernst van verzuim van vennootschappelijke plichten waarop die aansprakelijkheid kan worden gegrond is de reden voor de strengheid van de aansprakelijkheid. De oorspronkelijke bedoeling van deze regeling was om ‘misbruik’ en ‘oneigenlijk gebruik’ van in het bijzonder BV’s te bestrijden. Het (ook internationale) belang van een integere handel vraagt om een preventieve prikkel van aansprakelijkheid bij een faillissement dat door onbehoorlijk bestuur is veroorzaakt. De aansprakelijkheidsvraag is beperkt tot (evident, want “kennelijk”) misbruik en oneigenlijk gebruik, en bestaat dus niet in twijfelgevallen, dus gevallen waarin voldoende tegenbewijs geleverd is. De werkgroep vraagt zich niettemin af of de huidige regeling te zware consequenties met zich mee brengt voor de aansprakelijk gehouden

bestuurder en of de regeling vanuit oogpunt van stigmabestrijding verbetering behoeft.

[8.3.A:] Is naar uw oordeel het criterium "kennelijk onbehoorlijke taakvervulling" (artt. 2: 138 en 248 leden 1 BW) vanuit oogpunt van stigmabestrijding een te strenge toetssteen?

[8.3.B:] Wanneer het bestuur niet heeft voldaan aan de jaarrekeningplicht wordt een onbehoorlijke taakvervulling vermoed (behoudens tegenbewijs) die een belangrijke oorzaak is van het faillissement (artt.2:138 en 248 leden 2 BW). Vindt u dat deze bepaling (ook vanuit een oogpunt van stigmabestrijding) dient te worden afgezwakt ?

[8.3.C:] Indien de normen voor naleving van het jaarrekeningrecht (aldus) zouden worden versoepeld (uit overwegingen van stigmabestrijding), wat is dan naar uw mening het effect hebben op de transparantie van ondernemingen en daarmee op de belangen van crediteuren?

[8.3.D:] Wat is naar uw mening het effect van bedoelde versoepeling, op de huidige praktijk dat ondernemers in moeilijkheden vaak te lang blijven "doormodderen"?

9. PROFESSIONALISERING VAN HET RECHTERLIJK APPARAAT EN CURATOREN.

9.1 In de Faillissementswet belasten de artikelen 64-68 de rechter-commissaris met het toezicht op het beheer en de vereffening van de failliete boedel en worden diens bevoegdheden omschreven. De artikelen 68-73a belasten de curator met het beheer en de vereffening van de failliete boedel en omschrijven diens taken, bevoegdheden, ontslag en aansprakelijkheid. In surséance kan een RC worden benoemd “teneinde de bewindvoerders op hun verzoek van advies te dienen” (artikel 223a). 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). De rechter-commissaris is lid van de rechtbank. Tot curator worden, hoewel de rechtbank vrij is, in de regel slechts advocaten benoemd. Bijzondere eisen aan de professionaliteit van de rechter-commissaris, curator of bewindvoerder worden niet door de wet gesteld, maar wel door de praktijk. De curator is omschreven als een octopus, een veel-armig dier, dat ook verondersteld wordt een scherpe speurneus te hebben, de bewindvoerder is conceptueel “mede-manager” en de rechter-commissaris houdt toezicht op het handelen van de curator en/of de bewindvoerder (en indirect ook het bestuur) en geeft advies als ware hij een commissaris bij een onderneming. Insolventies zijn gecompliceerd, niet alleen juridisch, maar ook economisch, commercieel en anderszins. De universitaire opleiding garandeert allermindst de vereiste kennis en vaardigheden. NovA en Insolad (de vereniging van Insolventie-advocaten) -opleidingen vullen ook hier het tekort aan. Enigermate zorgwekkend is dat ook sommige grotere kantoren zich uit de insolventiepraktijk terugtrekken op grond van economische overwegingen. In haar benoemingsbeleid houdt de rechtbank rekening met de haar bekende kwaliteiten van advocaten. Aan de kwaliteitseisen die de Insolad-advocaten zichzelf stellen valt weinig toe te voegen. Hooguit zou het wenselijk zijn dat de advocatuur ook uit eigen belang de bestaande opleidingsfaciliteiten meer openstelt voor buitenstaanders, zoals raio's, accountants en onervaren rechters-commissaris. Het vaak gehoorde argument dat een curator eigenlijk een heel ander vak is dan advocaat biedt alleen maar steun voor een aanpak die niet alleen cursisten vanuit de advocatuur recruteert. Indien ook rechters kunnen profiteren van de binnen Insolad verzamelde know-how zal vanzelf de rechterlijke expertise op financieel-economisch terrein en op het terrein van de accountancy kunnen toenemen. Maar er is anderzijds ook geen sprake van een bewust instandgehouden “closed shop”: slechts in uitzonderingsgevallen valt er in de faillissementspraktijk goed te verdienen. Het curatoren aanbod maakt het niet eenvoudig voor de rechter om buiten Insolad om curatoren in grotere faillissementen te benoemen. In zoverre is de rechterlijke macht dus ook tot Insolad veroordeeld. Weliswaar is er een dalende tendens van het aantal faillissementen in een tijd van hoogconjunctuur, maar zodra het aantal faillissementen weer stijgt doet zich het schrale aanbod in alle hevigheid gelden.

9.2 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. De werkgroep is – na het horen van enkele rechters-commissarissen in faillissement - van mening dat een langere zittingstermijn daar al verbetering in kan brengen, en dat dus niet te snel moet worden gerouleerd. Nu is een roulatietermijn van twee a drie jaar gebruikelijk, en dat zou minstens moeten worden verdubbeld. Zo wordt tevens bereikt dat know-how wordt bewaard bij de rechtbank, en dat jongere rechters de kans krijgen van meer ervaren insolventierechters de kunst af te kijken. Ook in de kleinere rechtbanken zou tenminste altijd een ervaren rechter-commissaris beschikbaar moeten zijn. De ervaring leert dat presidenten belang hebben bij een

maximale flexibiliteit en inzetbaarheid van de beschikbare rechters: zij willen de hand vrijhouden bij het schuiven in noodsituaties in andere kamers, waarbij nog eens komt dat de faillissementssectie kennelijk vaak gezien wordt als “sluitpost”, nadat organisatorische problemen bij de strafsectie en de civiele sectie verholpen zijn. Daarbij komt dat de strafsectie en de bestuurssectie het meest in de publiciteit staan. Binnen de civiele secties van de rechterlijke organisaties heeft de faillissementssectie een weinig afgebakende status. De faillissementskamer is in de ogen van het management van de rechterlijke instanties kennelijk niet zo bijzonder dat een probleem elders in de rechtbank daarvoor zou moeten wijken.

9.3 In aansluiting op het bovenstaande realiseert de Werkgroep zich dat hier een algemenere vraag ligt van specialisatie van de rechter, en vraagt de Werkgroep zich af in hoeverre een bijzondere rechtvaardiging hard te maken is om (alleen) voor de faillissementsrechter – net als bijvoorbeeld voor het ondernemingsrecht – regionale concentratie en specialisatie voor te stellen. Voor andere speciale rechtsgebieden is evenzeer specifieke deskundigheid vereist (milieu, jeugdrecht, zware criminaliteit, ontvangerzaken) terwijl toch de geschillenbeslechting in die zaken bij ieder arrondissement wordt aangeboden. Het idee van een (al of niet ressortsgewijze) concentratie van faillissementskamers bestaat al langer. Of dit altijd in het belang van curatoren is, is niet zeker: met een meer afstandelijke en meer professionele kamer dan thans het geval is, bestaat de kans dat curatoren hun informele contacten met de rechters-commissaris verminderd zien. Wellicht dat een concentratie ook leidt tot meer tegenspel. Anderzijds valt hetzelfde effect – met minder kosten en reorganisatie – ook te bereiken met een langere roulatietermijn. Voorzover langere roulatie en/of concentratie ten koste zou gaan van een “onderonsjessfeer” die hier en daar bij de kleinere rechtbanken nog wel schijnt te bestaan hoeft niemand daar rouwig om te zijn. Concentratie zou wellicht niet betrekking moeten hebben op de schuldsaneringszaken: die zouden gezien de aard van de materie bij de 19 rechtbanken moeten blijven, om te voorkomen dat natuurlijke personen in een uitzichtsloze schuldsituatie reiskosten moeten gaan maken om de rechtbank te bereiken. Dit argument pleit iets minder voor de ondernemers in de schuldsanering. Een en ander kan 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 dan verhuizen van de zaak met zich mee brengen. Bij volstaan met een langere roulatietermijn speelt dit probleem niet.

9.4 De werkgroep beveelt aan om bij de komende Raad voor de Rechtspraak nadrukkelijk in de aandacht aan te bevelen om de faillissementskamers een herkenbaarder gezicht te geven, beter te ondersteunen, en de roulatietermijn voor rechters-commissaris in faillissementen te verdubbelen. Dat is mogelijk in het kader van het toezicht dat de Raad gaat 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 vermoedelijk onder de zeggenschap van de Raad voor de Rechtspraak komen te vallen, als onderdeel van de gerechtelijke personeelsaangelegenheden. Tenslotte is van belang dat de Raad zich rekenschap geeft van de toezichthoudende taken van de rechter-commissaris op de curator, die zodanig gespecialiseerd en deskundig is geworden dat het toezicht dreigt te worden uitgehold. De rechter-commissaris dient door de eigen organisatie in staat te worden gesteld om de wettelijke toezichthoudende taken ten volle waar te maken. Dat sluit aan op het navolgende.

9.5 De indruk bestaat dat er onvoldoende tijd en geld beschikbaar is voor een rechterlijke toets naar hoe de curator zijn werk heeft gedaan. Op zich kan externe expertise van bijvoorbeeld een accountant worden ingehuurd (zie art. 66 lid 1 Fw) maar het is de rechtbank die dat betalen moet, dus daar zal een goede rechtvaardiging voor nodig zijn gezien de

werkdruk. Daar speelt de snelle roulatie doorheen: een pas aangestelde rechter-commissaris gaat niet in alle lopende of afgeronde dossiers kijken of er in die zaken een “ex post evaluatie” moet plaatsvinden: die is allang blij als hij de boel draaiende kan houden en kan bevatten wat er zoal in insolventieland gebeurt. En omdat er om de twee jaar wordt gerouleerd, komt men nooit aan controle toe, want tegen de tijd dat men ingewerkt is en er aardigheid in krijgt wordt er gerouleerd. Ook op dit punt blijkt de wenselijkheid van de aanbeveling van de werkgroep om de snelle roulatie te vertragen. Tenslotte is denkbaar dat op basis van de reeds bestaande bevoegdheid van de rechter om zich van deskundigenadvies te voorzien (art. 66 lid 1 Fw) een vaste pool van deskundigen wordt samengesteld (bijv. gepensioneerde ondernemers) waar een snel advies kan worden ingewonnen. 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

[9.5A:] Welke kansen mogelijkheden voor professionaliteitsbevordering bij rechters en curatoren ziet u ?

10. Grensoverschrijdende insolventie

10.1 Onder het huidige recht zijn de gevolgen die Nederland toekent aan buitenlandse insolventieprocedures betrekkelijk beperkt. De wet bevat nauwelijks bepalingen dienaangaande. De jurisprudentie komt gezegd hierop neer, dat een buitenlandse insolventieprocedure niet het in Nederland gelegen vermogen omvat⁴⁶. Omgekeerd is het vaste jurisprudentie dat het niet de bedoeling van de wetgever is dat de Faillissementswet beperkt moet blijven tot het Nederlandse grondgebied, maar of een Nederlands faillissement ook daadwerkelijk werking heeft in een andere Staat, hangt af van de rechtsorde van die Staat.⁴⁷ Deze situatie is onwenselijk. De internationale handel wordt er niet door bevorderd, kwaadwillende schuldenaren kunnen hun activa nog snel uit Nederland verwijderen om die onvindbaar te maken voor schuldeisers, en goedwillende schuldenaren die in het buitenland een schone lei (“Restschuldbefreiung”) hebben gekregen, kunnen zich daarop in Nederland niet beroepen. Voor wat betreft de verhouding tussen de lidstaten van de Europese Unie, met uitzondering van Denemarken, komt daar binnenkort een einde aan. In het kader van de Europese Unie is de Insolventieverordening tot stand gekomen⁴⁸. Deze treedt op 31 mei 2002 in werking. De Verordening geeft geen -of nauwelijks- regels van materieel insolventierecht, maar beoogt regels te geven voor de erkenning over de grenzen heen van insolventieprocedures, en regels van internationaal privaatrecht. Voor de verhouding met andere landen wordt de huidige situatie gehandhaafd. Dat geldt voor veel landen onderling, wereldwijd. Daarom heeft de United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) een Modelwet aangenomen⁴⁹. De Modelwet is een aanbeveling aan Staten om deze in hun nationale wetgeving op te nemen. De Modelwet bepaalt, kort gezegd, dat een buitenlandse insolventieprocedure kan worden erkend indien aan bepaalde vereisten is voldaan, waarna in de erkennende Staat zekere gevolgen aan die erkenning worden verbonden, hetzij van rechtswege, hetzij na een beslissing van de aangezochte rechter daartoe. Naar verluid zijn sommige Staten doende deze Modelwet in hun wetgeving te incorporeren, waaronder de Verenigde Staten van Amerika en Zuid-Afrika. De vraag rijst of deze Modelwet in de Nederlandse wetgeving moet worden opgenomen.

⁴⁶ HR 2 juni 1967, *NJ* 1968, 16; HR 31 mei 1996, *NJ* 1998, 108.

⁴⁷ HR 15 april 1955, *NJ* 1955, 542.

⁴⁸ Verordening (EG) nr. 1346/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures, *PbEG* 2000 L 160/1.

⁴⁹ Report of the United Nations Commission on International Trade Law, on the work of its thirtieth session 12-30 May 1997; General Assembly Official Records Fifty-second Session, Supplement No. 17 (A/52/17). Ook gepubliceerd in: I.F. Fletcher, *Insolvency in private international law*, Clarendon Press, Oxford, 1999, Appendix IV, blz. 432; A.J. Berends, *Grensoverschrijdende insolventie*, Nederlands Instituut voor het Bank- en Effectenbedrijf, Amsterdam, 1999, Bijlage, blz. 309 e.v.

11 RESTERENDE AANDACHTSPUNTEN

Bij de voorbereiding van dit discussiememorandum had de Werkgroep nog geen standpunt bepaald met betrekking tot de volgende onderwerpen”:

- a) De vraag of de wet dient te voorzien in de mogelijkheid van een *geconsolideerd* faillissement voor in een groep verbonden ondernemingen.
- b) De vraag hoe kan worden bevorderd dat insolventies sneller worden afgewikkeld, hoe onnodige vertraging en dito kosten kunnen worden vermeden, bijvoorbeeld door verkorting van termijnen.
- c) De vraag of de wet niet met zoveel woorden toepasselijk zou dienen te zijn op personenvennootschappen die onder eigen naam aan het rechtsverkeer deelnemen (openbare maatschap, vof, CV, rederij), alsook op een EESV, een nalatenschap, de huwelijksgoederengemeenschap, de voortgezette gemeenschap (art. 3:166 BW) en ontbonden rechtspersonen waarvan het vereffeningssaldo nog niet (geheel) is verdeeld.
- d) Een nadere analyse van het begrip ‘boedelkosten’ en de vraag wat de wet hieromtrent zou dienen te bepalen.

BIJLAGE 1 DE FAILLISEMENTSNET IN DE LITERATUUR

- M.J.van der Aa, De positie van de energiebedrijven tijdens de afkoelingsperiode, *TvI* 1997, blz. 154 e.v.
- M.J. van der Aa, De afkoelingsperiode in de praktijk, *TvI* 1995, blz. 72 e.v.
- M.J. van der Aa, De positie van de hypotheekhouder tijdens de afkoelingsperiode van art. 63a en 241a Fw, *WPNR* 6239 (1996), blz. 708 e.v.
- M.J. van der Aa, Enkele processuele aspecten van het faillissement, *Advocatenblad* 1994, blz. 107 e.v.
- Adviescommissie Duaal Ontslagstelsel, *Afscheid van het duale ontslagrecht*, Reproductie van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, 2000.
- P. Aghion, Hart, O. en J. Moore, (1992), The Economics of Bankruptcy Reform, *Journal of Law, Economics and Organization*, 523-546. Antonis, De werknemer en faillissement, *TvI* 2000, blz. 6 e.v.
- J.C. van Apeldoorn, Toekomstig insolventierecht? Bezint eer ge begint, *TvI* 2000, blz. 8 e.v.
- Arthur Andersen en Growth Plus, Not just peanuts, 2000
- Ballon, Het nieuwe Belgische insolventierecht, *NTBR* 1999, blz. 62 e.v.
- Bebchuk, L., (1988), A New Approach to Corporate Reorganizations, *Harvard Law Review*, 775-804.
- Bebchuk, L.A., (1998), Chapter 11, in *The New Palgrave Dictionary of Economics and Law*, Vol. 1, 219-224.
- R.M. Beltzer en R. Knecht, Faillissementen en het afvloeien van personeel; over misbruik van het faillissementsrecht, In: *Justitiële Verkenningen*, Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatie Centrum van het Ministerie van Justitie en Kluwer, 2000, blz. 44 e.v.
- G.A.J.Boekraad, Boedelschulden: het onderscheid tussen algemene en bijzondere faillissementskosten.
- G.A.J.Boekraad en C.M. Harmsen, het faillissement van de paritas creditorum, In: S.C.J.J. Kortman en T.H.D. Struycken (red.), *Privaatrecht in de 21^e eeuw, Herijking van het faillissementsrecht*, uitgave van het Ministerie van Justitie, Kluwer, Den Haag, 1999, blz. 51 e.v.
- A.W.A. Boot en J.E.Ligterink, De efficiëntie van de Nederlandse Faillissementswetgeving, deel 3 in de reeks *Topics in corporate finance*, Amsterdam Center for corporate finance, Universiteit van Amsterdam, Amsterdam, 2000.
- A.W.A. Boot en J.E.Ligterink (2000), Banken en de faillissementswet, *Economisch Statistische Berichten*, pp. 876-878.
- H. Borgers en M. Scheffers, "Het spijt me heren, het is over, uit, het doek valt", Interview met mr. F. Meeter, *Ars Aequi* 1998, blz. 573 e.v.
- M.Tj. Bouwes, Wijzigbaar recht, *TvI* 2000, blz. 5.
- S.V. Campbell, An investigation of the direct costs of bankruptcy reorganization for closely held firms, 1997, blz. 21 e.v.

Centraal Bureau voor de Statistiek

Ph. Colle, De krachtlijnen van het Belgische wetsontwerp inzake gerechtelijk akkoord, *TvI* 1997, blz. 119 e.v.

H. Cousy en E. Dirix, *Continuïteit van de ondernemingen in moeilijkheden*, preadvies voor de Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het Recht van België en Nederland, *Tijdschrift voor privaatrecht* 1998-3, blz. 1 e.v. (overdruk).

O. Couwenberg, *Resolving Financial Distress in The Netherlands* (diss. RUG), 1997.

O. Couwenberg, Faillissementsregels nader beschouwd: verdient het koren een andere regel dan het kaf? *Ondernemingsrecht* 1997, blz. 176 e.v.

O. Couwenberg, Nederlandse Faillissementswet: meer dan honderd jaar jong, *TvI* 1998, blz. 89 e.v.

O. Couwenberg, Buurmans gras is altijd groener: reflectie op de relatieve efficiëntie van insolventiesystemen, *TvI* 2000, blz. 127.

H.J. Damkot en J.H.S.G.K. Timmermans, De toekomst van de Faillissementswet, *TvI* 2000, blz. 12.

A.A.M. Deterink, WBF via meldingsplicht en omkering bewijslast ook effectief in geval van Überschuldung, *TvI* 1998, blz. 43 e.v.

E. Dirix, Schuldsanering voor particulieren in België, *TvI* 1999, blz. 65 e.v.

L.J. van Eeghen, Verkenning van belangen bij doorstart na faillissement, *TVVS* 1996, blz. 93 e.v.

L.J. van Eeghen, Benadeling van crediteuren en voorbereide doorstart faillissementen, *NJB* 1997, blz. 1665 e.v.

EIM, Quick service scan faillissementen, Zoetermeer, 1999.

T. Eisenberg en S. Tagashira, Should we publish Chapter 11? The evidence from Japan, *Journal of legal studies*, 1994, blz. 111 e.v.

J.H.M. van Erp, Kredietopzegging: een kwestie van behoorlijke besluitvorming, *NTBR* 2000, blz. 380 e.v.

S. Fay, E. Hurst en M.J. White, The Bankruptcy decision: does stigma matter?, University of Michigan, 1998.

M.J.M. Franken, Geen “Überschuldung”, maar “Unterliquidität”?, *TvI* 1998, 188.

S. Franken, Onderzoek naar de effectiviteit van faillissementswetgeving, Enige opmerkingen naar aanleiding van het rapport “De efficiëntie van de Nederlandse Faillissementswetgeving”, *TvI* 2000, blz. 175 e.v.

R.J. van Galen, Een regeling voor het boedelfaillissement, *TvI* 1997, blz. 148.

R.J. van Galen, Drie typen schulden bij faillissement, *WPNR* 6225 (1996), blz. 393 e.v.

R.J. van Galen, De rangorde onder boedelschulden in faillissement, *WPNR* 6266 (1997), blz. 255 e.v.

R.J. van Galen, Het Nederlandse faillissement; lessen uit het buitenland, In: *Justitiële Verkenningen*, Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatie Centrum van het Ministerie van Justitie en Kluwwer, 2000, blz. 65 e.v.

A. Grimme, De doorfinancieringsverplichting van de bank, *Ars Aequi* 1995, blz. 7 e.v.

J.J. van Hees, Herziening van het insolventierecht: een kwestie van denken én doen, *TvI* 1997, blz. 102 e.v.

M. van der Horst, Faillissement en surséance van betaling: voer voor de specialist Unger, *Trema* 1999, blz. 141 e.v.

N.J.H. Huls, *Een nieuwe kans voor particulieren en voor ondernemers*, Ministerie van Economische Zaken, 1999.

ING, Ondernemers op herhaling, Amsterdam, 1998.

A.T.J.M. Jacobs en R.D. Vriesendorp, Werknemersrechten in faillissement, een rechtsvergelijkende beschouwing, Katholieke Universiteit Brabant, Schoordijk Instituut, Boom Juridische Uitgevers, Den Haag, 2000.

M.W. Josephus Jitta, Gedachten omtrent de geconsolideerde afwikkeling van faillissementen, In: S.C.J.J. Kortman en T.H.D. Struycken (red.), *Privaatrecht in de 21^e eeuw, Herijking van het faillissementsrecht*, uitgave van het Ministerie van Justitie, Kluwer, Den Haag, 1999, blz. 103 e.v.

R.H. van het Kaar en R. Knegt, Doorstart na faillissement: de positie van werknemers, *NJB* 1996, blz. 1622 e.v.

L. Kik, Faillissementswet rijp voor opknopbeurt, Curator Barend de Roy van Zuidewijn over surséance van betaling, *Account* juni 1999, blz. 42 e.v.

R.J.Q. Klomp, Oude en nieuwe hoedanigheden in het faillissementsrecht: kooplieden revisited? In: S.C.J.J. Kortman en T.H.D. Struycken (red.), *Privaatrecht in de 21^e eeuw, Herijking van het faillissementsrecht*, uitgave van het Ministerie van Justitie, Kluwer, Den Haag, 1999, blz. 39 e.v.

S.C.J.J. Kortmann en J.J. van Hees, Kroniek van het faillissementsrecht, *NJB* 1996, blz. 1325 e.v.

S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, Honderd jaar Faillissementswetgeving, *TvI* 1996, blz. 123.

S.C.J.J. Kortmann, J.J. van Hees en N.E.D. Faber, Continuïteit van ondernemingen in moeilijkheden, preadvies voor de Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het Recht van België en Nederland, *Tijdschrift voor privaatrecht* 1998-3, blz. 53 e.v. (overdruk).

S.C.J.J. Kortmann, De afkoelingsperiode van art. 63a Fw: ondoordachte wetgeving, In: *Financiering en aansprakelijkheid*, Kluwer Law International-W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer, 1995, blz. 149.

S.C.J.J. Kortmann, Faillissementsrecht anno 2000

S.C.J.J. Kortmann, Haastige speed... opmerkingen naar aanleiding van het voorstel tot wijziging van de Faillissementswet, *TvI* 2000, blz. 26 e.v.

R. Levine, Law, Finance, and Economic Growth, University of Virginia, 1997.

E.W.J.H. de Liagre Böhl, Toekomstig insolventierecht; mijn korte verlanglijstje, *TvI* 2000, blz. 10.

- E. Loesberg, De werknemer en zijn sinsolvente werkgever, *TvI* 1998, blz. 69 e.v.
- W.S.M. Lloyd-Schut, Recente ontwikkelingen in het Engelse insolventierecht, *TvI* 1996, blz. 7 e.v.
- F. Meeter, Wettelijke doorfinancieringsverplichting, *TvI* 1996, blz. 85 e.v.
- F. Meeter, Vooruitblik insolventierecht, *TvI* 2000, blz. 16 e.v.
- A.L.M. van Mierlo, Warmhouden, afkoelen en bevroren tijdens surséance, Snode plannen van de Staatssecretaris van Justitie?, *WPNR* 6145 (1994), blz. 514 e.v.
- A.L.M. van Mierlo, *De fiscus als schuldeiser tijdens faillissement*, (inaugurele rede), Law & Practice Publishers, Deventer, 1994.
- Ministerie van Economische Zaken, *Klaar voor de start? Een discussie over nieuw ondernemerschap*, Den Haag, 1998.
- Ministerie van Economische Zaken (1999), *De ondernemende samenleving: meer kansen, minder belemmeringen voor ondernemerschap* (TK 1998/1999, 26736, nr. 1), Den Haag.
- Ministerie van Economische Zaken/EIM (2001), *Entrepreneurship in The Netherlands. New economy: new entrepreneurs*, Den Haag/Zoetermeer.
- Moret Ernst & Young, *Rescue Required, a survey into the insolvency legislation aiming at the renewal of the procedure of the suspension of payments in the Bankruptcy Act of the Netherlands*, 1996
- G. Noordraven, *De regeling van de Überschuldung*, Kluwer, Deventer, 1991
- Onderzoekcentrum Onderneming & Recht, *De efficiëntie van de Faillissementswet*, tussenrapportage, augustus 2000.
- H.P.J. Ophof, “Naar een wettelijke verplichting tot doorfinanciering tijdens surséance”, *TVVS* 1994, blz. 185 e.v.
- H.P.J. Ophof, Enige algemene beschouwingen over “doorstart”, *TVVS* 1997, blz. 199 e.v.
- T. Overdijk, “Veel gefailleerde bedrijven hadden bij tijdige hulp kunnen doorstarten”, Pieter Knabben van de nationale faillissement preventielijn, *Account* juni 1999, blz. 63 e.v.
- L. Peeters. De krachtlijnen van de nieuwe Belgische Faillissementswet, *TvI* 1998, blz. 32
- W.A.K. Rank, *Verrekening door de bank als oneigenlijke zekerheid*, Nederlands Instituut voor het Bank- en Effectenbedrijf, Amsterdam, 1990
- E.B. Rank – Berenschot, noot onder HR 28 september 1990, *Advocatenblad* 1990, blz. 590 e.v.
- E.B. Rank – Berenschot, Fiscaal (bodem)voorrecht versus stil pandrecht: uitoefeningsvereisten en uitwinningsvolgorde van activa, *Bb* 1998, blz. 176 e.v.
- E.B. Rank – Berenschot, Uitoefening fiscaal bodemvoorrecht jegens pandhouder, *Advocatenblad* 1998, blz. 1053 e.v.

W.H.M. Reehuis, Inning van verhaal op verpande vorderingen, in het bijzonder bij derdenbeslag en faillissement,

M.G.Rood, “Doorstart vanuit sociaalrechtelijk perspectief, *TVVS* 1997, blz. 202 e.v.

J.W. Rutgers, Eigendomsvoorbehoud en de Staatscommissie IPR, *NTBR* 1999, blz. 324 e.v.

H.M.N.Schonis, Fiscale aspecten van de doorstart van ondernemingen, *TVVS* 1997, blz. 204 e.v.

R.J. Schimmelpenninck, De rol van de rechter c.q. rechter-commissaris, In: S.C.J.J. Kortman en T.H.D. Struycken (red.), *Privaatrecht in de 21^e eeuw, Herijking van het faillissementsrecht*, uitgave van het Ministerie van Justitie, Kluwer, Den Haag, 1999, blz. 85 e.v.

M.A.A. Sevenheck, Ideeën over een nieuwe Faillissementswet: van een liquidatie naar een saneringswet, of iets daartussen in? Een voorbeeld van inconsistente wetgeving, *WPNR* 6284 (1997), blz. 636 e.v.

W.J. Slagter, Geen Überschuldungsregeling in het Nederlandse vennootschapsrecht, *TVVS* 1991, blz. 209 e.v.

J.A. Spigt en J. Melcher, Herziening van het Nederlandse insolventierecht: volgens Duits voorbeeld? *TvI* 1998, blz. 193.

R. Stürner en R. Schumacher, The new German Insolvency Law, *TvI* 1996, blz. 73.

R.H. Stutterheim, Molengraaff, financiële crisis en moratoria, Op weg naar een Algemene Wet Vermogensbeslag, *NJB* 1994, blz. 1175 e.v.

S. Timmerman, Herijking van het faillissementsrecht [verslag van het congres “Nederlands privaatrecht in de 21^e eeuw”], *TvI* 1999, blz. 118 e.v.

L. Timmermans en M.L. Lennarts, Überschuldung, een zinnig idee voor het Nederlandse recht? *De naamloze vennootschap* 1997, blz. 302 e.v.

A.J. Verdaas, De aangekondigde doorfinancieringsplicht: overbodig en ondoordacht, *Ondernemingsrecht* 1999, blz. 182 e.v.

A.J. Verdaas, Het wetsvoorstel tot wijziging van de faillissementswet: executeer de nieuwe afkoelingsperiode!, *NJB* 2000, blz. 1697 e.v.

I.R. Verdonkschot, Economische functies van het faillissementsrecht. Selecteren en investeren, *TvI* 1999, blz. 53 e.v.

R.J. Verschoof, De afkoelingsperiode van artikel 63a nieuwe Fw, *Advocatenblad* 1991, blz. 8 e.v.

R.J. Verschoof en E.A. van der Dussen, Afsluitingsbevoegdheid van nutsbedrijven in faillissementssituaties, *NJB* 1996, blz. 1243 e.v.

F.M.J. Verstijlen, Van boedelschuldeisers, beslag en boedelfaillissement, *NTBR* 1984, blz. 170 e.v.

F.M.J. Verstijlen, De aangekondigde doorleverings- en doorfinancieringsverplichting, *NJB* 1998, blz. 1678 e.v.

F.M.J. Verstijlen, De curator als maatschappelijk werker, In: S.C.J.J. Kortman en T.H.D. Struycken (red.), *Privaatrecht in de 21^e eeuw, Herijking van het faillissementsrecht*, uitgave van het Ministerie van Justitie, Kluwer, Den Haag, 1999, blz. 13 e.v.

R.D. Vriesendorp, Fokker en de aangekondigde doorfinancieringswetgeving: een pleidooi voor afschaffing van de surséance van betaling, *TvI* 1996, blz. 25 e.v.

R.D. Vriesendorp, Wetgever: hoogste tijd voor een Insolventiewet!, *TvI* 1997, blz. 63 e.v.

R.D. Vriesendorp, Bodembeslag door de Ontvanger in de afkoelingsperiode (art. 63a Fw) en rechten van derden, *TvI* 1998, blz. 27 e.v.

R.D. Vriesendorp en S.C.J.J. Kortmann, Een wonderlijk onderzoek, *TvI* 2000, blz. 121.

G.W. van der Voet, *Misbruik van faillissementsrecht bij overgang van onderneming*, Erasmus Centre for Labour Law and Industrial Relations, Erasmus Universiteit Rotterdam, 2000.

M.P.P.M. van Vonderen, Benoemingsbeleid in nieuwe tijden, *TvI* 2000, blz. 18 e.v.

B.J.ter Weel, De economie van het faillissement; “creatieve destructie” onder kleine startende bedrijven, In: *Justitiële Verkenningen*, Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatie Centrum van het Ministerie van Justitie en Kluwer, 2000, blz. 75 e.v.

B. Wessels, Meer marktwerking bij surséance, *TvI* 2000, blz. 19 e.v.

B. Wessels, Vernieuwing van surséance-regeling in Faillissementswet weinig doelgericht, *Nederlandse Staatscourant* 11 januari 2001, blz. 6.

M.J.White, The costs of corporate bankruptcy: A US-European Comparison.

A. Winkelman en O. Merkt, A survey of insolvency law in Switzerland, *TvI* 1998, blz. 57 e.v.

J.W.Winter, Doorstart, waarheen? *TVVS* 1997, blz. 208

J.W. Winter, Afkoelen, doorleveren en doorfinancieren naar huidig, komend en wenselijk (Nederlands) recht, *TvI* 1998, blz. 91 e.v.

J.W. Winter, Hink-stap-paardenspringend door het insolventierecht, *TvI* 2000, blz. 24 e.v.

BIJLAGE 2
 FAILLISSEMENTSSTATISTIEKEN

Tabel 1 Frequentie van surséances

	1990	1996	1997	1999
In behandeling zijnde verzoeken (per 1 januari)	60	113	126	165
Nieuwe verzoeken tot surséance	456	451	432	382
Ingetrokken verzoeken - waarvan gelijktijdig failliet	245	306	289	246
	239	299	271	
Niet in behandeling genomen i.v.m. aanbieding akkoord	34	20	26	26
Definitief verleende surséances	147	110	120	

Bron: CBS 1999, Staat 37

Tabel 2 Behandelingsduur beëindigde en ingetrokken surséances, alle met gelijktijdige faillietverklaring (1997)

	aantal (totaal 326)
Tot 3 maanden	257
3 tot 6 maanden	25
6 tot 12 maanden	23
12 tot 18 maanden	11
Meer dan 18 maanden	10

Bron: CBS 1999, staat 44, 45

Tabel 3 Frequentie van uitgesproken faillissementen

	1990	1996	1997	1998	1999
Uitgesproken faillissementen	3519	5577	5547	5031	3840
- waarvan vernietigd	-176	- 189	- 149	- 196	- 183

Bron: CBS 1999, staat 5

Tabel 4 Behandelingsduur van beëindigde faillissementen

4 A Behandelingsduur beëindigde faillissementen naar rechtsvorm (1998)

	Natuurlijke personen	Ondernemingen				Totaal
		éénmanszaken	BV	vof	overig	
tot 3 maanden	15	22	11	1	-	49
3 tot 6	67	111	60	7	20	265
6 tot 12	228	336	263	34	53	914
12 tot 18	194	309	324	46	40	913
18 tot 24	103	201	257	28	40	629
24 tot 36	143	275	373	42	29	862
36 tot 60	128	222	460	42	28	880
meer dan 60	39	84	356	16	22	517
Totaal	917	1560	2104	216	232	5029

Bron: CBS, 1999, Staat 19

4.B Behandelingsduur beëindigde faillissementen naar rechtsvorm (1999)

	Natuurlijke personen	Ondernemingen				Totaal
		éénmanszaken	BV	vof	Overig	
Tot 3 maanden	33	30	6	1	1	71
3 tot 6	51	59	49	4	8	171
6 tot 12	174	300	233	27	39	773
12 tot 18	184	298	241	36	29	788
18 tot 24	117	197	229	32	23	598
24 tot 36	173	249	341	35	39	837
36 tot 60	134	212	395	36	34	811
Meer dan 60	49	91	412	19	28	599
Totaal	915	1436	1906	190	201	4648

Bron: CBS, 1999, Staat 19

4.C Behandelingsduur naar wijze van beëindiging (1998)

	Akkoord	Insolventie (boedelvereffening)	Opheffing ⁵⁰
Tot 12 maanden	28	16	1184
12 tot 24	52	47	1443
24 tot 36	81	51	730
36 tot 60	82	71	727
Meer dan 60	22	62	433

Bron: CBS, 1999, Staat 20

4.D Behandelingsduur naar wijze van beëindiging (1999)

	Akkoord	Insolventie (boedelvereffening)	Opheffing ⁵¹
Tot 12 maanden	33	9	973
12 tot 24	99	45	1242
24 tot 36	111	57	669
36 tot 60	94	80	637
Meer dan 60	40	90	469

Bron: CBS, 1999, Staat 20

Tabel 5 percentage van de schuld die de schuldeisers terugzien

	Eenmanszaak	Eenmanszaak	Eenmanszaak	Vennootschap	Vennootschap	Vennootschap
	1996	1997	1998	1996	1997	1998
Boedel	76%	64%	74%	80%	79%	79%
Fiscus en bedrijfs- vereniging	6%	7%	7 %	8%	12%	12%
Overige schuldeisers (preferent en concurrent)	1%	2%	2%	2%	6%	6%

bron: CBS 1999, Staat 25

Tabel 6 Afwikkelingswijze

Wijze van afwikkeling	Percentage
Ontmanteling	14 %
Going concern sale (GCS)	66%
Akkoord	6%
Combinatie GCS/ontmanteling	14%

Bron: OOR (2000)

⁵⁰ Van opheffing is sprake indien de rekenen tekort schieten voor het voldoen van de vorderingen van belastingdienst en bedrijfsvereniging.

⁵¹ Van opheffing is sprake indien de rekenen tekort schieten voor het voldoen van de vorderingen van belastingdienst en bedrijfsvereniging.

Tabel 7 Duur faillissement (in maanden)

	Totaal	GCS	Ontmanteling	Combinatie ontmanteling/ GCS
Duur faillissement (in maanden)	49,3	47,1	63,9	44,3
Duur verkoop activa (in maanden)	2,3	2	3,4	2
Aantal bieders	2,7	3	2,3	2,8

Bron: OOR (2000)

Tabel 8 Recovery rates per crediteurengroep (totale uitkering aan alle schuldeisers op het nominale bedrag van hun vorderingen)

	Als percentage van de pré- faillissementsschulden
Banken	77
Overige financiers	41
Leasemaatschappijen	65
Fiscus en LISV	46
Concurrente crediteuren	10
Crediteuren met eigendomsvoorbehoud	88

Bron: OOR (2000)

Tabel 9 Verdeling recovery rates per crediteurengroep

	Als percentage van het gerealiseerd actief
Banken	46
Overige financiers	14
Leasemaatschappijen	6
Fiscus en LISV	12
Concurrente crediteuren	6
Crediteuren met eigendomsvoorbehoud	10

Bron: OOR (2000)

BIJLAGE 3

STARTNOTITIE - MODERNISERING FAILLISSEMENTSWETGEVING

1. Probleemschets

De Faillissementswet heeft een belangrijke plaats in het juridische en economische systeem van Nederland. Zij is cruciaal voor het beschermen van eigendomsrechten van vermogensverschaffers en leveranciers. Zij bepaalt de mogelijkheden en voorwaarden voor bedrijfsbeëindiging, liquidatie- en reorganisatie van insolvable ondernemingen, en heeft daarmee grote consequenties voor verlies dan wel behoud van werkgelegenheid bij dergelijke ondernemingen.

De concurrentie op Nederlandse markten is de laatste decennia toegenomen. Onder invloed van de snelle technologische ontwikkeling en economische groei zijn de economische landsgrenzen afgebrokkeld. Door deregulering en internationale harmonisatie zijn institutionele handelsbarrières geslecht. Er zijn mondiale markten ontstaan. Onder invloed van deze ontwikkeling is er aanleiding voor het moderniseren van de economische ordeningswetgeving. In het recente verleden zijn in Nederland dan ook de Vestigingswetgeving en de Mededingingswetgeving aangepast. Gewezen kan worden op een aantal landen waar de afgelopen jaren de Faillissements- c.q. Insolventiewetgeving ingrijpend is veranderd: Duitsland, Frankrijk, België en de Verenigde Staten. Bovendien is recentelijk in het Verenigd Koninkrijk het voornemen tot wijziging van de Insolvency Act bekend gemaakt.

Er bestaat aanleiding om te overwegen de Faillissementswet te moderniseren. De kiel van de Faillissementswet is gelegd in 1893. De meest ingrijpende wijziging sindsdien is de invoering op 1 januari 1998 van de Wet Schuldsanering Natuurlijke Personen (WSNP). Hiermee wordt de onbeperkte persoonlijke aansprakelijkheid voor schulden doorbroken. Met name insolvable eenmanszaken zullen hiervan kunnen profiteren. Voor insolvable vennootschappen is de WSNP echter niet van betekenis. De indruk bestaat dat de Nederlandse Faillissementswet voor vennootschappen op dit moment niet optimaal functioneert. Het mag worden betwijfeld of de surséance-regeling voldoende reële mogelijkheden biedt te komen tot een tijdsreorganisatie van levensvatbare onderdelen van insolvable ondernemingen. Aan deze twijfel ligt ten grondslag de constatering dat circa 95% van de surséances daadwerkelijk in een faillissement eindigt.

Het gebrek aan reorganiserend vermogen van de surséance-regeling kan er toe leiden dat ondernemingen niet, of onnodig laat, worden gereorganiseerd. Vertraging kan zelfs veroorzaken dat eventuele reorganisatie-perspectieven geheel verdwijnen. Tevens blijkt dat de feitelijke reorganisatie van insolvable ondernemingen op dit moment in hoofdzaak geschiedt via het faillissement. Dit is in strijd met de bedoeling van de wetgever. Reorganisatie via faillissement kan ook betekenen dat op kosten van crediteuren bedrijven worden gereorganiseerd die eigenlijk geliquideerd hadden moeten worden (oneigenlijke of "technische faillissementen").

Het gebrek aan reorganiserend vermogen van de surséance regeling hangt voor een deel samen met de wijze waarop de Faillissementswet is ingericht. Zo is het denkbaar dat te weinig tijd voor het ontwikkelen en uitvoeren van een reorganisatieplan beschikbaar is. Ook is het denkbaar dat de curator te weinig instrumenten tot zijn beschikking heeft om tot een akkoord met schuldeisers te komen. De preferentiële posities van sommige groepen schuldeisers kunnen hier een reden voor zijn. Tevens is het mogelijk dat nu vaak voor faillissement wordt gekozen omdat men dan minder "gehinderd" wordt door het mogelijke toezicht van een rechter-commissaris. Verder is denkbaar dat men met reorganiseren wacht tot het feitelijke faillissement daar is, aangezien dan de insolvable onderneming de mogelijkheid heeft om zonder verdere verplichtingen van personeel af te geraken.

2. Taakopdracht

In het MDW-project Modernisering Faillissementswet wordt onderzocht of het mogelijk is het reorganiserende vermogen van de Faillissementswet, in het bijzonder van de surséance-regeling, te versterken. De werkgroep dient onderzoek te verrichten en voorstellen tot wijziging van de wet te ontwikkelen wanneer haar bevindingen hiertoe aanleiding geven.

In het project dienen in ieder geval de volgende vragen aan de orde te komen:

1. Hoe kan worden bereikt dat surséance van betaling tijdig wordt aangevraagd?
2. Hoe kunnen de bewindvoerder en de ondernemer beter in staat worden gesteld tijdens surséance over te gaan tot sanering en voortzetting van de levensvatbare (onderdelen van de) onderneming?
3. Hoe kan worden bereikt dat geen misbruik wordt gemaakt van het faillissement ten koste van (potentiële) schuldeisers en werknemers?

De werkgroep kan overwegen om bij de beantwoording van deze vragen aandacht te besteden aan onderstaande onderwerpen.

ad 1 Hoe kan worden bereikt dat surséance van betaling tijdig wordt aangevraagd?

- objectivering van het criterium om surséance aan te vragen (ook door crediteuren), zodat de surséance-aanvraag niet louter afhangt van het subjectieve oordeel van de debiteur.

ad 2 Hoe kunnen de bewindvoerder en de ondernemer beter in staat worden gesteld tijdens de surséance over te gaan tot sanering en voortzetting van de levensvatbare (onderdelen van de) onderneming?

- verlenging van de zogeheten afkoelingsperiode;
- uitbreiding van de afkoelingsperiode tot andere rechten dan de verhaalsrechten (bijvoorbeeld tot de bevoegdheid tot opzegging van de huur of tot ontbinding van huurkoop);
- verbod aan leveranciers van gas, water, verwarming en elektriciteit om leveranties op te schorten tijdens surséance/faillissement om betaling van oude schulden af te dwingen;
- beperking van de mogelijkheden van crediteuren om op onredelijke gronden tegen een akkoord te stemmen;
- versterken van de mogelijkheden voor bewindvoerders om nieuw vermogen aan te trekken;
- verkennen van de mogelijkheden om binnen de geldende Europese richtlijnen meer dan nu reorganisatie van de omvang van het personeelsbestand mogelijk te maken;
- bepalen dat de surséance ook werkt ten aanzien van vorderingen waaraan een preferentie is verbonden.

ad 3 Hoe kan worden bereikt dat geen misbruik wordt gemaakt van het faillissement ten koste van (potentiële) schuldeisers en werknemers?

- het verplicht stellen van een benoeming van een rechter-commissaris in elke surséance;
- het geven van meer bevoegdheden aan de rechter-commissaris. Bijvoorbeeld het verlenen van de bevoegdheid aan de bewindvoerder om aanwijzingen te geven aan de schuldenaar;
- bevorderen professioneel niveau van insolventierechters, eventueel in combinatie met een vermindering van het aantal faillissementskamers.

Het eindproduct van de werkgroep is een rapport waarin verslag wordt gedaan van het uitgevoerde onderzoek en de eventuele voorstellen tot wijziging van de Faillissementswet worden gepresenteerd. Voor deze voorstellen dient op onderbouwde wijze te worden aangegeven welke concrete economische effecten zij beogen te bereiken. De werkgroep wordt verzocht bij haar voorstellen een indicatie te geven van de te verwachten effecten op de kapitaalverstrekking aan gezonde bedrijven. Tevens dient zij aan te geven op welke wijze haar voorstellen de eigendomsrechten zoals vastgelegd in het Burgerlijk Wetboek beïnvloeden.

3. Operationele aspecten

Het project zal in 2 fasen worden uitgevoerd.

I. In de eerste fase wordt een quick scan uitgevoerd om onderwerpen te identificeren die zonder diepgaand economisch onderzoek in een (eerste) wetsvoorstel tot wijziging van de Faillissementswet kunnen worden opgenomen. De quick scan is binnen twee maanden na aanvang van het project voltooid. Het wetsvoorstel moet zo mogelijk voor de zomer van dit jaar aan de Ministerraad worden voorgelegd. In deze eerste fase moet ook onderzoek ter onderbouwing van de onderwerpen in fase II worden gestart;

II. In de tweede fase - die in september van dit jaar start - komen onderwerpen aan de orde waarvoor meer diepgaand onderzoek nodig is. Op basis van dit onderzoek kunnen voorstellen worden ontwikkeld voor meer verdergaande wijziging van het insolventierecht. Hiertoe moet in ieder geval worden gedacht aan onderwerpen die de positie van kapitaalverstrekkers, leveranciers, personeel en de preferente schuldeisers raken.

In de eerste fase bestaat de werkgroep uit vertegenwoordigers van JU, FIN, SZW en EZ en kunnen belanghebbenden worden gehoord. In de tweede fase kan de werkgroep worden uitgebreid met onafhankelijke deskundigen uit de wetenschappelijke wereld (bijvoorbeeld één jurist en één econoom). Het secretariaat van de werkgroep zal worden verzorgd door Justitie en EZ. De werkgroep dient bij haar werkzaamheden rekening te houden met recente ervaringen in het buitenland.

BIJLAGE 4 GEVOERDE GESPREKKEN

De werkgroep heeft op persoonlijke titel gesprekken gevoerd met:

mr. H. Unger (rechtbank Den Haag)

mr. M. Van Vonderen (rechtbank Utrecht)

drs. F. von Dewall (ING Bank)

drs. M. Peek (ING Bank)

mr. F. Meeter (Loeff en Freshfields Rotterdam)

dhr. O.F. Royaards (voorzitter VVCM)

prof. mr. A. van Mierlo (Erasmus Universiteit Rotterdam)

dhr. G. Dorlo (Belastingdienst Grote Ondernemingen Maastricht)

dhr. J.D. van Muiswinkel (KPMG Corporate Recovery)

dhr. H.B. Oosthout (Steins Bisschop Meijburg & Co NV)