

Consultatiedocument betreffende het insolventierecht

Inhoudsopgave

| | | |
|-----------|--|------------|
| 1. | Inleiding | p. 2 - 3 |
| 2. | Context van het insolventierecht | |
| 2.1 | <i>Oorzaken betalingsproblemen</i> | p. 3 - 5 |
| 2.2 | <i>De rol van het insolventierecht</i> | p. 5 - 6 |
| 3. | Preventie | |
| 3.1 | <i>Belang van het in het oog houden van de financiële positie en van voldoende liquiditeit</i> | p. 6 - 7 |
| 3.2 | <i>Beperking incassorisico</i> | p. 7 - 8 |
| 3.3 | <i>Opvangen van (tijdelijke) liquiditeitskrapte</i> | p. 8 - 9 |
| 3.4 | <i>Instrumenten voor ondernemers om problematische schulden voor te blijven</i> | p. 9 - 10 |
| 4. | Insolventieprocedures | |
| 4.1 | <i>De WHOA</i> | p. 10 - 11 |
| 4.2 | <i>De surseance van betaling</i> | p. 11 - 12 |
| 4.3 | <i>Het faillissement</i> | p. 12 - 19 |
| 5. | Lopende en toekomstige wetgevingstrajecten op nationaal en Europees niveau | |
| 5.1 | <i>Tijdelijke wet transparantie turboliquidatie</i> | p. 19 |
| 5.2 | <i>Implementatie richtlijn herstructurering en insolventie</i> | p. 19 - 20 |
| 5.3 | <i>Openbare akkoordprocedure onder toepassingsbereik Insolventieverordening</i> | p. 20 |
| 5.4 | <i>De Wet Continuïteit Ondernemingen I (WCO I) en ontwerpregeling met werktitel Wet overgang van onderneming in faillissement (WOVOF)</i> | p. 20 - 21 |
| 5.5 | <i>Wetgevingstraject met als werktitel wet verbetering toezicht, beheer en vereffening</i> | p. 21 |
| 5.6 | <i>De wijziging van de Uitvoeringswet Algemene verordening gegevensbescherming en enkele andere wetten in verband met het stroomlijnen en actualiseren van het gegevensbeschermingsrecht (Verzamelwet gegevensbescherming)</i> | p. 21 |
| 5.7 | <i>Wetgevingstraject met als werktitel Wet internationaal insolventierecht</i> | p. 21 |
| 5.8 | <i>Europese ontwikkelingen</i> | p. 21 - 22 |

1. Inleiding

De voorliggende nota is een discussienota met als doel om de insolventiepraktijk te betrekken bij de verdere ontwikkeling van het insolventierecht. Deze discussienota wordt in consultatie gegeven om zienswijzen te verzamelen over een aantal thema's die in de afgelopen jaren in het kader van verschillende beleids- en wetgevingstrajecten zijn opgekomen. Dit betreft in het bijzonder:

- de toekomst van de surseanceregeling;
- de efficiency van de faillissementsprocedure;
- het takenpakket van de curator en in dit verband ook de lege boedelproblematiek;
- het toezicht van de rechter-commissaris in faillissement, en
- de mate waarin de verschillende categorieën van schuldeisers in faillissement nog enige uitkering op hun vordering kunnen verwachten (de positie van pand- en hypotheekhouders / de positie van concurrente schuldeisers).

De nota omvat daartoe ook een aantal vragen. Ook buiten deze vraagstelling zijn reacties op hetgeen is beschreven in deze nota zeer welkom. Bedoeling is om de uitkomsten van de consultatie mee te nemen bij de verdere uitwerking van de lopende en toekomstige beleids- en wetgevingstrajecten.

In de afgelopen jaren zijn er in het kader van het programma 'herijking faillissementsrecht' verschillende maatregelen genomen om de effectiviteit van het insolventierecht te verbeteren. Aanvankelijk zijn daarbij vooral stappen gezet om de bestrijding van faillissementsfraude te faciliteren en de faillissementsprocedure te moderniseren. In dit kader zijn tot stand gekomen: de Wet civielrechtelijk bestuursverbod¹, de Wet herziening strafbaarstelling faillissementsfraude², de Wet versterking positie curator³ en de Wet modernisering faillissementsprocedure⁴. Verder was er zowel op Europees als op nationaal niveau veel aandacht voor het versterken van het reorganiserend vermogen van bedrijven in zwaar weer.⁵ Dit is uitgemond in de inwerkingtreding van de Wet homologatie onderhands akkoord (WFOA) op 1 januari 2021 waarbij een besloten en een openbare akkoordprocedure buiten faillissement zijn geïntroduceerd.⁶ Op Europees niveau is in 2019 de richtlijn 2019/1023 betreffende herstructurering en insolventie (hierna: de richtlijn herstructurering en insolventie) tot stand gekomen en in het voorjaar van 2021 is geconsulteerd over het voorontwerp voor de implementatiewet.⁷

Een faillissement kan voor de betrokken individuen de nodige negatieve gevolgen meebrengen. Zo kan een bestuurder het faillissement als een persoonlijk falen ervaren, raken werknemers hun baan kwijt, blijven schuldeisers zitten met openstaande vorderingen, zien aandeelhouders hun investering verloren gaan en worden afnemers belemmerd in hun bedrijfsvoering door het verlies van een leverancier. Mede hierom is het goed verklaarbaar dat er veel aandacht is besteed aan het zoveel mogelijk redden van bedrijven. Niet elke onderneming kan echter worden gered en een faillissement kan niet altijd worden voorkomen. Dit kan op zichzelf ook geen doel zijn. Als een bedrijf niet langer levensvatbaar is, leidt de voortzetting daarvan uiteindelijk tot meer schade bij betrokkenen. Vaak is sprake van aanhoudende verliezen of te magere inkomsten om de financiële verplichtingen te kunnen dragen, waardoor er zich

¹ Staatsblad 2016, nr. 153.

² Staatsblad 2016, nr. 154.

³ Staatsblad 2017, nr. 124.

⁴ Staatsblad 2018, nr. 299.

⁵

⁵ , 'Business Rescue. Een Europese studie naar verbetering van het reorganiserend vermogen van ondernemingen in zwaar weer', Tvl 2018/21.

⁶ Staatsblad 2020, nrs. 414 en 415.

⁷ Richtlijn 2019/1023 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 betreffende preventieve herstructureringsstelsels, betreffende kwijtschelding van schuld en beroepsverboden, en betreffende maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van procedures inzake herstructurering, insolventie en kwijtschelding van schuld, en tot wijziging van Richtlijn (EU) 2017/1132 (Richtlijn betreffende herstructurering en insolventie), Pb EU 2019, L 172/18. Zie voor het voorontwerp van de implementatiewet <https://www.internetconsultatie.nl/herstructurering>.

schulden gaan opstapelen. Ook werknemers kunnen daardoor bijvoorbeeld te maken krijgen met loon dat niet wordt uitbetaald. Een faillissement heeft niet alleen negatieve gevolgen. Het faillissement van een onderneming die het einde van haar levensduur heeft bereikt, schept ruimte op de markt voor ondernemingen die wel gezond zijn. Een faillissement heeft daarmee een zuiverende werking en dit is in breder verband te beschouwen als een positief effect. Werknemers kunnen – als zij na een faillietverklaring door de curator worden ontslagen – een beroep doen op de loongarantieregeling waarna het UWV salarisaanspraken overneemt van de werkgever (maximaal dertien weken achterstallig loon, vakantiegeld tot maximaal een jaar terug en het loon over de opzegtermijn tot maximaal zes weken). Zeker wanneer al sprake is van een achterstand in de uitbetaling van het loon, kunnen werknemers er om deze reden belang bij hebben dat het faillissement wordt uitgesproken. Voor bestuurders kan een faillissement rust geven, omdat schuldeisers meer op afstand komen te staan en het contact voortaan verloopt via de curator. Mede om deze redenen is het belangrijk dat er binnen het insolventierecht ook instrumenten beschikbaar zijn om ondernemingen die niet langer levensvatbaar zijn, op een voorspelbare, transparante en efficiënte manier af te kunnen wikkelen. In dit verband vergen de eerder genoemde thema's bijzondere aandacht.

Deze discussienotitie is als volgt opgebouwd. In *paragraaf 2* wordt geschetst binnen welke bredere context het insolventierecht een rol speelt. In dit kader worden enkele kernelementen van het insolventierecht besproken. In *paragraaf 3* wordt beschreven welke instrumenten er zijn voor ondernemers – zowel in de hoedanigheid van schuldenaar als in die van schuldeiser – om bedrijfsrisico's te beperken, financiële problemen voor te blijven en, als dit niet lukt, problematische schulden op te lossen. In *paragraaf 4* wordt benoemd welke insolventieprocedures ons insolventierecht nu rijk is. Bij deze bespreking worden ook de eerder genoemde thema's uitgelicht. De paragrafen 2 tot en met 4 omvatten daarmee een vrij uitgebreide aanloop naar *paragraaf 5* waarin de lopende beleids- en wetgevingstrajecten op het terrein van het insolventierecht worden besproken. Gedachte hierbij is dat de opname van deze aanloop nuttig is, omdat het effect en de uitvoerbaarheid van nieuwe maatregelen mede afhankelijk is van de praktische context waarbinnen zij terecht komen.

2. Context van het insolventierecht

2.1 Oorzaken betalingsproblemen

Het Nederlandse politiek-economische stelsel gaat uit van een vrije economie. Productiemiddelen die gebruikt worden om goederen te produceren zijn veelal in eigendom van particulieren en bedrijven, bij wie mensen in loondienst werkzaam zijn. Ondernemers streven doorgaans naar het maken van winst en hebben veel vrijheid in de manier waarop zij hun productiemiddelen hiervoor inzetten. Dit leidt tot een vrijemarkteconomie waarbinnen vraag en aanbod bepalend zijn en ondernemers elkaar binnen zekere grenzen en met zekere spelregels beconcurreren. Niet alle ondernemers zijn in staat om voor hun bedrijf een plek op de markt te veroveren of als zij die eenmaal hebben, te behouden. Zo zijn er veel 'startups' die het uiteindelijk niet redden. In zekere zin is dit eigen aan dit type bedrijven. Het zijn jonge bedrijven met een vernieuwend idee – dat vaak samenhangt met nieuwe technologie – waar investeerders iets in zien, maar waarbij het de vraag is of het idee ook echt aanslaat. Omdat bij deze bedrijven de focus vooral ligt op het lanceren van het idee en het realiseren van groei, kan een probleem zijn dat men te snel van start gaat zonder goede voorbereiding of er te weinig aandacht is besteed aan het opzetten van een goede bedrijfsstructuur, een goede marktanalyse en administratie.⁸ Ook zijn er bedrijven waarvoor er na verloop van tijd geen plek meer is. De behoefte of vraag op de markt kan veranderen. Als het niet lukt om daar tijdig op in te springen, lopen bedrijfsresultaten snel terug en kunnen er betalingsproblemen ontstaan. Verder kan een plotselinge gebeurtenis – zoals de crisis op de financiële markten in 2007/2008 – grote invloed hebben op de economie en daardoor uiteindelijk ook bedrijven treffen die voor het plaatsvinden van de gebeurtenis financieel gezond waren.

⁸ <https://www.kvk.nl/advies-en-informatie/top-5/falen-als-start-up-5-oorzaken/>.

Rechten van schuldeisers bij uitblijvende betalingen

Wanneer een schuldenaar zijn betalingsverplichtingen niet meer nakomt, heeft elke schuldeiser het recht zich te verhalen op het vermogen van de schuldenaar (artikel 3:276 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW)). Dit verhaalsrecht houdt in dat een schuldeiser goederen behorend tot het vermogen van de schuldenaar te gelde kan (laten) maken om uit de opbrengst zijn vordering alsnog voldaan te krijgen. Alle schuldeisers hebben daarbij in beginsel gelijke rechten, tenzij de wet anders bepaalt (artikel 3:277 lid 1 BW). Zo kent de wet aan bepaalde categorieën van schuldeisers een voorrangrecht toe. Dat wil zeggen dat deze schuldeisers na de uitwinning van de goederen als eerste aanspraak kunnen maken op betaling van hun vordering en andere schuldeisers daarna aan de beurt komen. Ook is mogelijk dat een schuldeiser en een schuldenaar juist overeenkomen dat de vordering van de schuldeiser wordt 'achtergesteld'. De schuldeiser komt dan later voor betaling in aanmerking dan de wet voorschrijft (artikel 3:277 lid 2 BW).⁹

Een voorrangrecht kan voortvloeien uit een pand- of hypotheekrecht, een wettelijk voorrecht of een andere in de wet aangegeven grond (artikelen 3:278 lid 1 BW). Een pand- of hypotheekrecht ziet altijd op specifieke goederen en gaat boven een voorrecht, tenzij de wet anders bepaalt (artikel 3:279 BW). Een wettelijk voorrecht kan zowel zien op alle goederen die tot het vermogen van de schuldenaar behoren ('*algemeen voorrecht*') of uitsluitend op bepaalde goederen (een '*specifiek voorrecht*') (artikel 3:278 lid 2 BW). Zo heeft de Belastingdienst een algemeen voorrecht op alle goederen van de belastingschuldige (op basis van artikel 21 van de Invorderingswet 1990). Ook kan de Belastingdienst bij bepaalde zakelijke belastingschulden een *bodembeslag* leggen op bodemzaken (artikel 22 Invorderingswet). Dit betreft een beslag op roerende zaken die (enigszins) duurzaam bestemd zijn op de bodem van de belastingschuldige te blijven staan, zoals bedrijfsmachines. Een bodembeslag doorkruist onder voorwaarden eventuele rechten van derden, zoals pandrecht. Een schuldeiser met een specifiek voorrecht op een bepaald goed heeft bij het verhaal op het desbetreffende goed in de regel voorrang op een schuldeiser met een algemeen voorrecht (artikel 3:280 BW). Dit betreft bijvoorbeeld een schuldeiser met een retentierecht (de 'retentor'). Dit is een schuldeiser die een prestatie heeft verricht voor de schuldenaar en in dat kader nog steeds een goed van de schuldenaar onder zich heeft. De retentor heeft op basis van artikel 3:292 BW voorrang bij het verhaal op die zaak en hoeft deze niet af te geven aan de schuldenaar zolang zijn vordering niet is voldaan.

Categorieën van schuldeisers in het insolventierecht

Als meerdere schuldeisers op hetzelfde moment hun vordering willen verhalen en er daarbij ook sprake is van schuldeisers met voorrangrechten, geldt gelet op het voorgaande een rangorde waarbinnen deze schuldeisers een uitbetaling op hun vordering tegemoet kunnen zien (hierna: wettelijke rangorde). De wettelijke rangorde werkt door in het insolventierecht. Bij een faillissement kan daarbij grofweg onderscheid worden gemaakt tussen de volgende categorieën van vermogensverschaffers (d.w.z. schuldeisers en aandeelhouders):

- a. boedelschuldeisers;
- b. schuldeisers met een zekerheidsrecht (hierna: zekerheidsgerechtigde schuldeisers);
- c. schuldeisers met een voorrecht (hierna: preferente schuldeisers);
- d. concurrente schuldeisers;
- e. schuldeisers met een achtergestelde vordering, en
- f. aandeelhouders.

De categorie *boedelschuldeisers* omvat de schuldeisers met een vordering die ofwel in het kader van de afwikkeling van het faillissement is ontstaan of volgens de wet of de jurisprudentie als boedelschuld wordt gekwalificeerd.¹⁰ De Faillissementswet bepaalt bijvoorbeeld dat schulden uit huur en

⁹ Zie _____, "*Achtergestelde vorderingen*", diss. RU 2019.

¹⁰ HR 19 april 2013, NJ 2013/291, m.nt. _____ (_____ q.q.); _____ en _____, Noot bij HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:563 (_____), Tvl 2018/14; HR 4 juni 2021, RvdW 2021/613.

arbeidsovereenkomsten vanaf de dag van faillietverklaring boedelschulden zijn (artikelen 39, eerste lid, en 40, tweede lid, Fw). Ook het salaris van de curator is een boedelschuld.¹¹ Bij complexere faillissementen kan dit om een aanzienlijk bedrag gaan. Een boedelschuldeiser heeft in beginsel aanspraak op directe betaling van zijn vordering en hoeft de afwikkeling van het faillissement dus niet af te wachten. Als er meerdere boedelschulden zijn, kan echter ook weer sprake zijn van een rangorde waarbinnen de boedelschuldeisers een betaling mogen verwachten. Boedelschuldeisers hebben desalniettemin de hoogste rang en komen dus als eerste in aanmerking voor een betaling op hun vordering uit de boedel. Onder de categorie *zekerheidsgerechtigde schuldeisers* vallen bijvoorbeeld banken met een hypotheekrecht op een onroerend goed of een pandrecht op de debiteurenportefeuille. Tot de categorie *preferente schuldeisers* behoren onder meer de Belastingdienst, het UWV, werknemers met een loonvordering van voor het uitspreken van het faillissement die niet wordt vergoed door het UWV op basis van de loongarantieregeling, en schuldeisers met een retentierecht. De categorie *concurrente schuldeisers* omvat onder meer leveranciers zonder zekerheidsrechten, afnemers – waaronder consumenten – die nog in afwachting zijn van de levering van een product of een dienst waarvoor zij al betaald hebben en schuldeisers met een vordering uit onrechtmatige daad. Ook zekerheidsgerechtigde schuldeisers kunnen deels binnen deze categorie vallen als het onderpand in waarde inboet en de vordering ‘*onder water komt te staan*’: d.w.z. dat de vordering niet meer volledig wordt afgedekt door het zekerheidsrecht. De zekerheidsgerechtigde schuldeiser is dan voor het ongedekte deel van zijn vordering concurrent schuldeiser. Onder de categorie *schuldeisers met een achtergestelde vordering* vallen onder meer financiers die een achtergestelde lening hebben verstrekt. Daarbij wordt bij het aangaan van de kredietovereenkomst afgesproken dat de financier in het geval van faillissement van de schuldenaar wordt achtergesteld in zijn positie als schuldeiser. Aandeelhouders vormen de categorie vermogensverschaffers met de laagste rang. Het komt voor dat een aandeelhouder naast verstrekker van kapitaal tevens verstrekker is van een lening aan de vennootschap (ook wel aangeduid met de term ‘aandeelhouderslening’). Als de aandeelhouder daarbij ook een zekerheidsrecht heeft verkregen, behoort hij – voor zover het de verstrekte aandeelhouderslening betreft – ook tot de categorie zekerheidsgerechtigde schuldeisers.

2.2 De rol van het insolventierecht

Zolang een schuldenaar over voldoende liquide middelen beschikt om zijn opeisbare schulden te voldoen, zal iedere schuldeiser ontvangen wat hem toekomt en zullen de schuldeisers niets merken van de wettelijke rangorde. Dit wordt anders wanneer de onderneming in liquiditeitsnood komt. Liquiditeitsnood kan bijvoorbeeld optreden als de bedrijfsresultaten teruglopen, terwijl de bedrijfskosten niet evenredig dalen. Een andere oorzaak kan zijn dat de debiteuren hun facturen niet op tijd voldoen, waardoor er te weinig geld in kas komt terwijl er ondertussen wel betalingen moeten worden verricht. Als bekend wordt dat sprake is van liquiditeitsnood, kan al snel een situatie ontstaan waarin individuele schuldeisers elkaar verdringen in een poging om hun vordering nog voldaan te krijgen. Deze ongecoördineerde uitwinning van het vermogen van een schuldenaar door verschillende individuele schuldeisers die alleen oog hebben voor hun eigen belang, leidt vaak tot onnodig kapitaalverlies. Dit komt door het volgende. Het is mogelijk dat de onderneming door een herstructurering van de schulden weer financieel gezond te maken is. De kans dat dit lukt en een faillissement nog kan worden afgewend, zal echter snel vervliegen als individuele schuldeisers eenmaal overgaan tot het instellen van verhaalsacties. Is de onderneming niet meer te redden, dan wordt er bij de uitwinning van losse delen van het vermogen van de schuldenaar door individuele schuldeisers doorgaans een lagere opbrengst behaald dan bij een meer gecoördineerde uitwinning van het totale vermogen van de schuldenaar waarbij de schuldeisers gezamenlijk optrekken.¹² Ook kan een ongecoördineerde uitwinning van het vermogen van de schuldenaar tot gevolg hebben dat niet iedere schuldeiser het zijne krijgt. Dit is het moment waarop het insolventierecht zijn intrede doet. Een belangrijke doelstelling van het

¹¹ HR 28 september 1990, NJ 1991, 305 ().

¹² Zie voor meer uitleg bij deze theorie (de ‘*creditors’ bargain*’ theorie:), ‘*Het faillissementsakkoord. De efficiëntie van de wettelijke regeling onderzocht vanuit het perspectief van de creditors’ bargain theorie*’, Tvl 2010/6.

insolventierecht is om bij een financiële herstructurering of de liquidatie van het vermogen van de schuldenaar een zo hoog mogelijke waarde of opbrengst te realiseren ten behoeve van alle betrokken schuldeisers en ervoor te zorgen dat die waarde of opbrengst volgens de wettelijke rangorde wordt verdeeld onder de schuldeisers.¹³ De wijze waarop die verdeling plaatsvindt wordt ook wel aangeduid als de 'waterval'. De schuldeisers met de hoogste rang ontvangen als eerste het stuk van de waarde of opbrengst waarop zij – gelet op hun positie en hun vordering – recht hebben. De volgende rangen van schuldeisers komen aan bod zo lang er waarde of opbrengst overblijft om te verdelen. Om een zo hoog mogelijke waarde of opbrengst te kunnen bereiken, ligt bij de verschillende regelingen die onderdeel uitmaken van het insolventierecht, de focus op de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. Tegelijkertijd zijn er ook waarborgen om ervoor te zorgen dat de belangen van andere betrokken partijen, waaronder de werknemers, en de maatschappij als geheel worden gerespecteerd.

Het insolventierecht dient daarmee in feite het algemeen belang; het zorgt voor een ordentelijk verloop van het maatschappelijk verkeer in de situatie waarin een schuldenaar niet langer in staat is om aan zijn verplichtingen te voldoen. Om het vertrouwen in dit systeem te behouden, is het volgende in ieder geval van belang:

- Insolventieprocedures moeten voor zover mogelijk *voorspelbaar, efficiënt en transparant* zijn. Dit betekent dat de partijen die betrokken zijn bij de onderneming van te voren moeten kunnen weten wat er zal gebeuren als het insolventiescenario zich voordoet. Dit stelt hen immers in staat om een inschatting te maken van de eventuele risico's die zij dan zullen lopen en om daarop te anticiperen.
- De eerder genoemde wettelijke rangorde moet in principe door blijven werken in het insolventierecht. Als de rangorde in faillissement plotseling zou veranderen en bepaalde schuldeisers daardoor beter af zijn in faillissement dan daarbuiten, kan dit een prikkel opleveren om niet mee te werken aan een oplossing die beter is voor de gezamenlijke schuldeisers en waarmee een faillissement nog kan worden voorkomen.
- Iedere insolventieprocedure moet alle stakeholders het vertrouwen geven dat de desbetreffende procedure voor hen onder de gegeven omstandigheden uiteindelijk het best denkbaar resultaat oplevert.

Vraag:

- ❖ *Is de schets van de bredere context van het insolventierecht herkenbaar? Heeft u hierbij opmerkingen of aanvullingen?*

3. Preventie

3.1 Belang van het in het oog houden van de financiële positie en voldoende liquiditeit

Belangrijk bij het voorkomen van financiële problemen is het houden van een gedegen financiële administratie. Dit is ook onlosmakelijk verbonden met goed ondernemerschap. Bestuurders en degenen die feitelijk leiding geven aan een onderneming (hierna kort gezegd: ondernemers) zijn verplicht om een jaarrekening, jaarverslag of een bestuursverslag op te maken. De bestuurders van onder meer naamloze en besloten vennootschappen dienen het jaarverslag ook openbaar te maken door deze te deponeren bij de Kamer van Koophandel.¹⁴ Dit is essentieel omdat andere partijen dan ook kunnen beoordelen hoe de onderneming er voor staat. Om financiële problemen voor te kunnen blijven, is verder van belang dat ondernemers hun financiële positie en de bedrijfsrisico's die zij lopen steeds goed in het oog blijven houden. Daarbij gaat het er vooral om dat ondernemers goed zicht hebben op hun liquiditeitspositie en op het eventuele incassorisico dat zij lopen.

Belangrijk is dat er binnen de onderneming steeds zoveel mogelijk sprake is van een positieve kasstroom. Dat wil zeggen dat de inkomsten en de uitgaven goed op elkaar zijn afgestemd. Is dit niet

¹³ HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753, r.o. 3.5.2.

¹⁴ <https://www.kvk.nl/inschrijven-en-wijzigen/deponeren/jaarrekening-deponeren/wel-of-niet-deponeren/>.

het geval, dan kan er een krapte ontstaan in de beschikbare liquide middelen. Als die liquiditeitskrapte te lang aanhoudt, zal de onderneming op den duur niet meer in staat zijn om aan zijn betalingsverplichtingen te voldoen en dreigt een faillissement.

Om de kasstroom goed op peil te kunnen houden is onder meer nodig dat er binnen de onderneming sprake is van een goed beheer van de debiteurenportefeuille. Bij dit laatste gaat het er vooral om dat de ondernemer zijn afnemers tijdig factureert, dat hij steeds een actueel overzicht heeft van alle openstaande vorderingen en dat hij tijdig actie onderneemt als betaling van openstaande vorderingen uitblijft. Vaak betaalt een afnemer niet vooraf of direct nadat goederen of diensten zijn geleverd, maar geldt er een betalingstermijn. Daarbij is in feite sprake van een leverancierskrediet, waarbij de leverancier een zeker risico loopt dat zijn vordering uiteindelijk niet betaald wordt. Het is van belang dat de onderneming dit risico (hierna: incassorisico) zoveel mogelijk kan beperken. Mocht dat uiteindelijk toch niet lukken of mochten er andere redenen zijn waardoor er een (tijdelijke) liquiditeitskrapte ontstaat, dan is het zaak dat de ondernemer mogelijkheden heeft om dit op te vangen.

Vraag:

- ❖ *Ziet u mogelijkheden om ondernemers te helpen om hun financiële positie nog beter in het oog te kunnen houden?*

3.2 Beperking incassorisico

Ondernemers kunnen het incassorisico op verschillende manieren in de hand houden. Zo kan een ondernemer bij potentiële afnemers jaarrekeningen, bestuursverslagen of BKR-gegevens opvragen. Op basis daarvan kan hij dan een inschatting maken van de solvabiliteit van de potentiële afnemer en daarmee ook van zijn incassorisico bij deze partij. Mocht de ondernemer vervolgens besluiten om met de afnemer in zee te gaan, dan kan hij afspraken maken over de te hanteren betalingstermijn. In dit verband is relevant dat op dit moment bij de Tweede Kamer aanhangig is het wetsvoorstel tot wijziging van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) in verband met het verkorten van de wettelijke betaaltermijn tot 30 dagen.¹⁵ Dit wetsvoorstel heeft tot doel te voorkomen dat grote ondernemingen in hun handelsrelatie met MKB-ondernemingen een langere betaaltermijn hanteren dan 30 dagen. Het wetsvoorstel draagt daarmee dus bij aan het inperken van het incassorisico bij MKB-ondernemingen.

Een ondernemer kan er voor kiezen om het beheer van de debiteurenportefeuille uit te besteden aan een factoringmaatschappij. De factoringmaatschappij neemt de vorderingen van de ondernemer over en in ruil voor een vergoeding ontvangt de ondernemer direct een uitbetaling van zijn vorderingen door de factoringmaatschappij. Een wetsvoorstel dat in dit verband relevant is, betreft het wetsvoorstel inzake de Wet opheffing verpandingsverboden.¹⁶ Met name kleinere ondernemingen krijgen regelmatig te maken met bedingen die de overdracht van vorderingen verbieden. Deze bedingen staan factoring in de weg. Dit komt omdat deze bedingen die vaak standaard zijn opgenomen in de algemene voorwaarden, ertoe leiden dat MKB-bedrijven hun vorderingen dan niet kunnen overdragen aan bijvoorbeeld een factoringmaatschappij. Door deze belemmering weg te nemen, krijgen MKB-bedrijven meer ruimte om het beheer van de debiteurenportefeuille uit te besteden.

Ondernemers hebben ook de optie om een kredietverzekering aan te gaan. Deze verzekering biedt de ondernemer bescherming in de situatie dat een afnemer geleverde goederen of diensten niet meer kan betalen doordat de afnemer failliet gaat of surseance van betaling heeft aangevraagd.

Verder kan een ondernemer zijn incassorisico beperken door bij de afnemer bepaalde zekerheden te bedingen. Dit biedt de mogelijkheid om de schade die optreedt als de afnemer uiteindelijk niet voldoet aan zijn betalingsverplichting te beperken.

¹⁵ Kamerstukken II 2020–2021, 35 769.

¹⁶ Kamerstukken II 2019–2020, 35 482.

Bij de verkoop van roerende zaken die niet bestemd zijn voor het productieproces, zijn er drie zekerheden die de ondernemer bescherming kunnen bieden tegen (gedeeltelijke) niet-nakoming door de debiteur:

- *Eigendomsvoorbehoud*: Het eigendom van de goederen gaat pas over op de debiteur nadat er betaling heeft plaatsgevonden. De ondernemer blijft dan dus eigenaar van de goederen die hij heeft geleverd, totdat de koopprijs is voldaan.
- *Pandrecht*: De zaak gaat in eigendom over onder voorbehoud van de vestiging van een pandrecht. De afnemer verkrijgt de goederen direct in eigendom, maar hierop rust dan wel een pandrecht van de verkoper. Het pandrecht kan strekken tot zekerheid van alle vorderingen die de ondernemer heeft op de afnemer of later nog op hem zal verkrijgen. Anders dan bij het eigendomsvoorbehoud, zijn aan de vestiging van dit pandrecht wel een aantal formaliteiten verbonden. Zo moet het pandrecht gevestigd worden door middel van een (bij de Belastingdienst te registreren) onderhandse akte of een authentieke akte.
- *Recht van reclame*: De ondernemer mag de geleverde zaken terugvorderen als de debiteur zijn betalingsverplichtingen niet nakomt. Ook nu wordt de afnemer na de levering van de zaken wel direct eigenaar, maar door het inroepen van het recht van reclame verliest hij alsnog dit eigendomsrecht en vloeit dit recht terug naar de ondernemer. Anders dan een eigendomsvoorbehoud vervalt het recht van reclame na verloop van een bepaalde termijn.

Daarbij moet wel opgemerkt worden dat er ook geluiden zijn dat de wetgeving betreffende deze zekerheden voor leveranciers verbeterd kan worden, waarbij inspiratie opgedaan zou kunnen worden bij bijvoorbeeld het Duitse en Belgische systeem.¹⁷

Verricht de ondernemer een prestatie en heeft hij in het kader daarvan een goed van zijn debiteur onder zich, dan kan het *retentierecht* uitkomst bieden. Het retentierecht geeft een ondernemer die een goed van zijn debiteur onder zich heeft, het recht om dit niet af te geven aan de debiteur zolang zijn vordering niet is voldaan.

Ook banken en de overheid hebben te maken met een incassorisico. De Belastingdienst kan dit risico opvangen door bij openstaande belastingschulden een *bodembeslag* te leggen. Banken stellen voor de verlening van een financiering doorgaans als voorwaarde dat er zekerheid wordt verstrekt in de vorm van een *pand- of hypotheekrecht*, een *garantstelling* of een *borgtocht*.

Tenslotte kan de ondernemer zijn incassorisico mitigeren door af te spreken dat een ander zich naast de afnemer verplicht tot betaling aan de onderneming. Het kan dan bijvoorbeeld gaan om een *bankgarantie*. Mocht de debiteur zijn betalingsverplichtingen niet nakomen, dan kan de ondernemer aanspraak maken op de bankgarantie en betaalt de bank het gegarandeerde bedrag uit. Voor het verstrekken van een bankgarantie, zal de bank echter ook een bepaalde zekerheid van de debiteur verlangen en kosten/een provisie in rekening brengen. Dit kan in bepaalde gevallen een obstakel zijn. Alternatief kan zijn een *concerngarantie* die wordt afgegeven door een moedermaatschappij of de afspraak dat een derde *hoofdelijk aansprakelijk* is of zich borg stelt (*borgtocht*). Voordeel hiervan is dat daaraan in de regel geen kosten zijn verbonden voor de debiteur. Nadeel is dat dit de ondernemer minder zekerheid biedt. De moedermaatschappij of de borg kan zelf ook in financiële problemen komen te verkeren. De concerngarantie en de borgtocht hebben dan geen waarde meer.

Vragen:

- ❖ *Ziet u mogelijkheden om ondernemers nog beter in staat te stellen om hun incassorisico te beperken?*

¹⁷ , 'Zekerheid voor leverancierskrediet, Bespreking van het proefschrift van 2021/1.

, MvV

- ❖ *Herkent u zich in de geluiden dat de wetgeving betreffende de hiervoor genoemde zekerheden voor leveranciers verbeterd kan worden? Zo ja, in welk opzicht zijn verbeteringen gewenst en heeft u concrete suggesties voor mogelijke verbeteringen?*

3.3 Opvangen van (tijdelijke) liquiditeitskrapte

Is er toch sprake van liquiditeitskrapte, dan is een manier om dit op te vangen het te gelde maken van vermogensbestandsdelen of het terugdringen van de bedrijfskosten. Het is mogelijk dat dit te lang duurt of dat slechts sprake is van een tijdelijke liquiditeitskrapte. Om aan meer liquiditeit te komen, kan de ondernemer dan een nieuwe financiering aangaan of een bestaande kredietfaciliteit verruimen. Ondernemers laten de kasstroom doorgaans lopen via een rekening-courant rekening bij de bank. Via deze rekening wordt de ondernemer veelal een krediet verstrekt dat binnen een bepaalde bandbreedte dient te blijven. Daartoe worden op de desbetreffende rekening doorlopend bedragen – dat wil zeggen inkomsten en uitgaven – met elkaar verrekend. Een mogelijkheid om liquiditeitskrapte op te vangen, is de bank te vragen om meer kredietruimte op de rekening-courant rekening. Een andere mogelijkheid is het aangaan van een nieuwe financiering bij een andere bank of een alternatieve financier. Een bank of een alternatieve financier zal hiervoor dan doorgaans wel aanvullende zekerheid bedingen. Ook in dit verband is het eerder genoemde wetsvoorstel inzake de Wet opheffing verpandingsverboden relevant. Bedingen die de overdracht – en daarmee ook de verpanding – van vorderingen verbieden (hierna: verpandingsverboden) zetten een rem op de kredietverlening. Dit komt omdat deze bedingen er ook toe leiden dat MKB-bedrijven geen pandrecht kunnen verstrekken op hun uitstaande vorderingen. Een bank of een alternatieve financier heeft bovendien niet steeds inzicht in hoeverre er daadwerkelijk verpandingsverboden gelden. Hierdoor kan het lastig zijn voor deze financiers om in te schatten hoeveel zekerheid een pandrecht op de vorderingenportefeuille van het MKB-bedrijf hen daadwerkelijk oplevert. Dit kan betekenen dat zij zich genoodzaakt zien om meer zekerheid te bedingen dan strikt genomen noodzakelijk is gelet op de hoogte van het krediet dat zij verstrekken. Door verpandingsverboden weg te nemen, krijgen MKB-bedrijven meer ruimte om hun activiteiten te financieren. Bovendien draagt dit ertoe bij dat financiers de kredietverlening aan deze bedrijven nauwkeuriger kunnen afstemmen op de zekerheid die deze bedrijven verschaffen.

Vraag:

- ❖ *Ziet u mogelijkheden om ondernemers nog beter in staat te stellen (tijdelijke) liquiditeitskrapte tegen te gaan?*

3.4 Instrumenten voor ondernemers om problematische schulden voor te blijven

Vanuit de overheid, maar ook vanuit de praktijk, zijn er diverse initiatieven ondernomen om ondernemers te helpen om problematische schulden voor te blijven. Ondernemers kunnen daarbij bijvoorbeeld worden ondersteund door de Kamer van Koophandel of hun bank.

Informatie- en adviespunt Kamer van Koophandel, de Stichting Ondernemersklankbord en de Nederlandse Schuld hulproute

Enige tijd geleden is bij de Kamer van Koophandel een informatie- en adviespunt ingericht.¹⁸ Ondernemers vinden hier onder meer informatie over hoe zij financiële problemen bij een klant kunnen signaleren en wat de mogelijkheden zijn als zij zelf in zwaar weer dreigen te komen. Ondernemers kunnen een 'Zwaar weer routewijzer' volgen die hen helpt te bepalen welke stappen zij het beste kunnen ondernemen.¹⁹ In het kader van het derde steun- en herstelpakket ter bestrijding van de gevolgen van de uitbraak van het COVID-19 virus is het informatiepunt vanaf januari 2021 uitgebreid met extra ondersteuning voor ondernemers die gebruik willen maken van de WHOA.²⁰ Hiermee is ook gevolg gegeven aan een motie van de leden _____ en _____ die werd aangenomen tijdens de

¹⁸ <https://www.kvk.nl/advies-en-informatie/>.

¹⁹ <https://www.kvk.nl/advies-en-informatie/zwaar-weer/>

²⁰ *Kamerstukken I 2020–2021, 35 420, R, p. 13 – 14.*

behandeling van de WHOA in de Tweede Kamer en waarin werd opgeroepen tot het treffen van maatregelen om de WHOA hanteerbaar te maken voor MKB'ers.²¹ Verder sluit het informatieloket aan bij de richtlijn herstructurering en insolventie. Artikel 3 van deze richtlijn verplicht de lidstaten om ervoor te zorgen dat ondernemers toegang hebben tot instrumenten voor vroegtijdige waarschuwing waarmee omstandigheden kunnen worden opgespoord die kunnen leiden tot insolventie.

Daarnaast hebben MKB-ondernemers de mogelijkheid om via de Stichting Ondernemersklankbord (hierna: OKB) persoonlijke begeleiding te krijgen in een traject van een half jaar. De begeleiding wordt geboden door vrijwilligers die zelf ervaring hebben met ondernemen of beschikken over specialistische kennis. Een MKB-ondernemer kan met verschillende typen vragen bij OKB terecht, onder meer als hij een onderneming wil starten, maar ook als hij financiële problemen heeft.²²

Verder is eind 2019 de 'Stichting Nederlandse Schuldhulproute' (NSR) opgericht. De NSR is een publiek/privaat initiatief van onder meer lokale overheden, banken, verzekeraars en energiebedrijven waarbij aan zowel particulieren als ondernemers (online) informatie wordt verstrekt over het voorkomen en oplossen van financiële problemen en van waaruit bijvoorbeeld ook doorverwijzingen plaatsvinden naar het loket bij de Kamer van Koophandel.²³

Begeleiding door de bank

Ondernemers die in financiële problemen dreigen te komen, krijgen vaak begeleiding van hun bank. Daarbij biedt de bank met gebruikmaking van verschillende instrumenten ondersteuning bij een traject waarin wordt bekeken wat ervoor nodig is om ervoor te zorgen dat de onderneming weer op de juiste koers komt. Uiteindelijk kan de ondernemer – bij wijze van eindstadium – terecht komen bij de afdeling bijzonder beheer. Een traject bij de afdeling bijzonder beheer is echter veelal geen keuze van de ondernemer zelf. Doorgaans neemt de bank hierin het initiatief en dit kan een grote impact hebben op ondernemers. Mede gelet hierop hebben de Nederlandse banken in de afgelopen jaren verschillende stappen gezet om ondernemers meer duidelijkheid te verschaffen over het doel en de werkwijze van de afdeling bijzonder beheer. Zo zijn er een '*Gedragscode Kleinzakelijke Financiering*' en een '*Handreiking Bijzonder Beheer*' opgesteld en onderzoeken verricht naar de ervaringen van ondernemers die zijn ondergebracht bij de afdeling bijzonder beheer.²⁴

Vraag:

- ❖ *Welke andere methoden en instrumenten zijn beschikbaar of zouden geïntroduceerd kunnen worden om ondernemers beter in staat te stellen problematische schulden voor te blijven?*

4. De bestaande insolventieprocedures

Zoals eerder aangestipt, is het niet altijd mogelijk om het stadium van insolventie te vermijden. Lange tijd waren er voor dergelijke situaties twee insolventieprocedures beschikbaar; de surseance van betaling en het faillissement.²⁵ Sinds de inwerkingtreding van de WHOA zijn daar de besloten en de openbare akkoordprocedure buiten faillissement bij gekomen.

4.1 De WHOA

Met de WHOA zijn twee nieuwe insolventieprocedures geïntroduceerd: de besloten en de openbare akkoordprocedure buiten faillissement. Beide procedures bieden "*een schuldenaar [die] verkeert in een toestand waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat hij met het betalen van zijn schulden niet zal*

²¹ Kamerstukken II 2019–2020, 35 249, nr. 20.

²² Zie <https://www.ondernemersklankbord.nl/>

²³ <https://nederlandseschuldhulproute.nl/>.

²⁴ <https://www.nvb.nl/themas/ondernemen-financieringen/bijzonder-beheer/>

²⁵ Voor natuurlijke personen die ondernemer zijn, is er ook nog de Wet schuldsanering natuurlijke personen.

kunnen voortgaan”, de mogelijkheid om een akkoord met de schuldeisers en aandeelhouders tot stand te brengen om:

- een onderneming door een sanering van de schulden weer financieel gezond te maken en een dreigend faillissement af te wenden, of
- een onderneming die geen overlevingskansen meer heeft gecontroleerd en met een beter resultaat dan in faillissement af te kunnen wikkelen.

De rechter kan het akkoord bekrachtigen (homologeren) als de besluitvorming over en de inhoud van het akkoord aan bepaalde in de WHOA gestelde eisen voldoen. Als het akkoord wordt bekrachtigd, geldt het voor alle bij het akkoord betrokken schuldeisers en aandeelhouders en dus ook voor schuldeisers of aandeelhouders die daar niet mee hebben ingestemd. Inmiddels zijn er meer dan veertig uitspraken gepubliceerd waarin de WHOA is toegepast. Tegen de aanvankelijke verwachtingen in, blijkt hieruit dat de regeling nu vooral wordt gebruikt door kleinere ondernemers. Ook zijn er inmiddels de nodige publicaties verschenen over de WHOA.²⁶

Introductie herstructureringsdeskundige en observator

De WHOA heeft geleid tot de introductie van enkele noviteiten in het insolventierecht. Zo kan niet alleen de ondernemer zelf een akkoordprocedure starten, maar kunnen schuldeisers, aandeelhouders en de binnen de onderneming ingestelde ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging hiertoe ook het initiatief nemen. Zij kunnen de rechter vragen om een herstructureringsdeskundige aan te stellen die een akkoord kan voorbereiden en in stemming kan brengen. Probeert de ondernemer zelf een akkoord tot stand te brengen en heeft hij in dat verband gevraagd om een schorsing van tenuitvoerleggingsmaatregelen jegens bepaalde of al zijn schuldeisers (afkoelingsperiode), dan kunnen de betrokken schuldeisers of aandeelhouders controle houden op het proces door de rechter te vragen een stille observator aan te wijzen die in het belang van de gezamenlijke schuldeisers toezicht houdt op het traject. De WHOA introduceert hiermee dus twee nieuwe insolventiefunctionarissen: de herstructureringsdeskundige en de observator.

4.2 De surseance van betaling

De surseance van betaling is van origine een regeling om ondernemers die kampen met problematische schulden, in staat te stellen orde op zaken te stellen en een faillissement te voorkomen. De regeling houdt – kort gezegd – in dat surseance kan worden aangevraagd door een *“schuldenaar die voorziet dat hij met het betalen van zijn opeisbare schulden niet zal kunnen voortgaan”*. Als het verzoek wordt toegewezen krijgt de schuldenaar een uitstel van betaling jegens zijn concurrente schuldeisers en kan hij de rechter vragen om een afkoelingsperiode jegens al zijn overige schuldeisers. Ook wordt er dan een bewindvoerder benoemd, die de schuldenaar ondersteunt bij het beheer van zijn onderneming. De schuldenaar dient de bewindvoerder medewerking of machtiging te vragen voor het verrichten van bepaalde rechtshandelingen (artikelen 215, tweede lid, en 228 Fw). Op dit moment schrijft de Faillissementswet nog niet voor dat bij de surseanceverlening altijd een rechter-commissaris benoemd moet worden. In de praktijk gebeurt dit doorgaans wel, maar dan heeft de rechter-commissaris volgens de Faillissementswet als taak om de bewindvoerder van advies te dienen (artikel 223a Fw). Dit verandert met de implementatie van de richtlijn herstructurering en insolventie. In de implementatiewet zal erin worden voorzien dat de Faillissementswet straks voorschrijft dat steeds een rechter-commissaris wordt benoemd en van hem wordt dan verwacht dat hij niet alleen advies geeft aan de bewindvoerder, maar ook toezicht houdt op de taakuitoefening door de bewindvoerder.²⁷

Tegelijk met of na het verzoek tot surseance kan de schuldenaar een voorstel doen voor een akkoord, waarbij schulden worden gesaneerd. Ook een surseance-akkoord kan door de rechter worden bekrachtigd. Anders dan het WHOA-akkoord beperkt het surseance-akkoord zich echter tot één

²⁶ Zie onder meer het Insolad jaarboek 2021 dat helemaal gewijd is aan de WHOA en , ‘De WHOA van wet naar recht’, Recht en Praktijk Insolventierecht, Wolters Kluwer, 2021.

²⁷ <https://www.internetconsultatie.nl/herstructurering>.

categorie van schuldeisers: de concurrente schuldeisers die betrokken zijn bij de surseanceprocedure. Verder gelden er ook andere regels betreffende de besluitvorming over en de inhoud van het akkoord.

Effectiviteit van de surseance

De surseance wordt in de praktijk van vandaag nauwelijks meer toegepast op de manier waarvoor de procedure bedoeld is (d.w.z. als financieel herstructureringsinstrument). Wat nog wel voorkomt is dat een bedrijf eerst surseance aanvraagt en vervolgens alsnog faillieert. Achtergrond is nogal eens dat de bestuurders een faillissement willen aanvragen, maar daarvan worden weerhouden door de aandeelhouders die daarmee moeten instemmen. Voor het aanvragen van surseance is geen instemming van de aandeelhouders vereist en de surseance kan nadien ook zonder instemming van de aandeelhouders overgaan in een faillissement. De surseance fungeert dan als een soort voorportaal van het faillissement. Dat de regeling niet erg effectief meer is, lijkt onder meer te komen doordat de bevoegdheid van de ondernemer om over zijn vermogen te beschikken met de surseanceverlening automatisch wordt ingeperkt en de akkoordregeling niet op alle schuldeisers van toepassing is (artikelen 228 en 232 Fw).

Enkele jaren geleden is door de Vereniging voor Insolventierecht Advocaten (Insolad) al eens een voorstel gedaan tot aanpassing van de surseanceregeling. In dit kader is toen onder meer voorgesteld om de huidige surseanceregeling ook te laten werken ten aanzien van preferente schuldeisers en, als de rechtbank dit bepaalt, zekerheidsgerechtigde schuldeisers. Ook is voorgesteld om de mogelijkheid te introduceren van de aanstelling van een 'lichte bewindvoerder' (naar Duits voorbeeld) en de schuldenaar volledig beheers- en beschikkingsbevoegd te laten blijven. Verder is een voorstel gedaan voor een bijzondere ontslagregeling, die in zekere zin aansluit op de regeling in faillissement, en een aangepaste regeling voor de beëindiging en voortzetting van overeenkomsten alsmede het surseanceakkoord.²⁸ Met de inwerkingtreding van de WHOA is inmiddels een nieuw financieel herstructureringsinstrument ter beschikking gekomen. Dit neemt niet weg dat er nog steeds stemmen opgaan om de surseanceregeling te verbeteren.²⁹ Daarbij is gewezen op een aantal voordelen die de surseance heeft ten opzichte van de WHOA, zoals de vrij eenvoudige toegang tot de procedure en de aanstelling van een bewindvoerder die een meer sturende en controlerende rol kan vervullen dan de herstructureringsdeskundige of de observator onder de WHOA. Zoals eerder is opgemerkt, heeft de schuldenaar medewerking of machtiging nodig van de bewindvoerder voor het verrichten van bepaalde rechtshandelingen. Deze betrokkenheid van de bewindvoerder brengt mee dat rechtshandelingen getoetst worden door een onafhankelijk deskundige. Dit kan de kwaliteit van de beslissingen van het bestuur verbeteren en het risico op onheus handelen door het bestuur en eventuele latere aansprakelijkheidstellingen verkleinen. Een andere mogelijk aanpassing is het meer laten aansluiten van het surseanceakkoord bij bepalingen in de WHOA.

Vragen:

- ❖ *In hoeverre ziet u een meerwaarde voor de surseanceregeling naast de door de WHOA geïntroduceerde besloten en openbare akkoordprocedures?*
- ❖ *Welke mogelijkheden ziet u om de effectiviteit van de surseanceregeling te verbeteren en hoe kijkt u in dit verband aan tegen de voorstellen die Insolad eerder heeft gedaan?*

4.3 Het faillissement

De faillissementsprocedure kan het best gekenschetst worden als een collectieve verhaalsprocedure die in principe in de plaats komt van de individuele verhaalsmogelijkheden van de schuldeisers. Het faillissement kan worden uitgesproken als *“de schuldenaar in een toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen”*. De schuldenaar kan daartoe eigen aangifte doen of de schuldeisers kunnen een faillissementsaanvraag indienen. Gelet op het collectieve karakter van de faillissementsprocedure

²⁸ Te raadplegen via: www.insolad.nl/publicaties en zie ook

, 'De surseance als echte

reorganisatieprocedure', Tvl 2015/23.

²⁹ Zie de reactie van Insolad op <https://www.internetconsultatie.nl/herstructurering/reacties>.

geldt in dit laatste geval dan wel als voorwaarde dat sprake moet zijn van onbetaalde vorderingen van tenminste twee verschillende schuldeisers.³⁰

Een gefailleerde schuldenaar kan in faillissement een akkoord aanbieden aan de schuldeisers waarbij de schulden worden afgewikkeld. Het faillissementsakkoord kan vervolgens door de rechter worden bekrachtigd, waarna het faillissement eindigt. Anders dan het WHOA-akkoord beperkt het faillissementsakkoord zich tot één categorie van schuldeisers: de concurrente schuldeisers. Verder gelden er ook andere regels betreffende de besluitvorming over en de inhoud van het akkoord.

Vraag:

- ❖ *In hoeverre ziet u naast de door de WHOA geïntroduceerde besloten en openbare akkoordprocedures nog een meerwaarde voor de regeling betreffende het faillissementsakkoord?*

De taak van de curator

Bij de faillietverklaring stelt de rechter een curator aan en benoemt hij een rechter-commissaris. De curator treedt op als belangenbehartiger van de gezamenlijke schuldeisers. Zijn hoofdtaak is – kort gezegd – het beheren en vereffenen van het vermogen van de schuldenaar (hierna: de faillissementsboedel). De opbrengst die daarbij gerealiseerd wordt, verdeelt de curator overeenkomstig de wettelijke rangorde onder de schuldeisers (artikelen 14, 23, 68, 70 Fw). De curator doet ook onderzoek naar de oorzaken van het faillissement en beziet in dit verband wat er in de aanloop van het faillietverklaring is voorgevallen. Als daarbij bijvoorbeeld sprake is geweest van onbehoorlijk bestuur of rechtshandelingen waardoor de schuldeisers zijn benadeeld, kan de curator de verantwoordelijk bestuurders aansprakelijk stellen en de rechtshandelingen vernietigen (artikelen 42 e.v. Fw en 2:248 BW).

Sinds de inwerkingtreding van de Wet versterking positie curator wordt van de curator verwacht dat hij ook oog heeft voor eventuele onregelmatigheden en is hij uitgerust met het instrumentarium om een en ander te traceren en redresseren (artikel 68, tweede lid, Fw). Zo is de informatiepositie van de curator versterkt. De failliet is verplicht om zowel gevraagd als uit eigen beweging inlichtingen te verstrekken aan de curator over feiten en omstandigheden waarvan hij weet of behoort te weten dat deze voor de curator van belang kunnen zijn (artikel 105 Fw). In geval van een faillissement van een rechtspersoon, vennootschap onder firma of commanditaire vennootschap gelden deze inlichtingen- en medewerkingsverplichtingen ook voor de natuurlijke personen achter de onderneming, zoals de huidige (middellijk) bestuurders, commissarissen, vennoten en voor feitelijk bestuurders of voor degenen die dat in de drie jaren voorafgaand aan het faillissement zijn geweest (artikel 106 Fw). Verder rust op de failliet een verplichting om de administratie over te leggen. Als de administratie zich bevindt onder een derde – bijvoorbeeld de boekhouder of de accountant – is deze ook verplicht om die aan de curator af te geven (artikel 105b Fw). Binnenkort gaat een WODC- evaluatieonderzoek naar de Wet versterking positie curator en de Wet civielrechtelijk bestuursverbod van start. Het evaluatieonderzoek moet inzicht bieden in de doeltreffendheid van deze wetten in de praktijk. Het onderzoek zal ingaan op bijvoorbeeld deze vragen:

- a) Wat zijn de gevolgen van de wet versterking positie curator voor onder meer de fraudemeldingen, de boedel, de belangen van schuldeisers, de pakkans én voor de curator, de rechter-commissaris en het Openbaar Ministerie (OM)?
- b) Hoe vaak is het civielrechtelijk bestuursverbod ingeroepen en welke factoren zijn daarin van belang? Hoe vaak zijn de kosten op de bestuurder verhaald?
- c) Hoe verhouden de mogelijkheid van een strafrechtelijke ontzetting uit het beroep van bestuurder en de mogelijkheid tot het vorderen van een civielrechtelijk verbod door het OM zich tot elkaar? Heeft dit mogelijk geleid tot meer of minder strafrechtelijke ontzettingen?

³⁰ HR 26 oktober 2018, JOR 2019/22 met annotatie van

Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad volgt verder dat de curator ook rekening dient te houden met (zwaarwegende) belangen van maatschappelijke aard, zoals de continuïteit van de onderneming en behoud van werkgelegenheid, en dat hij die belangen onder omstandigheden ook mag laten prevaleren boven het belang van een individuele schuldeiser.³¹ Ondernemingen kunnen onderworpen zijn aan bijzondere wet- en regelgeving, die in het leven is geroepen om bepaalde maatschappelijke belangen te waarborgen. Daarbij kan in meer algemene zin gedacht worden aan milieuwetgeving of meer specifiek bijvoorbeeld aan de regelgeving die van toepassing is binnen een bepaalde sector, zoals de zorgsector. Het is aan de curator om ervoor te zorgen dat de van toepassing zijnde bijzondere wet- en regelgeving na de faillietverklaring zoveel mogelijk in acht genomen wordt. Uit de rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en van het College van Beroep voor het bedrijfsleven volgt dat op de curator in zijn hoedanigheid een eigen, zelfstandige verplichting rust tot naleving van de milieuwetgeving ten aanzien van een tot de boedel behorende inrichting en dat als de curator die verplichting niet naleeft, aan hem in zijn hoedanigheid bestuursrechtelijke lasten kunnen worden opgelegd.³² In aanvulling hierop heeft de Hoge Raad onlangs geoordeeld dat de schulden die voortvloeien uit zodanige bestuursrechtelijke lasten, boedelschulden zijn.³³ Een en ander roept de vraag op of er een wettelijke regeling moet komen over boedelschulden, in het bijzonder voor boedels die naar verwachting niet toereikend zijn om alle (onvermijdbare) boedelschulden te voldoen.³⁴

Er wordt wel betoogd dat sprake is van een tendens waarin maatschappelijke belangen in het faillissement een steeds grotere rol hebben gekregen. Ook is wel bepleit dat er gevallen zijn waarbij maatschappelijke belangen spelen die zo zwaar wegend zijn dat de curator die belangen ook voorrang zou moeten geven op de belangen van de gezamenlijke schuldeisers.³⁵ Tegelijkertijd is er ook discussie over de vraag hoe ver de maatschappelijke taakuitoefening van de curator zou moeten strekken en hoe die bekostigd moet worden.

Vragen:

- ❖ Ziet u een meerwaarde in een algemene wettelijke regeling rond boedelschulden?
- ❖ Hoe kijkt u – mede naar aanleiding van de hiervoor aangestipte recente rechtspraak en discussie – aan tegen de taak van de curator en de bekostiging van diens werkzaamheden?

Het toezicht van de rechter-commissaris

Om ervoor te zorgen dat tijdens het faillissement het liquidatieproces op een zo voorspelbaar, efficiënt en transparant mogelijke manier en met zo min mogelijk schade voor betrokkenen wordt afgewikkeld, is essentieel dat de procedure plaatsvindt onder leiding van een professionele curator die adequaat is opgeleid en beschikt over de benodigde deskundigheid en ervaring. In dit kader is van belang dat er sprake is van adequaat toezicht door een rechter-commissaris. De rechter-commissaris houdt toezicht op het beheer en de vereffening van de boedel door de curator. In dat kader verleent de rechter-commissaris ook machtiging, goedkeuring of toestemming aan de curator voor het verrichten van bepaalde handelingen. In de praktijk is het meest van belang de toestemming voor de (tijdelijke) voortzetting van de onderneming en de onderhandse verkoop van activa uit de boedel (bijvoorbeeld in het kader van een doorstart van de onderneming). Dit zijn complexe beslissingen die veel vragen van de deskundigheid van de rechter-commissaris. Ook moet de curator eerst machtiging vragen aan de rechter-commissaris, voordat hij een juridische procedure kan aanvangen. Als de rechter-commissaris vervolgens van mening is dat er grond kan zijn om die machtiging te verlenen, is hij volgens de

³¹ HR 24 februari 1995, NL 1996/472, m. nt. WMK (), HR 19 april 1996, NJ 1996/727 (), HR 19 december 2013, NJ 2004, 293 (Mobell/Interplan) en HR 20 maart 1981, NJ 1981/640 (Veluwse Nutsbedrijven).

³² CBb 7 augustus 2018, ECLI:NL:CBB:2018:405, JOR 2018/292 m.nt. .

³³ HR 4 juni 2021, RvdW 2021/613.

³⁴ , 'Kwart eeuw faillissementsafwikkeling en boedelschulden', Tvl 2020/38.

³⁵ Zie over deze ontwikkeling , De overeenkomst in het insolventierecht (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2012, par. 2.5 en , "Maatschappelijk verantwoord vereffenen", Tvl 2015/1.

Faillissementswet nu niet gehouden om de wederpartij te horen. Voor de buitenwereld is niet altijd duidelijk welke normen de rechter-commissaris hanteert als hij beslist over het verlenen van een machtiging of toestemming. Ook is er wel kritiek geuit op de omstandigheid dat de rechter-commissaris de beslissing doorgaans voornamelijk baseert op informatie afkomstig van de curator. Dit heeft de vraag opgeroepen of de rechter-commissaris daarmee eenzijdig geïnformeerd zou zijn. Bij de rechtbank Rotterdam en de rechtbank Amsterdam loopt mede daarom een pilot waarbij in geval van een verzoek om een machtiging tot het starten van een aansprakelijkheidsprocedure tegen bestuurders van de failliete vennootschap, de desbetreffende bestuurders eerst door de rechter-commissaris worden gehoord alvorens deze een beslissing neemt over het verzoek. De ervaringen met de pilot zijn positief en er gaan stemmen op om deze methode wettelijk te verankeren.³⁶ Bij de rechtbank Rotterdam loopt momenteel ook een pilot waarbij *mediation* wordt ingezet om geschillen tussen de curator en derden in het kader van een faillissement te beslechten en een juridische procedure te voorkomen. De resultaten van deze pilot zijn ook positief.

De rechter-commissaris stelt ook termijnen vast (zoals voor de indiening van vorderingen), bepaalt de datum voor vergaderingen (zoals de verificatievergadering) en leidt hij deze vergaderingen (artikelen 64, 80, 108 Fw). De rechter-commissaris kan ook gevraagd worden om de curator ergens toe aan te sporen (artikel 69 Fw). Verder kan de rechter-commissaris getuigen horen of een deskundigenonderzoek gelasten als dit nodig is om bepaalde zaken in een faillissement op te helderen (artikel 66 Fw). Zelf wordt de rechter-commissaris gehoord door de rechtbank als dat nodig is voor een te nemen beslissing in het kader van de faillissementsprocedure (artikel 65 Fw).

Overigens is het de rechtbank die het salaris van de curator vaststelt, na advies van de toezichthoudend rechter-commissaris (artikel 85 Fw). Daarmee is voorzien in een onafhankelijke beoordeling.

Sinds de inwerkingtreding van de Wet modernisering faillissementsprocedure heeft de rechtbank de mogelijkheid om in een faillissement meerdere rechters-commissaris te benoemen die de verantwoordelijkheid voor het toezicht op curator kunnen delen. Dit kan wenselijk zijn bij bijzonder complexe faillissementen of faillissementen die – bijvoorbeeld in verband met de betrokken onderneming – een specifieke deskundigheid vereisen. Een tweede rechter-commissaris kan ook uit een andere rechtbank afkomstig zijn, aangezien elke rechter van rechtswege plaatsvervanger is bij een andere rechtbank.³⁷ De mogelijkheid om meerdere rechters-commissaris te benoemen, biedt de rechtspraak ruimte om meer maatwerk te kunnen leveren, effectiever toezicht te kunnen houden op het functioneren van de curator en specialisatie van insolventierechters te bevorderen. Doordat rechters-commissaris ook buiten hun standplaats benoemd kunnen worden, kunnen zij zich desgewenst meer op bepaalde typen faillissementen gaan richten. Uiteindelijk kan dit alles bijdragen aan een versterking van de positie van de rechter-commissaris.

Het in de Faillissementswet geregelde toezicht van de rechter-commissaris op de taakuitoefening van de curator richt zich uitsluitend op een specifiek faillissement. In de praktijk voeren rechtbanken ook zogeheten kantoorgesprekken. Dit betreft het overleg met de curatoren van een bepaald curatorenkantoor, over de wijze waarop de betrokken curatoren meer algemeen in faillissementen functioneren. Daarbij wordt bij een aantal rechtbanken gebruik gemaakt van KPI's ('*Key Performance Indicators*'). Deze KPI's helpen de prestaties van de desbetreffende curatoren in de faillissementen waarin zij zijn aangesteld inzichtelijker te maken.³⁸

Vragen:

- ❖ Zijn er naar uw mening nog meer mogelijkheden om de positie van de rechter-commissaris en zijn toezichtrol in het faillissement verder te versterken?

³⁶ , 'Het machtigingsverzoek: de bestuurder gehoord?!', FIP 2019/7.

³⁷ Zie artikel 40 lid 2 Wet op de rechterlijke organisatie.

³⁸ , 'Meten is weten, spreken is goud: KPI's en het kantoorgesprek van de rechter-commissaris met de curator', FIP 2021/4.

- ❖ Zou vaker *mediation* moeten worden ingezet om geschillen tussen de curator en derden in het kader van een faillissement te beslechten? Zo ja, op welke manier zou de inzet van *mediation* kunnen worden bevorderd?
- ❖ Zouden belanghebbenden gehoord moeten worden voordat de rechter-commissaris een beslissing neemt over een verzoek tot machtiging, goedkeuring of toestemming van de curator ten behoeve van bijvoorbeeld het starten van een juridische procedure. Zo ja, wie zouden dan bij voorkeur gehoord moeten worden?

De positie van pand- en hypotheekhouders

Alleen de schuldeisers met een pand- of hypotheekrecht (hierna: separatisten) kunnen in faillissement zelf verhaal blijven halen op de in zekerheid gegeven goederen van de schuldenaar (hierna: het onderpand) (artikel 57 Fw). Wel kan de curator de rechter vragen om jegens de separatisten een tijdelijke schorsing af te kondigen van tenuitvoerleggingsmaatregelen (hierna: afkoelingsperiode). Als dit verzoek wordt gehonoreerd, kunnen deze schuldeisers hun verhaalsrechten tijdelijk niet uitoefenen (artikel 63a e.v. Fw). Dit kan de curator ruimte geven om zijn taken goed op te kunnen pakken. Ook is mogelijk dat de curator de separatisten een termijn stelt voor de uitwinning van het onderpand. Na het verstrijken van die termijn kan de curator de goederen opeisen en de uitwinning daarvan overnemen (artikel 57 Fw). In de praktijk komt het regelmatig voor dat de curator uiteindelijk toch degene is die de verpande of met hypotheek bezwaarde zaken uitwint.³⁹

Bij de uitwinning van het onderpand hebben de zekerheidsrechtigde schuldeisers, op enkele uitzonderingsgevallen na, het hoogste voorrangrecht. Zij komen daardoor ook als eerste in aanmerking om uitbetaald te worden uit de opbrengst die gerealiseerd wordt bij de uitwinning van het onderpand. Als er vervolgens nog opbrengst resteert, vloeit deze in de faillissementsboedel. Zekerheidsrechtigde schuldeisers kunnen er op basis van hun zekerheidsrecht dus op rekenen dat zolang het onderpand nog enige waarde heeft, zij bij een faillissement van de schuldenaar altijd een betaling op hun vordering zullen ontvangen.

Voor de andere schuldeisers geldt dat de mate waarin zij een betaling op hun vordering kunnen verwachten, afhangt van de omvang van de faillissementsboedel en van de hoogte van de boedelvorderingen en de vorderingen van de preferente schuldeisers die worden voldaan voordat zij voor een betaling in aanmerking komen. De praktijk leert dat er na een faillietverklaring van de schuldenaar doorgaans onvoldoende middelen zijn om alle schuldeisers volledig te voldoen. In faillissement is 'de taart' eenvoudigweg te klein. Dit betekent dat schuldeisers en aandeelhouders in faillissement lang niet altijd een betaling op hun vordering zullen ontvangen en als dit wel het geval is, die betaling vaak zeer beperkt is. Hoewel in dit verband vaak vooral gerefereerd wordt aan de concurrente schuldeisers, geldt dit niet alleen voor hen maar ook voor de preferente en de achtergestelde schuldeisers en voor de aandeelhouders. Een boedel kan leeg of zo ontoereikend zijn, dat het zelfs nog maar de vraag is of de curator (volledige) betaald kan worden voor zijn werkzaamheden.⁴⁰

De hiervoor beschreven 'sterke' positie van de pand- en de hypotheekhouder en de aandeelhouderslening waarbij ook zekerheden zijn bedongen, zijn in de afgelopen jaren bekritiseerd.⁴¹

³⁹ Zie hierover *[naam]*, 'Over de separatist, de curator en art. 58 Fw', Tvl 2016/27.

⁴⁰ *[naam]*, 'Curatorenverzet in geval van een lege boedel', MvO 2016, nrs. 1 en 2.

⁴¹ Zie onder meer *[naam]*, 'Nieuwe regels omtrent aandeelhoudersleningen: tussen afdwingbaarheid en onrechtmatigheid in', preadvies NVRII 2013; R.J. Abendroth, 'Rechterlijke achterstelling van aandeelhoudersleningen?... don't bite the hand that feeds you ...', preadvies NVRII 2013;

[naam], 'Financiering met risicomijdend vermogen? Over de aandeelhouderslening in faillissement', Tvl 2014/39, p. 208-218;

[naam], 'Het belang van de separatist en de curator bij de artikelen 57 en 58 Fw', Tvl 2016/29;

[naam], 'Herziening van de positie van de pandhouder tijdens faillissement: de Duitse ervaring', Tvl 2020/3 en *[naam]*, 'Naar een herverdeling', Tvl 2020/14.

Kort gezegd, zou de sterke positie van pand- en hypotheekhouders ertoe leiden dat er te weinig opbrengst in de faillissementsboedel komt. Deze kritiek is ook terug te zien in kamervragen die hierover in de afgelopen jaren zijn gesteld⁴² en de volgende moties die tijdens de behandeling van de WHOA in de Tweede Kamer zijn ingediend:

- de motie van het lid over het beperken van verpanding bij bedrijven⁴³;
- de motie van het lid over het beperken van aandeelhoudersleningen⁴⁴.

Tegelijkertijd wordt de beschreven 'sterke' positie van de pand- en de hypotheekhouder ook genuanceerd. Dit komt – heel kort gezegd – omdat er in de praktijk verschillende belemmeringen blijken te zijn voor de pand- en de hypotheekhouder bij het maken van aanspraak op de opbrengst die gerealiseerd wordt bij de uitwinning van het zekerheidsrecht.⁴⁵ Verder is in 2017 al eens een rechtsvergelijkend onderzoek verricht door het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht naar 'De positie van pand- en hypotheekhouder tijdens faillissement'. Daarbij is onderzocht hoe dit is geregeld in België, Frankrijk, het Verenigd Koninkrijk, Duitsland en Oostenrijk. Uit het onderzoeksrapport komt onder meer naar voren dat de zelfstandige bevoegdheid van de pand- en de hypotheekhouder ook in België en Engeland voorop staat. In Duitsland kan de hypotheekhouder zijn rechten ook uitoefenen alsof er geen faillissement is. Uit het onderzoeksrapport blijkt verder dat in België, Duitsland en Oostenrijk, net als in Nederland, de pand- en de hypotheekhouder over het algemeen niet hoeft bij te dragen aan de algemene faillissementskosten.⁴⁶

Tenslotte is ook van belang dat de hiervoor beschreven kenmerken van de positie van de separatist voor een bank cruciaal zijn in het kader van de eisen die op basis van de toezichtwetgeving aan financiële instellingen worden gesteld om financieel gezond te blijven. Die eisen die voor een deel hun oorsprong vinden in de financiële en economische crisis die in 2008 uitbrak, houden – kort gezegd – in dat banken verplicht zijn om er bij de kredietverlening voor te zorgen dat de financiële risico's die optreden als kredietnemers hun verplichtingen niet nakomen, voldoende zijn afgedekt. Daarom vindt de kredietverlening door een bank in de regel plaats onder de voorwaarde dat de kredietnemer de bank een hypotheek- of pandrecht verschaft.

De positie van concurrente schuldeisers

Tijdens de behandeling van de WHOA in de Tweede Kamer werd door verschillende kamerleden de positie van concurrente (MKB-)schuldeisers in faillissement onder de aandacht gebracht. Naar aanleiding hiervan is een onderzoek toegezegd om meer inzicht te verkrijgen in de problematiek en eventuele oplossingsrichtingen. Onder leiding van het WODC is in de periode 2 december 2020 tot 1 juli 2021 een onderzoek uitgevoerd door de universiteit Groningen. Op 16 september 2021 is het onderzoeksrapport aan de Tweede Kamer toegezonden.⁴⁷

Het onderzoek bestaat uit twee onderdelen. De onderzoekers hebben eerst in kaart in kaart gebracht wat de huidige positie van concurrente (MKB-)schuldeisers in faillissement is. Door de onderzoekers is daartoe een kwantitatief onderzoek uitgevoerd. Daarbij zijn er faillissementsverslagen van honderd willekeurig uitgekozen faillissementen bestudeerd om te achterhalen wat de uitkeringspercentages zijn geweest aan de concurrente schuldeisers. Vervolgens is een diepte-onderzoek uitgevoerd naar tien gericht gekozen faillissementen, waarbij is nagegaan wat de zekerheidsgerechtigde schuldeisers, preferente schuldeisers en de overige schuldeisers in die faillissementen hebben ontvangen en hoeveel concurrente schuldeisers behoorden tot het MKB – d.w.z. het MKB conform de definitie van art. 374 lid

⁴² *Aanhangsel Handelingen II 2017-2018*, nrs. 2243 en nr. 3010

⁴³ *Kamerstukken II 2019-2020*, 35 249, nr. 18.

⁴⁴ *Kamerstukken II 2019-2020*, 35 249, nr. 19.

⁴⁵ , 'Uitwinning van zekerheidsrechten in vrijheid', MvV 2020/7 – 8.

⁴⁶ 'De positie van pand- en hypotheekhouder tijdens faillissement', 'Rechtsvergelijkend rapport', Onderzoekcentrum Onderneming & Recht, Nijmegen, 3 mei 2017.

⁴⁷ https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/brieven_regering/detail?id=2021Z15675&did=2021D33629.

2 Fw. Zoals de onderzoekers zelf aangeven zijn het cijfermatige resultaten van het onderzoek niet representatief, maar geven zij wel een indruk van de positie van de concurrente schuldeisers in de bestudeerde faillissementen. Heel kort gezegd, blijkt uit het onderzoek dat het gemiddelde uitkeringspercentage voor concurrente schuldeisers in faillissement gering tot zeer gering is.

Vervolgens hebben de onderzoekers bekeken of de volgende maatregelen – die deels geïnspireerd zijn op voorstellen die eerder in het kader van de behandeling van de WHOA in de Tweede Kamer als amendement werden ingediend bij die wet – ingevoerd zouden kunnen worden in faillissement en of dit dan een verbetering van de positie van de concurrente (MKB-)schuldeisers zou kunnen opleveren:

1. een afdrachtsregeling waarbij zekerheidsgerechtigde schuldeisers een percentage van de opbrengst van de in zekerheid gegeven goederen afdragen aan de boedel (“carve out”);
2. een recht op een uitkeringspercentage van ten minste 20 procent (voor zover dat mogelijk is) voor kleine concurrente (MKB-)schuldeisers die leverancier waren van de failliet of een vordering hebben uit onrechtmatige daad;
3. een inperking van de mogelijkheden van de aandeelhouder om (een deel van) zijn aandelen te behouden of op enig andere manier ondernemingswaarde toebedeeld te krijgen, als er een faillissementsakkoord tot stand komt;
4. een strikte waardering van het aan de zekerheidsgerechtigde schuldeiser verstrekte zekerheidsrecht (waarbij uitgangspunt is de waarde die de schuldeiser zelf op korte termijn zou kunnen behalen bij een separate executie van het goed waarop het voorrangrecht rust), en
5. een achterstelling van aandeelhoudersleningen.

In dit verband is gekeken naar bestaande regelingen in onder meer Duitsland, Oostenrijk en het Verenigd Koninkrijk, betreffende onder meer een verplichting voor zekerheidsgerechtigde schuldeisers om een deel van hun opbrengst af te dragen aan de faillissementsboedel, een inperking van de positie van de aandeelhouder en een reservering van een bepaald bedrag per faillissement voor concurrente schuldeisers. Daarbij moet wel opgemerkt worden dat de in Duitsland bestaande afdrachtsverplichting voor de zekerheidsgerechtigde schuldeisers niet tot doel heeft om de positie van de overige schuldeisers te verbeteren, maar om de kosten van vaststelling en executie – die in Duitsland in de regel in handen van de curator (‘Insolvenzverwalter’) is gelegd – voor rekening van de zekerheidsgerechtigden te brengen.

Uit het onderzoek wordt duidelijk dat om enig positief effect op de positie van de concurrente schuldeisers te kunnen sorteren, vrijwel steeds in ieder geval nodig is dat de huidige wettelijke rangorde van schuldeisers wordt aangepast (d.w.z. de afschaffing of vermindering van voorrechten en/of boedelschulden) en dat er een regeling wordt geïntroduceerd waarbij een deel van de opbrengst die wordt gerealiseerd bij de uitwinning van activa behorend tot het vermogen van de failliet, wordt geoordeeld als bedoeld voor de concurrente schuldeisers en als zodanig apart worden gehouden. De onderzoekers hebben geanalyseerd welke voor- en nadelen kleven aan de genoemde maatregelen. Zij hebben geen aanbevelingen gedaan, maar wel laten zien dat de onderzochte maatregelen niet steeds leiden tot significante voordelen voor de concurrente schuldeisers, soms complex zijn en ongewenste extra administratieve handelingen kunnen meebrengen die ten laste komen van het actief dat in een faillissement nog beschikbaar is voor de schuldeisers.

Lege boedelproblematiek

Ter bestrijding van de eerder benoemde lege boedelproblematiek is in 2012 al eens door Insolad geopperd om een regeling in te voeren, waarbij zekerheidsgerechtigde schuldeisers bij uitwinning van verpande activa een vooraf vastgesteld percentage van de opbrengst aan de boedel moeten afdragen.⁴⁸ Een andere optie die ter sprake is gekomen om tegemoet te komen aan de lege boedelproblematiek is dat alle bedrijven worden verplicht om, als zij nog gezond zijn, een bepaald

⁴⁸ https://static.basenet.nl/cms/105928/website/voorstellen-wijziging-fw_12-2012.pdf en ‘Naar een herverdeling’, Tvl 2020/14.

bedrag te reserveren dat exclusief bestemd is voor de afwikkeling van een eventueel faillissement. Daarbij zou dan geregeld moeten worden dat schuldeisers zich niet op dit bedrag kunnen verhalen.

Vragen:

- ❖ Kunt u zich er – gelet op de resultaten van het WODC-onderzoek – in vinden dat concurrente schuldeisers meer gebaat zijn bij een verbetering van de preventieve maatregelen, zoals beschreven in paragraaf 3, dan bij een herverdeling van de faillissementsopbrengst (in afwijking van de wettelijke rangorde)? Zo nee, kunt u dit dan toelichten?
- ❖ Kunt u zich vinden in een regeling – ten behoeve van de bestrijding van de lege boedelproblematiek – waarbij zekerheidsgerechtigde schuldeisers bij uitwinning van verpande activa een vooraf vastgesteld percentage van de opbrengst aan de boedel moeten afdragen? Zo nee, kunt u dit dan toelichten?
- ❖ Kunt u zich vinden in een regeling – ten behoeve van de bestrijding van de lege boedelproblematiek – waarbij alle bedrijven worden verplicht om, als zij nog gezond zijn, een bepaald bedrag te reserveren of af te dragen dat exclusief bestemd is voor de afwikkeling van een eventueel faillissement? Zo nee, kunt u dit dan toelichten?
- ❖ Zijn er andere mogelijkheden om tegemoet te komen aan de lege boedelproblematiek?

5. Lopende en toekomstige wetgevingstrajecten op nationaal en Europees niveau

Zoals eerder is opgemerkt, is van belang dat er binnen het insolventierecht ook instrumenten beschikbaar zijn om ondernemingen die niet langer levensvatbaar zijn, op een voorspelbare, transparante en efficiënte manier af te kunnen wikkelen. Op dit moment lopen er verschillende trajecten om dit verder te faciliteren.

5.1 Tijdelijke wet transparantie turboliquidatie

Als de COVID-19 pandemie straks is bedwongen en de economie weer volledig opengesteld kan worden, zullen niet alle ondernemers in staat zijn om hun plek op de markt terug te veroveren. Dit maakt dan dat er voor het desbetreffende bedrijf geen toekomst meer is. Voorzienbaar is dat een toenemend aantal ondernemers zal willen stoppen met hun bedrijf. Het demissionaire kabinet wil ondernemers hierbij ondersteunen en werkt een brede aanpak uit waarin wordt gekeken naar wat er nodig is om ervoor te zorgen dat bij een bedrijfsbeëindiging door de ondernemer altijd de meest efficiënte weg gekozen kan worden. Zo bestaat op dit moment – op basis van artikel 2:19 lid 1, onderdeel a, en lid 4 BW – reeds de mogelijkheid voor bestuurders om op eigen initiatief een rechtspersoon zonder baten te ontbinden. In de praktijk wordt deze regeling ook wel aangeduid met de term ‘turboliquidatie’. Deze regeling biedt bestuurders de gelegenheid om de onderneming te beëindigen en de betrokken vennootschap op gecontroleerde wijze en bovendien betrekkelijk snel en eenvoudig te liquideren.

Er is een tijdelijke regeling in voorbereiding om ervoor te zorgen dat als het instrument wordt toegepast, dit gebeurt op een transparantere wijze en met meer oog voor de rechtsbescherming van schuldeisers. Ook worden maatregelen genomen om misbruik van het instrument effectiever te bestrijden. De verwachting is dat dit zal leiden tot meer draagvlak vanuit de praktijk en het instrument daardoor ook toegankelijker zal maken voor ondernemers die, mede als gevolg van het COVID-19 virus, tijdig en gecontroleerd willen stoppen met hun bedrijf omdat zij daarin geen toekomst meer zien en olopende schulden willen voorkomen. Ook wordt onderzocht of er in dit verband nog behoefte bestaat aan een nieuwe regeling op basis waarvan ondernemers via de rechter lopende contracten tussentijds kunnen beëindigen.⁴⁹

⁴⁹ [Het steun- en herstelpakket in het derde kwartaal van 2021 | Tweede Kamer der Staten-Generaal](#). Zie in dit verband [, ‘Coronaprivaatrecht 2020-2021’, THEMIS 2021-3 en](#) [, ‘In de wurggreep van de wederpartij’, Insolad jaarboek 2021.](#)

5.2 Implementatie richtlijn herstructurering en insolventie

Medio 2022 dient het overgrote deel van de richtlijn herstructurering en insolventie te zijn omgezet in nationaal recht. De Faillissementswet sluit al nagenoeg volledig aan bij de in de richtlijn opgenomen minimum eisen. Met de in voorbereiding zijnde implementatiewet worden een beperkt aantal aanpassingen doorgevoerd in onder meer de WHOA-regeling om de omzetting van de eisen uit de richtlijn in de Nederlandse wetgeving te vervolmaken. Het wetsvoorstel zal binnenkort voor advies worden doorgeleid naar de Afdeling Advisering van de Raad van State.

5.3 Openbare akkoordprocedure onder toepassingsbereik Insolventieverordening

Bij de in de WHOA voorziene besloten akkoordprocedure buiten faillissement wordt niet publiek gemaakt dat er een poging wordt gedaan om een akkoord tot stand te brengen en worden alle verzoeken aan de rechter in de raadkamer behandeld. Bij de openbare akkoordprocedure buiten faillissement wordt aan het traject juist wel publiciteit gegeven door een kennisgeving in het Insolventieregister en worden de verzoeken aan de rechter in het openbaar behandeld. De Europese Commissie heeft op 11 mei 2021 een voorstel gepubliceerd waarbij de bijlagen bij de Insolventieverordening worden aangepast. Het voorstel volgt op kennisgevingen aan de Europese Commissie van Nederland, Italië, Litouwen, Cyprus en Polen over de invoering van nieuwe preventieve insolventieregelingen en van de introductie van nieuwe insolventiefunctionarissen in die landen. In het voorstel wordt de openbare akkoordprocedure buiten faillissement opgenomen op bijlage A en worden de herstructureringsdeskundige en de observator vermeld op bijlage B van de Insolventieverordening.⁵⁰ De openbare akkoordprocedure zal daarmee op termijn onder het toepassingsbereik van de Insolventieverordening worden gebracht. Dit vergemakkelijkt binnen de Europese Unie de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen die de rechter neemt in het kader van deze procedure.

5.4 De Wet Continuïteit Ondernemingen I (WCO I) en ontwerpregeling met werktitel Wet overgang van onderneming in faillissement (WVOF):

De WCO I – die sinds 2017 aanhangig is bij de Eerste Kamer – voorziet in een wettelijke basis voor de in de praktijk ontwikkelde ‘pre-pack methode’ (hierna ook: ‘stille voorbereidingsfase’).⁵¹ Deze methode houdt in dat de rechtbank op verzoek van een schuldenaar die een onderneming drijft, al voor een faillietverklaring in stilte aanwijst wie zij zal aanstellen als curator (hierna: beoogd curator) en zal benoemen als rechter-commissaris (hierna: beoogd rechter-commissaris) mocht het tot een faillissement komen. Komt het inderdaad tot een faillietverklaring van de schuldenaar, dan stelt de rechtbank in de regel de eerder door haar als beoogd curator en beoogd rechter-commissaris aangewezen personen aan als curator en rechter-commissaris in het faillissement. Doel hierbij is om het faillissement in relatieve rust voor te kunnen bereiden, zodat de daaruit voortvloeiende schade voor de betrokken schuldeisers, werknemers en afnemers zo veel mogelijk kan worden beperkt. Vaak wordt in dit kader ook bekeken of een overgang en daarop volgende voortzetting van de onderneming van de schuldenaar (ook wel aangeduid als ‘doorstart’) mogelijk is. Dit leidt dan vrijwel altijd tot een hogere opbrengst voor de schuldeisers dan bij een losse verkoop van de activa en tot behoud van banen binnen de onderneming. Dit ‘doorstart’ scenario leidde tijdens de parlementaire behandeling van de WCO I tot vragen betreffende de positie van werknemers en uiteindelijk ook tot een prejudiciële procedure bij het Hof van Justitie van de Europese Unie (‘HvJEU’) in de zaak *FNV/Smallsteps*.⁵² De uitkomst van die procedure was aanleiding voor een nieuw wetgevingstraject: de WVOF. Doel daarbij is om een nieuwe wettelijke regeling te introduceren betreffende de positie van werknemers bij een overgang van onderneming in faillissement en de toepassing van de Wet op de Ondernemingsraden in faillissement. Over een voorontwerp van die regeling is medio 2019 geconsulteerd.⁵³ De Eerste Kamer

⁵⁰ Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad tot vervanging van de bijlagen A en B bij Verordening (EU) 2015/848 betreffende insolventieprocedures (COM(2021) 231 final).

⁵¹ *Kamerstukken I 2015–2016*, 34 218, A.

⁵² HvJ EU 22 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:489.

⁵³ https://www.internetconsultatie.nl/overgang_van_onderneming_in_faillissement.

heeft besloten om de WCO I te zijner tijd verder te behandelen in samenhang met de WOVOF.⁵⁴ De voortgang op beide wetsvoorstellen ligt nu echter even stil omdat de Hoge Raad in de zaak *FNV/Heiploeg* opnieuw een prejudiciële procedure aanhangig heeft gemaakt bij het HvJEU om – kort gezegd – een verduidelijking te krijgen van de eerdere uitspraak in de zaak *FNV/Smallsteps*.⁵⁵ Op 30 september 2021 heeft een mondelinge behandeling plaatsgevonden in deze prejudiciële procedure en de advocaat-generaal zal op 9 december 2021 zijn conclusie nemen.

In de tussentijd hebben zich situaties voorgedaan waarin de ‘pre-pack methode’ niet werd toegepast, terwijl betoogd is dat dit vanuit maatschappelijk oogpunt zeer wenselijk zou zijn geweest. Dit betrof onder meer de faillissementen van het Slotervaartziekenhuis en de IJsselmeerziekenhuizen. Het nut van een stille voorbereidingsfase was in die situaties vooral gelegen in de behoefte om het faillissement voor te bereiden ter bevordering van een gecontroleerde afwikkeling om maatschappelijke schade te voorkomen. Daarom is een derde wetgevingstraject gestart waarbij het de bedoeling is de WCO I via een novelle aan te passen. De WCO I wordt dan voornamelijk toegespitst op een gecontroleerde afwikkeling van faillissementen van ondernemingen waarbinnen maatschappelijke activiteiten – zoals zorg en onderwijs – worden verricht. Doel daarbij is vooral om de maatschappelijke schade die zich bij dergelijke faillissementen kan voordoen zoveel mogelijk te beperken.⁵⁶

5.5 Wetgevingstraject met als werktitel wet verbetering toezicht, beheer en vereffening:

In het kader van dit wetgevingstraject zijn meerdere van de in de inleiding genoemde thema’s aan de orde, waaronder in het bijzonder de efficiency van de faillissementsprocedure, de lege boedelproblematiek en het toezicht van de rechter-commissaris in faillissement. In dit verband is onder meer ook gesproken over:

- het bodemrecht van de Belastingdienst;
- de separatistenregeling, waaronder in het bijzonder de onderlinge verhouding tussen de curator en de separatist, alsmede de afdracht door de separatist aan de boedel bij de executie van activa van de failliet waarop een zekerheidsrecht rust, en
- het toezicht van de rechter-commissaris in het kader van de faillissementsprocedure, waaronder de eerder besproken optie om de rechter-commissaris betrokken partijen te laten horen alvorens hij een beslissing neemt omtrent een verzoek van de curator tot het verlenen van toestemming voor bijvoorbeeld een onderhandse verkoop van activa of een machtiging om te procederen.

Het wetgevingstraject bevindt zich nog in een voorbereidende fase en de uitkomsten van het onderhavige consultatietraject zijn in dat kader bijzonder relevant.

5.6 De wijziging van de Uitvoeringswet Algemene verordening gegevensbescherming en enkele andere wetten in verband met het stroomlijnen en actualiseren van het gegevensbeschermingsrecht (Verzamelwet gegevensbescherming):

Dit wetsvoorstel omvat ook een regeling in de Faillissementswet waarin wordt verduidelijkt dat de curator en bewindvoerder in respectievelijk het faillissement en de surseance bij de uitvoering van diens wettelijke taken persoonsgegevens kunnen verwerken.

5.7 Wetgevingstraject met als werktitel Wet internationaal insolventierecht:

Doel van dit wetgevingstraject is – kort gezegd – om een wettelijke regeling te treffen voor de afwikkeling van grensoverschrijdende insolventieprocedures (buiten de Europese Unie). Daarin wordt onder meer geregeld:

- de erkenning en tenuitvoerlegging van een insolventieprocedure van buiten de Europese Unie (EU) en van de beslissingen die in het kader van een dergelijke procedure worden genomen;
- de gevolgen van die erkenning, en

⁵⁴ *Kamerstukken I 2018-2019*, 34 218, nr. L.

⁵⁵ HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:954 ().

⁵⁶ https://www.internetconsultatie.nl/novelle_wet_continuiteit_ondernemingen_i.

- het bevorderen van de erkenning buiten de EU van een Nederlandse insolventieprocedure in het buitenland door aansluiting te zoeken bij de 'UNICITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency'.

5.8 Europese ontwikkelingen:

De Europese Commissie is een nieuw traject gestart om te komen tot verdere harmonisatie van het materiële insolventierecht. In dit verband heeft de Europese Commissie een consultatie gehouden, waarbij aan de hand van een vragenlijst om input is gevraagd. Uit de vragen blijkt dat de Europese Commissie een voorstel overweegt dat ziet op kernelementen van het insolventierecht – zoals – de regulering van de werkzaamheden van de curator, de rangorde van crediteuren, paulianeuze handelingen, het faillissementsprocesrecht, bestuurdersaansprakelijkheid en vernietiging van rechtshandelingen. De verwachting is dat de Europese Commissie het voorstel aan het eind van het tweede kwartaal van 2022 zal uitbrengen.