

CONSULTATIEREACTIE

Reactie van de Nederlandse Vereniging van Banken op het consultatiedocument insolventierecht.

Datum: 3 maart 2022

INTRODUCTIE

1. De Nederlandse Vereniging van Banken (“NVB”) heeft met waardering kennisgenomen van het Consultatiedocument betreffende het insolventierecht dat op 1 november 2021 in consultatie is gegaan (het ‘Consultatiedocument’). De NVB meent dat het Consultatiedocument een representatief overzicht geeft van het huidige in Nederland van toepassing zijnde insolventierecht en de te verwachten ontwikkelingen. Zij maakt graag gebruik van de mogelijkheid om haar reactie te geven naar aanleiding van de vragen in het Consultatiedocument.
2. De reactie van de NVB is als volgt ingedeeld. Na deze korte introductie wordt de reactie van de NVB kernachtig samengevat in de Samenvatting. Vervolgens worden de individuele vragen beantwoord in de volgorde waarin deze gesteld worden in het Consultatiedocument. De nummering van de paragrafen is gelijk aan de nummering van het Consultatiedocument.
3. Uit diverse onderzoeken blijkt dat een voorspelbaar en efficiënt insolventierecht goed is voor het investeringsklimaat en de welvaart in Nederland. Wijzigingen van het insolventierecht moeten waar mogelijk worden gebaseerd op resultaten van onderzoeken die aantonen op welke wijze er verder kan worden bijgedragen aan een voorspelbare, transparante en efficiënte Faillissementswet. Dit is ook in lijn met het Coalitieakkoord 2022 dat nadruk legt op het investeren in onze toekomstige welvaart en een goed vestigingsklimaat voor ondernemers en bedrijven.
4. Daarnaast is de NVB van mening dat niet uit het oog moet worden verloren dat het insolventierecht niet alleen een preventieve functie vervult (WHOA/surseance) om levensvatbare ondernemingen te redden, maar ook tot functie heeft om ondernemingen die niet (meer) levensvatbaar¹ zijn via een voorspelbare, transparante en efficiënte wijze te vereffenen, te ontbinden en vervolgens te doen ophouden om te bestaan (faillissement). Daarmee worden de schuldeisers van die onderneming zoveel mogelijk voldaan en komt het in de onderneming besloten kapitaal weer beschikbaar voor de economie.
5. Daarnaast roept de NVB op ervoor te waken dat aanpassingen in het insolventierecht tot negatieve gevolgen leiden voor partijen die niet in een insolventieprocedure betrokken zijn of dreigen te worden. Wijzigingen in het insolventierecht kunnen namelijk ‘doorwerken’ in situaties waarin geen insolventieprocedure is geopend. De NVB vraagt hiervoor aandacht omdat het aantal insolventieprocedures – ook in jaren van laagconjunctuur – laag is in vergelijking met het aantal ondernemingen dat in Nederland actief is. In het vervolg van deze notitie zal de NVB op de bedoelde ‘doorwerking’ ingaan.

6. Uit het Consultatiedocument komt ook naar voren dat de Nederlandse wetgever zich ervan bewust is dat het insolventierecht in Nederland niet meer uitsluitend zijn domein is. Ook op het terrein van het insolventierecht is de Europese wetgever steeds actiever. Europese verordeningen en richtlijnen werken door in het nationale recht. Een recent voorbeeld van een Europees wetgevingsproduct is de Herstructureringsrichtlijn uit 2019 (EU 2019/1023). Zoals bekend, worden ook de toezichtregels voor banken steeds meer door de Europese wetgever bepaald. Het is daarom van belang vast te stellen wat mogelijke (toekomstige) initiatieven zijn van de Europese wetgever op het terrein van het insolventierecht, zoals deze onder meer zijn opgenomen in de Inception Impact Assessment 'Enhancing the convergence of insolvency laws'² en op welke wijze deze regels invloed hebben op de (ECB-)toezichtregels op de banken. Uit deze Inception Impact Assessment blijkt dat de volgende onderwerpen op de agenda staan in Europa:
- I. *prerequisites for when insolvency proceedings should be commenced (including a definition of insolvency and provisions on who is entitled to file for insolvency);*
 - II. *conditions for determining avoidance actions and effects of claw-back rights;*
 - III. *directors' duties related to handling imminent/actual insolvency proceedings;*
 - IV. *position of secured creditors in insolvency taking into account specific needs for the protection of other creditors (e.g. employees, suppliers);*
 - V. *court capacity when it comes to expertise and necessary training of judges; and*
 - VI. *asset tracing which would be relevant, in particular in the context of avoidance actions.*
7. De NVB meent dan ook dat het raadzaam is dat voor wat betreft (in ieder geval) deze onderwerpen de Nederlandse wetgever thans terughoudendheid betracht. Overigens blijkt uit de Inception Impact Assessment dat dit niet de finale lijst is, zodat voortdurend zal moeten worden bezien welke onderwerpen ook door Europa worden bezien. Terecht benadrukt het Consultatiedocument meermaals de noodzaak om insolventieprocedures voorspelbaar, efficiënt en transparant te laten zijn. Op elkaar volgende wijzigingen door de Nederlandse en Europese wetgever zijn niet gewenst omdat daarmee in ieder geval de voorspelbaarheid maar waarschijnlijk ook de efficiëntie van insolventieprocedures onder druk komt te staan.

SAMENVATTING

- Nu de inhoud van het insolventierecht in Nederland mede wordt bepaald door ontwikkelingen van de wetgevende instituties in Europa, is het van belang dat in het geval er in Europa bepaalde onderwerpen betreffende het insolventierecht op de agenda staan, de Nederlandse wetgever deze ontwikkelingen afwacht alvorens wijzigingen voor te stellen.
- Een voorspelbare en efficiënte afwikkeling van faillissementen is van groot economisch belang: het beperkt economische schade en bevordert welvaart. Het zou daarom – in het algemeen belang – vanzelfsprekend moeten zijn dat de faillissementsafwikkeling zo wordt georganiseerd dat dit doel wordt bereikt.
- In aanvulling op de in het Consultatiedocument opgenomen doelstellingen van het insolventierecht dient dus het afwikkelen van niet meer levensvatbare ondernemingen ook als doelstelling te worden vermeld.
- Om te voorkomen dat een onderneming in financiële moeilijkheden geraakt, is het voor de ondernemer raadzaam tijdig (financieel) advies in te winnen. De (financieel) adviseur van

de klant, bijvoorbeeld de accountant, speelt hierin een belangrijke signalerende en oplossingsgerichte rol voor de ondernemer. De bijzonder beheer-afdelingen van de banken zullen hun klanten als die in financiële moeilijkheden komen zo goed mogelijk begeleiden.

- Er is naast de recent ingevoerde WHOA in het Nederlandse insolventierecht voor bepaalde gevallen (bijvoorbeeld als er grote aantallen moeilijk bereikbare (buitenlandse) schuldeisers zijn) plaats voor een andere herstructureringsprocedure. De bestaande regeling van de surseance van betaling kan daartoe worden gebruikt indien deze op enkele onderdelen wordt aangepast. Het faillissement kan dan, uitzonderingen daargelaten, worden gebruikt voor het beëindigen van niet levensvatbare ondernemingen. In de reactie van de NVB op paragraaf 4.1. en 4.2. worden concrete voorstellen gedaan.
- Afdracht van een percentage van de opbrengst door de zekerheidsgerechtigde ten voordele van de concurrente schuldeisers is volgens de NVB niet wenselijk, zeker niet nu dit onderwerp ook onderwerp van discussie is in Europa. Bovendien is het onzeker of dit de concurrente schuldeisers echt zal baten.
- Modernisering van de bestaande Separatistenregeling is wel wenselijk. De NVB stelt voor om de separatistenregeling een wettelijke basis te geven.
- De lege boedelproblematiek moet opgelost worden, zodat de kosten van afwikkeling van faillissementen betaald kunnen worden. In paragraaf 4.3 presenteert de NVB concrete voorstellen waarbij ook de afschaffing van het bodem(voor)recht wordt betrokken.
- De rol van de rechter-commissaris bij de surseance van betaling en het faillissement dient herzien te worden. De crediteuren moeten via het instellen van een schuldeiserscommissie de gelegenheid krijgen om toezicht op de curator en de bewindvoerder uit te oefenen.
- De regeling van de boedelschulden moet worden aangepast zodat deze in omvang aanzienlijk worden beperkt. De NVB heeft in paragraaf 4.3 een voorstel voor een aangepaste regeling opgenomen.
- Mediation kan bijdragen aan een snelle en meer efficiënte oplossing van insolventiegeschillen.

REACTIE NVB

2. Context van het insolventierecht

Vraag

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

8. De beschrijving van de (hoofd)groepen die failliet gaan is vrij compleet. Het valt wel op dat het Consultatiedocument voornamelijk voorbeelden noemt waarbij een onderneming in aanraking komt met het insolventierecht door van buiten de onderneming komende oorzaken. Wat de NVB betreft, zou daar in ieder geval aan toegevoegd kunnen worden dat er ook ondernemingen in de problemen komen door oorzaken die (meer) in de invloedssfeer van de onderneming zelf liggen. Denk bijvoorbeeld aan ondernemingen die slecht gemanaged worden³ of ondernemingen waarvan de exploitatie structureel onvoldoende opbrengsten genereert om de kosten te dragen omdat er eenvoudigweg onvoldoende vraag is naar hun producten/diensten.
9. Verder kan benoemd worden dat faillissementen ook worden veroorzaakt doordat rechtspersonen worden misbruikt om deel te nemen aan het rechtsverkeer voor persoonlijk gewin ten koste van anderen. Vaak wordt de maatschappij daardoor opgezaagd met aanzienlijke kosten, zoals bijvoorbeeld BTW- en faillissementsfraude, witwassen van gelden, etc. Niet voor niets ging het programma 'Modernisering en Herijking faillissementsrecht' van start met wetgeving die tot doel had de bestrijding van faillissementsfraude te faciliteren. Een doelstelling van het faillissementsrecht is het zorgen voor een verantwoorde verwijdering uit het rechtsverkeer van rechtspersonen die niet meer aan hun verplichtingen voldoen.⁴
10. In de kern is een faillissement een beslag ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers.⁵ Daarmee is ook het hoofddoel van het faillissement gegeven: het liquideren van de vermogensbestanddelen van de schuldenaar ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers, in overeenstemming met de wettelijke rangorde. Bij het realiseren van verhaalsopbrengsten dient de curator te streven naar een zo hoog mogelijke netto-opbrengst (maximalisatie van de opbrengst, minimalisatie van de kosten). De opbrengst dient toe te komen aan de diverse groepen van schuldeisers conform de rangorde (de 'waterval') zoals deze volgt uit wet. De rangorde van voor faillissement zou niet moeten wijzigen tijdens faillissement. Rechtszekerheid en daarmee voorspelbaarheid van het recht is tezamen met een kostenefficiënte wijze van afwikkeling van faillissementen van groot belang voor een goed functionerende economische ordening.
11. De NVB onderschrijft derhalve dat faillissementen op een voorspelbare, transparante en efficiënte manier moeten worden afgewikkeld. Daarbij past dat de wettelijke rangorde niet wijzigt als gevolg van het van toepassing worden van het faillissement of een andere (pre-)insolventieprocedure (hierna beperkt de NVB zich voor de leesbaarheid van het betoog tot het faillissement maar de observaties gelden ook voor andere (pre-)insolventieprocedures, tenzij anders vermeld). Voorkomen dient te worden dat er een verschil ontstaat tussen de wettelijke rangorde in en buiten een insolventieprocedure. Ontstaat er wel een verschil, dan zal dat leiden tot (ongewenst) strategisch gedrag van belanghebbenden.
12. In de wijze waarop faillissementen worden afgewikkeld, dienen geen prikkels aanwezig te zijn die leiden tot een minder voorspelbare, transparante en efficiënte manier waarop het aanwezige actief te gelde wordt gemaakt. Daarbij is van belang dat stakeholders die 'skin in the game'⁶ hebben ook zeggenschap hebben over de wijze van te gelde maken van het actief respectievelijk het liquideren van de (activa van de) onderneming.
13. In dat kader is 'Insolvency Governance' belangrijk bij faillissementen, net zoals Corporate Governance dat is bij ondernemingen. Insolvency Governance is het geheel van maatregelen dat de onderlinge samenhang in de wijze van sturen, beheersen en toezicht houden op de afwikkeling

van faillissementen waarborgt. De maatregelen zijn gericht op het betrouwbaar, voorspelbaar, effectief en efficiënt realiseren van de afwikkeling van faillissementen en op het daarvoor op een open wijze communiceren met en verantwoording afleggen aan belanghebbenden.⁷ Governance omvat dus het transparant maken van de doelen en strategie, de wijze waarop deze worden bereikt en het geld dat daarmee gemoeid is. Gemeenschappelijke normen en waarden die mede zijn ontleend aan de doelstellingen van faillissementsafwikkeling en de omgeving waarin men opereert, geven hieraan richting. Hierbij spelen zaken als professioneel gedrag, loyaliteit, integriteit en verantwoordelijkheid nemen een belangrijke rol.⁸ Het is in dit verband belangrijk dat er in faillissementen steeds aandacht is voor normen ter zake van goed beheer en toezicht, transparantie, externe verantwoording en financiële beheersing. Een passende beloning voor curatoren is naar de mening van de NVB een belangrijk onderdeel van Insolvency Governance. In paragraaf 4.3 van deze reactie zal de NVB verder ingaan op de Insolvency Governance waarbij tevens een voorstel zal worden gedaan voor een wijziging van de rol van de rechter-commissaris.

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

Vraag

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

14. De NVB onderkent het belang van preventie van onnodige faillissementen.⁹ Daaraan kan bijdragen dat de ondernemer inzicht heeft en verkrijgt in zijn financiële situatie en dat hij de liquiditeit van zijn onderneming bewaakt. Het gaat daarbij evenwel niet alleen om liquiditeit – die weliswaar de meest duidelijke indicator is voor het ontstaan van eventuele financiële problemen – maar ook om de rentabiliteit en de solvabiliteit. Het niet maken van rendement hoeft op zichzelf staand geen probleem te vormen voor een onderneming (hetgeen bijvoorbeeld het geval is bij startende ondernemingen) mits er een reëel toekomstperspectief bestaat en in de tussentijd vermogensverschaffers (financiers of aandeelhouders) bereid zijn om de (tijdelijke) liquiditeitskrapte of -problemen op te lossen. In dat kader zijn het ondernemersplan met een financieel gedegen onderbouwing en vertrouwen tussen de onderneming en haar kapitaalverschaffers van belang. Dit toekomstperspectief heeft ook invloed op de waardering van de activa van de onderneming, en daarmee de solvabiliteit. Ligt er een ondernemingsplan met een financieel gedegen onderbouwing en een rooskleurig toekomstperspectief, dan zullen de activa going concern worden gewaardeerd. Is daar evenwel geen sprake van en dreigt discontinuïteit, dan zullen de activa voor een veel lager bedrag (moeten) worden gewaardeerd. In dat kader zullen vermogensverschaffers vaak ook minder bereid zijn om aanvullend kapitaal te verschaffen, omdat de activa onvoldoende waarde vertegenwoordigen als daarop een zekerheidsrecht zou worden gevestigd en dus niet voldoende zullen zijn om het verstrekte vermogen terug te betalen.¹⁰
15. Zowel bij de start van de onderneming als gedurende haar levensduur, is aldus het voorhanden hebben van een ondernemingsplan met een gedegen financiële onderbouwing, het op orde hebben van de administratie en het blijven monitoren van de financiële situatie binnen de onderneming, ontzettend belangrijk. De rol van adviseurs, zoals de accountant (of een andere financiële adviseur) van de onderneming is dan ook van groot belang.

16. De (vaste) accountant van de onderneming zal bij het opstellen/controleren van de jaarlijkse financiële verantwoording de (financiële) ontwikkelingen van de onderneming goed in beeld hebben. Hij kan de onderneming er op attenderen – en waar nodig adviseren – indien hij voorziet dat er in de (nabije toekomst) financiële problemen zullen ontstaan. Deze zogenoemde ‘natuurlijke adviesfunctie’ wordt sinds jaar en dag als een belangrijke taak gezien van de accountant die belast is met controletaken ten aanzien van de onderneming.¹¹ Met name bij (kleinere) MKB-ondernemingen fungeert de accountant als belangrijke gesprekspartner van de ondernemer.
17. Wellicht zijn er niet direct liquiditeitsproblemen – en zal de ondernemer zelf mogelijk nog geen problemen zien – maar vraagt een (over een langere periode) lager dan verwacht rendement (of het uitblijven van rendement) de aandacht van de onderneming. De rol van de (vaste) accountant is in dat kader des te meer van belang, omdat een ondernemer vaak zijn aandacht gericht zal hebben op ‘het ondernemen’ en soms een (te) positief beeld heeft van zijn ondernemerschap en/of de prestaties van de onderneming. Financiële (maar soms ook operationele) problemen worden door ondernemers geregeld pas onderkend als het (bijna) te laat is. Zolang de slechte financiële situatie door een ondernemer niet wordt onderkend, zal deze ook niet snel bereid zijn ingrijpende maatregelen te treffen. Dat is problematisch omdat de kans op succes van een eventuele reddingspoging kleiner wordt naarmate de tijd verstrijkt.¹²
18. Als de onderneming een (vaste) accountant heeft, zullen de meeste MKB-ondernemers bij financiële problemen in eerste instantie dan ook door hem geadviseerd worden. De accountant kan de ondernemer ook helpen bij het opstellen van een plan van aanpak om de financiële problemen het hoofd te bieden. De accountant kan de ondernemer indien nodig doorverwijzen naar andere adviseurs.
19. Financiers, aandeelhouders en andere schuldeisers zijn afhankelijk van de door de onderneming gepresenteerde (periodieke) financiële informatie. Pas als die informatie naar buiten wordt gebracht, kunnen zij acteren op de financiële situatie van de onderneming. Zie in dat kader voor de rol die de bank als financier in dat proces inneemt, de beantwoording van de vraag die wordt gesteld in paragraaf 3.4 van het Consultatiedocument. Voor financiers, andere schuldeisers en in beperkte mate voor aandeelhouders geldt dus per definitie dat zij altijd op een later moment op de hoogte zijn van dreigende financiële problemen binnen de onderneming dan de ondernemer zelf of de bestuurder van de onderneming. Om het vertrouwen van de financiers, aandeelhouders en andere schuldeisers te behouden – en hen eventueel bereid te vinden om aanvullend krediet/kapitaal ter beschikking te stellen in tijden van (dreigende) financiële moeilijkheden – speelt de hiervoor door de accountant op te stellen periodieke financiële informatie, maar ook het tijdig onderkennen van financiële problemen met behulp van de accountant en het eventueel voortvarend opstellen van een plan van aanpak, een grote rol.
20. Resumerend is de NVB van mening dat de betrokkenheid van een accountant (of een andere financiële adviseur) bij de onderneming aldus van groot belang is om ondernemers te helpen om hun financiële positie nog beter in het oog te kunnen houden. De accountant/adviseur kan eveneens advies geven over maatregelen die genomen kunnen worden om (dreigende) financiële problemen het hoofd te kunnen bieden.

3.2 Beperking incassorisico

Vragen:

1. *Ziet u mogelijkheden om ondernemers nog beter in staat te stellen om hun incassorisico te beperken?*
2. *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?*

21. Bij transacties tussen ondernemingen is het gebruikelijk dat de leverancier pas betaald krijgt, nadat hij zijn goederen of diensten heeft geleverd. De leverancier verstrekt daarmee in sommige gevallen leverancierskrediet en loopt daarmee in sommige gevallen een incassorisico op zijn afnemer.

Informatie vooraf, risico-inschatting en goed debiteurenbeheer zijn van groot belang

22. Vooropgesteld zij dat leverancierskrediet – uitzonderingsgevallen daargelaten – van beperkte duur is. Dat is een wezenlijk verschil met bancaire financiering, die doorgaans voor een veel langere termijn wordt verstrekt. De maatregelen die de leverancier neemt om het incassorisico te beperken, dienen in verhouding te staan tot het incassorisico dat in beginsel slechts van korte duur is en meestal relatief – in verhouding tot zijn omzet – beperkt van omvang. Zo staan de tijd en kosten die zijn gemoeid met het vestigen van een hypotheekrecht op een (bedrijfs-)pand niet in verhouding tot het afdekken van het incassorisico van een leverancierskrediet ter grootte € 5.000 voor een periode van 30 dagen. Voor de geldlening van € 1 miljoen met een looptijd van tien jaar die wordt verstrekt om dat bedrijfspand te kopen, is vestiging van dat hypotheekrecht daarentegen wél opportuun. Dit voorbeeld illustreert dat wat de NVB betreft bij beperking van het incassorisico de nadruk moet liggen op andersoortige maatregelen dan het vestigen van zekerheden voor zover die vestiging verhoudingsgewijs duur is en/of veel tijd kost.
23. Leverancierskrediet verstrekken begint met informatie vergaren zoals het Consultatiedocument terecht signaleert. De ondernemer die op krediet levert, doet er verstandig aan de kredietwaardigheid van de (potentiële) afnemer te toetsen, bijvoorbeeld door informatie over de afnemer in te winnen bij de Kamer van Koophandel en (commerciële) handelsinformatiebureaus. Na facturering dient de ondernemer deugdlijk debiteurenbeheer uit te voeren en zich bij verdere leveranties voortdurend de vraag te stellen of zijn vordering op de afnemer niet te hoog wordt en of deze nog steeds past binnen een voor hem aanvaardbaar risico. Debiteurenbeheer bestaat onder meer uit het monitoren van het verloop van de betalingstermijn van facturen en het ondernemen van acties indien tijdige betaling uitblijft, zoals het versturen van betalingsherinneringen of aanmaningen en het telefonisch contacteren van de afnemer. Het lijkt hier te gaan om voor de hand liggende zaken, maar het belang van een goed debiteurenbeheer kan niet genoeg benadrukt worden. Goed debiteurenbeheer is noch tijdrovend noch kostbaar. Tegenwoordig zijn namelijk veel instrumenten beschikbaar die het debiteurenbeheer faciliteren, bijvoorbeeld applicaties die het debiteurenbeheer in belangrijke mate automatiseren. Bovendien heeft een ondernemer die het debiteurenbeheer niet zelf kan of wil uitvoeren, voldoende mogelijkheden dat uit te besteden.
24. Niet iedere ondernemer die leverancierskrediet verstrekt, lijkt voldoende doordrongen van het belang van het uitvoeren van een kredietwaardigheidstoets en een goed debiteurenbeheer. De praktijk leert dat sommige ondernemers reactief in plaats van proactief optreden bij debiteurenbeheer. Wat de NVB betreft zou in de praktijk meer aandacht kunnen worden besteed

aan het belang van een goed debiteurenbeheer. Het is de verwachting van de NVB dat het vergroten van de awareness – zowel in algemene zijn (bijvoorbeeld via de Kamer van Koophandel) als toegespitst op de specifieke ondernemer (bijvoorbeeld door de controlerend accountant of diens (branche)organisatie) – meer impact heeft op de verliezen veroorzaakt door onbetaalde facturen dan het invoeren van nieuwe regels ter bescherming c.q. verbetering van de positie van de ondernemer die op krediet levert. Daarbij neemt de NVB in aanmerking dat een voor het incassorisico belangrijke variabele – te weten de looptijd van het leverancierskrediet – reeds onderwerp is van een wetsvoorstel dat in de eerste alinea van paragraaf 3.2 van het Consultatiedocument wordt genoemd: verkorting van de maximale betaaltermijn van 60 naar 30 dagen voor grote ondernemingen bij transacties waar een MKB-ondernemer schuldeiser is. Afwijken van deze maximale wettelijke termijn is niet toegestaan.

25. Het Consultatiedocument refereert verder aan zekerheden die thans beschikbaar zijn voor het beperken of uitsluiten van het kredietrisico dat de leverancier loopt. Het Consultatiedocument refereert onder meer aan voor de praktijk belangrijke instrumenten als de kredietverzekering, bankgarantie, concerngarantie en persoonlijke zekerheden zoals hoofdelijke aansprakelijkheid en borgtocht. Verder gaat het Consultatiedocument in op goederenrechtelijke zekerheidsrechten die de leverancier ter beschikking staan: het recht van reclame, het eigendomsvoorbehoud en het voorbehouden pandrecht. De NVB zal hierna ingaan op de mogelijkheid van aanpassing van deze goederenrechtelijke zekerheidsrechten.
26. Alvorens dat te doen, signaleert de NVB dat belangrijke maatregelen waarmee de leverancier zijn incassorisico kan beperken in de beschrijving in het Consultatiedocument ontbreken: het opschorten of zelfs definitief staken van leveranties dan wel het verbinden van de voorwaarde aan continuering van de leveranties dat deze voortaan vooraf worden betaald. Indien de kosten van de dienstverlening van de leverancier niet op voorhand vaststaan (denk bijvoorbeeld aan een adviseur die per gewerkt uur wordt betaald voor zijn werkzaamheden), kan worden gewerkt met (een) voorschot(ten). De NVB constateert dat het in de praktijk geregeld voorkomt dat de schulden aan bepaalde leveranciers oplopen, maar dat de desbetreffende leveranciers geen maatregelen treffen om hun incassorisico te beperken. Het is de inschatting van de NVB dat een meer frequente inzet van de door NVB genoemde maatregelen – die druk uitoefenen op de afnemer om te betalen – wezenlijk kan bijdragen aan het beperken van het incassorisico van leveranciers die leverancierskrediet verstrekken (zie verder de observaties van de NVB bij paragraaf 3.4 van het Consultatiedocument).

Goederenrechtelijke zekerheidsrechten voor leveranciers van zaken.

27. Het recht van reclame is een wettelijk zekerheidsrecht waarvoor de leverancier geen nadere (rechts)handelingen vooraf hoeft te verrichten. In voorkomend geval kan de leverancier er een beroep op doen, zij het dat de regeling aan bepaalde voorwaarden is gebonden. Meer zekerheid biedt het voor praktijk belangrijke eigendomsvoorbehoud. Om van dit zekerheidsrecht gebruik te maken moet de leverancier weliswaar – anders dan bij het recht van reclame – wel zelf in actie komen, maar het eigendomsvoorbehoud is eenvoudig en tegen weinig kosten te realiseren: een beding in de algemene voorwaarden volstaat.
28. Voor de drie goederenrechtelijke leverancierszekerheden die het Consultatiedocument noemt – recht van reclame, eigendomsvoorbehoud en voorbehouden pandrecht – geldt de beperking dat de zekerheidsrechten (in beginsel) eindigen als de geleverde zaken hun zelfstandige status verliezen (bijvoorbeeld door zaaksvorming, natrekking of vermenging) of worden doorverkocht. In de literatuur zijn mogelijkheden genoemd om de positie van de leverancier te versterken, bijvoorbeeld door hem een pandrecht te verlenen op een aandeel in de zaak die de afnemer

fabriceert of een pandrecht op de vordering tot betaling van de koopsom die de afnemer heeft op zijn koper. Dergelijke wijzigingen vereisen evenwel aanpassingen in de wetgeving op het terrein van het goederenrecht en niet op het terrein van het insolventierecht. Daarbij komt dat een verbetering van de verhaalspositie van de leverancier zal resulteren in een achteruitgang van de verhaalspositie van andere schuldeisers. Een verbetering van de verhaalspositie van de leverancier brengt namelijk niet mee dat er meer verhaalsobjecten beschikbaar komen maar alleen dat de opbrengst daarvan anders wordt verdeeld. Een financier met bijvoorbeeld een pandrecht op toekomstige zaken en/of vorderingen zal zijn positie waarschijnlijk zien verslechteren. Bij een verbetering van de verhaalspositie van de leverancier dienen deze en andere 'verdelingseffecten' in de beoordeling te worden betrokken vindt de NVB. Daarnaast kan de vraag worden gesteld of de aanpassing van deze zekerheidsrechten daadwerkelijk tot een verbetering van de positie van de leverancier zullen leiden. Immers, in de praktijk wordt in sommige faillissementen het reclamerecht of het eigendomsvoorbehoud niet uitgeoefend. De verklaring zou kunnen zijn dat de opbrengst van het terughalen van zaken vaak niet opweegt tegen de kosten daarvan. Als dat het geval is, dan kan de vraag worden gesteld of het niet verstandiger is om leveranciers te stimuleren om op andere wijze hun incassorisico te beperken. In dat verband wordt nogmaals gewezen op hetgeen in deze paragraaf over 'goed debiteurenbeheer' is opgemerkt.

29. Een andere maatregel die de verhaalspositie van leveranciers van zaken die als bodemzaken kwalificeren kan verbeteren, is de afschaffing van het bodemvoorrecht. Op grond van de Leidraad Invordering 2008 beschouwt de Belastingdienst het eigendomsrecht van de leverancier met een eigendomsvoorbehoud niet als 'reële eigendom'. Dit betekent dat de Ontvanger op bodemzaken die eigendom zijn van de leverancier – en dus niet van de afnemer/belastingsschuldige – verhaal kan nemen. Hierdoor vergroot het incassorisico van de leverancier. Afschaffing van het bodemvoorrecht zou de inbreuk op de verhaalspositie van leveranciers van bodemzaken doen eindigen.

3.3 Opvangen van (tijdelijke) liquiditeitskrapte

Vraag

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

30. Er zijn verschillende maatregelen voor ondernemingen om liquiditeitskrapte tegen te gaan of te voorkomen. Het Consultatiedocument legt de nadruk op het vergroten van de kredietruimte die de ondernemer heeft die met liquiditeitskrapte kampt. Voor de praktijk minstens zo belangrijk zijn andersoortige maatregelen om (dreigende) liquiditeitskrapte het hoofd te bieden. Zo kan de bank toestaan dat aflossingen op (een) geldlening(en) die zij heeft verstrekt worden opgeschort,¹³ kan met leveranciers een tijdelijk uitstel van betaling worden overeengekomen en kan de ondernemer (overtollige) activa en/of bedrijfsactiviteiten verkopen. Verder kan gedacht worden aan een actief debiteurenbeheer, het bevoorschotten van vorderingen op debiteuren door een factormaatschappij (wat bij kwalitatief goede en 'factorabele' vorderingen tot liquiditeitsverruiming kan leiden) en het vragen van vooruitbetaling door afnemers. In de maakindustrie en in de aannemerij en bouwwereld is vooruitbetaling (bijvoorbeeld een bepaald percentage van het orderbedrag dat wordt gekoppeld aan de voortgang van het werk van tot een bepaald percentage van het orderbedrag) al gebruikelijk. Voorwaarde voor vooruitbetaling is meestal dat leverancier en afnemer al een handelsrelatie met elkaar hebben.

31. Ook een verhoging van bestaande financieringen kan onder omstandigheden een mogelijkheid zijn. Voordeel is dat de betrokken financier al een relatie met de onderneming heeft, waardoor het eenvoudiger is om extra financiering aan een huisbank te vragen dan een nieuw financiering bij derden aan te trekken. Voor extra financiering gelden minimumvoorwaarden. De onderneming dient een deugdelijke liquiditeitsprognose op te stellen en die (bij twijfel) te laten valideren door een professionele adviseur. Voorts dient een voor de bank plausibele en acceptabele verklaring geeft voor de verwachte tijdelijke tekorten te worden gegeven. Daarbij wordt gekeken naar de levensvatbaarheid van de onderneming, die meestal wordt beoordeeld op basis van een businessplan. Indien het tekort wordt veroorzaakt door geleden verliezen, zal van de bank niet kunnen worden verwacht dat zij die door uitbreiding van een kredietfaciliteit financiert, zeker niet indien de verliezen structureel van aard zijn. Als verliezen moeten worden aangezuiverd, zal de onderneming daarvoor meestal een beroep op de bestaande of een nieuwe verstrekker van het risicodragend kapitaal (zoals een aandeelhouder) moeten doen.
32. Denkbaar is evenwel dat de bank (nog) voldoende vertrouwen heeft in de ondernemer en de onderneming en dus vaak tezamen – of alleen, als de aandeelhouder niet de middelen heeft om heeft om een bijdrage te leveren aan de oplossing van de het liquiditeitstekort – bereid is de liquiditeitstekorten via een beredderingskrediet te financieren. De bank zal ook – juist – in dit soort omstandigheden (extra) zekerheden verlangen. Dit zal in het algemeen ook een uitdrukkelijke voorwaarde zijn om de extra (beredderings)financiering ter beschikking te stellen. Buiten twijfel dient te zijn dat die zekerheden dan ook niet achteraf aangetast kunnen worden (uiteraard behoudens gevallen van misbruik). Het probleem in de praktijk is dat er onder moeilijke omstandigheden (tijdsdruk, onvoldoende informatie, geen tijd voor een volledige en uitgebreide analyse) beslissingen moeten worden genomen. De bank of aandeelhouder die zekerheden verlangt voor een nood- of beredderingsfinanciering zal op het zekerheidsrecht willen kunnen vertrouwen. Ingeval er dan uiteindelijk – onverhoopt – toch een faillissement volgt, bestaat het gevaar dat met *hindsight bias* de (rechtsgeldigheid van) zekerheden ter discussie wordt gesteld. Dergelijke onzekerheid (en daarmee onvoorspelbaarheid) moet worden weggenomen. In dit verband signaleert de NVB dat verstrekking van financiering en zekerheden gedurende een WHOA-traject met gebruikmaking van de route voorgeschreven door art. 42a Fw 'paulianaproof' gemaakt kan worden. De regeling van art. 42a Fw kan ter inspiratie dienen om ook verstrekkingen van financieringen en zekerheden in 'reddingsoperaties' / informele herstructureringen die buiten de WHOA plaatsvinden te faciliteren door deze paulianaproof te maken.
33. Terecht is in paragraaf 3.3 van het Consultatiedocument opgenomen dat de Wet opheffing verpandingsverboden het makkelijker zou maken om aanvullende financiering te verstrekken, al blijven voornoemde minimumvoorwaarden wel van toepassing. Dat geldt zowel voor reguliere bankfinanciering als voor factoring, een vorm van asset based-financiering waarbij vorderingen als onderpand (de asset base) fungeren. Vorderingen op afnemers vertegenwoordigen in de huidige economie vaak een substantieel aandeel in het totale actief dat een onderneming op haar balans heeft. Daarom is het ook logisch om die als onderpand (dekking) voor het aantrekken van financiering te kunnen inzetten.

3.4 Instrumenten voor ondernemers om problematische schulden voor te blijven

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?

34. De NVB merkt in de eerste plaats op dat het juist is dat ondernemers die in financiële problemen (dreigen te) komen en door een bank gefinancierd worden, vaak begeleiding van hun bank krijgen. Daarbij biedt de bank met gebruikmaking van verschillende instrumenten begeleiding bij een traject waarin wordt bekeken wat nodig is om ervoor te zorgen dat de onderneming weer op de juiste koers komt. In het algemeen betekent dit inderdaad dat de onderneming van het reguliere commerciële beheer onder beheer komt van een afdeling die wordt aangeduid met benamingen als Bijzonder Beheer, Intensief Beheer, Financial Restructuring en Recovery (hierna wordt de aanduiding 'Bijzonder Beheer' gebruikt). Het Consultatiedocument constateert dat het de bank en niet de ondernemer is die het initiatief neemt om het beheer van de kredietrelatie onder te brengen bij Bijzonder Beheer. Dat klopt, maar betekent niet dat de ondernemer niet weet wat de bank van hem verwacht én wat hij van de bank mag verwachten. De bank zal namelijk de ondernemer informeren over de werkwijze en taken van Bijzonder Beheer (zie onderdeel (a) van hoofdstuk 6 van de Gedragscode Kleinzakelijke Financiering).
35. Anders dan in het Consultatiedocument wordt gesteld, staat Bijzonder Beheer *niet* gelijk aan een eindstadium voor de onderneming. De ondernemer zou geen angst hoeven hebben om (tijdelijk) onder Bijzonder Beheer te vallen. Onderzoeken¹⁴ – alhoewel inmiddels al enige tijd geleden uitgevoerd – bevestigen dat een begeleiding door Bijzonder Beheer zeker niet betekent dat hiermee het eindstadium van de financieringsrelatie wordt ingeluid. Integendeel: de opdracht van de bank aan haar afdeling Bijzonder Beheer is om samen met de onderneming te zoeken naar oplossingen die bijdragen aan het voortbestaan van de onderneming en daarmee het voortbestaan van de relatie onderneming – bank. Dat is niet alleen in het belang van de onderneming (de klant) maar ook in het belang van de bank. De bank heeft immers belang bij gezonde ondernemingen die in staat zijn aan hun financiële verplichtingen jegens de bank – en jegens andere schuldeisers – te voldoen.
36. Voor de volledigheid wordt opgemerkt dat zelfs in de gevallen waarin de bank – nadat het begeleidingstraject niet lijkt te slagen – zich uiteindelijk wél richt op afwikkeling van het krediet (met inbegrip van (het aanzeggen van) uitwinning van de zekerheden), dat nog niet per definitie betekent dat er ook een liquidatie of faillissement van de onderneming volgt. In een deel van die gevallen weet men alsnog op een laat moment een oplossing te vinden voor de ontstane financiële problemen waarna de onderneming alsnog terugkeert naar commercieel beheer of onderdak vindt bij een andere (bancaire) financier. Bovendien zal de bank zich altijd richten op het optimaliseren van de opbrengst, hetgeen ook in het belang van andere stakeholders is. Dat betekent dat indien een onderneming 'going concern' meer waard is dan de verkoopopbrengst van de afzonderlijke activa, het streven van de bank erop gericht zal zijn de onderneming als geheel te (doen) verkopen. Indien een dergelijke verkoop inderdaad wordt gerealiseerd, betekent dit dat de onderneming zal worden voortgezet, zij het dat dan de persoon van de ondernemer zal wijzigen. Een andere optie is weliswaar een liquidatie van de assets van de onderneming zonder dat de exploitatie wordt voortgezet, maar dan wel op zodanige wijze dat er ook voor de ondernemer nog zicht is op een 'financieel voortbestaan' zonder dat de ondernemer eerst nog drie of vijf jaar op een bestaansminimum moet leven in de WSNP ter verkrijging van een schone lei. Voor zo een liquidatie kan de WHOA worden ingezet die immers de mogelijkheid biedt een akkoord aan te bieden dat voorziet in liquidatie van de activa teneinde de verhaalsopbrengst uit te keren aan de schuldeisers.
37. Het feit dat banken – uiteraard mede in eigen belang – de klant/onderneming monitoren en – als er aanwijzingen zijn dat de klant/onderneming in financiële problemen dreigt te komen – het beheer van de financiering(en) intensiveren, zou ook een inspiratie kunnen zijn voor andere stakeholders bij de onderneming. Handelscrediteuren die geconfronteerd worden met betalingsproblemen zullen bij een goed debiteurenbeheer tijdig actie ondernemen. Maar ook van andere stakeholders – die soms nog eerder dan de bank zien dat er betalingsproblemen zijn – kunnen een actieve(re) rol vervullen dan ze momenteel vervullen (zie ook de observaties van de NVB bij paragraaf 3.2 van het Consultatiedocument). Met name de Belastingdienst, het UWV en

pensioenfondsen kunnen daarbij actief participeren door net zoals de banken via afdelingen Bijzonder Beheer het gesprek aan te gaan met ondernemingen die niet tijdig aan hun financiële verplichtingen voldoen. De NVB constateert dat de Belastingdienst, het UWV en de pensioenfondsen in sommige gevallen via de weg van de dreiging van de persoonlijke aansprakelijkstelling van de bestuurder ('de stok') het betalingsgedrag proberen te beïnvloeden.¹⁵ Maar naast het gebruiken van de persoonlijke aansprakelijkheid als spreekwoordelijke stok, zouden ook andere stakeholders – net als de banken – kunnen inzetten op begeleiding van de onderneming (de 'wortel') als blijkt dat er financiële problemen zijn. Daarvoor is niet alleen een belang in die gevallen waarbij banken betrokken zijn, maar is een nog groter belang in die gevallen waar geen of nauwelijks bancaire financiering aanwezig is. Als andere stakeholders dan de bank zich actiever opstellen jegens de ondernemer die niet betaalt, wordt deze mogelijk eerder 'met de neus op de feiten' gedrukt. Daardoor is de kans groter dat hij in een eerder stadium overgaat tot het nemen van maatregelen die nodig zijn om het tij voor zijn onderneming ten goede te keren.

4.1 De WHOA en 4.2 De surseance van betaling

Vragen

1. *In hoeverre ziet u een meerwaarde voor de surseanceregeling naast de door de WHOA geïntroduceerde besloten en openbare akkoordprocedures?*
2. *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?*

Inleiding

38. In de optiek van de NVB kan de surseanceregeling in bepaalde gevallen een meerwaarde hebben naast de door de WHOA geïntroduceerde akkoordprocedures. Daartoe dient de surseanceregeling op een aantal punten gemoderniseerd te worden.
39. Anders dan de regeling van het faillissement, waar het hoofddoel is het liquideren van de vermogensbestanddelen van de schuldenaar ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers, is de surseanceregeling bedoeld om de ondernemer een periode van relatieve rust te geven en op korte termijn zijn financiële problemen het hoofd te bieden, met als doel zijn schuldeisers uiteindelijk weer te kunnen voldoen en de onderneming te kunnen voortzetten.
40. Bij de beantwoording van de gestelde vragen wordt op enkele punten ingegaan op het voorstel dat INSOLAD in 2015 heeft gedaan voor de surseanceregeling. Daar waar de bepalingen uit het INSOLAD-voorstel niet worden besproken, mag dat niet worden gelezen als een instemming van de zijde van de NVB met die bepalingen.

Voorkomen surseance als voorportaal van het faillissement

41. De surseance wordt door sommigen gezien als een voorportaal van het faillissement. Dit komt omdat voor de aanvraag van het faillissement het bestuur van een onderneming (N.V./B.V.) een besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders nodig heeft, welke voorwaarde niet

geldt voor de aanvraag van een surseance (art. 2:136 en 2:246 BW). Verkrijgt het bestuur geen aandeelhouderstoestemming of kan die niet op korte termijn worden verkregen, dan wordt een verzoek tot verlening van surseance van betaling ingediend. Voor indiening van dat verzoek is namelijk geen goedkeuring of instemming van de algemene vergadering van aandeelhouders vereist. Vervolgens wordt de surseance van betaling kort na de voorlopige verlening daarvan omgezet in een faillissement (art. 242 lid 1 j^o lid 4 Fw).

42. De NVB stelt voor om de voorwaarde van een besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders voor de aanvraag van het faillissement te laten vervallen. Daardoor zal naar verwachting ook de negatieve uitstraling van de surseance als voorportaal voor het faillissement op termijn verdwijnen en crediteuren meer vertrouwen geven om ook tijdens de surseance aan boord te blijven door tegen redelijke condities te blijven leveren en aandeelhouders/financiers ook bereid zijn om zo nodig een beredderingskrediet ter beschikking te stellen.

Voordelen surseance t.o.v. WHOA

43. Enkele voordelen van de surseance ten opzichte van de WHOA zijn dat de ondernemer niet alleen relatieve rust krijgt doordat deze uitstel van betaling jegens zijn schuldeisers krijgt én hij de rechter kan vragen een afkoelingsperiode af te kondigen tegenover zijn schuldeisers (art. 241a lid 1 Fw), maar ook dat, anders dan onder de WHOA (art. 376 lid 2 sub b Fw), concurrente schuldeisers van rechtswege worden verhinderd tot het treffen van incasso- en executiemaatregelen (art. 230 Fw, zij het dat gelegde beslagen pas vervallen nadat de surseance definitief is verleend of het akkoord is gehomologeerd). Hierdoor kan de ondernemer al zijn aandacht richten op het aanbieden van een surseance akkoord. Onder de WHOA daarentegen dient de ondernemer de rechter separaat te verzoeken om gelegde beslagen op te heffen.
44. De surseance is onder meer van meerwaarde indien sprake is van grote aantallen (buitenlandse) schuldeisers die niet allemaal eenvoudig/tijdig te bereiken zijn, zoals bij (internationale) financiële herstructureringen van obligatieleningen.¹⁶
45. Daarnaast biedt de surseanceregeling, anders dan de WHOA (art. 369 lid 4 Fw), de mogelijkheid tot de beëindiging van arbeidsovereenkomsten (art. 239 Fw), zij het dat de beëindiging van arbeidsovereenkomsten onder de surseanceregeling nog voor een groot deel is onderworpen aan de reguliere ontslagregels.

Geen DIP-principe

46. Indien de ondernemer het vertrouwen van de schuldeisers heeft en in staat moet worden geacht om de onderneming zelfstandig te blijven drijven terwijl er wordt gewerkt aan een akkoord, kan de ondernemer gebruik maken van de WHOA en het daarin gehanteerde DIP-principe. Om de belangen van de schuldeisers bij de totstandkoming van een akkoord te waarborgen, zijn in de WHOA de rollen van observator en herstructureringsdeskundige in het leven geroepen. Die rollen zijn, mede in het licht van het DIP-principe (*debtor in possession*, d.w.z. dat het bestuur de onderneming blijft leiden), in de WHOA-procedure logischerwijs beperkter dan de rol van de bewindvoerder in de surseance regeling.¹⁷

47. Indien het bestuur van de onderneming besluit om, alles afwegende, niet een WHOA-procedure te starten, maar surseance van betaling aan te vragen dan geldt thans het volgende. De schuldenaar heeft voor (rechts)handelingen met betrekking tot zijn vermogen medewerking, machtiging of bijstand van de bewindvoerder nodig. Deze systematiek moet naar de mening van de NVB in stand blijven in de surseanceregeling (art. 228 Fw). Op deze wijze is er een waarborg voor alle schuldeisers dat de ondernemer (vertegenwoordigd door het bestuur en de bewindvoerder(s) gezamenlijk) alleen die beslissingen neemt die aan het doel van de surseance – het kunnen voortzetten van de onderneming door het aanbieden van een akkoord – dienstig zijn. Dat is niet alleen in het belang van de schuldeisers die onder de surseanceregeling vallen, maar in het belang van alle schuldeisers bij de onderneming. De betrokkenheid van de bewindvoerder en het toezicht kan het vertrouwen van de schuldeisers en daarbij de bereidheid om te komen tot een akkoord vergroten, indien er bij hen een verminderd vertrouwen in het bestuur van de onderneming is ontstaan als gevolg van de financiële problemen.
48. De door INSOLAD voorgestane mogelijkheid om in de surseanceregeling de ondernemer – op aanwijzen van de rechter – over bepaalde ‘bezittingen’ zelfstandig te kunnen laten blijven beschikken en verplichtingen te kunnen aangaan die verhaalbaar zijn op de boedel én voor het overige de medewerking van de bewindvoerder nodig heeft, kan een goede taakuitoefening door de bewindvoerder belemmeren en de totstandkoming van een akkoord bemoeilijken.¹⁸ De bewindvoerder is dan niet betrokken bij alle handelingen van de ondernemer die uiteindelijk de boedel binden en kan niet mede invloed uitoefenen op de (omvang van de) uiteindelijke verplichtingen die de boedel binden en in een akkoord dienen te worden betrokken.

Uitbreiding van de werking van de surseance

49. Omdat de surseanceregeling, net als de WHOA, ten doel heeft de onderneming uiteindelijk weer te kunnen voortzetten, zou de surseanceregeling zo moeten worden aangepast dat deze werking kan hebben tegenover alle schuldeisers van de schuldenaar, dus ook de preferente en de zekerheidsgerechtigde schuldeisers (separatist), zowel voor wat betreft de afkoelingsperiode als het surseance-akkoord.
50. Voor de hiervoor beoogde werking van de surseanceregeling tegenover preferente schuldeisers en zekerheidsgerechtigden is noodzakelijk dat de schuldenaar hierom bij de aanvraag van de surseance verzoekt en uiteenzet waarom de belangen van deze schuldeisers niet worden geschaad indien zij ook onder het bereik van de surseance komen te vallen. Teneinde de belangen van de zekerheidsgerechtigden te beschermen, zou de rechtbank bij het uitspreken van de surseance of tijdens de surseance (al dan niet op verzoek van de betreffende schuldeiser) maatregelen moeten kunnen treffen om de belangen van de betreffende schuldeisers te beschermen. Gedacht wordt voor wat betreft de positie van de zekerheidsgerechtigden aan maatregelen die in de Verenigde Staten bekend staan onder het leerstuk van de adequate protection.¹⁹
51. Op zowel de afkoelingsperiode als het surseance akkoord en de positie van de separatist daarin, wordt hieronder nader ingegaan.

Afkoelingsperiode

52. Het verdient de voorkeur om de afkoelingsperiode in de surseanceregeling (artt. 241a en 241b Fw), qua procedure in lijn te brengen met de afkoelingsperiode in de WHOA (artt. 376 en 377 Fw). In beide regelingen zou een afkoelingsperiode moeten kunnen worden afgekondigd voor zover dat noodzakelijk is om de onderneming te kunnen voortzetten tijdens de voorbereiding en onderhandeling over een akkoord. De maximale termijn van de afkoelingsperiode van maximaal twee keer twee maanden zoals deze thans conform art 241a Fw geldt voor de afkoelingsperiode in surseance van betaling kan gehandhaafd blijven. Ook de mogelijkheid tot gebruik, verbruik en vervreemding in het kader van de normale bedrijfsuitoefening indien de ondernemer deze mogelijkheid ook al voor de afkondiging van de afkoelingsperiode toekwam, zou in de surseanceregeling kunnen worden opgenomen. De rechtvaardiging is daarin gelegen dat zowel (een reorganisatie-)akkoord in een WHOA traject als de surseanceregeling tot doel hebben om de ondernemer een periode van relatieve rust te geven en op korte termijn zijn financiële problemen het hoofd te bieden, met als doel zijn schuldeisers uiteindelijk weer te kunnen voldoen en de onderneming te kunnen voortzetten. Daarmee is in lijn dat in beide regelingen (zoals dat nu ook het geval is) zowel een afkoelingsperiode ten opzichte van alle schuldeisers kan worden gevraagd (algemene afkoelingsperiode) als een afkoelingsperiode ten aanzien van enkele schuldeisers (vgl. art. 241a lid 2 Fw, m.u.v. boedelschuldeisers en art. 376 lid 9 Fw). Daarmee kunnen in beide regelingen ook de preferente schuldeisers, separatisten en schuldeisers met een eigendomsvoorbehoud gebonden worden aan de afkoelingsperiode. Daarbij verdient het wel de voorkeur dat in art. 377 lid 2 Fw – in lijn met de memorie van toelichting op dit punt²⁰ en in lijn met het slot van art. 376 lid 7 Fw – uitdrukkelijk wordt opgenomen dat de schuldenaar bij het voortgezet gebruik, verbruik of vervreemding zijn schuldeisers vervangende zekerheid dient te verschaffen. Meer in het algemeen geldt ook hier dat tijdens de afkoelingsperiode de principes van *adequate protection* voor zekerheidsgerechtigden moeten gelden.²¹

Schuldeiserscommissie

53. Het verdient de voorkeur indien ook in surseance de mogelijkheid tot instelling van een schuldeiserscommissie wordt geïntroduceerd, die zowel qua aanstelling als bevoegdheden op een lijn wordt gesteld met de schuldeiserscommissie in faillissement zoals deze in punt 101 van deze reactie van de NVB wordt voorgesteld voor zover dat met het doel van de surseanceregeling verenigbaar is.²²

De positie van de separatist

54. De separatist (pand- of hypotheekhouder) zal in de door de NVB voorgestelde wijziging van de surseanceregeling wel geraakt kunnen worden indien de schuldenaar bij het verzoek tot het verlenen van surseance van betaling verzoekt om een afkoelingsperiode, maar dat mag niet ten koste gaan van de zekerhedenpositie van de separatist. Deze positie van de separatist dient er nu juist toe om hem in geval van insolventiescenario's de zekerheid te bieden dat hij (ten minste een deel van) de tegenprestatie waarop hij recht heeft ten aanzien van de door hem reeds nagekomen verbintenis, ontvangt. Immers, juist onder dit uitgangspunt heeft de separatist de gecureerde financiering verstrekt.
55. Deze zekerheid schept voor de separatist de mogelijkheid verbintenissen aan de te gaan tegen een reële prijs met een (beperkte) risico-opslag. Indien de financiering door zekerheden is gedekt zal de financierer bereid zijn de financiering tegen een rentepercentage ter beschikking te stellen dat lager is dan rentepercentages die financiers zonder of met lagere rang zekerheden in rekening brengen.

56. Maar deze zekerhedenpositie en -functie is ook van belang voor het vaststellen van de kapitaalbuffer die banken dienen aan te houden op grond van Europese regelgeving (vgl. CRD IV en CRR regelgeving). Kort gezegd komt deze regelgeving erop neer dat de bank voor risicodragende activa met een lage risicoklasse (denk aan een vastgoedfinanciering met een hypotheekrecht op het bedrijfspand) minder risicodragend kapitaal hoeft aan te houden dan voor risicodragende activa met een hoge risicoklasse (dezelfde vastgoedfinanciering maar dan zonder hypotheekrecht). Hoe minder risicodragend kapitaal een bank dient aan te houden, des te meer 'ruimte' heeft een bank om financiering te verstrekken²³. In het insolventierecht wordt het laatste belang van zekerheden nogal eens uit het oog verloren en staat het realiseren van een zo hoog mogelijke recovery rate op een vordering die voortvloeit uit een beëindigde financiering veelal voorop. Voor het kredietverleningsbedrijf en het bedrijfsleven is evenwel de de hiervoor bedoelde relatie tussen zekerheden, kapitaal en kredietverlening minstens zo relevant.
57. Er wordt doorsommigen betoogd dat het wettelijk systeem aangepast moet worden omdat partijen met een lage rangorde bij faillissement geen of een geringe uitdeling krijgen. Daarbij ligt de focus veelal op de faillissementsuitdeling en niet op alle andere bedragen die de crediteur heeft gerealiseerd door de betaling van eerdere facturen of (bank)garanties, terugname van goederen of kredietverzekeringsuitkeringen. In de kern gaat het hier om pleidooien tot het wijzigen van de separatistenpositie met als doel tot een andere verdeling van de netto-verhaalsopbrengsten van (de veelal door deze separatisten gefinancierde) activa in insolventieprocedures te komen. Dit wordt ook wel 'het verdelingsvraagstuk' genoemd. Het gaat erom welke schuldeiser welk deel van de waarde van de onderneming toekomt. Uitgangspunt is de wettelijke rangorde van art. 3:276 e.v. BW. De pleidooien tot wijziging van de separatistenpositie komen in de kern neer op een oproep om de bestaande wettelijke uitgangspunten en rangorde te wijzigen.
58. Zoals hiervoor uiteengezet heeft het wijzigen van de separatistenpositie – wat de bancaire financierer betreft – direct invloed op de omvang van de kredietverlening, de toegang daartoe en de kosten daarvan. Hoe groot de effecten precies zijn is zonder nader economisch onderzoek lastig te voorspellen. Gelet hierop acht de NVB het dan ook niet wenselijk om de separatistenpositie te wijzigen. Bij de beoordeling van het verdelingsvraagstuk speelt niet alleen de positie van de separatist een rol, maar ook die van de Belastingdienst aan wie op grond van de preferenties een groot gedeelte van de verhaalsopbrengsten in insolventieprocedures toekomt en andere crediteuren. Denk daarbij bijvoorbeeld ook aan dwangcrediteuren en schuldeisers met betalingszekerheden zoals bankgaranties en kredietverzekeringen, leveranciers met recht van reclame en eigendomsvoorbehoud en boedelcrediteuren. Ook zou niet alleen moeten worden gekeken naar de gelden die ná faillissement worden ontvangen, maar ook naar de betalingen die (in de jaren) vóór faillissement zijn ontvangen. Een discussie over het verdelingsvraagstuk en het al dan niet aanpassen van de bestaande rangorde en preferenties dient in breder verband plaats te vinden en daarom niet te worden gevoerd in verband met bijvoorbeeld een voorgenomen wijziging van enkel de Faillissementswet en in het bijzonder de surseance van betaling. Daar komt nog bij dat over dit onderwerp (ook) in Europa discussie wordt gevoerd. De resultaten van deze discussie moeten eerst worden afgewacht alvorens aanpassing in Nederland voor te stellen.
59. Daarnaast is de NVB van mening dat – anders dan INSOLAD met betrekking tot art. 241 lid 3 Fw van haar ontwerp voor een surseanceregeling voorstelt – de schuldenaar (in samenwerking met de bewindvoerder) niet de bevoegdheid moet toekomen om tot verkoop van verpande of verhypothekerde activa over te gaan zonder toestemming van de zekerheidsnemer. Vooropgesteld zij dat de surseanceregeling niet tot doel heeft de activa van de onderneming te gelde te maken. De surseanceregeling heeft tot doel om tot een sanering van de schulden van de onderneming te komen, waarna deze weer kan worden voortgezet. Daarbij komt dat de door INSOLAD bepleite bevoegdheid de schuldenaar vóór surseance ook niet toekomt, behoudens het geval de verkoop geschiedt in de normale bedrijfsuitoefening. Wat de NVB betreft gelden tijdens surseance dezelfde spelregels als vóór surseance. Ondertussen staat het de schuldenaar/bewindvoerder uiteraard vrij het initiatief te nemen tot verkoop van verpande of

verhypothekeerde activa over te gaan en een verkoopvoorstel aan de zekerheidsnemer te doen. De zekerheidsnemer die correct en volledig is geïnformeerd, zal doorgaans op korte termijn kunnen beslissen of en zo ja onder welke voorwaarden hij bereid is verkoop toe te staan. Bij dit alles acht de NVB van belang dat de huidige praktijk met de beschreven systematiek uit de voeten kan.

Het surseance-akkoord

60. Het surseance-akkoord is net als het reorganisatieakkoord in een WHOA-traject gericht op het saneren van de schulden en het reorganiseren van de bedrijfsvoering van de ondernemer, zodat deze zijn onderneming na het succesvol doorlopen van de surseanceregeling kan voortzetten.
61. Het huidige surseance-akkoord is beperkt tot de vorderingen van de concurrente schuldeisers en gaat uit van de veronderstelling dat de hoger gerangschikte schuldeisers (separatisten en preferente schuldeisers) volledig worden voldaan. Het WHOA-akkoord biedt daarentegen volledig maatwerk en kan met in achtneming van de in de WHOA vervatte waarborgen een bindend akkoord voor alle klassen van schuldeisers omvatten.
62. De hiervoor genoemde beperking van het surseance-akkoord hoeft evenwel geen probleem te vormen. Nederland kent immers een succesvolle geschiedenis van informele reorganisaties. Veelal worden de grootste (financiële) stakeholders van een onderneming betrokken bij een reorganisatie en herstructurering en wordt samen met hen naar een oplossing voor de financiële problemen gezocht. Zij zijn dan ook meestal bereid om een financiële bijdrage te leveren aan de herstructurering of reorganisatie van levensvatbare ondernemingen. Feit is immers dat alle schuldeisers – ongeacht of hun vorderingsrechten formeel onder een insolventieprocedure vallen of niet – veelal meer belang hebben bij een voorzetting van de activiteiten van de onderneming (al dan niet door middel van een doorstart door een andere entiteit) dan bij een liquidatie van de afzonderlijke activa.
63. Om die reden zou er dan ook voor kunnen worden gekozen om akkoordprocedure van de surseanceregeling – op enkele uitzonderingen na – op een lijn te brengen met de akkoordprocedure van de WHOA. De twee belangrijkste uitzonderingen betreffen de volgende.²⁴
64. De eerste uitzondering zou in ieder geval moeten zijn dat – anders dan geldt voor de WHOA – de cash out optie voor de bedrijfsmatig financier wordt gehandhaafd voor de akkoordregeling in de surseance. Door het aannemen van een amendement²⁵ is op het laatste moment voor het aannemen van de WHOA de optie voor bedrijfsmatig financiers om niet met het akkoord in te stemmen en te kiezen voor cash ter hoogte van de waarde van hun zekerheden, uit de WHOA gehaald. Art. 384 lid 4 Fw is zo aangepast dat bedrijfsmatig financiers geen gebruik kunnen maken van de cash out optie – althans betaling in cash niet kunnen afdwingen – en dat alleen indien zij een akkoordvoorstel in de vorm van een omzetting van (een deel van hun) vordering in aandelen aangeboden krijgen, zij de mogelijkheid moeten hebben om te kiezen voor een uitkering anders dan in geld. Daarbij moet worden gedacht aan een uitstel van betaling of het laten doorlopen van de lening onder (aangepaste) marktconforme voorwaarden. Voor een dergelijke beperking van de rechten van de bedrijfsmatig financier (waaronder aldus de bancaire financier) tot het niet kunnen uitoefenen van hun zekerheidsrechten en verplicht 'te moeten blijven zitten', bestaat geen rechtvaardiging. De toelichting op het amendement, dat ervoor vreest dat door bedrijfsmatig financiers een cash out optie te geven het tot stand komen van akkoorden onmogelijk zal worden, miskent volgens de NVB de tot de invoeren van de WHOA informele Nederlandse herstructureringspraktijk en is dan ook niet gegrond. Het door de indieners van het amendement

gesignaleerde risico is daarnaast niet weggenomen met het aannemen van het amendement, omdat dit risico dat volgt uit het opteren voor de cash out optie zich evengoed kan voordoen bij andere klassen van schuldeisers. Er bestaat derhalve ook geen rechtvaardiging voor dit onderscheid. Daarbij geldt ook het hiervoor uiteengezette argument, dat over een wijziging van de separatistenpositie (dan wel 'het verdelingsvraagstuk' in zijn algemeenheid) in een breder verband moet worden gediscussieerd.²⁶

65. De tweede uitzondering betreft het achterwege laten van de '20% regeling voor de MKB-handelscrediteuren' als bedoeld in art. 384 lid 4 sub a j° 374 lid 2 Fw, welke regeling eveneens vlak voor het aannemen van WHOA is ingevoerd op basis van een amendement.²⁷ Met dit amendement is beoogd om de positie van de MKB-handelscrediteuren te verstevigen, die in zijn algemeenheid in insolventieprocedures vaak maar een beperkte uitkering op hun vordering tegemoet kunnen zien. Uit het in opdracht van de WODC door de Rijksuniversiteit Groningen uitgevoerde onderzoek naar de positie van concurrente (MKB-)schuldeisers in faillissement²⁸ – dat overigens volgens de onderzoekers "*slechts een indruk [beoogt] te geven van de positie van concurrente crediteuren in de bestudeerde faillissementen*" – blijkt uit de door hen uitgevoerde steekproef een uitkeringspercentage voor de concurrente crediteuren van (slechts) 0,1%.²⁹
66. Maar: de onderzoekers komen evenwel óók tot de conclusie dat de door hen onderzochte maatregelen om de positie van de concurrente schuldeisers te verbeteren (waarbij zij in verschillende jurisdicties maatregelen hebben geïnventariseerd die zouden kunnen leiden tot een hogere uitkering voor de concurrente crediteuren) nauwelijks leiden tot een toename van het percentage dat in insolventieprocedures aan concurrent schuldeisers toekomt.³⁰ De maatregelen kwamen met name ten goede aan de boedelschuldeisers en de preferente crediteuren (Belastingdienst en het UWV).
67. Daarnaast geldt bij het amendement mogelijk niet in de beoordeling is betrokken dat (i) de schuldeiser die een leverancierskrediet verstrekt een eigendomsvoorbehoud kan bedingen, (ii) een MKB-handelscrediteur de mogelijkheid heeft om een kredietverzekering af te sluiten, (iii) de MKB-handelscrediteur, anders dan bijvoorbeeld de bancaire financier, kan besluiten toekomstige leveranties direct stop te zetten indien hij betalingsproblemen bij zijn afnemer verwacht en derhalve zijn verlies kan beperken (daar waar de financier reeds bij aanvang van de relatie (duurovereenkomst) de financiering beschikbaar heeft gesteld), (iv) de MKB-handelscrediteur in de marge op de (gedurende veel jaren) geleverde producten een reserve heeft ingebouwd voor het insolventierisico van zijn afnemer en (v) het verbeteren van de positie van de concurrent crediteur ook tot aanzienlijke uitvoeringskosten (indienen vorderingen, verificatie, betwisting en renvooioprocedures) met zich zal brengen. De efficiëntie van de afwikkeling zal verminderen terwijl juist verbetering wenselijk is.
68. Al deze aspecten in ogenschouw genomen kan een MKB-handelscrediteur mogelijk in een faillissement op zijn vordering een lagere uitkering verwachten dan de separatist of preferente schuldeisers. Dat betekent evenwel niet zonder meer dat hij over de gehele relatie met de afnemer/schuldenaar bezien én de mogelijkheden die hem ten dienste staan om betaling van zijn vordering te verzekeren, een lage recovery rate heeft dan de bank of andere schuldeisers wier vorderingen een hogere rang hebben.

4.3 Het faillissement

Vraag

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

69. De faillissementsprocedure heeft tot hoofddoel het liquideren van de vermogensbestanddelen van de schuldenaar ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers die volgens de rangorde hun deel van de opbrengst zullen ontvangen, Dat betekent dan ook dat de rechten van schuldeisers in faillissement zo min mogelijk dienen te worden beperkt en dat verhaal van de vordering van de schuldeisers (conform de wettelijk erkende redenen van voorrang) centraal staat. Anders dan de NVB ten aanzien van de surseance van mening is, zou de akkoordprocedure in faillissement dan ook niet gelijk moeten worden getrokken met de akkoordprocedure in de WHOA. Een schuldenaar die in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen, heeft in een eerder stadium het instrument van de WHOA dan wel de surseance ten dienste gestaan om zijn schulden te saneren, zijn schuldeisers te bevredigen en uiteindelijk zijn onderneming (al dan niet in afgeslankte vorm) voort te zetten. Is een reorganisatie of een doorstart in dat verband niet gelukt of niet succesvol gebleken, dan is de kans dat dit in faillissement wél wordt gerealiseerd nagenoeg nihil. De faillissementsprocedure rechtvaardigt dan ook niet dat in een faillissement separatisten, preferente schuldeisers of schuldeisers met een eigendomsvoorbehoud tegen hun zin aan een akkoord zouden kunnen worden gebonden. Evenmin rechtvaardigt dit dat de bancaire financier met zekerheidsrechten de mogelijkheid van een cash out optie wordt ontnomen. Een akkoord in faillissement dient derhalve in beginsel beperkt te worden tot een liquidatieakkoord.
70. Wat betreft de mogelijkheid tot het afkondigen van een afkoelingsperiode rechtvaardigt het doel van het faillissement niet dat daar ook een langere afkoelingsperiode zoals die in de WHOA geldt wordt ingevoerd. Dat er in de faillissementsprocedure een afkoelingsperiode van twee maal twee maanden mogelijk is (art. 63a Fw) om een curator in de gelegenheid te stellen de boedel te inventariseren dan wel een eventuele verkoop van de activa zoveel als mogelijk 'going concern' te beproeven zou – gelet op de hiervoor beschikbare instrumenten van de WHOA en de surseanceregeling – voldoende moeten zijn. Indien het voor het realiseren van een zo hoog mogelijk opbrengst van de activa van de onderneming de voorkeur verdient dat de curator de onderneming tijdelijk voorzet, om de activa zoveel als mogelijk 'going concern' te verkopen, kan de NVB zich voorstellen dat de mogelijkheid tot gebruik, verbruik en vervreemding in het kader van de normale bedrijfsuitoefening én indien de ondernemer deze mogelijkheid ook al voor de afkondiging van de afkoelingsperiode toekwam, ook in de faillissementsprocedure wordt opgenomen. Net als opgemerkt bij de surseanceregeling dient dan wel uitdrukkelijk te worden voorgescreven dat de schuldenaar bij het voortgezet gebruik, verbruik of vervreemding tijdens faillissement zijn schuldeisers vervangende zekerheid dient te verschaffen. Meer in het algemeen geldt ook hier dat tijdens de afkoelingsperiode het principe van adequate protection voor zekerheidsgerechtigden moet gelden. Als de NVB de memorie van toelichting bij de WHOA juist interpreteert, geldt hetgeen zij ten aanzien van de bescherming van de zekerheidsgerechtigde opmerkt reeds voor de WHOA.³¹

De taak van de curator

Vragen

1. Ziet u een meerwaarde in een algemene wettelijke regeling rond boedelschulden?
2. 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?

Vraag 1 – Ziet u een meerwaarde in een algemene wettelijke regeling rond boedelschulden?

71. De NVB is van mening dat in de rechtspraak thans een te ruim criterium van boedelschulden wordt gehanteerd. De NVB is dus voorstander van een wettelijke regeling die de omvang van boedelschulden sterk terugdringt. Hierna wordt eerst toegelicht welke vorderingen onder het huidige recht boedelschulden opleveren en wat hiervan het (economische) gevolg is. Vervolgens doet de NVB een voorstel voor een nieuwe wettelijke regeling.

Boedelschulden onder het huidige recht

72. Het begrip boedelschulden kan niet worden los gezien van andere typen schulden die in een faillissement relevant kunnen zijn. Onder het huidige recht moet onderscheid worden gemaakt tussen (1) faillissementsschulden, (2) boedelschulden en (3) niet-verifieerbare schulden.
73. De meeste schulden in een faillissement zullen faillissementsschulden zijn. Dit zijn schulden die worden beheerst door de 'normale' wettelijke rangorde. Uitkering geschiedt – als hoofdregel – door de curator bij het verbindend worden van de slotuitkeringslijst.
74. Boedelschulden en niet-verifieerbare schulden hebben met elkaar gemeen dat zij ontstaan ná intrede van het faillissement c.q. de surseance van betaling of de schuldsanering. Niet-verifieerbare schulden geven in het geheel geen aanspraak op enige uitkering in het faillissement. Uit de wet zou kunnen worden afgeleid dat alle schulden die ná het faillissement ontstaan niet-verifieerbaar zijn (art. 24 Fw), tenzij zij boedelschulden zijn. De Hoge Raad heeft evenwel geoordeeld dat aan de Faillissementswet het beginsel ten grondslag ligt dat schulden die ná de faillietverklaring ontstaan ook faillissementsschulden zijn, indien zij voortvloeien uit een overeenkomst die reeds vóór het faillissement bestond.³²
75. Boedelschulden zijn volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad die schulden die een onmiddellijke aanspraak geven jegens de faillissementsboedel. Dat wil zeggen dat zij direct uit de boedel moeten worden betaald. Daarmee gaan zij voor op de 'normale' rangorde van schulden in faillissement. Net als niet-verifieerbare schulden ontstaan boedelschulden ná faillissement. Een schuld kan in faillissement een boedelschuld worden hetzij ingevolge de wet, hetzij omdat zij door de curator in zijn hoedanigheid zijn aangegaan, hetzij omdat zij een gevolg zijn van een handelen of nalaten van de curator in strijd met een door hem in zijn hoedanigheid na te leven verbintenis of verplichting.³³
76. De eerste grond is dat de wet een schuld als boedelschuld aanmerkt. Dat doet de wet bijvoorbeeld in art. 39 en 40 Fw voor respectievelijk bepaalde huur- en loonvorderingen. Soms gebruikt de wet niet expliciet de term 'boedelschuld' maar een andere term. Zo bepaalt bijvoorbeeld art. 24 Fw dat de boedel aansprakelijk is voor schulden die na de faillietverklaring ontstaan als de boedel door die schuld is gebaat. Daarmee worden deze schulden boedelschulden.
77. De tweede grond waarop een schuld een boedelschuld kan zijn, is dat de schuld ontstaat als gevolg van een overeenkomst die de curator in zijn hoedanigheid is aangegaan. Daarbij kan

gedacht worden aan het salaris voor door de curator ingeschakelde partijen, of aan overeenkomsten die de curator sluit ter afwikkeling van de boedel, zoals de verkoop van boedelactief. Indien uit zo'n overeenkomst kosten voortvloeien, dan zijn dat boedelschulden.

78. De derde grond is dat op de curator een in zijn hoedanigheid na te leven verbintenis of verplichting rust.
79. Bij bestudering van de rechtspraak valt een aantal zaken op. Ten eerste valt op dat om zeer uiteenlopende oorzaken een verplichting of verbintenis op de curator in zijn hoedanigheid kan rusten. Achtereenvolgens zijn te noemen:
 80. Het handelen van de curator in strijd met de Maclou-norm.³⁴ Dat wil zeggen dat de curator niet de noodzakelijke zorgvuldigheid in acht neemt bij de afwikkeling van een faillissement. Doorgaans gaat het er dan om dat een curator een goederenrechtelijke aanspraak van een partij tekort doet. Gedacht kan worden aan het geval waarin de curator de rechten van een zekerheidsgerechtigde inkort.³⁵ Of goederen op een wijze in de boedel betreft die daar niet in betrokken waren, bijvoorbeeld door ze – zonder dat de failliet deze bevoegdheid had – onder te verhuren,³⁶ of te verkopen.³⁷ Het verwijt aan de curator is derhalve vrijwel steeds dat hij een bepaalde handeling op de wijze waarop hij deze heeft verricht had moeten nalaten.
 81. Daarnaast wordt soms van de curator een doen (actieve handeling) gevorderd op grond van feiten die hun oorsprong vinden in de situatie vóór faillissement. Zo is een huurder gehouden om een pand aan het einde van de huur leeg op te leveren. Dit is een verbintenisrechtelijke vordering van verhuurder op de (failliete) huurder. De Hoge Raad heeft echter geoordeeld dat op de curator in zijn hoedanigheid de rechtsplicht rust om het gehuurde leeg op te leveren. Doet hij dit niet, dan levert dit een boedelschuld op.³⁸ De Hoge Raad oordeelt gelijkaardig over de verplichting van de curator om de milieuwetgeving na te leven. De Hoge Raad besliste dat de verplichting om de milieuwetgeving na te leven op de curator in zijn hoedanigheid rust. Daarmee vormen de kosten van bestuursdwang die de overheid ná faillietverklaring toepast boedelschulden. Het is echter niet eenvoudig om vast te stellen wanneer sprake is van een 'op de curator in zijn hoedanigheid rustende verbintenis of verplichting'. Zo oordeelde de Hoge Raad dat de verplichting om BTW af te dragen over door de separatist geëxecuteerde goederen geen boedelschuld oplevert³⁹, hoewel de verplichting om BTW over deze goederen af te dragen weldegelijk een verplichting is voor een ondernemer, ook als deze failliet is.⁴⁰
 82. Met dit alles is de laatste grond van boedelschulden een problematische. Ten eerste is het niet eenvoudig vast te stellen welke schulden op deze grond een boedelschuld vormen. De formule dat op de curator in zijn hoedanigheid een verbintenis of verplichting rust, geeft de (lagere) rechter te veel vrijheid. Daarnaast lijkt er een discrepantie te zijn tussen schulden die ná faillissement voortvloeien uit overeenkomsten die reeds voor faillissement zijn gesloten en schulden die ná faillissement voortvloeien uit een onrechtmatige daad die de curator wordt toegerekend, maar die voortvloeit uit feitelijke omstandigheden die reeds voor faillissement (in overwegende mate) aanwezig waren. Voor vorderingen uit overeenkomst geldt als hoofdregel dat die faillissementsschulden opleveren. Dit lijkt anders te zijn indien de vordering wordt ingekleed als een (gekwalificeerde) onrechtmatige daad.
 83. Dat een vordering een boedelschuld of een faillissementsvordering wordt al naar gelang de grondslag van de schuld, is niet eenvoudig te verklaren. Logischerwijze zou de regel moeten zijn dat schulden die hun oorzaak vinden (bijvoorbeeld voortvloeien uit overeenkomsten of

(rechts)handelingen) vóór faillissement als 'gewone' faillissementsvorderingen worden behandeld. Op die wijze wordt (het meest) recht gedaan aan de wettelijke rangorde van schuldeisers.

84. Een verklaring voor het kwalificeren van sommige schulden als boedelschulden is dat de achterliggende gedachte is dat hiermee de curator gedwongen wordt om bepaalde rechtsregels voorrang te geven, zoals het optreden tegen milieuschade. De NVB acht deze verklaring niet bevredigend. Op deze wijze ontstaat in de rechtspraak een steeds uitdijende groep van gevallen die zich onttrekt aan de wettelijke rangorde. Voor zover het daadwerkelijk tot de plicht van de curator behoort om deze belangen voor te laten gaan op die van de schuldeisers, is daar in de ogen van de NVB een wettelijke grondslag voor noodzakelijk. Dat geldt des te meer waar het gaat om belangen die de overheid zich aantrekt en waar de overheid de begunstigde van een boedelschuld is. Daar gaat immers de kwalificatie van boedelschuld werken als een preferentie zonder wettelijke basis. Een andere verklaring is dat met de kwalificatie boedelschuld wordt ontkomen aan de consequentie dat een vordering op grond van onrechtmatige daad in faillissement niet verifieerbaar is, indien die vordering zou worden toegerekend aan de failliet en deze vordering pas ná faillissement daadwerkelijk voor schade zorgt en daarmee de vordering pas op dat moment ontstaat (art. 24 Fw).

Economische effecten van deze invulling van het begrip boedelschuld

85. Het economisch effect van de huidige invulling van het begrip boedelschuld is dat boedelschulden een inbreuk maken op de rangorde die anders in faillissement gegolden zou hebben. Daarmee botst de huidige invulling van het begrip boedelschulden met het doel van het faillissement. Het doel van het faillissement is het vereffenen van het vermogen van de schuldenaar ten behoeve van de schuldeisers volgens hun rangorde.
86. Bij deze vereffening geldt – gelijk bij ieder economisch handelen – dat de kosten van dat handelen – in dit geval de afwikkeling van het faillissement – dienen te worden gedragen door de partijen die daarbij belang hebben, de gezamenlijke schuldeisers dus. Anders gezegd: kosten dienen te worden geïnternaliseerd. Zou dat niet het geval zijn, dan zouden de schuldeisers – of in hun plaats de curator – ervoor kunnen kiezen om een wijze van afwikkeling te kiezen die schade veroorzaakt bij derden en waarbij deze schade bovendien hoger is dan de meeropbrengst van de gekozen wijze van afwikkeling. Dit is (ook) in economische zin ongewenst. Om een voorbeeld te geven: de schuldeisers zouden ervoor kunnen kiezen om een onderneming te verkopen met inbegrip van zaken waarvan bekend is dat zij niet aan de failliet toebehoren, omdat zij onder eigendomsvoorbehoud zijn geleverd. Een dergelijke wijze van afwikkeling zal snel in economische zin onwenselijk zijn en de schuldeisers c.q. de curator behoren in een dergelijk geval gedwongen te worden om de eigenaar te vergoeden. Het systeem/de wet mag geen prikkels bevatten die maatschappelijk en economisch niet te rechtvaardigen zijn.
87. Tegelijkertijd geldt dat bij de vereffening of sanering in faillissement de rangorde moet worden vastgehouden. Gebeurt dat niet, dan treden evenzeer in economische zin ongewenste effecten op. Partijen wier vordering (mogelijk) een boedelschuld oplevert, hebben dan een prikkel om eerder een faillissement uit te lokken. Dit betekent dat een schuld niet als boedelschuld mag worden aangemerkt indien de feiten die aanleiding geven tot die schuld, (in belangrijke mate) zijn gelegen in oorzaken van vóór het faillissement. Immers, partijen die vóór faillissement een aanspraak op de failliet hebben, behoren hun aanspraak in faillissement te realiseren. De rangorde bepaalt vervolgens welke aanspraken daarbij als eerste worden gehonoreerd.

88. Wordt dit uitgangspunt niet toegepast, dan verkrijgt de boedelschuldeiser in afwijking van de rangorde zoals die geldt voor faillissement voorrang boven de overige schuldeisers. Daarmee krijgt hij ook de oneigenlijke prikkel om vroegtijdig een faillissement uit te lokken en wordt de afweging van belangen die in de rangorde besloten ligt tenietgedaan. In het verlengde daarvan kunnen de schuldeisers met voorrang minder rekenen op de voorrang zoals de wet die hen toekent. Zo geeft bijvoorbeeld art. 3:284 BW degene die kosten heeft gemaakt om een goed te behouden voorrang boven de overige schuldeisers. Als gevolg van de werking van boedelschulden kan het zijn dat deze partij geen uitkering uit het faillissement verkrijgt, terwijl een boedelschuldeiser wier vordering gebaseerd is op zaken die zich vóór het faillissement hebben voorgedaan wél een uitkering ontvangt. Dit gaat ten koste van de voorspelbaarheid van toepassing van de wettelijke voorrangregels.

Voorstel voor de regeling van boedelschulden

89. Hierboven is gebleken dat er twee belangrijke uitgangspunten een rol spelen bij het beantwoorden van de vraag of in economische zin een schuld als boedelschuld zou moeten worden aangemerkt. Ten eerste geldt dat kosten die ten behoeve van of als gevolg van de afwikkeling van een faillissement zijn gemaakt boedelschulden moeten zijn, om te voorkomen dat bij de afwikkeling van het faillissement kosten worden geëxternaliseerd. Ten tweede geldt dat boedelschulden alleen schulden moeten zijn die door de afwikkeling van het faillissement in het leven moeten worden geroepen. Zij mogen niet besloten liggen in de feiten die zich vóór faillissement hebben voorgedaan.
90. Past men het voorgaande toe, dan levert dit het volgende beeld op:
- Kosten ten behoeve van de afwikkeling van een faillissement dienen boedelschulden te zijn. Hieronder vallen in de regel bijvoorbeeld het salaris van de curator en de kosten van door hem ingeschakelde derden. Daarbij geldt uiteraard dat deze kosten zoveel dienen te worden geminimaliseerd.
 - Huur en loon behoren geen boedelschuld te zijn, als de curator het bedrijf van de failliet niet doorzet. De huur- en loonvordering dienen in dat geval een faillissementsvordering op te leveren. Aan de vordering voor loon is daarbij de voorrang van art. 3:288 BW verbonden. Werknemers ontlenen voorts bescherming aan de loongarantieregeling opgenomen in de Werkloosheidswet. Continueert de curator de exploitatie van de onderneming, dan is wél sprake van een boedelvordering, voor zover de curator ook de huur en/of de arbeidsverhouding voortzet.
 - De gezamenlijke schuldeisers – of de curator namens hen – mogen geen goederen in een faillissement betrekken die niet onder het faillissementsbeslag vallen. Evenmin mag hij door zijn optreden op een nieuwe wijze schade veroorzaken. Een curator mag bijvoorbeeld geen zaak verhuren indien deze niet tot de boedel behoort, of de failliet niet de bevoegdheid tot onderverhuur had. Evenmin mag de curator besluiten om milieuschade te blijven veroorzaken, bijvoorbeeld door de exploitatie van de onderneming die wordt gedreven door gefailleerde voort te zetten.
 - Indien de curator wordt geconfronteerd met onrechtmatig handelen van de failliet van vóór faillissement, dan heeft hij de verplichting om de gelaedeerde (of in voorkomende gevallen

de overheid) daarvan op de hoogte te stellen en om – zo nodig – eraan mee te werken dat de gelaedeerde (of de overheid) dit onrechtmatig handelen ongedaan maakt. De kosten hiervan vormen een faillissementsvordering op dezelfde wijze als schulden die ná faillissement ontstaan uit een overeenkomst van vóór faillissement. Daarnaast kan het zijn dat het optreden van de gelaedeerde (of de overheid) leidt tot een voordeel aan de zijde van één van de schuldeisers. Neem het geval waarin de overheid een stuk grond saneert. In dat geval zal de waarde van de grond vermoedelijk toenemen. Als dit voordeel bij de schuldeiser, of in voorkomende gevallen bij een separatist terecht komt, dan kan het redelijk zijn dat deze kosten tot de hoogte van het voordeel door de schuldeisers of de separatist worden afgedragen. Deze regel zal ook de schuldeisers c.q. de separatist een prikkel geven om de sanering zelf te hand te nemen, voor zover de kosten en opbrengsten dat rechtvaardigen. Hiervoor kan aansluiting worden gezocht bij de regeling van art. 3:284 BW.

- Oordeelt de curator dat het in het belang van alle schuldeisers aangewezen is om de exploitatie van de onderneming van de gefailleerde voort te zetten, dan is de curator (in zijn hoedanigheid) ook gehouden om alle verplichtingen die dat met zich brengt na te leven. Zou dit niet het geval zijn, dan zouden de schuldeisers een hogere uitkering op hun vorderingen verkrijgen door kosten van de onderneming op derden af te wentelen.
 - Schulden zijn met dit voorstel alleen niet-verifieerbaar als zij door de failliet zelf worden veroorzaakt ná faillissement. Dit vergt een aanpassing van art. 24 Fw.
91. Het voordeel van het bovenstaande voorstel is dat daarmee het aantal boedelschulden aanzienlijk wordt teruggedrongen. Dat levert een aanmerkelijke beperking van het aantal lege boedels op. Bovendien draagt deze invulling van het begrip boedelschulden bij tot de beperking van oneigenlijke prikkels voor de bij een faillissement betrokken partijen. Tot slot wordt de toepassing van het insolventierecht en de rangorde op deze manier voorspelbaarder, zodat lagere kosten gemoeid zijn met het afwickelen van faillissement en partijen eerder zelfstandig in staat zullen zijn om geschillen op te lossen.

Vraag 2 – 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?

92. In de reactie op de eerst vraag is al aan de orde gekomen dat – net als Corporate Governance belangrijk is bij ondernemingen – Insolvency Governance belangrijk is bij faillissementen. De NVB vindt het belangrijk dat er in faillissementen steeds aandacht is voor normen ter zake van goed beheer en toezicht, transparantie, externe verantwoording en financiële beheersing.
93. Belangrijke elementen voor een goede Insolvency Governance zijn: een passende beloning voor curatoren, voldoende ingebouwde *checks and balances* tussen de stakeholders en de curator en een adequaat toezicht. Van de curator wordt verwacht dat hij als onafhankelijk scheidsrechter rekening houdt met de belangen van de diverse crediteuren met in achtneming van hun rangorde en preferenties. In het geval dat bepaalde crediteuren geen direct belang hebben (bijvoorbeeld concurrente crediteuren die geen zicht hebben op een uitkering), dient de curator zijn rol te vervullen ten behoeve van de overige crediteuren, waaronder separatisten, leveranciers met eigendomsvoorbehoud en preferente crediteuren, voor zover deze niet zelf hun recht uitoefenen.

94. Het is daarbij belangrijk dat de curator al bij aanvang van zijn aanstelling weet dat zijn in alle redelijkheid aan het faillissement te besteden uren ook daadwerkelijk betaald zullen worden. Die zekerheid is er niet in de huidige systematiek van afwikkelen van faillissementen. Dit heeft tot gevolg dat er prikkels in het systeem zitten die ertoe leiden dat de curator een belang heeft bij het realiseren van voldoende vrij actief in de boedel opdat zijn eigen salaris voldaan kan worden. Dit betekent dat er alleen vanwege dit aspect in beginsel al sprake is van een belangenconflict. Alhoewel dat niet in alle gevallen leidt tot juridische procedures zijn er in de jurisprudentie naar de indruk van de NVB te veel gevallen te vinden waar sprake is van procedures tussen curatoren en zekerheidsgerechtigden⁴¹ en claims van curatoren op bestuurders en procedures daarover.⁴² Verder is illustratief het geval waarin de curator een termijn stelde aan de bank om het woonhuis van een natuurlijk persoon te veilen, terwijl de bank daar geen aanleiding toe had omdat de eigenaar zijn renteverplichtingen nakwam en er sprake was van onderdekking (de waarde van het huis was lager dan de nog aan de bank verschuldigde hoofdsom van de hypothecaire geldlening). De eigenaar wilde graag met zijn gezin in de woning blijven wonen. Zij zouden zwaar benadeeld worden door de veiling. Gezien de onevenredigheid van de betrokken belangen werd het de curator verboden het woonhuis op te eisen en te verkopen.⁴³
95. In het kader van het wetgevingsproces Modernisering en Herijking Faillissementsrecht heeft de curator een wettelijke fraudesignalerende taak bijgekregen.⁴⁴ Bij de invoering van die wet is er evenwel niet gelijktijdig door middel van flankerend beleid voorzien in de financiering van deze taak. Een taak die tot het domein van de overheid gerekend dient te worden. In hetzelfde stramien past dat de curator belangen van maatschappelijke aard dient te behartigen. De vraag kan gesteld worden of dat een taak is van de curator. De taak van de curator zou zich in beginsel moeten beperken tot het op een voorspelbare, transparante en efficiënte wijze afwikkelen van het faillissement door het actief zo goed mogelijk te gelde te maken. De dáármee verband houdende kosten dienen ook in beginsel door de boedel te worden betaald. De kosten die betrekking hebben op fraudebestrijding en belangen van maatschappelijke aard dienen niet door de boedel betaald worden. Deze dienen ten laste te komen van de overheid omdat fraudebestrijding een publieke taak is. Daarbij past niet dat de kosten daarvan door schuldeisers – die vaak reeds gedupeerd zijn door de fraude – moeten worden gedragen.
96. Indien de baten in de boedel onvoldoende zijn om de salariskosten van de curator te voldoen – de situatie die in de literatuur vaak wordt aangeduid met de term ‘de lege boedelproblematiek’ – zou er sprake moeten zijn van een mechanisme op basis waarvan de kosten die de curator niet betaald heeft gekregen alsnog kunnen worden betaald. Zoals hiervoor geschetst kan de lege boedelproblematiek worden veroorzaakt doordat er geen of te weinig actief of vrij actief is om alle kosten te dekken en wordt de problematiek nog eens vergroot doordat de curator wettelijke taken en taken met een algemeen maatschappelijk belang dient te vervullen zonder dat daarvoor via flankerend beleid in voorzien is dat ook voor deze taken een passende beloning betaald kan worden.
97. Naar de mening van de NVB dient dus hiervoor een oplossing te worden gezocht. Als een mogelijke oplossing daarvoor – die ook door de NVB meermalen is genoemd in overleggen – en waar ook diverse schrijvers en INSOLAD voor hebben gepleit – is de oprichting van een instituut dat gevoed wordt door stakeholders die belang hebben bij een geordende, voorspelbare, transparante en efficiënte afwikkeling van faillissementen. Dat instituut – ook vaak aangeduid als een Fonds – zou gevoed kunnen worden door bijdragen van de overheid (met het oog op de wettelijke taak van fraudebestrijding en maatschappelijke belangen) en door de andere stakeholders zoals de financiers, en het bedrijfsleven. De NVB is bereid om met de ministeries van Justitie en Veiligheid, Financiën, Economische Zaken en Klimaat alsmede eventueel andere betrokken ministeries, in overleg met VNO/NCW, MKB Nederland en INSOLAD te onderzoeken hoe aan een dergelijk Fonds het beste kan worden ingericht qua governance en funding zodat de lege boedelproblematiek kan worden opgelost.

Het toezicht van de rechter-commissaris

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?

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?

98. De positie en de rol van de rechter-commissaris is al lang een zorg voor de NVB. Deze zorg is onder te verdelen in een aantal specifieke deelproblemen, te weten

- gebrek aan aandacht binnen de Nederlandse overheid voor de specifieke rol van de rechter-commissaris in faillissement; en
- vermenging van toezichthoudende taak van rechter-commissaris met de taak van rechter.

Gebrek aan aandacht binnen de Nederlandse overheid voor specifieke rol van de rechter-commissaris in faillissement.

99. Er is binnen de Nederlandse overheid te weinig aandacht voor de positie van de rechter-commissaris. De NVB heeft begrepen dat er te weinig budget beschikbaar wordt gesteld voor deze functie van de rechtbank. Dat beperkte budget betekent dat de rechter-commissaris met een hoge werklast wordt geconfronteerd omdat er eenvoudigweg te weinig rechters-commissarissen zijn (of althans te veel faillissementen en WSNP procedures aan het toezicht van dezelfde rechter-commissaris zijn onderworpen). Daar komt nog bij dat de zittingsduur van een rechter-commissaris veelal relatief kort is. De NVB vraagt daarom te bezien of het mogelijk is de zittingsduur van de rechter-commissaris te verlengen (zoals dat thans al op incidentele basis gebeurt). Dat verhoogt de efficiëntie.

Vermenging van toezichthoudende taak van rechter-commissaris met de taak van rechter

100. In de Faillissementswet zijn aan de rechter-commissaris verschillende taken toebedeeld. Deze zijn recent door Van Galen helder beschreven.⁴⁵

Eerder besteedden onder meer (voormalig voorzitter van de Raad voor Rechtspraak en President van de Rechtbank Den Haag en Den Bosch) Van Delden en Bauw respectievelijk Van Hees aandacht aan dit probleem.⁴⁶ Kort gezegd treedt de rechter-commissaris in het faillissement afwisselend op als adviseur van de curator, toezichthouder van de curator en beslechter van geschillen tussen verschillende bij het faillissement betrokken stakeholders. Deze 'bundeling van taken' staat op gespannen voet met art. 6 EVRM. De NVB is het eens met het in de literatuur ingenomen standpunt dat deze situatie aangepast moet worden. De toezichthoudende rol van de rechter-commissaris dient te vervallen en komt hetzij in handen van de crediteuren hetzij in handen van een gespecialiseerde instantie, bijvoorbeeld genaamd Insolventie Autoriteit, niet behorende tot de organisatie van de rechterlijke macht. Bij de rechter zou dan alleen nog de taak van geschilbeslechter zijn belegd. Om te voorkomen dat in gevallen dat de crediteuren in een faillissement niet de toezichthoudende taak op zich willen nemen waardoor het toezicht ontbreekt, zou bij aanvang van het faillissement het toezicht steeds in handen komen van een gespecialiseerde instantie. Indien de crediteuren in het faillissement een schuldeiserscommissie wensen, wordt het toezicht belegd bij de schuldeiserscommissie en treedt de toezichthoudende instantie terug.

Toezicht door schuldeiserscommissie

101. De schuldeiserscommissie zou daartoe op verzoek van schuldeisers (al dan niet afhankelijk van een bepaald quorum)⁴⁷ of op verzoek van de schuldenaar moeten worden benoemd door de rechtbank. Om het toezicht vorm te geven zouden de thans bij de rechter-commissaris liggende toezichtstaken moeten worden overgeheveld naar de schuldeiserscommissie. Voorts is het gewenst dat de schuldeiserscommissie een instructierecht/aanwijzingsbevoegdheid krijgt. De curator is immers belast met het beheer en de beschikking over de boedel ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers. De handelwijze van de curator heeft direct invloed op de hoogte van het gerealiseerde actief dat onder de schuldeisers kan worden verdeeld. De NVB ziet de toegevoegde waarde van een dergelijk(e) instructierecht/aanwijzingsbevoegdheid met name in die gevallen waarin de curator op kosten van de boedel een procedure zou willen beginnen. Indien de schuldeisers een dergelijke procedure niet voldoende kansrijk achten of te onzeker, zouden zij de curator een instructie moeten kunnen geven zich te onthouden van het entameren van een dergelijke procedure. Het is immers het actief van de schuldeisers waarover de curator in een dergelijk geval beschikt.

Inzet van mediation

102. Het inzetten van mediation bij de geschilbeslechting verdient naar de mening van de NVB de voorkeur in gevallen waarbij de partijen en de rechter menen/meent dat dit bij kan dragen tot een snellere oplossing van het conflict. Daarbij geldt wel dat dit uitsluitend mogelijk is indien de partijen die bij het geschil betrokken zijn daarmee – mogelijk mede op basis van de interventie van de rechter – akkoord gaan. Praktisch zou dit bij voorbeeld kunnen doordat de rechter-commissaris in geval van een geschil partijen uitnodigt voor een gesprek en als dat niet tot een oplossing leidt voorstelt niet gelijk te gaan procederen, maar eerst mediation te betrachten.
103. Hoewel de vraag over het horen van belanghebbenden voordat de rechter-commissaris een beslissing neemt over een verzoek tot machtiging goedkeuring of toestemming van de curator in het door de NVB voorgestane systeem waarbij de toezichthoudende rol van de rechter-commissaris verdwijnt geen rol meer speelt, verdient het de voorkeur dat de relevante toezichthouder (de toezichthoudende instantie of de schuldeiserscommissie) zich goed verdiept in de kwestie waarin toestemming tot procederen wordt gevraagd en verdient het daarbij de

voorkeur om daarbij ook de zienswijze van de wederpartij van de curator te betrekken door die bijvoorbeeld te horen.

104. Mocht er toch gekozen worden de toezichhoudende rol bij de rechter-commissaris te laten dan stelt de NVB voor dat de rechter-commissaris – voordat deze een beslissing neemt – steeds de gelegenheid geeft aan zowel de potentiële wederpartij van een door de curator te starten procedure als aan een representatieve vertegenwoordiging van de crediteuren (of de schuldeiserscommissie indien deze benoemd is) om hun zienswijze op het starten van een procedure te geven. Voor wat betreft de potentiële wederpartij gaat het daarbij er vooral om dat de rechter-commissaris pas een beslissing neemt nadat ook de wederpartij zijn kant van de zaak heeft kunnen toelichten. De representatieve vertegenwoordiging van de crediteuren kan de rechter-commissaris informeren over de vraag of zij meent dat de boedel bij het voeren van een dergelijk procedure gebaat is.

Vragen

1. *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?*
 2. *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?*
 3. *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?*
 4. *Zijn er andere mogelijkheden om tegemoet te komen aan de lege boedelproblematiek?*
-

105. De bovenstaande vragen lenen zich voor gezamenlijke beantwoording.
106. De NVB is inderdaad van mening dat ook concurrente schuldeisers vooral gebaat zijn bij een snelle, voorspelbare, transparante en efficiënte afwikkeling van faillissementen tegen beperkte kosten en (als de schuldeiser ondernemer voor de BTW is) bij een snelle teruggave van de BTW die zij over het oninbare deel van hun vordering hebben afgedragen. Bij een snelle afwikkeling is er eerder duidelijkheid en kan een schuldeiser het afgeschreven deel van zijn vordering fiscaal verrekenen voor de vennootschapsbelasting. Concurrente crediteuren maken al gebruik van de diverse in paragraaf 3 beschreven mogelijkheden die zij hebben om zich tegen een faillissement van hun afnemer te beschermen.
107. Naar de mening van de NVB is de belangrijkste preventieve maatregel voor concurrente schuldeisers een goed debiteurenbeheer. Daaronder valt het voorkomen van concentratierisico's en het (tijdig) stoppen met leveren van goederen of diensten. Verder zouden ondernemers op hun balans voldoende buffers moeten aanhouden om de insolventierisico's van hun afnemers op te vangen. Daarmee zouden ze moeten voorkomen dat ze door het faillissement van een of meer

afnemers zelf in de problemen komen. Daar speelt hun accountant een belangrijke rol bij. Ondanks het feit dat er al gebruik wordt gemaakt van preventiemogelijkheden is het altijd goed wanneer concurrente crediteuren daarop gewezen worden en daar over voorgelicht worden. Daar spelen diverse adviseurs, brancheverenigingen en de Kamer van Koophandel een belangrijk rol bij.

108. Verder wil de NVB er in dit kader nog op wijzen dat concurrente schuldeisers belang hebben bij een klimaat waarin (stille en informele) reorganisaties bij hun afnemers kunnen plaats vinden. Bij dergelijke reorganisaties blijven concurrente schuldeisers meestal buiten schot en zullen zij 100% van hun vorderingen betaald krijgen.
109. De NVB is om de hiervoor genoemde redenen geen voorstander van een herverdeling van de faillissementsopbrengst die ten gunste van de concurrente schuldeisers komt. In lijn met de uitkomsten van het WODC-onderzoek meent de NVB dat het afwijken van de wettelijke rangorde in faillissementen complex is en dat grondig economisch onderzoek noodzakelijk is om in te kunnen schatten of de voor- of nadelen van ingrijpen in de wettelijke rangorde per saldo daadwerkelijk een (substantieel) voordeel voor concurrente schuldeisers zal opleveren.
110. Bovendien is het de vraag of een voordeel voor concurrente schuldeisers echt materieel is. Ook mag niet uit het oog worden verloren dat een uitdeling aan concurrente schuldeisers waarbij al hun vorderingen moeten worden geverifieerd op zichzelf ook tot extra kosten zal leiden. In het WODC-onderzoek wordt hier ook op gewezen. Ten slotte zou Nederland naar de mening van de NVB ten aanzien van de wettelijke rangorde niet moeten afwijken van wat in Europa gebruikelijk is. De NVB zou er daarom de voorkeur aan geven, dat de Nederlandse wetgever in dit kader de Europese ontwikkelingen afwacht alvorens een eventuele verdergaande regeling voor te stellen.
111. De NVB wijst erop dat afdracht van een percentage door separatisten ter dekking van kosten die de curator ten behoeve van de separatist maakt al sinds jaar en dag gebruikelijk is. Die afdracht is geregeld in de Separatistenregeling.⁴⁸ De kern van de Separatistenregeling is dat de separatist de kosten betaalt die samenhangen met de verkoop/uitwinning van haar zekerheden. Dat de separatist daarvoor betaalt, is logisch en redelijk omdat het immers gaat om kosten die zij ook zelf zou moeten maken als ze tot uitwinning van de zekerheden zou overgaan. Het is niet redelijk dat deze kosten ten laste van de boedel en daarmee ten laste van de boedelcrediteuren of pre-faillissementscrediteuren komen.
112. De Separatistenregeling is al geruime tijd niet meer aangepast. Het ligt voor de hand om de Separatistenregeling te moderniseren en daarin ook aandacht te geven aan het toezicht bij faillissementen. De NVB is graag bereid om in overleg met INSOLAD en Recofa te komen tot een aanpassing van de Separatistenregeling.
113. De NVB is er voorstander van om de Separatistenregeling een wettelijke basis te geven, mits de Separatistenregeling op vrij eenvoudige wijze na overleg tussen de betrokken partijen kan worden aangepast (bijvoorbeeld via een AMvB). Als gevolg van het hanteren van een wettelijke basis kunnen de betrokken partijen enkel met wederzijds goedvinden van de Separatistenregeling afwijken. Dat draagt bij aan de voorspelbaarheid van de afwikkeling.
114. Naar de mening van de NVB moet een aanpassing van de Separatistenregeling gepaard gaan met het afschaffen van het bodem(voor)recht van de Belastingdienst en het vervangen daarvan door een regeling waarbij de separatist ter compensatie een percentage van de opbrengst van

bedrijfsgebonden activa rechtstreeks afdraagt aan de Belastingdienst. Dat percentage moet uiteraard nog nader bepaald worden. De reden dat de NVB afschaffing van het bodem(voor)recht bepleit, is dat de opbrengsten van bodemzaken momenteel grotendeels niet terechtkomen bij de Belastingdienst maar gebruikt worden ter voldoening van faillissementskosten. Dat is volgens de NVB een oneigenlijke uitkomst en daarvoor is het bodem(voor)recht nooit bedoeld.

115. De NVB heeft oog voor de lege boedelproblematiek en is van mening dat er een structurele oplossing voor gevonden kan worden door de oprichting van een Fonds. Bij dit Fonds moet de curator kunnen aankloppen als er onvoldoende actief in de boedel zit om zijn salariskosten en hoogst noodzakelijke kosten die samenhangen met de afwikkeling van het faillissement te betalen. Het Fonds kan dan afhankelijk van de situatie alvast gelden voorschieten ingeval er nog wel opbrengsten zijn te verwachten of betalen indien er geen opbrengst meer komt.
116. Het is in de visie van de NVB een goede gedachte om ondernemingen als zij nog gezond zijn te laten bijdragen aan de kosten van afwikkeling van lege boedels. Dit zou dan naar de mening van de NVB moeten worden gedaan in de vorm van een afdracht aan een Fonds dat speciaal voor het opvangen van die kosten wordt opgericht. Curatoren zouden op dit Fonds een beroep moeten kunnen doen als hun (door de rechter of andere onafhankelijke instantie vast te stellen) salaris niet uit de faillissementsboedel kan worden voldaan. Reservering van bedragen binnen een onderneming heeft naar de mening van de NVB geen zin, omdat de gereserveerde bedragen vrijwel nooit meer aanwezig zullen zijn als de onderneming financiële problemen komt. Om administratieve redenen en om een afdracht regeling uitvoerbaar te houden, meent de NVB dat de afdracht aan het Fonds zou moeten plaats vinden bij oprichting van een onderneming. De afdracht gaat dus dienen als een soort verwijderingsbijdrage.
117. De NVB is van mening dat – naast ondernemingen – ook andere belangrijkste stakeholders het Fonds moeten gaan funden. Met name ook de overheid vanuit een algemeen maatschappelijk belang en de Belastingdienst en UWV als hoog gerangschikte crediteuren – die ook vaak een uitkering ontvangen – dienen een vaste bijdrage aan het Fonds te betalen voor de afwikkeling van faillissementen. Indien aan deze voorwaarde wordt voldaan, kan de NVB zich voorstellen dat ook banken een bijdrage aan het fonds leveren. Met deze bijdragen zouden curatoren er altijd vanuit moeten kunnen gaan dat zij een bijdrage van bijvoorbeeld EUR 2.500 kunnen ontvangen uit het Fonds indien hun salaris niet uit de faillissementsboedel kan worden betaald. Dit bedrag is ter dekking van een eerste onderzoek – een *quick scan* - naar de toestand van de boedel. In dit kader is de NVB bereid haar leden te adviseren gezamenlijk een vaste bijdrage aan het Fonds gaan betalen van EUR 1.500,- per faillissement waarin in het geheel geen actief aanwezig is. In naar schatting 25% van de zakelijke faillissementen op jaarbasis is geen enkel actief aanwezig.
118. Een mogelijkheid om de lege boedelproblematiek te beperken is het efficiënter en tegen lagere kosten afwickelen van eenvoudige (relatief kleine en vaak lege) faillissementen. Dat zou mogelijk moeten zijn door kleine faillissementen systematischer en niet meer door advocaten te laten afwickelen, maar bijvoorbeeld door een nieuw op te richten non-profitorganisatie die zorgt voor de afwikkeling van eenvoudige faillissementen. Om de vereenvoudigde afwikkeling van faillissementen met lege, kleine boedels efficiënt en effectief op een bedrijfsmatige wijze af te wikkelen is volume nodig die investeringen in ICT e.d. rechtvaardigen en mogelijk maken. Nu worden deze eenvoudige faillissementen door een groot aantal advocatenkantoren verspreid door Nederland afgewikkeld. Door het gebrek aan volume per kantoor en het feit dat deze veelal lege faillissementen geen goede businesscase geven en niet de core business van het kantoor zijn, vindt er geen innovatie en geen investering in automatisering e.d. plaats. Als deze eenvoudige faillissementen worden afgewikkeld door een non-profitorganisatie die als core business de afwikkeling van eenvoudige faillissementen heeft, verandert het beeld aanzienlijk. Een dergelijke non-profitorganisatie heeft tot doel het effectief en efficiënt afhandelen van eenvoudige faillissementen. Een organisatie die zich niet richt op winst, maar op het collectief belang. Deze



Nederlandse
Vereniging van Banken

non-profitorganisatie heeft dan ook budget om te investeren in automatisering van processen en professionalisering van de organisatie. Door schaalvergroting is bovendien een betere arbeidsverdeling en standaardisatie mogelijk en kan er efficiënter en dus goedkoper worden gewerkt.

Amsterdam, 3 maart 2022
Eelco Dubbeling
Directeur

Contactinformatie

Henriëtte de Bordes
Legal Council
t 06 10 198 335
m 06 10 198 335
e bordes@nvb.nl