

Notitie

Van: mr. S.H. de Ranitz, mr. drs. M.O. Kraamwinkel, mr. dr. A.J. Tekstra

Datum: 9 augustus 2016

Inzake: bijdrage aan internetconsultatie voorstel aanpassing art. 29 Wet op de omzetbelasting 1968

Met belangstelling en enthousiasme hebben wij kennis genomen van het voorstel tot aanpassing van artikel 29 Wet op de omzetbelasting 1968. De voorgenomen aanpassing zal in aanzienlijke mate bijdragen aan verlichting van de administratieve lasten van ondernemers – en van de fiscus. Hierbij doen wij een voorstel voor nadere aanpassing van de regeling: voor de afwikkeling van BTW in geval van faillissement van de debiteur.

Het aanpassingsvoorstel van het kabinet behelst weliswaar enkele overwegingen over de toestand van faillissement van de debiteur, maar bevat daarvoor geen specifieke bepalingen. Juist het faillissement van de debiteur biedt echter mogelijkheden voor een sterk vereenvoudigde afwikkeling van de BTW. Wij hebben deze vereenvoudiging reeds eerder in het Tijdschrift *Financiering, Zekerheden en Insolventierechtpraktijk (FIP)* voorgesteld¹. In het kader van de recente internet-consultatie betreffende de modernisering van de faillissementsprocedure heeft het Onderzoekcentrum *Onderneming & Recht* van de Radboud Universiteit naar ons voorstel verwezen en de invoering daarvan bepleit. Wij hechten de betreffende documenten aan en verwijzen daar korthedshalve naar. Door de voorgestelde wijzigingen in te voeren combineert men de modernisering van de faillissementsprocedure met de voorgenomen aanpassing van de BTW-teruggaaf bij oninbare vorderingen.

Samengevat komen de door ons voorgestelde aanpassingen in geval van faillissement van de debiteur op het volgende neer. Zodra de faillietverklaring definitief is geworden, verkrijgt de crediteur – mits hij zijn vordering bij de curator ter verificatie heeft ingediend – het recht op volledige teruggaaf van afgedragen BTW en is de debiteur (d.w.z. de failliete boedel) de ten onrechte in vooraftek gebrachte BTW verschuldigd. Dit is het gevolg van de – ook in het aanpassingsvoorstel van het kabinet opgenomen – gelijkschakeling van het art. 29 lid 2-moment met dat van BTW-teruggaaf. Dat de crediteur zijn vordering moet indienen maakt dat de curator (1) de juistheid van de door de crediteur terug te vragen BTW kan controleren en (2) de BTW-correctie voortvarend met de fiscus kan vaststellen.

De gedupeerde crediteuren kunnen zo spoedig na het faillissement van hun debiteur weer over liquiditeit beschikken. Deze aanzienlijke cash flow-bijdrage voor de crediteuren kan bovendien tot een afname van vervolgf-aillissementen leiden (21% is niet niets).

Doordat in deze systematiek ervan uit mag worden gegaan dat alle crediteuren de hun toekomstige BTW geheel zullen terugvragen, maakt de BTW-component geen deel meer uit van hun (civielrechtelijke) vorderingen in het faillissement. De curator zal alle faillissementsvorderingen dus netto (ex BTW) mogen behandelen; de BTW wordt als het ware uit de vorderingen geëlimineerd. Uitdelingen aan faillissementscrediteuren zullen dus ook steeds op netto-basis plaatsvinden.

¹ S.H. de Ranitz, M.O. Kraamwinkel en A.J. Tekstra, *Vereenvoudigde afwikkeling van de BTW bij faillissement*, FIP 2013/1, p. 30 e.v.

Wij benadrukken dat in het voorgestelde systeem de BTW problematiek over een uitkering aan de crediteuren - waar immers geen BTW meer in zal zitten – zich oplost doordat de curator altijd eerst de vooraftrekclaim van art. 29 lid 2 volledig zal voldoen, zonder dat die naar beneden wordt bijgesteld vanwege de uitkering. Voor het geval van faillissement zal dit in art. 29 specifiek dienen te worden benoemd, zowel bij art. 29 lid 1 (nagekomen betaling zal zijn 'vrijgesteld' van BTW, dus aanpassing van het voorgestelde art. 29 lid 5) als bij art. 29 lid 7 nieuw (29 lid 2 oud).

De fiscus ontvangt zodoende uitsluitend via de boedel wat hem toekomt; één enkele aangifte en één betaling door de curator volstaan. Dit scheelt alle betrokkenen tijdrovende administratieve lasten en dus nodeloze kosten. Bovendien wordt ongelijke behandeling van crediteuren voorkomen omdat er, anders dan in de huidige situatie, geen verschil meer zal zijn tussen crediteuren die ten tijde van de verificatie de BTW nog niet hebben terugontvangen en crediteuren die de BTW wel al hebben teruggekregen. En bij cessie van een vordering met BTW aan een niet BTW-plichtig lichaam (of aan een buitenlands lichaam) wordt de 21% tóch afgedragen.

Een verschil tussen de voorgestelde aanpassing en ons voorstel uit 2013 is, dat wij nog ervan uitgingen dat de crediteur om zijn recht op teruggaaf geldend te maken, een bevestiging van de curator behoeft dat er geen uitdeling in het faillissement te verwachten valt. Ook gingen wij er nog vanuit dat de crediteur een afzonderlijk teruggaaf-verzoek moest doen. In de door het kabinet voorgestelde systematiek vervallen deze vereisten – wederom een welkome verlichting van administratieve lasten. Aan de door ons voorgestelde systematiek doet dit verschil echter niet af.

Vereenvoudigde afwikkeling van de BTW bij faillissement

MR. S.H. DE RANITZ, MR. DRS. M.O. KRAAMWINKEL EN MR. DR. A.J. TEKSTRA

Degenen die, in welke hoedanigheid dan ook, betrokken zijn bij een faillissement en de afwikkeling daarvan, kunnen constateren dat de daaraan verbonden BTW-aspecten lastig en tijdrovend zijn. Crediteuren moeten helaas vaak erg lang wachten op een teruggaaf van de BTW die al door hen is afgedragen aan de fiscus voor facturen die niet meer (volledig) worden voldaan. Curatoren moeten vaak ingewikkelde rekensommen maken om de BTW-afwikkeling in goede banen te leiden. Deze problemen kunnen op een eenvoudige manier worden opgelost. In dit artikel wordt uiteengezet hoe deze vereenvoudiging in zijn werk gaat.

Inleiding

De oorzaak van de ingewikkelde BTW-systematiek bij faillissement is vooral gelegen in het gegeven dat strikt genomen de art. 29 lid 1 Wet OB-vordering, strekkende tot teruggaaf van de reeds afgedragen BTW aan de crediteur, losstaat van de vordering op de voet van art. 29 lid 2 Wet OB, die ziet op de door de belastingschuldige (lees: failliet) ten onrechte gepleegde vooraf trek voor de BTW.¹ Wij zullen in dit artikel deze beide kanten van – in principe – dezelfde medaille bespreken en daarbij aangeven hoe zij voor de praktijk beter met elkaar in lijn kunnen worden gebracht.

Er wordt momenteel van verschillende kanten uit het maatschappelijke veld aangedrongen op modernisering van de afwikkeling van faillissementen, ter besparing van kosten. In een brief van 11 april 2011 aan het ministerie van Veiligheid en Justitie pleiten VNO-NCW en MKB Nederland hier uitdrukkelijk voor en geven als voorbeeld van modernisering de geautomatiseerde indiening van vorderingen bij de curator en een vereenvoudiging van verzoeken om een BTW-teruggaaf bij de Belastingdienst, dit met als doel gedupeerde crediteuren sneller uitkeringen uit (en ter zake van) een faillissement te laten krijgen. Ook de regering pleit, blijkens de brief van de minister van Veiligheid en Justitie van 27 november 2012 aan de Tweede Kamer, voor concrete oplossingen voor concrete problemen in de faillissementspraktijk. Het kabinet uit daarbij de wens de Faillissementswet meer in lijn te brengen met de technische ontwikkelingen en mogelijkheden, met name die van interactieve media. De door ons bepleite vereenvoudigde afwikkeling van de BTW bij faillissement vormt hier een voorbeeld van, met name bij de vereenvoudi-

ging van de verzoeken tot teruggaaf van de BTW, uitgaande van een geautomatiseerde indiening van vorderingen bij de curator.

Kernpunten teruggaaf BTW (art. 29 lid 1 Wet OB)

De procedure voor teruggaaf van reeds afgedragen BTW in geval van faillissement is nodeloos ingewikkeld en leidt tot een onnodig tekort aan liquiditeit bij de schuldeisers. Zij kunnen de omzetbelasting, die zij aan de failliet hebben gefactureerd en aan de fiscus hebben afgedragen, pas terugvragen als vaststaat dat de schuldeisers uit het faillissement geen betaling zullen verkrijgen. In de praktijk verleent de fiscus teruggaaf als de schuldeiser bij zijn verzoek om teruggaaf een briefje van die strekking van de curator overlegt. Curatoren die vermoeden dat er weleens een uitkering kan volgen – hoe gering ook – zijn niet altijd even scheutig met het geven van een verklaring. Het faillissement doet de schuldeisers al pijn. De fiscus moet dan niet ook nog eens op het geld van de getroffen ondernemers blijven zitten. Onduidelijkheid over het tijdstip waarop zij de omzetbelasting moeten terugvragen en het lange wachten op de teruggaaf leiden daarbij tot onnodige frustratie. Onnodig, omdat de vaststelling en afwikkeling van de ‘correctie vooraf trek’ van BTW onder de bestaande regelgeving voor alle betrokkenen veel eenvoudiger, sneller en effectiever kan. Bij een BTW-tarief van (meestal) 21% zijn de gevolgen voor het werkkapitaal van de schuldeiser van een late teruggaaf van reeds afgedragen BTW evident.

Bij faillissementen met enig actief vormt de BTW-afwikkeling veelal een weerbarstig onderwerp. Dit wordt bijvoorbeeld geïllustreerd door het INSOLAD Rapport Afwikkeling Faillissementen (uit 2011), met name de paragrafen 5.4, 6.4 en 7.3. In zeker 90% van de faillis-

¹ Zie in algemene zin over dit onderwerp A.J. Tekstra, *Handboek fiscaal insolventierecht*, Sdu Uitgevers 2011, p. 326-333.

sementen wordt aan de concurrente crediteuren echter geen uitkering gedaan. Het is dan geheel terecht dat deze crediteuren kort na de faillietverklaring van hun debiteur de ten onrechte afgedragen BTW op de voet van art. 29 lid 1 terug kunnen vorderen. Deze route valt eveneens te baseren op een arrest van de Hoge Raad van 16 oktober 2009, «JOR» 2010/34. Daarin heeft de Hoge Raad de crediteur een eigen beoordelingsvrijheid toegekend voor de vraag of (en wanneer) conform art. 29 lid 1 redelijkerwijs kan worden aangenomen dat de debiteur de betreffende facturen niet zal voldoen. De art. 29 lid 2-claim van de fiscus (zie hierna) kan in dergelijke faillissementen weliswaar nog een rol spelen, vooral bij de afwikkeling van het bodemvoorrecht en bij een eventuele vereenvoudigde afwikkeling, maar die staat los van de terugbetaling door de fiscus van de art. 29 lid 1-vordering.

Voor de gevallen waarin de concurrente crediteuren wel enige uitkering kunnen verwachten, kan eveneens de regel worden aangehouden dat de crediteuren kort na de faillietverklaring recht hebben op de BTW op de voet van art. 29 lid 1. In dit soort gevallen bestaat er hooguit een mogelijkheid dat de crediteuren enige uitkering zullen krijgen. Meestal zal het slechts gaan om een gering percentage. Daarnaast zal de crediteur daar lang – meestal jaren – op moeten wachten. Bedacht moet nog worden dat de *recovery rate* voor concurrente crediteuren in faillissementen slechts ca. 3% bedraagt.² Kortom, het zou een zeer reële gang van zaken zijn als alle concurrente crediteuren in staat worden gesteld met de (onherroepelijke) faillietverklaring van hun debiteur hun BTW terstond terug te vorderen. In België is eenzelfde systematiek reeds in 2005 ingevoerd, als reactie op het faillissement van luchtvaartmaatschappij Sabena en de financiële problemen die daarna ontstonden bij de toeleveranciers die te lang op de BTW-teruggaaf moesten wachten. De fiscus zou deze gang van zaken zo nodig in een beleidsbesluit of resolutie kunnen vastleggen, vergelijkbaar met het Besluit van 27 december 2006, CPP2006/2883M, V-N 2007/4.5, betreffende de aangifte vennootschapsbelasting tijdens faillissement.³

Huidige praktijk bij art. 29 lid 2 Wet OB: naheffing, gevolgd door herziening

Kort na de faillietverklaring vraagt de fiscus doorgaans aan de curator om een opgave van het totaal van de niet-betaalde schulden. Op basis van die opgave legt de fiscus vervolgens een naheffingsaanslag omzetbelasting op (zie art. 29 lid 2 Wet OB). De curator heeft dan echter vaak nog niet voldoende inzicht in de crediteurenpositie verkregen om een juiste opgave te doen, bijvoorbeeld omdat de crediteurenadministratie van de failliet gebrekkig is. En dat, terwijl in beginsel de curator ter zake *aangifte* moet doen en hij het bedrag van de aangifte met voorrang

moet afdragen. In de huidige praktijk wordt de kort na de faillietverklaring opgelegde naheffingsaanslag (soms) later ambtshalve herzien indien deze achteraf onjuist blijkt.

Voorstel: naheffing in één keer afwickelen, zonder herziening

Wij stellen voor dat de fiscus zal afwachten en zal toestaan dat de curator op een later moment aangifte doet van de ‘correctie vooraf trek’ op basis van de bij hem ter verificatie ingediende vorderingen.⁴ Drie tot zes maanden na faillissement lijkt daarvoor een redelijke termijn. Ook de minister heeft voorgesteld dat er een deadline komt voor de indiening van vorderingen.⁵ De rechter-commissaris zou deze termijn kunnen bepalen op de voet van art. 108 Fw, maar op zichzelf genomen is dat niet noodzakelijk: (generieke) overeenstemming hierover tussen de fiscus enerzijds en de curatoren (INSOLAD)

Voor het invoeren van de voorgestelde aanpassing is niet meer nodig dan een wijziging van de fiscale praktijk en misschien van het fiscale beleid

anderzijds zou voldoende zijn. Die aangifte leidt tot een beter onderbouwde naheffingsaanslag dan de opgave in de huidige faillissementspraktijk. Latere herziening van de naheffingsaanslag is dan niet meer nodig⁶, ook niet indien het faillissement eindigt met een uitdeling of een akkoord.

Als gevolg van het feitelijk gelijkschakelen van het art. 29 lid 2-moment met de teruggaaf van de BTW, krijgen de crediteuren recht op deze teruggaaf op de voet van art. 29 lid 1 direct na de (definitieve) faillietverklaring van de debiteur. Als in het faillissement later een ‘percentage-uitkering’ volgt, dan is het zinloos de naheffingsaanslag met dat percentage te verlagen en van de crediteuren te verlangen dat zij dat percentage van de door hun terug ontvangen BTW alsnog aan de fiscus afdragen. Het is uiteraard efficiënter deze voor alle betrokkenen administratief ingewikkelde correcties achterwege te laten. In plaats daarvan kan de curator de naheffingsaanslag beter integraal voldoen. In geval van een akkoord zal voldoening aan de fiscus plaatsvinden op basis van de gehele correctie vooraf trek, rekening houdend met het door de fiscus geaccepteerde percentage (meestal het dubbele van de concurrente crediteuren). De vooraf trekclaim hoeft dan evenmin te worden bijgesteld wegens betaling van het akkoordgedeelte aan de concurrente crediteuren. In het voorgestelde systeem dient de curator de vorderingen

2 Zie onder meer A.P.K. Luttkhuis, *Corporate recovery, de weg naar effectief insolventierecht*, (diss.) 2007, p. 34-35.

3 Zie over dat besluit A. van Eijnsden in *Tv* 2007/1, p. 21-24.

4 Het belang van de fiscus gaat immers niet verder dan de daadwerkelijk terug te vragen BTW.

5 Zie de brief van de minister van Veiligheid en Justitie van 27 november 2012 aan de Tweede Kamer, p. 3.

6 Herziening van de correctie vooraf trek in de praktijk zou niet op de wet zijn gebaseerd, aldus Hof Amsterdam 2 september 1992, V-N 1993, p. 1913, punt 21. De door ons voorgestelde wijzigingen hebben uitsluitend betrekking op de faillissementspraktijk.

overigens zonder BTW in de verificatie op te nemen. Vaststaat immers dat de crediteuren die BTW per datum faillietverklaring kunnen terugvorderen, dus die component kan/moet in dat geval bij de verificatie buiten beschouwing blijven. Ook op dit punt vormt de wet, in dit geval de Faillissementswet, geen belemmering. De fiscus weet door deze BTW-eliminatie dat de crediteuren niet nog op enig moment af te dragen BTW uit het faillissement zullen ontvangen, dus die kan zich concentreren op de art. 29 lid 2-claim. In dat verband doet de curator er wel verstandig aan een aparte vermelding bij te houden van de BTW in de schulden van de failliet. Voor zover op die BTW vooraf trek heeft plaatsgevonden, zal die BTW volledig als preferente faillissementsschuld moeten worden voldaan, voordat aan een uitkering aan de concurrente crediteuren kan worden toegekomen. Deze ‘vooraf trekschuld’ aan de fiscus kan alsdan in één keer (definitief) worden vastgesteld.

Bijkomend voordeel: gelijktijdigheid naheffingsaanslag (art. 29 lid 2) en teruggaaf (art. 29 lid 1)

De door ons voorgestelde aanpassing neemt bovendien een aantal in de huidige praktijk levende onzekerheden weg. Deze onzekerheden volgen uit de omstandigheid dat de wet niet per definitie hetzelfde tijdstip hanteert voor de totstandkoming van de naheffingsaanslag (art. 29 lid 2) als voor het ontstaan van het recht op teruggaaf van BTW (art. 29 lid 1). Dit gegeven resulteert sinds jaar en dag in tijdverslindende discussies tussen belastingplichtigen en de fiscus over het tijdstip van ontstaan van rechten en plichten. Ook de Commissie Insolventierecht achtte het zeer wenselijk een systeem in te voeren waarbij op het moment van de faillietverklaring de schuldeisers direct de gehele omzetbelasting uit de nog openstaande facturen terug kunnen vragen.⁷ Dat biedt helderheid en voorkomt discussies, zonder dat de fiscus nadeel ondervindt of belastingplichtigen worden bevoordeeld.⁸ Het vormt ook geen inbreuk op de systematiek van art. 29 lid 2 OB, omdat de vordering als zodanig reeds per de datum van de faillietverklaring ontstaat of kort daarvoor is ontstaan. De definitieve hoogte staat nog niet vast, maar in vrijwel alle gevallen zal die honderd procent van de BTW-vooraf trek zijn. Deze tamelijk theoretische discussie wordt van zijn belang ontdaan, doordat fiscus en curator op enig moment (kort na het verstrijken van de door de minister in de brief van 27 november 2012 voorgestelde deadline) de correctie vooraf trek vaststellen. Deze naheffingsaanslag komt materieel steeds noodzakelijkerwijze overeen met de som van de aan de crediteuren daadwerkelijk terug te geven BTW. De wet van de communicerende vaten geldt hier: wat daadwerkelijk door de crediteuren aan BTW wordt

teruggevraagd, is de boedel verschuldigd ten titel van ‘ten onrechte in vooraf trek gebrachte BTW’.

Bijkomend voordeel 2: geen nadeel voor de fiscus door handel in schuldvorderingen

Er is een toename te zien in de handel in schuldvorderingen, ook vorderingen op failliete schuldenaren. Buitenlandse partijen kopen vorderingen op Nederlandse (failliete) schuldenaren op. Als een crediteur die de BTW in zijn vorderingen al heeft teruggevraagd en gekregen, zijn vordering verkoopt aan bijvoorbeeld een Amerikaanse *debt trader*, dan zal deze laatste in geval van uitkering uit het faillissement, thans nog gebaseerd op de vordering inclusief BTW, allicht vergeten of rechtens niet gehouden zijn de BTW-component via aangifte af te dragen. Dan ondervindt de fiscus dus een nadeel. Indien echter de voorgestelde aanpassing wordt gedaan, dan vervalt dit nadeel dat het gevolg kan zijn van *debt trading*. De BTW wordt dan in geval van een uitkering door de boedel voldaan. De verhandelde vordering is zonder BTW, althans wordt door de curator zonder BTW behandeld.

Resumerend

De vraag of de crediteuren in een faillissement reeds in een vroeg stadium de BTW al dan niet integraal mogen terugvragen indien mogelijk een uitkering in het faillissement zal volgen, verliest betekenis als de afdracht van de correctie vooraf trek in alle gevallen volledig voor rekening van de boedel komt. De crediteuren kunnen dan vroegtijdig, reeds bij de faillietverklaring, hun BTW terugvragen. Ongeacht de wijze waarop het faillissement zal eindigen, krijgt de fiscus wat hem toekomt. Herziening van de correctie – een discussiepunt – is niet meer aan de orde.

Conclusie

Voor het invoeren van de voorgestelde aanpassing is niet meer nodig dan een wijziging van de fiscale praktijk en misschien van het fiscale beleid. De bestaande *formele* regelgeving kan in alle opzichten ongewijzigd blijven. En vaststaat dat de rechtszekerheid en de betalingszekerheid van alle betrokkenen als gevolg van de aanpassing toenemen. Zeker in de huidige barre economische tijden zou de fiscus daar een open oog voor behoren te hebben. Insolventierecht blijft in belangrijke mate praktisch recht. Wij pleiten daarom voor een voortvarende invoering van deze oplossing in de insolventiepraktijk.

Over de auteurs

Mr. S.H. de Ranitz is advocaat bij RESOR en Insolvency Expert bij het Internationaal Monetair Fonds, mr. drs. M.O. Kraamwinkel is advocaat en founder van ClaimsAgent.nl, mr. dr. A.J. Tekstra is advocaat en fiscalist en redacteur van dit tijdschrift.

7 Commissie insolventierecht, *Voorontwerp Insolventiewet*, 2007 in: S.C.J.J. Kortmann, N.E.D. Faber (red.), *Geschiedenis van de Faillissementswet*, Deel 2-IV, p. 161.

8 Het recht op teruggaaf zou uitsluitend moeten worden verleend aan de crediteuren die hun vordering tijdig bij de curator hebben ingediend.



Aan:

De Minister van Veiligheid en Justitie

www.ru.nl/oor

Ons kenmerk

Uw kenmerk

Doorkiesnummer

Datum

20160229/1

11746

29 februari 2016

Reactie Onderzoekcentrum Onderneming & Recht op de consultatieversie van het voorstel voor de Wet modernisering Faillissementsprocedure

1. Inleiding

Met belangstelling hebben wij kennisgenomen van de consultatieversie van het wetsvoorstel Modernisering faillissementsprocedure zoals ter consultatie aangeboden op 2 december 2015. Graag maken wij gebruik van de mogelijkheid om te reageren.

Wij zijn in hoofdlijnen positief over het voorstel. Zo juichen wij onder meer toe dat faillissementsuitspraken onverwijld beschikbaar worden gesteld in een digitaal toegankelijk openbaar register, dat de mogelijkheid van ambtshalve verificatie wordt geopend, dat ook boedelschuldeisers via art. 69 Fw de mogelijkheid wordt geboden om op te komen tegen een handelen of nalaten van de curator bij de rechter-commissaris en dat een Insolventieraad wordt ingesteld.

Wij willen echter ook enige kanttekeningen maken bij het voorstel. Enerzijds door het signaleren van enkele onderwerpen die ontbreken in het wetsvoorstel en anderzijds door de becommentariëring van enkele bepalingen uit het voorstel die naar onze mening heroverweging en/of verduidelijking verdienen.

Hierna zal allereerst ingegaan worden op de ontbrekende punten (§ 2). Vervolgens worden in §3 enkele opmerkingen geplaatst bij onderdelen van het voorstel. Onze reactie is opgebouwd langs de lijnen van de vier voornaamste doelstellingen van het wetsvoorstel, te weten:

- I. Bevordering digitalisering;
- II. Versnelling van de faillissementsprocedure;
- III. Meer maatwerkmogelijkheden; en
- IV. Bevordering specialisatie.

2. Ontbrekende onderwerpen

Met het voorliggende voorstel worden enkele belangrijke stappen gezet in de modernisering van de faillissementsprocedure. Niettemin zijn er in onze visie enkele voor de hand liggende onderwerpen onberoerd gelaten, die niet zouden misstaan in een moderniseringsvoorstel.

2.1 Bevordering digitalisering

Wij ondersteunen de voorgestelde wijziging van art. 14 Fw die ervoor zorgt dat faillissementsuitspraken onverwijld openbaar beschikbaar komen. Deze aanpassing biedt tevens de mogelijkheid om de terugwerkende kracht van de faillietverklaring tot 00.00 uur van de dag waarop de faillietverklaring is uitgesproken, zoals tot uitdrukking gebracht in art. 23 Fw, af te schaffen. Deze regel stamt uit de tijd dat het tijdstip van een rechtshandeling niet of nauwelijks naar uur of minuut was vast te stellen. Die veronderstelling gaat in het moderne handels- en kredietverkeer niet meer op. Bovendien is de terugwerkende kracht internationaal een vreemde eend in de bijt. De terugwerkende kracht is bekritiseerd vanwege de invloed die zij kan uitoefenen op de rechten en verplichtingen van wederpartijen die volledig te goeder trouw ten aanzien van de nakende faillietverklaring hebben gehandeld met de schuldenaar.

In het girale betalingsverkeer zorgt de terugwerkende kracht ervoor dat banken betaalopdrachten uitvoeren die achteraf beschouwd door een gefailleerde rekeninghouder zijn verschaft. De curator kan van de bank afdracht vorderen van de aldus overgemaakte bedragen. De bescherming die art. 52 Fw kan bieden is door de Hoge Raad beperkt tot gevallen waarin de betaalopdracht vóór datum faillissement is verstrekt.¹ Deze rechtspraak is bekritiseerd en zorgt voor een – naar onze opvatting – ongerechtvaardigde risicoallocatie. Zij brengt mee dat ten aanzien van betaalopdrachten tussen het begin van de dag der faillietverklaring en het uitspreken en publiceren van het faillissement een lacune bestaat in de bescherming van een bank die te goeder trouw een betaalopdracht uitvoert. Het afschaffen van de terugwerkende kracht zou deze lacune wegnemen.

Verder voorziet art. 14 jo. 99 Fw in de zogenaamde postblokkade. Deze postblokkade ziet momenteel slechts op brieven en telegrammen. Met de voortschrijdende digitalisering, zoals die ook blijkt uit de digitalisering van het burgerlijke procesrecht, ligt het voor de hand om de postblokkade uit te breiden tot digitale communicatie, waaronder in het bijzonder het e-mailverkeer. Het voorstel voorziet hier echter niet in.

2.2 Versnelling van de faillissementsprocedure

Wat betreft de versnelling van de faillissementsprocedure valt op dat er veel aandacht is besteed aan het vergemakkelijken van de procedures voor de rechterlijke macht maar nauwelijks voor andere belanghebbenden, zoals de schuldeisers. Voor hen kan in onze visie echter op betrekkelijk eenvoudige wijze winst geboekt worden. Zo zijn in de huidige regeling schuldeisers afhankelijk van de curator voor een BTW-terugvraag. Zij kunnen de op hun vordering afgedragen BTW immers pas terugvragen bij de belastingdienst na bevestiging door de curator van de oninbaarheid van de vordering. Deze bevestiging komt doorgaans zeer laat. Het verdient aanbeveling schuldeisers in staat te stellen in een vroeg stadium de door hen afgedragen omzetbelasting terug te vragen door het invoeren van de wijzigingen die zijn voorgesteld door S.H. de Ranitz, M.O. Kraamwinkel en A.J. Tekstra in ‘Vereenvoudigde afwikkeling van de BTW bij faillissement’, FIP 2013/1, p. 30 e.v.

1 HR 28 april 2006, JOR 2006/223, m.nt. NEDF; NJ 2006/503, m.nt. PvS (Huijzer q.q./Rabobank); en HR 23 maart 2012, JOR 2012/236, m.nt. NEDF; NJ 2012/421, m.nt. PvS (ING/Manning q.q.).

Voor schuldeisers betekent dit dat zij sneller dan op dit moment de beschikking krijgen over extra liquiditeit (in de regel 21% van hun vordering).

2.3 Meer maatwerkmogelijkheden

De concept-memorie van toelichting onderkent dat met name bij grotere en complexere faillissementen behoefte is aan maatwerk. Naar onze mening voldoet het voorliggende wetsvoorstel nog onvoldoende aan die behoefte. In de procedure van de surseance van betaling is met art. 225 Fw voorzien in een bevoegdheid voor de rechtbank om afwijkende voorzieningen te treffen. Deze bepaling heeft onder meer in de surseances van GTS, UPC en Plaza Centers haar nut bewezen. Het zou een logische stap zijn om op vergelijkbare wijze een dergelijke bevoegdheid te expliciteren voor de faillissementsprocedure. Deze suggestie is ook regelmatig gedaan in de literatuur en een dergelijke regel was ook opgenomen in Artikel 2.2.10 van het Voorontwerp Insolventiewet.

Daarbij moet opgemerkt worden dat de normale faillissementsprocedure het uitgangspunt zou moeten blijven. Omwille van de rechtszekerheid zou de rechtbank deze mogelijkheid slechts in bijzondere gevallen mogen gebruiken, bijvoorbeeld wanneer het gaat om faillissement met een groot aantal obligatiehouders. Een bevoegdheid tot het leveren van maatwerk kan leiden tot meer internationale belangstelling voor de Nederlandse faillissementsprocedure. Een belangrijke voorwaarde is daarbij wel dat op een voorspelbare en deskundige wijze gebruik wordt gemaakt van een dergelijk instrument. Dit is reden te meer om ervoor te zorgen dat de specialisatie en kennis van de rechtbanken op peil is.

2.4 Bevorderen specialisatie

De specialisatie van en kennisopbouw bij de rechterlijke macht zijn van groot belang. Onder meer in het concept-wetsvoorstel Wet Continuïteit Ondernemingen II wordt de rechterlijke macht opgedragen om enkele moeilijke knopen door te hakken. Zonder voldoende specialisatie en kennisopbouw wordt de winst van de nieuwe instrumenten die het programma herijking faillissementsrecht biedt, mogelijk weer teniet gedaan. Betrokkenen bij dergelijke procedures hebben behoefte en hechten grote waarde aan de deskundigheid en voorspelbaarheid van rechterlijke beslissingen.

Het is opvallend dat de voorgenomen instelling van een gespecialiseerde insolventierechter niet terugkeert in het voorstel.² Daarentegen biedt het voorliggende voorstel rechters de mogelijkheid om een deskundige aan te stellen (onderdeel H, betreffende een wijziging van art. 66 Fw). Dat leidt echter niet tot de benodigde specialisatie en kennisopbouw binnen de rechterlijke macht zelf. Verder biedt dit voorstel de mogelijkheid om meerdere rechters-commissarissen aan te stellen. Ook dit hoeft niet tot specialisatie te leiden, maar kan juist resulteren in het afschuiven van verantwoordelijkheden. Wij zijn voorstander van verdere concentratie van de faillissementsrechtspraak in de hofressorten. Dit zal naar onze verwachting een daadwerkelijke bijdrage leveren aan de specialisatie van de rechterlijke macht.

2.5 Grensoverschrijdende insolventies

De praktijk laat een toenemend belang zien van duidelijke regels die een efficiënte en effectieve afwikkeling van insolventies met grensoverschrijdende aspecten bevorderen. In het kader van modernisering en aanpassing van de Faillissementswet aan de huidige, internationaal georiënteerde praktijk, valt evenwel op dat het voorstel niet voorziet in bepalingen van internationaal privaatrecht. Over deze regels bestaat brede consensus. Hierbij kan worden verwezen naar afdeling 10.5 van het Voorontwerp Insolventiewet van de Commissie Kortmann, die volgens alle relevante belangengroeperingen vrijwel ongewijzigd ingevoerd kan worden.

3. Commentaar op het wetsvoorstel

Wij herhalen dat het voorstel Modernisering Faillissementsprocedure door ons met overwegend instemming is ontvangen. Er zijn echter ook enkele punten die naar onze mening heroverweging of verduidelijking behoeven. Deze punten komen hierna aan de orde.

3.1 Bevorderen digitalisering

In het wetsvoorstel is voorzien in een onverwijld openbaarmaking van de faillietverklaring (onderdeel D, inhoudende een wijziging van art. 14 Fw). Daarbij is aangegeven dat in ieder geval

2 Zie de brief van 27 juni 2013 van de Minister over het Wetgevingsprogramma Herijking Faillissementsrecht, p. 7.

op de dag van de uitspraak de naam en de woonplaats of het kantoor van de gefailleerde in het register wordt ingeschreven.

Het is wenselijk dat in ieder geval ook de naam van de curator en zijn kantoor direct bekend worden gemaakt. Het kan van cruciaal belang zijn dat leveranciers en andere schuldeisers spoedig na faillietverklaring contact kunnen opnemen met de curator. Dit speelt in het bijzonder in sterk fluctuerende markten of in markten met bederfelijke waren. Wij vragen ons af waarom niet alle relevante gegevens uit het vonnis gepubliceerd kunnen worden. Verder geven wij in overweging om ook de faillissementsverslagen in het register op te nemen, eventueel met een link naar de website van de curator.

Op het punt van de digitalisering wordt aansluiting gezocht bij het KEI-project. Wij wijzen hier slechts op het belang dat de vertrouwelijkheid van bepaalde stukken en communicatie ook na de digitalisering van de procedure voldoende gewaarborgd is.

Het voorstel voorziet verder in de mogelijkheid om gebruik te maken van elektronische communicatiemiddelen. Deze ontwikkeling is op zichzelf toe te juichen. Hierbij passen echter twee kanttekeningen. In het voorstel is voorzien in de vervanging van het woord ‘brief’ door ‘schriftelijk’, waar blijkens de memorie van toelichting bij onderdeel N ook ‘elektronisch’ mee bedoeld is. Deze betekenis is niet evident. Wij wijzen bijvoorbeeld op het voorgestelde art. 80a Fw waarin de frase ‘schriftelijk of met gebruikmaking van een elektronisch communicatiemiddel’ wordt gehanteerd. Deze opsomming is gelet op voormelde uitleg van het woord ‘schriftelijk’ enigszins verwarrend. Het verdient overweging om te bepalen welke elektronische communicatievormen geschikt zijn, althans aan welke voorwaarden die communicatie dient te voldoen.³ Zo moet voor belanghebbenden duidelijk zijn welk platform gebruikt wordt en aan welk (e-mail)adres de communicatie gericht moet worden.

3 Ook andere elektronische communicatiemiddelen dan e-mails of een speciaal voor het faillissement geopende website kunnen in aanmerking komen. Vgl. bijv. de centrale rol van communicatie via de clearing systemen in het faillissement van Lehman Brothers Treasury BV (o.a. voor het verkrijgen van *filing* en *voting instructions*). Deze *instructions* waren van groot belang i.v.m. de stemming over het aangeboden akkoord.

Wij wijzen daarnaast op de voorgestelde wijziging van art. 67 Fw. De voorgestelde wijzigingen in dat artikel kunnen leiden tot een verregaande verbrokkeling van informatie. Het is vanuit het oogpunt van de crediteurenbescherming niet wenselijk dat een gedeelte van de relevante informatie in het insolventieregister is te vinden, sommige informatie op een speciale website aangaande het faillissement en andere relevante feiten slechts op de website van de curator te vinden zijn.

Digitalisering van de procedure is wenselijk, maar dit mag niet leiden tot een versnippering van de beschikbare informatie en communicatiekanalen voor belanghebbenden. Hier ligt mogelijk een taak voor de in te stellen Insolventieraad.

3.2 Versnelling van de faillissementsprocedure

Het voorgestelde art. 101 lid 1 Fw bevat de beperking dat vervreemding alleen kan plaatsvinden wanneer dit in het belang is van de gezamenlijke schuldeisers. Dit is een ongelukkige beperking. Een curator mag immers ook maatschappelijke belangen meewegen, zoals de belangen van werknemers.⁴ Het is curieus dat het voorgestelde artikel hem een verdere beperking oplegt. Wij stellen voor om art. 101 lid 1 Fw simpelweg als volgt te laten luiden: “De curator is bevoegd om goederen te vervreemden.” Hiermee wordt de regel uit HR 17 augustus 1937, NJ 1938/9 (Bond van Melkveehouders) adequaat gecodificeerd, zonder onnodige beperkingen.

Het voorstel voorziet in onderdeel AF in een wijziging van art. 176 Fw dat de mogelijkheid opent voor de curator om goederen onder de waarde van € 5000 te vervreemden zonder toestemming van de rechter-commissaris. Het bedrag is wat laag en doet willekeurig aan. In de conceptmemorie van toelichting is niet (statistisch) onderbouwd waarom voor dit bedrag gekozen is. Verder bevat het voorstel geen mechanisme om het bedrag op te hogen of aan te passen aan de geldontwaarding. Het is de vraag in hoeverre deze aanpassing de gemiddelde faillissementsprocedure versnelt. Bovendien is het de vraag of hier wel sprake is van een probleem. In faillissementen waar de afzonderlijke verkopen van goederen van geringe waarde aan

⁴ Vgl. HR 24 februari 1995, NJ 1996, 472, m.nt. WMK (Sigmacon II) en HR 19 april 1996, NJ 1996, 7272 m.nt. WMK (Maclou).

de orde is, wordt veelal een eenmalige generieke toestemming van de rechter-commissaris gevraagd. De toestemming heeft bij goederen van geringe waarde ook weinig praktische betekenis, omdat zij geen externe werking heeft en hooguit tot aansprakelijkheid van de curator aanleiding kan geven (art. 72 Fw).

Het voorstel maakt door middel van een wijziging van art. 110 Fw het ambtshalve verifiëren van vorderingen mogelijk. Het voorstel keert zich daarmee tegen het oordeel van de Hoge Raad van 28 november 2014, JOR 2015/58, m.nt. NEDF en NV; NJ 2015/123, m.nt. PvS (Van Galen q.q./BSM)). Wij juichen deze aanpassing toe, maar merken daarbij op dat de belangen van de schuldeisers voldoende beschermd dienen worden. In het bijzonder zal de aard of omvang van een concreet faillissement aanleiding moeten geven tot toepassing van dit instrument. Zij lijkt niet geschikt voor de standaard faillissementsprocedure. Ook moet de administratie van de gefailleerde op orde zijn, hetgeen niet bij voorbaat kan worden aangenomen. Bovendien verdient het overweging of schuldeisers de mogelijkheid moeten hebben van een opt-out. Een schuldeiser kan er belang bij hebben om niet geverifieerd te worden. De bevoegdheid tot ambtshalve verificatie kan ook tot verwarring bij schuldeisers leiden. De ene keer kunnen zij achterover leunen en wordt 'het werk' voor hen gedaan, de andere keer moeten zij er zelf voor zorgen dat hun vorderingen wordt geverifieerd. Wij geven in overweging om de mogelijkheid van ambtshalve plaatsing voor te behouden voor bijzondere faillissementen en de toepassing afhankelijk te stellen van goedkeuring door de rechter-commissaris (of de rechtbank). Bovendien dient te worden aangegeven op welke wijze de ambtshalve verificatie en de mogelijkheid daartoe worden gepubliceerd.

Art. 127 Fw wordt in die zin gewijzigd dat zij een fatale termijn van 13 maanden geeft voor de indiening van vorderingen ter verificatie. De invoering van deze 'bar date' is om een aantal redenen opmerkelijk. In de eerste plaats is ons onvoldoende duidelijk geworden in hoeverre de late indiening van vorderingen werkelijk een probleem vormt bij de spoedige afwikkeling van faillissement. In de tweede plaats bevat de Faillissementswet reeds een uiterste termijn die door de rechter-commissaris kan worden bepaald op grond van art. 108 Fw. De sanctie op te late indiening volgt uit art. 127 lid 2 Fw: zij worden niet geverifieerd. De curator kan coultance betonen op grond van art. 127 lid 1 Fw. De niet-geverifieerde schuldeiser kan echter door in verzet te komen tegen

de uitdelingslijst alsnog verificatie van zijn vordering bewerkstelligen.⁵ Wij menen dat een versnelling van de procedure al kan worden bereikt door deze verzetsmogelijkheid te beperken of zelfs geheel te schrappen. De overheveling van de oorspronkelijke bepalingen naar de schuldsaneringstitel kan daardoor achterwege blijven. Ook de systematische samenhang tussen de faillissementsprocedure en de wettelijke schuldsanering van natuurlijk personen wordt daardoor niet nodeloos verstoord.

De voorgestelde regeling is niet alleen onnodig complex, maar zij bevat ook enkele bijzondere elementen. Zo is de termijn – ook internationaal bezien – betrekkelijk lang. Daarnaast is de termijn vreemd genoeg niet gekoppeld aan de verificatievergadering. In theorie is het dus mogelijk dat vorderingen nog ingediend kunnen worden nadat de verificatievergadering heeft plaatsgevonden.

Bezwaarlijk lijkt ook het voorgestelde gevolg van niet of te late indiening, zoals voorzien in het voorgestelde art. 161a Fw. Dit leidt immers tot een natuurlijke – dus niet afdwingbare – verbintenis. Wij menen dat deze sanctie te zwaar is. Bovendien is niet duidelijk welk doel deze straf dient. In de praktijk lijkt er immers niet een concreet probleem te zijn dat deze maatregel rechtvaardigt. De voorgestelde tekst van de wet wat betreft de gevolgen van de termijnoverschrijding lijkt daarnaast tegenstrijdig met de voorgestelde memorie van toelichting, die overigens niet consistent is. Volgens de memorie van toelichting kan na een termijn overschrijding een vordering niet langer worden geverifieerd (p. 29), óf vervalt de afdwingbaarheid daarvan (p. 33). Dit is niet noodzakelijkerwijs hetzelfde. Een vordering die niet geverifieerd kan worden, kan ná het faillissement wel worden afgedwongen, zoals onder de huidige regelin geldt voor de vordering uit hoofde van tijdens het faillissement verschuldigd geworden rente. Een vordering waaraan de afdwingbaarheid is ontnomen kan na het faillissement niet worden afgedwongen. Daarbij moet worden bedacht dat natuurlijke personen, in tegenstelling tot rechtspersonen, na hun faillissement steeds voortbestaan.

Op pagina 29 en 33 van de voorgestelde memorie van toelichting lijkt te worden aangenomen dat de genoemde consequenties in alle gevallen volgen op een termijnoverschrijding, terwijl op p. 38

5 Zie onder meer HR 11 november 1994, NJ 1995/115 (Sparfond's Grafische Bedrijven/Ketting q.q.).

deze consequenties worden beperkt tot het geval dat het faillissement in een akkoord eindigt. Dit is tegenstrijdig.

Daarnaast leidt de voorgestelde wijziging tot verdere onduidelijkheden. Hoe zit het immers met een schuldeiser wiens vordering gedekt wordt door een zekerheidsrecht, maar die nalaat om zijn restvordering ter verificatie aan te melden. Loopt ook het gedekte deel van de vordering risico om een natuurlijke verbintenis te worden? Dat zou ook uitwinnen van de zekerheden die voor deze vordering zijn gevestigd onmogelijk maken.

Wij raden aan om wél een datum vast te stellen waarna vorderingen niet langer ter verificatie ingediend kunnen worden, maar om de gevolgen van termijnoverschrijding gelijk te laten als bij het ongeverifieerd laten van een vordering in de huidige situatie, met uitzondering van de mogelijkheid van verzet tegen de uitdelingslijst.⁶ Die mogelijkheid kan worden geschrapt. Daartoe kan men volstaan met een aanpassing van art. 186 Fw door de schuldeiser die zijn vordering niet tijdig ter verificatie bij de curator heeft ingediend, uit te sluiten van verzet.

3.3 Meer maatwerkmogelijkheden

Het wetsvoorstel voorziet in een verruiming van mogelijkheden tot het instellen van een commissie van schuldeisers. De concept-toelichting lijkt ervan uit te gaan dat ook een niet-schuldeiser zitting kan nemen in de commissie. Dat blijkt echter niet uit de tekst van de wet. Daaruit volgt slechts dat de schuldeisers die zitten hebben in de commissie belangrijke groepen van schuldeisers vertegenwoordigen. Wij juichen het toe dat deelname aan de schuldeisers commissie ook mogelijk kan zijn voor een belangenbehartiger van de schuldeisers, die niet noodzakelijkerwijs zelf schuldeiser is. Daarvoor dient de wet in die zin aangepast te worden.⁷ Vakbonden zouden dan bijvoorbeeld de belangen van werknemers kunnen behartigen, en meer algemeen zouden bepaalde

6 Vóór het schrappen van de mogelijkheid om te schuiven met de *bar date* pleiten ook de gevolgen van het arrest Koot Beheer/Tideman (HR 19 april 2013, JOR 2013/224, m.nt. Boekraad, NJ 2013/291, m.nt. FMJ). Daaraan wordt in het voorstel en de toelichting geen aandacht besteed. Vorderingen die nadien ontstaan uit duurovereenkomsten zijn thans verifieerbaar. Als er geschoven wordt met de *bar date*, is dat van direct invloed op de vorderingen die voor verificatie in aanmerking komen.

7 Vgl. art. 4.4.1 Voorontwerp Insolventiewet.

stichtingen of verenigingen die op grond van hun statuten de belangenbehartiging van bepaalde schuldeisers op zich nemen, plaats kunnen nemen in de schuldeiserscommissie.

De terminologie die het voorstel in de voorgestelde artt. 74 en 75 Fw hanteert is ongelukkig. Gesproken wordt van ‘vertegenwoordigen’. ‘Vertegenwoordigen’ heeft echter een juridische betekenis die in dit kader niet bedoeld is. Beter is om te spreken van het ‘behartigen van belangen’.

In het kader van de commissie van schuldeisers is het bovendien het overwegen waard om de rechtbank de bevoegdheid te verlenen om een protocol op te stellen of ordemaatregelen te treffen voor het functioneren van de commissie, in het bijzonder gelet op eventuele belangenconflicten. Indien, zoals hiervoor is aangestipt, een algemene bevoegdheid voor de rechtbank zou worden ingevoerd om ordemaatregelen en afwijkende voorzieningen te treffen, kan een bijzondere bevoegdheid in het kader van schuldeiserscommissies achterwege blijven.

3.4 Bevorderen specialisatie

Het voorstel maakt het mogelijk om meerdere rechters-commissarissen aan te stellen. Wij raden aan om steeds één verantwoordelijke/coördinerende rechter-commissaris aan te stellen. Dit om mogelijke afbakeningperikelen tussen r-c's en een eventueel *shoppen* door de curator te voorkomen.

4. Ter afsluiting

De in deze reactie gegeven commentaren zijn niet uitputtend bedoeld. Indien gewenst, zijn wij graag bereid om een nadere toelichting te geven op deze reactie of haar op punten verder uit te werken. Tot slot spreken wij de hoop uit dat het voorstel – in aanmerking genomen onze kanttekeningen – spoedig tot wet zal worden en een bijdrage kan leveren aan een modern Nederlands insolventierecht.

Hoogachtend,

prof. mr. J.J. van Hees

prof. mr. S.C.J.J. Kortmann

prof. mr. P.M. Veder

mr. A.M. Mennens

mr. N.B. Pannevis

mr. B.A. Schuijling

mr. N.S.G.J. Vermunt