

MR. H.J.E. VEERBEEK

De positie van de financier bij corporate recoveries in de toekomst

Het eindrapport van de MDW-werkgroep bezien vanuit financiersoptiek

O & F

68

Nr. 56 / juli 2003

De discussie over herziening van het Nederlands faillissementsrecht heeft eind 2001 opnieuw een impuls gekregen na het verschijnen van het eindrapport van de MDW-werkgroep Modernisering Faillissementsrecht en het overnemen van de aanbevelingen van dat rapport door het kabinet.¹ 'Marktwerking, Deregulering en Wetgevingskwaliteit' (hierna: MDW) is een in 1995 gestart programma dat onder meer tot doel heeft de wetgeving te moderniseren, te verbeteren en te stroomlijnen.

In het kader van het MDW-programma wordt sinds 1999 projectmatig nagedacht over herziening van het faillissementsrecht. Volgens de ministeries van Justitie en van Economische Zaken zou de huidige wet niet optimaal functioneren. Dit zou blijken uit het feit dat circa 95% van de surseances eindigt in een faillissement waaraan de conclusie wordt verbonden dat de surseanceregeling onvoldoende mogelijkheden biedt voor tijdige reorganisatie van levensvatbare

onderdelen van een insolvente onderneming.² Het reorganiserend vermogen van de faillissementswet, en in het bijzonder van de surseanceregeling, is daarom tot hoofdonderwerp van dit MDW-project gemaakt. In 1999 is een supra-departementale (dus uitsluitend ambtelijke) werkgroep onder leiding van een buitenstaander, prof. mr. M.J.G.C. Raaijmakers (hierna: de Werkgroep), aan de slag gegaan. Een eerste fase van onderzoek leidde ertoe dat het kabinet medio 2000 een wetsontwerp heeft ingediend met enkele niet-controversieel geachte voorstellen om de surseance effectiever te maken.³ De tweede fase eindigde met het eindrapport. Het eindrapport is geen concreet voorstel van wet, maar geeft slechts aanbevelingen ten aanzien van uiteenlopende onderwerpen. Tussen de regels van het eindrapport door schemeren reeds de contouren van een herziene Faillissementswet. Het eindrapport is aanleiding geweest voor diverse publicaties en twee seminars.⁴ Een nieuwe fase is nu immers aangebroken: de fase van het nader uitwerken

1 De tekst van het eindrapport van de Werkgroep Modernisering Faillissementsrecht Tweede Fase van oktober 2001 en de brief van de minister van Justitie waarbij dit rapport wordt aangeboden aan de Tweede Kamer van 3 december 2001 zijn te vinden op www.minez.nl/faillissementswet.

2 Gezamenlijk persbericht van de ministeries van Economische Zaken en Justitie van 24 maart 1999 te vinden op de in noot 1 genoemde website. Volgens andere bronnen gaat 73% van de ondernemingen waaraan surseance is verleend failliet; zie: de Nota van de ondernemersorganisatie MKB-Nederland, 'Herziening van de faillissementswet', april 2003.

3 Wetsvoorstel 27 244 strekkende tot wijziging van de Faillissementswet in verband met het bevorderen van de effectiviteit van surseance van betaling en faillissement, TK 2000-2001, nr. 2, ingediend op 21 juli 2000.

4 Zie hiervoor onder meer A.J. Berends, 'MDW-Werkgroep modernisering faillissementsrecht broedt ei uit; kabinet adopteert kuiken', in: *TvI* 2002, p. 50-55; A.J. Verdaas, 'Het eindrapport van de MDW-werkgroep modernisering faillissementsrecht tweede fase: Het poldermodel is dood; leve het poldermodel!', in: *TvI* 2002, p. 86-94; S. Franken, 'Verslag NIBE-SVV seminar d.d. 18 september 2002: modernisering faillissementsrecht: wat wordt de positie van de bank?', in: *TvI* 2002, p. 336-341; M.M. Seinstra, 'Overwegingen bij de voorstellen voor een nieuwe regeling van de surseance van betaling vanuit bancaire perspectief', in: *TvI* 2002, p. 228-233 en de stellingen bij het door Allen & Overy georganiseerde seminar 'Pompen, niet verzuipen' van 12 december 2002 (niet gepubliceerd).

van de ruwe gedachten. In deze fase zal een Staatscommissie Insolventierecht onder leiding van prof. mr. S.C.J.J. Kortmann een adviserende – en naar wordt gehoopt tevens een sturende en stuwende – rol vervullen. De Werkgroep beveelt aan dat het kabinet nog voor het einde van het kalenderjaar 2003 de in het eindrapport behandelde onderwerpen clustergevoels in separate (maar onderling samenhangende) wetsontwerpen aan het parlement zal aanbieden. De Staatscommissie is, enigszins vertraagd, in april 2003 ingesteld.⁵

In deze bijdrage wordt eerst beknopt de geschiedenis van de ‘brede maatschappelijke’ discussie over hervormingen van het Nederlandse insolventierecht in kaart gebracht. Aan deze discussie heeft de Werkgroep een wezenlijke bijdrage geleverd. Vervolgens wordt stilgestaan bij de gevolgen van enkele in het eindrapport aanbevolen wijzigingen van het insolventierecht voorzover deze in de toekomst relevant kunnen zijn voor de positie van een financier met zekerheden in geval van herstructurering van een door hem gefinancierde onderneming.

Historie van de discussie over herziening van het insolventierecht

Nadenken in georganiseerd verband

Reeds voor de lancering van het MDW-project in 1999 en voor de (vanuit het oogpunt van insolventierecht minder relevante) wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van het nieuw Burgerlijk Wetboek in 1992, wordt in georganiseerd verband nagedacht over een min of meer ingrijpende herziening van het insolventierecht. In 1985 verscheen het rapport van de Commissie Insolventierecht van de Vereniging ‘Handelsrecht’ (Commissie-Maas) en in 1989 verscheen het rapport van de Staatscommissie Mijnsen over dit onderwerp.⁶ Ten tijde van de Staatscommissie Mijnsen is serieus met de gedachte gespeeld om banken onder omstandigheden te verplichten om een insolvente onderneming te blijven financieren (de zogenoemde doorfinancieringsplicht).⁷ Voor het kabinet ging deze gedachte uiteindelijk te ver. Gedachten over herziening van het faillissementsrecht leidden er toe dat in

1992 een wetsontwerp is ingediend dat onder meer het bodemvoorrecht en de rang van de vordering van de fiscus in faillissementssituaties nader moet regelen.⁸ Dit wetsontwerp is sinds 1994 niet meer behandeld. Het is de bedoeling van de Werkgroep dat dit wetsontwerp ‘met spoed en voorrang’ weer nieuw leven ingeblazen wordt. Verder is, als gesteld, medio 2000 naar aanleiding van de afronding van de eerste fase van de werkzaamheden van de Werkgroep een wetsontwerp ingediend met niet-controversieel geachte voorstellen voor (onder meer) het bevorderen van de effectiviteit van de surseance van betaling. In november 2000 is het kritische schriftelijk verslag van de Tweede Kamer over dit ontwerp verschenen maar van de zijde van het kabinet is een reactie daarop vooralsnog uitgebleven. De Werkgroep heeft nu voorgesteld dit wetsontwerp te ontdoen van de toch te controversieel gebleken gedachte om de bewindvoerder met de schuldenaar of de curator tijdens de afkoelingsperiode het recht te geven om goederen te gebruiken, te verbruiken of te vervreemden ongeacht eventuele zekerheids- of andere rechten van derden op die goederen en ongeacht eventuele afwijkende contractuele bepalingen (het wettelijk beschikkingsrecht in surseance en faillissement). Dit wetsontwerp zal, aldus ingeperkt, volgens de Werkgroep nu vlot door het parlement moeten worden geloodst. De voor de positie van de financier van een insolvente onderneming relevante aspecten van deze twee wetsontwerpen komen hieronder nader ter sprake.

Het discussiememorandum van de Werkgroep

Begin 2001 heeft de Werkgroep een discussiememorandum het licht doen zien en dit heeft, zoals beoogd, veel reacties uitgelokt. Diverse belangenorganisaties, zoals de vereniging van insolventieadvocaten INSOLAD, de werkgeversvereniging VNO-NCW en de Nederlandse Vereniging van Banken (NVB), hebben gereageerd. Nadat eerder het *Tijdschrift van Insolventierecht* met een themanummer over de zin en onzin van algehele of beperkte herziening van het insolventierecht was gekomen, volgde nu ook WPNR met een themanummer over veranderend faillissementsrecht.⁹ Volgens Verdaas heeft de discussie

5 Besluit Instelling Commissie Insolventierecht, 3 april 2003/Nr.03.001469, *Stert.* 2003, 80, p. 8 (herplaatsing van *Stert.* 2003, 76, p. 12) en Besluit Benoeming Leden Commissie Insolventierecht, 3 april 2003/Nr.03.001469, *Stert.* 17 april 2003, p. 11.

6 Zie verwijzingen in het artikel van Verdaas, t.a.p., p. 87.

7 Zie hiervoor ook de brief van de toenmalige Staatssecretaris Kosto van Justitie aan de Tweede Kamer van 27 april 1994.

8 Wetsvoorstel 22 942 tot wijziging van het BW, de Fw en enkele andere wetten ter zake van de bevoorrechtiging van vorderingen, het fiscale bodem(voor)recht en de vereenvoudigde afwikkeling van faillissementen.

9 Zie het overzicht van de reacties op het discussiememorandum MDW-Modernisering Faillissementswet die als bijlage aan het eindrapport van de werkgroep-Raaijmakers is gehecht; *Tijdschrift voor Insolventierecht*, themanummer ‘Toekomstig Insolventierecht’, *TvI* 2000, nr. 1, p. 1-37 en *WPNR*, themanummer ‘Veranderend Faillissementsrecht’, *WPNR* 2001, 6463, p. 890-938.

de laatste jaren een vast en voorspelbaar patroon gehad:

*'[...] op het doen dan wel aankondigen van ingrijpende voorstellen, zoals de verplichting tot doorfinancieren van insolvente ondernemingen of een beperking van de rechten van zekerheidsgerechtigden, volgde zware kritiek die voorkwam dat de voorstellen werden ingevoerd.'*¹⁰

Naast woorden ook daden

De hete hangijzers bleven hangen. Niettemin zijn er de laatste jaren wel enkele spijkers met koppen geslagen. Het insolventierecht heeft zich belangrijk ontwikkeld en daarbij zijn stappen gezet die van belang zijn voor de rechtspositie van de financier van een insolvente onderneming.¹¹ Te denken valt aan ontwikkelingen met een internationale achtergrond, zoals bijvoorbeeld de medio 2002 in werking getreden EU Insolventieverordening (die hoofdzakelijk uniforme internationaal-privatrechtelijke regels bevat) en de in 2002 aangenomen EU Collateral richtlijn (die lidstaten verplicht om bijzondere regels ten aanzien van het pandrecht op effecten op te nemen in het nationale recht).¹² Verder droeg ook de rechtspraak haar steentje bij. Te noemen zijn de beperking die is gesteld aan de 'superpreferente boedelvorderingen'¹³ en de bevestiging door het Hof Den Bosch van de onmogelijkheid om beslag op kredietruimte te leggen.¹⁴ Ook de nationale wetgever was actief. In 2002 is bijvoorbeeld de Faillissementswet twee keer gewijzigd, namelijk om eenvoudige afwikkeling van faillissementen mogelijk te maken en om (ter implementatie van een EU-richtlijn) de rechten van werknemers in faillissement te beschermen.¹⁵ Met name de laatste wijziging is voor *corporate recovery* relevant. Geen financier kan tegenwoordig de factor arbeid compleet negeren bij het brainstormen met een ondernemer over doorstartscenario's. Tot slot is het kabinet door de aanbevelingen en het voorstel

voor een wetgevingsprogramma uit het MDW-eindrapport over te nemen, nu serieus de weg naar herziening van het insolventierecht ingeslagen.

Reactie van banken op het MDW-eindrapport

De NVB heeft niet formeel een standpunt ingenomen naar aanleiding van het MDW-eindrapport.¹⁶ Wel hebben individuele leden van de Commissie Faillissementsrecht van de NVB gereageerd. De standpunten die bankjurist en NVB-commissielid Verdaas na het verschijnen van het MDW-eindrapport heeft verwoord, vinden binnen en buiten de bankwereld een breder draagvlak.¹⁷ Samengevat kan gesteld worden dat de voorstellen vervat in het MDW-eindrapport, voorzover deze de positie van de financier betreffen, gematigd positief zijn ontvangen. Het is begrijpelijk dat de banken in dit stadium terughoudend zijn: de concrete inhoud van de voorstellen die op basis van de aanbevelingen van het eindrapport worden geformuleerd en de onderlinge samenhang van die voorstellen, zijn nog onbekend. Het zou goed kunnen zijn dat in de toekomst, als gevolg van ingrijpende wetswijzigingen of van gebrek aan samenhang tussen de te verwachten voorstellen, de kaarten in het door de insolventie te fixeren kaartenhuis zo totaal anders blijken te worden geschud dat de bank de zwarte piet krijgt.

Positief wordt ontvangen het oordeel van de Werkgroep dat de Faillissementswet niet als geheel op de schop hoeft te worden genomen maar dat kan worden volstaan met aanpassingen waarbij duidelijk oog moet zijn voor de onderlinge samenhang van deze aanpassingen. Dit sluit aan bij de visie die leeft in de bankwereld. De jarenlange onzekerheid die gepaard zou gaan met een majeure herstructurering van de Faillissementswet is onwenselijk. Positief is ook voor de financier dat de Werkgroep stelt dat 'met het oog op het vertrouwen in het maatschappelijk verkeer' de Faillissementswet primair gericht dient te

10 Zie Verdaas, t.a.p., p. 87.

11 Zie voor een overzicht van ontwikkelingen ook die niet direct voor de financier relevant zijn: B. Wessels, 'Pas op: insolventiewetgeving in aanbouw!', in: *TvI* 2001, p. 109-115.

12 Verordening (EG) 1346/2000 betreffende insolventieprocedures, *PbEG* 2000, L160/1 resp. Richtlijn 2002/47/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 juni 2002 betreffende financiële zekerheidsvereenkomsten, *PbEG* 2002, L 168/43.

13 In HR 7 juni 2002, *JOR* 2002, 147 (Komdeur qq/Nationale Nederlanden) is aanvaard dat de vordering tot terugbetaling van hetgeen op grond van een later vernietigd vonnis in eerste aanleg aan de boedel is voldaan, een concurrente boedelvordering is.

14 Hof Den Bosch 8 april 2003, nog niet gepubliceerd op www.rechtspraak.nl (Van der Walle/Van den Bergh en ABN Amro).

15 Wet tegengaan van misbruik van insolventieprocedures, 18 april 2002, *Stb.* 2002, 215, in werking getreden op 1 juli 2002, resp. Wet vereenvoudigde afwikkeling van faillissementen, *Stb.* 2002, 185, in werking getreden op 1 augustus 2002.

16 Eerder heeft de NVB zich wel formeel in de discussie gemengd: brief van 14 september 2000 van de NVB aan de vaste commissie voor Justitie.

17 Zie ook Franken en Seinstra, t.a.p.; de strekking van het gestelde is mij bevestigd door andere juristen uit de bankwereld.

blijven op voldoening van schuldeisers en dat de voorgenomen wijziging van de wet niet is gericht op het terugdringen van het aantal insolventies als zodanig. Het verhelderen en verbeteren van de Faillissementswet door het opnemen van deze uitgangspunten, een regeling van de boedelschulden, een flexibeler procesgang en specifieke regels voor de grotere of bijzondere insolventies ('insolventierecht op maat'), wordt welkom geheten. Verheugd wordt gereageerd op het feit dat de (volgens Verdaas 'malle') gedachte van de doorfinancieringsplicht nu voorgoed verlaten lijkt.¹⁸ Zorg is er over de realiteitszin van bepaalde aspecten van de voorgestelde surseance nieuwe stijl.¹⁹ In het bijzonder de gevolgen van deze voorstellen voor de huidige praktijk van informele *corporate recoveries* onder begeleiding van de bijzonder-beheerafdelingen van banken, behoeft nadere aandacht. Ook het feit dat onduidelijkheid blijft bestaan over de voorrangpositie van de fiscus, de afschaffing van het bijzondere verhaalsrecht van de fiscus en het idee van het wettelijk beschikkingsrecht tijdens de afkoelingsperiode, baart zorgen. Verder worden ook de voorstellen over een nieuw te introduceren *early warning*-mechanisme niet direct omarmd.²⁰ Aanbevelingen van de Werkgroep ten aanzien van de rol en het profiel van de hoofdrolspelers op het insolventietoneel, blijken daarentegen niet controversieel.²¹

Op deze onderwerpen, die voor de positie van de financier bij herstructurerings van belang zijn, wordt hierna nader ingegaan.

Het verhelderen en verbeteren van de Faillissementswet

Zowel bij macro-economische bespiegelingen over insolventie als bij het nemen van concrete beslissingen door een individuele curator, speelt de afweging tussen enerzijds de belangen van crediteuren en anderzijds de andere betrokken belangen. Deze andere belangen zijn met name de continuïteit van de onderneming en de werkgelegenheid. Ging de wetgever oorspronkelijk uit van het faillissement als mid-

del tot bescherming en afwikkeling van belangen van enkel (concurrente) crediteuren, de Hoge Raad heeft geoordeeld dat ook deze andere belangen rechtens te respecteren zijn.²² In de brede maatschappelijke discussie wordt wel gesproken over een *rescue hype* die een gevaar zou vormen voor de voor de markt belangrijke opschonende werking van een bedrijfs-*ondergang*.²³ De *invisible hand* zou niet mogen worden gedirigeerd door een uitsluitend op overleven gerichte insolventieregeling. De Werkgroep is van oordeel dat het Nederlandse insolventierecht met het oog op het vereiste vertrouwen in het maatschappelijk verkeer primair gericht dient te blijven op voldoening van crediteuren. De andere belangen zijn hieraan secundair. De Werkgroep stelt:

*'Insolventies zijn van alle tijden, zijn onvermijdelijk in een systeem waar de marktwerking overheerst, en zijn zelfs af en toe nodig voor het behoud van de kwaliteit van de markt. Marktwerking betekent ook zelfredzaamheid: slechts de sterkeren kunnen overleven.'*²⁴

Dit zou zo ook duidelijk in de wet moeten worden opgenomen, vindt de Werkgroep.

Vanuit financieringsoptiek is het voornemen om de gedachte dat de Faillissementswet er primair is voor crediteuren in de wet te verankeren toe te juichen. Uitvloeisel van deze gedachte zou naar mijn mening kunnen zijn dat in de wet, om met termen van Kortmann te spreken, de 'liquidatiefunctie' van de insolventieprocedure voorop wordt gesteld en dat slechts onder bijzondere omstandigheden de 'continuïteitsfunctie' rechtvaardigt dat een derde, bijvoorbeeld een stil-pandhouder, gedurende een korte tijdspanne een inbreuk op zijn rechten moet dulden.²⁵ Met Verdaas en Kortmann meen ook ik, anders dan de Werkgroep, dat deze twee te onderscheiden functies niet in twee te onderscheiden insolventieregimes hoeven te zijn neergelegd (surseance = continuïteit en faillissement = liquidatie) maar dat één insolventieregime de voorkeur verdient.²⁶ Dat regime zou dan de mogelijkheid kennen om, indien bijzondere crite-

18 Zie ook Verdaas, t.a.p., p. 91 en Franken, t.a.p., p. 340.

19 Zie ook Franken, t.a.p., en de stellingen van het Allen & Overy-seminar genoemd in noot 4.

20 Zie ook Franken, t.a.p., p. 339.

21 Zie ook Franken, t.a.p., p. 337.

22 Voor erkenning van deze andere belangen in de jurisprudentie, zie HR 19 april 1996, NJ 1996, 727 (Maclou/Van Schuppen qq).

23 De term '*rescue hype*' wordt aan S.H. de Ranitz toegeschreven; zie Verdaas, t.a.p., p. 87. Gepoogd is in diverse onderzoeken de marktgevolgen van faillissementen en doorstarts te analyseren. Deze onderzoeken zijn bekritiseerd vanuit juridische en economische hoek.

24 Eindverslag Werkgroep-Raaijmakers, p. 5.

25 Vergelijk stelling 3 van Kortmann geponeerd in verband met het in noot 3 genoemde Allen & Overy-seminar.

26 Zie noot 20, Verdaas, t.a.p., p. 90 en 91 en eindrapport Werkgroep-Raaijmakers, p. 7.

ria zijn vervuld en nadat een procedure ter bescherming van de rechten van crediteuren is doorlopen, gedurende een bepaalde periode specifieke, nauwkeurig in de wet omschreven, instrumenten in te zetten die inbreuk kunnen maken op rechten van bepaalde *stakeholders*. Een dergelijke inbreuk met het oog op de continuïteit van de onderneming en de werkgelegenheid vormt dan dus een met waarborgen omklede uitzondering.

Vanuit financiersoptiek zijn andere voorgestelde wetstechnische verbeteringen niet controversieel. Een duidelijke regeling van de nu grotendeels op niet goed te doorgronden jurisprudentie gebaseerde boedelschulden is zeer welkom. Ook het deformaliseren van de procedure (bijvoorbeeld openbare verslagen op de website van de curator) en het introduceren van meer flexibiliteit ('insolventie op maat'), bevordert slechts de *efficiency*. Of de rechter-commissaris daarbij veel meer bevoegdheden zou moeten krijgen zoals de Werkgroep meent, betwijfel ik. De huidige praktijk leert dat de rechter-commissaris in faillissementszaken (te) sterk leunt op de inzichten en adviezen van de bewindvoerder of curator. Dat maakt dat deze functionaris mij in die rol onvoldoende geschikt lijkt om, rekening houdend met alle betrokken belangen, tot juiste beslissingen te komen.

De rechterlijke bevoegdheid bij toetsing van beëindiging van een bestaande kredietrelatie: een rechtsvordering tot doorfinanciering

De financier van een insolvente onderneming moet laveren tussen de Scylla van de onredelijke kredietopzegging (in Frankrijk: *rupture abusif*) en de Charybdis van het onrechtmatig wekken van verwachtingen bij derden (in Frankrijk: *soutien abusif*). Naar huidig Nederlands recht ligt het oordeel over de vraag of de financier in redelijkheid tot opzegging had kunnen komen in handen van de voorzieningenrechter. In de jurisprudentie zijn criteria ontwikkeld waaraan in kort geding wordt getoetst.²⁷ Het eindrapport noemt als criteria het kredietrisico van de kredietinstelling, de gewekte verwachtingen, de belangen van derden en de toekomstperspectieven van de onderneming. De Werkgroep stelt voor geen nieuwe en zelfstandige wettelijke criteria te ontwikkelen voor het voortbestaan of toekennen van kredieten na verlening van surseance.

De Werkgroep stelt voor om de rechtbank die zich uitsprekt over de surseanceaanvraag, dan wel de rechter-commissaris nadat surseance is verleend, bevoegd te maken om op verzoek van de (*would be*) sursiet te oordelen over de vraag of de financier een redelijke opzeggingstermijn heeft gehanteerd. Het gaat daarbij uitsluitend om de vraag of de termijn na opzegging redelijk is. Een rechterlijk verbod om de kredietrelatie op te zeggen kan niet langs deze weg gevorderd worden. Deze bijzondere rechterlijke bevoegdheid zal volgens de Werkgroep uitsluitend in geval van surseance gelden. Dit voorstel is niet negatief ontvangen. Men gaat ervan uit dat het zich uitsluitend richt op de rechterlijke bevoegdheid en dat, zoals ook de Werkgroep wenst, het materiële recht op dit punt onaangetast blijft. Verder neemt men aan dat de procedure met de nodige waarborgen zal zijn omkleed. Zoals voorgesteld door de Werkgroep zou het verzoek gemotiveerd moeten worden (*geen check-the-box-verzoek*), zou de betrokken financier vooraf moeten worden gehoord en zou de wet dienen te voorkomen dat 'misbruik, lichtvaardig of pro forma gebruik' gemaakt wordt van deze bevoegdheid. Ik kan mij bij dat laatste niet goed iets voorstellen. Ik vermoed dat als deze nieuwe procedure wordt ingevoerd deze veelvuldig zal worden gebruikt. Ik vermoed ook dat de rechtbank of de rechter-commissaris, in het kader van de (aanvraag van de) surseance in een *rescue*-roes gebracht, ruimhartiger in de toewijzing van dergelijke vorderingen zal zijn dan op basis van de huidige jurisprudentie het geval is. Een financier zal feitelijk nauwelijks weerwerk hebben tegen een professioneel goed voorbereide surseanceaanvraag die bol staat van de cijfers en de kerngedachte '*prosperity is just around the corner*'. Het lijkt mij in het belang van de financier dat de (nuchtere) voorzieningenrechter als *juge de réflexion* gewoon bevoegd blijft. Het feit dat men met een dergelijke vordering naar de gewone rechter moet, heeft tot op heden nog nooit een kredietnemer die slachtoffer meent te zijn van onredelijk vroegtijdige beëindiging van zijn kredietovereenkomst belemmerd in zijn rechtsgang.

Het voorstel kent meer onvolkomenheden. De stelling in het eindrapport dat de schulden die ontstaan door afgedwongen continuering van de kredietrelatie zullen behoren tot de 'boedelschulden met de hoogste rang', is nog verre van doordacht. Onduidelijk is of hiermee de gehele kredietenschuld wordt

27 Zie voor een behandeling van jurisprudentie ontwikkelde criteria L.C.M. Spigt en G.T.J. Hoff, 'Opzegging van het rekening-courantkrediet', in: *Bank- en Effectenbedrijf* 1992, p. 22-26, en M.P. van Sint Truiden, 'Bancaire aansprakelijkheid bij kredietverlening', in: *Bancaire aansprakelijkheid*, Tilburg, Schoordijk Instituut (Centrum voor aansprakelijkheidsrecht), 1996.

bedoeld of uitsluitend de toename van die schuld in de opzeggingstermijn voorzover verlengd op last van de rechter. Wat de kredietnemer verder aan deze regeling heeft indien de kredietlimiet is bereikt of is overschreden (wat meestal het geval zal zijn) is onduidelijk. Een afgedwongen verlengde opzegtermijn geeft dan geen lucht maar komt slechts neer op uitstel van executie van zekerheden. Dit uitstel zal naar mijn mening zeker niet langer mogen duren dan het einde van de afkoelingsperiode omdat dan een *free for all* ontstaat voor wat betreft het uitwinnen van zekerheden. Mogelijk is dat als bijvoorbeeld een factoringmaatschappij op debiteuren financiert, er door betalingen van debiteuren aan de factoringmaatschappij na surseance weer nieuwe kredietruimte ontstaat in de afgedwongen verlenging van de opzegtermijn. Uit de huidige praktijk blijkt dat naarmate de door surseance of faillissement kenbaar geworden insolventie van een onderneming langer duurt, er steeds minder pre-faillissementsdebiteuren zijn die (tijdig) betalen. De factoringmaatschappij ziet dus haar onderpand (de debiteurenportefeuille) in kwaliteit achteruitgaan naarmate de surseance of het faillissement voortduurt. Afgedwongen doorfinancieren leidt bij dit type onderpandfinanciering tot aanmerkelijke verhoging van het risico van de financier. Ook over de verplichting tot het stellen van aanvullende zekerheden in geval van afgedwongen verlenging van de opzegtermijn spreekt het eindrapport niet. Opmerkelijk is dat de Werkgroep de leverancier van andere diensten dan kredietverstrekking (bijvoorbeeld het energiebedrijf), het recht wil bieden om bij verdere (eventueel door de rechter afgedwongen) leveringen contante betaling of zekerheid te bedingen en om doorlevering zo nodig op te schorten indien betaling of het stellen van zekerheid uitblijft. Aan de financier die gedwongen wordt verder te financieren worden deze rechten niet expliciet toegekend terwijl de financier misschien ook nieuw geld verstrekken moet en de zekerhedenpositie mogelijk verslechtert.

De voorstellen van de Werkgroep op dit punt tenderen naar mijn mening sterk naar het verlaten idee van de doorfinancieringsplicht.²⁸ De Werkgroep (en dus ook het kabinet dat de aanbevelingen overnam) wijst de doorfinancieringsplicht expliciet en zonder voorbehoud af.²⁹ Volgens de Werkgroep zou het te gecompliceerd zijn om hiervoor toetsingscriteria te ontwikkelen en zou deze plicht een te sterke inbreuk maken op de voor ons recht kenmerkende contracts-

vrijheid. Daar is aan toe te voegen dat invoering van een dergelijke doorfinancieringsplicht zeer waarschijnlijk zou hebben geleid tot een wezenlijke wijziging van het kredietbeleid van banken met als gevolg dat risicovolle (*grey zone*) ondernemingen minder gemakkelijk een bank vinden die tot financiering bereid is. Ik sluit niet uit dat in geval van introductie van de voorgestelde nieuwe rechterlijke bevoegdheid, de financiers het risico dat de huidige toetsingscriteria bij beëindiging worden opgerekt zullen mee laten wegen bij hun beslissingen. Een financier zal in de toekomst wellicht eerder dan nu het geval is opzeggen of opzeggen met een korte of zonder opzegtermijn. Een financier zal immers willen voorkomen dat hij in een situatie terecht komt waarin hij eerst in goed overleg met kredietnemer tot het ultiem aanvaardbare moment doorfinanciert en hij vervolgens veroordeeld wordt om de opzegtermijn te verlengen. Door eerder op te zeggen of een kortere termijn te gebruiken, komt het rechterlijk beslismoment dichterbij. Ook zal een financier in de toekomst wellicht eerder dan nu het geval is voor of direct na opzegging het faillissement van de kredietnemer nastreven omdat in geval van faillissement deze bijzondere rechtsgang niet openstaat. Een dergelijke verharding van de kredietverhouding is onwenselijk. Mijns inziens volstaan de bestaande mogelijkheden om opzegging van een kredietrelatie aan de redelijkheid te toetsen en om een boedekrediet te verkrijgen (in welk geval de (nieuwe) financier zich zelfstandig een oordeel kan vormen over de risico's en de te ontvangen zekerheden). Deze voorgestelde nieuwe rechtsingang is dus overbodig en introductie daarvan kan de bovenomschreven onbedoelde en onwenselijke neveneffecten hebben.

De surseance van betaling nieuwe stijl

Ik voorspel dat de *rescue hype*-discussie weer zal opspelen wanneer het parlement zich straks buigt over het medio 2000 ingediende en, als het goed is, straks naar aanleiding van het MDW-eindrapport ingeperkte wetsontwerp dat verbetering van de werking van de surseance beoogt. De grondgedachte van dat wetsontwerp was immers dat in het huidige regime de 'continuïteitsfunctie' onvoldoende tot zijn recht zou komen. Kortmann stelt daartegenover dat geen enkel juridisch, economisch of empirisch onderzoek tot op heden heeft aangetoond dat het huidige (insolventie)recht onvoldoende instrumenten biedt om ondernemingen in financiële moeilijke-

28 Zie ook Franken, t.a.p., p. 340, die aangeeft dat ook H.J. Damkot van Rabobank nog vraagtekens plaatst bij de vraag of in het eindverslag de doorfinancieringsplicht als gedachte echt volledig verlaten is.

29 Zie eindrapport Werkgroep-Raaijmakers, p. 41.

den te redden.³⁰ Juist is dat vandaag de dag een faillissement-met-doorstart-scenario een meer voor de hand liggende oplossing voor een insolvente onderneming is dan het aanvragen van surseance van betaling. Deze bestaande praktijk is (zeker gezien het huidige ontslagrecht) wellicht zo gek nog niet. Het zou goed zijn indien de navolgende onderwerpen uit het huidige wetsontwerp nog eens kritisch tegen dat licht worden bekeken.

Inperking van de toegang tot de surseance nieuwe stijl

Slechts indien op basis van aan de rechtbank verstrekte gegevens (waaronder een saneringsplan) blijkt dat er voldoende vooruitzicht bestaat dat de onderneming geheel of gedeeltelijk zal kunnen blijven voortbestaan, wordt in de toekomst surseance verleend. Ik geloof niet in de verkleinde toegangspoort. Iedere advocaat die een verzoek tot verlening van surseance zal indienen, zal zorgdragen dat het verzoekschrift vergezeld gaat van cijfermateriaal dat een ogenschijnlijk overtuigend beeld oproept van *prosperity is just around the corner*. Accountantsverklaringen over de toestand en (voorzover al mogelijk) over de toekomst na sanering, worden niet geëist. Een rechter is niet opgeleid om zich in een procedure zonder reëel denkbare tegenspraak van een wederpartij, op basis van eenzijdig aangeleverde bedrijfseconomische gegevens en toekomstverwachtingen een goed gemotiveerd oordeel te vormen over de toestand en over de toekomst. Aangenomen moet worden dat de rechter die oordeelt over een surseanceaanvraag niet snel geneigd zal zijn een onderneming de gevraagde bescherming tegen zijn aanstormende crediteuren te onthouden. De rechter weet immers dat een bewindvoerder zich vlot een eigen oordeel zal vormen en dat een verzoek van een bewindvoerder tot omzetting van een surseance in faillissement op ultrakorte termijn zal worden afgehandeld. In de praktijk doet de bewindvoerder zo'n verzoek vandaag de dag direct als hem blijkt dat de lonen niet kunnen worden betaald. Voorgesteld wordt dat ook de fiscale Vorderingen en sociale premies onder de werking van de surseance worden gebracht. Dit zal echter niet gelden voor de over de periode ná het uitspreken van de surseance verschuldigde belastingen en premies. Ook is daarmee nog geen oplossing gegeven voor het geval de netto lonen niet kunnen worden voldaan. In surseance krijgen de werknemers vandaag de dag geen uitkering onder de loongarantieregeling uit de Werkloosheidswet. Hierin moet verandering komen nu

de Centrale Raad van Beroep eind vorig jaar heeft bepaald dat het beleid van de UWV op dit punt geen steun vindt in de wet.³¹ De werking van de loongarantieregeling moet dus worden uitgebreid tot de surseance. Daarmee is nog geen cashflow richting de werknemers op gang gekomen. De uitkeringsinstanties keren in de regel pas na enkele weken onderzoek (althans voor de continuïteit: te laat) uit. Het lijkt zinvol dat uitkeringen onder de loongarantieregeling vlotter worden verstrekt teneinde de werknemers gemotiveerd te houden.

De afkoelingsperiode van artikel 241a Fw wordt maximaal vier (in plaats van twee) maanden

De voorgestelde verlenging wordt in de Memorie van Toelichting niet specifiek onderbouwd. Slechts wordt in het algemeen gesteld dat de voorgestelde wijzigingen de 'continuïteit van de door de schuldenaar gedreven onderneming ten goede' komen.³² Tot deze wijzigingen behoorde ook het voorgestelde wettelijk recht om tijdens de afkoelingsperiode over goederen te mogen beschikken ongeacht eventuele rechten van derden of afwijkende contractuele afspraken. Nu dit voorstel wordt ingetrokken omdat het te controversieel is, moet naar mijn mening ook nagegaan worden waarom verlenging van de afkoelingsperiode toch wenselijk zou zijn.

Alle crediteuren, met uitzondering van die waarvan de vordering gedekt is door een pandrecht, hypotheekrecht of retentierecht, vallen onder de werking van de surseance

De surseance werkt niet voor de financier voorzover hij separatist is. De afkoelingsperiode tijdens de surseance werkt echter wel voor de financier met een stil-pandrecht op roerende zaken. Stil verpande roerende zaken kunnen tijdens de afkoelingsperiode niet in vuistpand genomen worden terwijl de Ontvanger ongeacht de afkoelingsperiode bodembeslag mag leggen. De race tussen de stil pandhouder van roerende zaken en de Ontvanger zal dus ook bij de surseance nieuwe stijl blijven bestaan: het blijft baten om een verhuur-, afvoer- of afstandconstructie toe te passen. Deze constructie blijft leiden tot bedrijfsstagnatie voorzover er nog activiteiten waren. Als alternatief wordt de mogelijkheid genoemd om stil verpande zaken bij deurwaardersexploitatie op te eisen voordat de Ontvanger beslag legt om zo voorrang boven de Ontvanger zeker te stellen. Dit alles is niet meer nodig indien zoals aanbevolen door de Werkgroep

30 Zie stelling 1 geponeerd door S.C.J.J. Kortmann tijdens het Allen & Overly-seminar bedoeld in noot 4.

31 CRvB 4 december 2002, JOR 2003, 48.

32 Memorie van Toelichting wetsontwerp 27 244, p. 15.

het (bodem)voorrecht wordt afgeschaft.

Gedurende de afkoelingsperiode kan de stil-pandhouder van vorderingen mededeling doen aan de debiteur en incasseren, maar hij mag niet direct beschikken over de ontvangsten

Stil verpande vorderingen mogen in de surseance nieuwe stijl tijdens de afkoelingsperiode wel worden geïncasseerd maar het saldo mag niet direct worden aangewend ter aflossing van de schuld. De Memorie van Toelichting geeft geen duidelijke motivering voor dit voorstel. In de literatuur is hier opmerkelijk weinig aandacht besteed terwijl dit voorstel neerkomt op wijziging van de huidige praktijk waarbij gewoon verrekend kan worden en welke praktijk is gegrondvest op artikel 3:253 BW.³³ De redenen voor voorgestelde verdere inperking van ons goederenrecht en de precieze werking van de voorgestelde wijziging (wat moet de bewaarder met het geïnde?) worden onvoldoende duidelijk gemaakt. In de voorgestelde regeling wordt verwezen naar de werking van artikel 490b lid 2 Rv. In dat artikel is een regeling opgenomen voor het geval 'gerechtigden' geen overeenstemming bereiken over verdeling van een bepaalde opbrengst. In de voorgestelde regeling is niet duidelijk wie naast de stil-pandhouder 'gerechtigde' tot een verpande vordering zou zijn. Wordt bedoeld dat de boedel een aanspraak krijgt?

Er komt (voorlopig) geen wettelijk recht om te beschikken over goederen tijdens de afkoelingsperiode

Gelukkig voor de financier is het idee nu verlaten om in surseance of faillissement aan de bewindvoerder of de curator het recht van ge- en verbruik en van vervreemding van goederen (bedoeld had moeten zijn: van roerende zaken niet-zijnde registergoederen) te gunnen. Dit zou immers leiden tot uitholling van het onderpand van de financier. In het eindrapport wordt gesteld dat dit onderwerp in een later stadium van het wetgevingstraject weer ter hand zou moeten worden genomen. Deze voortdurende onzekerheid kan een negatief effect hebben op het kredietbeleid van financiers.

Onbedoelde verlegging van informele herstructurering naar surseance nieuwe stijl

Een belangrijk bezwaar tegen de surseance nieuwe stijl is dat door de invoering daarvan de praktijk van *corporate recovery* op informele wijze onder begeleiding van de bank onder druk komt te staan. Volgens opgave van de NVB worden de financiële problemen van ongeveer 80% van de insolvente ondernemingen via een 'stille' of 'informele' herstructurering opgelost, dus zonder dat een wettelijk insolventieregime van toepassing wordt verklaard.³⁴ Men mag aannemen dat bij vele formele insolventies eerst door financier en ondernemer is gepoogd om via een informele herstructurering tot een oplossing te komen. Zoals de Werkgroep terecht aangeeft, wordt het wettelijk kader van de informele herstructurering gevormd door de kredietovereenkomst, de zekerheidsdocumentatie en de algemene regels van het burgerlijk recht. Bij dergelijke herstructurering onder begeleiding van de financier worden de belangen van derden, waaronder aandeelhouders en overige crediteuren, beschermd door de werking van het algemeen aansprakelijkheidsrecht. Betoogd is wel dat, in navolging van een in Engeland bestaande *bancaire code of conduct*, een algemeen geldende regeling voor dit type herstructureringen zou moeten worden vastgesteld.³⁵ Deze regeling zou mede in het belang van de actief aan de herstructurering meewerkende financier zijn omdat de *do's and don'ts* dan helder zouden zijn en omdat daardoor het risico van aansprakelijkheid zou kunnen worden geminimaliseerd. Dit betoog vindt geen positief onthaal. De Engelse regeling is opgesteld voor herstructureringen van debiteuren van bankconsortia en beoogt in de eerste plaats de consortiumleden duidelijkheid te bieden. Verder laat de casuïstische *corporate recovery*-problematiek zich niet vangen in een algemene regeling. Bovendien is zo een vrijwaring vooraf tegen aansprakelijkheden verband houdende met bancaire maatregelen in noodsituaties niet te verkrijgen. Tot slot is het niet nodig iets nieuws te ontwikkelen omdat het commune aansprakelijkheidsrecht volstaat. In dit verband verwijst de Werkgroep naar het bekende arrest Kip en Sloetjes/Rabobank waar het ging om aansprakelijkheid van de bank ten opzichte van aandeelhouders voor de schade die zij hadden geleden als

33 Seinstra, t.a.p., p. 233, noemt het voorstel ongemotiveerd 'een voor de bank gunstige bepaling'; kennelijk gaat Seinstra er ten onrechte van uit dat de bank onder huidig recht geen mededelings- of incassorecht heeft.

34 Eindrapport Werkgroep, p. 34, verwijst hierbij naar niet nader onderbouwde gegevens van de NVB. Van Amsterdam RA, een econoom die aan de VU in het kader van zijn promotie 250 dossiers van ondernemingen uit het midden- en kleinbedrijf bij bijzonder-beheerafdelingen van diverse banken onderzocht, komt volgens zijn voorlopige bevindingen op een percentage van 60% 'maatschappelijk' geslaagde reorganisaties (doorstarts) en op krap 70% voor de bank geslaagde reorganisaties, zie Franken, t.a.p., p. 338.

36 Franken, t.a.p., p. 340-341.

gevolg van door de bank afgedwongen overdracht van de aandelen.³⁶ Mede gezien deze bestaande waarborg voor derden dient de huidige praktijk van informele herstructurerings onder begeleiding van financiers naar het oordeel van de Werkgroep:

*'positief te worden beoordeeld nu zij erin resulteert dat de ondernemer wordt gedwongen zijn oordeel te toetsen aan dat van zijn belangrijkste financiers'.*³⁷

Alle goede bedoelingen om de surseance efficiënter te maken en om te bouwen tot een geschikt regime voor herstructurering ten spijt, zal het wetsontwerp tot gevolg kunnen hebben dat deze, als positief beoordeelde, informele praktijk onder druk komt te staan. Niet vergeten moet worden dat ook de surseance, gezien de commerciële en juridische gevolgen daarvan, een paardenmiddel is dat slechts in ernstige nood moet worden toegediend.³⁸ De voorstellen geven prikkels om surseance aan te vragen zonder dat, binnen de vertrouwensrelatie die tussen ondernemer en financier zou moeten bestaan, eerst een informele oplossing wordt gezocht. Het kan straks zo zijn dat de zuiverende, en door de Werkgroep positief beoordeelde, informele herstructurerings in de toekomst minder vaak zullen voorkomen. Het is dus de vraag of, indien er onder toekomstig recht meer surseances zijn waar te nemen, er sprake is van succesvolle wetgeving of van verlegging van herstructurerings vanuit het informele circuit. Of deze verlegging van de informele herstructurering naar de formele herstructurering in de toekomstige 'efficiënte' surseance, over het geheel genomen ook echt efficiënt zal zijn, betwijfel ik. De surseance nieuwe stijl moet daarom ook naar mijn mening in het verdere wetgevingsproces nog eens kritisch bekeken worden.³⁹

De afschaffing van het (bodem)voorrecht van de fiscus

Op grond van de Invorderingswet heeft de fiscus een voorrecht op alle goederen van de belasting-schuldige. Dat voorrecht gaat voor het – niet reële – eigendomsrecht van derden of het stil-pandrecht voorzover rustend op zaken die zich op de bodem van de belastingplichtige bevinden (de zogenoemde bodemzaken). De Werkgroep beveelt aan het (bodem)voorrecht van de fiscus af te schaffen. Het (bodem)voorrecht had al per 1 januari 1993 afge-

schaft moeten zijn, maar indiening van het hiervoor aangehaalde wetsontwerp in november 1992 heeft dit voorkomen. Dat dit wetsontwerp sinds 1994 niet is behandeld, is iets dat de Werkgroep terecht als 'hoogst opmerkelijk' bestempelt. De Werkgroep geeft verscheidene argumenten voor afschaffing:

- het potentieel aan financieringsmogelijkheden van ondernemingen wordt vergroot;
- het (bodem)voorrecht leidt tot de bekende vijfvoor-twaalf-race tussen financier en Ontvanger en de praktijk van kostbare constructies ter ontwijking van de consequenties;
- deze constructies staan haaks op het streven om de continuïteit van een onderneming veilig te stellen;
- het (bodem)voorrecht is uniek binnen de Europese Unie en op dat niveau niet goed uit te leggen.

Vanuit bancaire hoek wordt de aanbeveling van de Werkgroep dat het (bodem)voorrecht moet worden afgeschaft met instemming begroet.⁴⁰ Het is maar de vraag of de mening van de Werkgroep ten aanzien van dit onderwerp ook wordt gevolgd. De Werkgroep kon niet tot unanimitie komen. De vertegenwoordigers van de ministeries van Financiën en van Werkgelegenheid en Sociale Zaken meenden dat verslechtering van de fiscale positie budgettaire consequenties zou hebben. Deze consequenties worden thans berekend door het Centraal Planbureau. Voor het geval zou blijken dat de budgettaire consequenties prohibitief zijn, heeft de Werkgroep enkele *second best*-voorstellen gedaan die neerkomen op handhaving van het bodemvoorrecht maar inperkings van het begrip bodemzaken of afschaffing van het bodemvoorrecht en invoering van een alternatief ter securering van aanspraken van de fiscus (en eventueel ook UWV). Als alternatieven wordt gedacht aan het voorstel van De Liagre Böhl, het voorstel van Van Mierlo of een combinatie van beide. Het voorstel-De Liagre Böhl houdt kort gezegd in dat de fiscus een vast percentage verkrijgt van de opbrengst van alle roerende zaken welk percentage ook verschuldigd is als de pandhouder executeert. Het voorstel-Van Mierlo gaat uit van een wettelijk stil-pandrecht op zaken die vallen onder een nieuwe definitie van bodemzaken, welk recht geldt ook als een derde de eigenaar is of een stil-pandrecht heeft op deze zaken.

36 HR 2 mei 1997, NJ 1997, 662 (Kip en Sloetjes/Rabobank).

37 Eindrapport Werkgroep-Raaijmakers, p. 35.

38 Ook de Werkgroep onderkent dat: eindrapport Werkgroep-Raaijmakers, p. 31.

39 Ook Franken, t.a.p., p. 338.

40 Verdaas, t.a.p., p. 93, en Seinstra, t.a.p., p. 232.

De introductie van een *early warning-verplichting*

Een bestuurder van een Duitse vennootschap is indien *Überschuldung* wordt geconstateerd, verplicht om maatregelen te nemen. *Überschuldung* wordt bepaald door de solvabiliteitsratio van de onderneming. Deze maatregelen kunnen er in zijn gelegen dat vreemd vermogen wordt omgezet naar risicodragend vermogen (bijvoorbeeld door een achterstellingsverklaring), dat crediteuren bereid zijn om genoeg te nemen met een *hair cut* of dat nieuw eigen vermogen wordt ingebracht. Indien een dergelijke maatregel niet (meer) mogelijk is, is de bestuurder gehouden om toepassing van een insolventieregime te verzoeken. Ook in België bestaat de verplichting van de bestuurder om onder omstandigheden 'de boeken neer te leggen'. In Nederland kennen wij alleen de op de bestuurder rustende verplichting tot melding van de zogenoemde betalingsonmacht aan de fiscus, het UWV en/of het pensioenfonds indien de onderneming niet in staat is om belasting of premies af te dragen.⁴¹ Niet of niet tijdige nakoming van deze verplichting kan aanleiding zijn voor privé-aansprakelijkheid van de bestuurder ten opzichte van elk van deze drie bijzondere crediteuren. Als rechtvaardiging voor deze regel wordt wel genoemd dat deze crediteuren, anders dan de bank of handelscrediteuren, hun debiteur niet zelf hebben kunnen uitkiezen en hun verhouding tot de schuldenaar geen contractuele is. Daarnaast kennen wij in Nederland in de jurisprudentie op grond van onrechtmatige daad ontwikkelde regels inhoudende onder meer dat een bestuurder, op straffe van persoonlijke aansprakelijkheid, geen onware uitlatingen mag doen over de financiële toestand van de onderneming, geen verwachtingen mag wekken die niet kunnen worden waargemaakt en niet namens de onderneming verplichtingen mag aangaan terwijl hij wist of had behoren te weten dat de onderneming deze niet na zal kunnen komen en geen verhaal zal bieden voor de verplichting tot schadevergoeding wegens deze niet-nakoming.⁴² Er bestaat dus geen algemene verplichting van de bestuurder om waarschuwingen af te geven als het opeens financieel tegenzit of om onder omstandigheden surseance of

faillissement aan te vragen. De wettelijke verplichting tot openbaarmaking van de jaarrekening door deponering bij het Handelsregister (waarvan de niet-nakoming tot persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder kan leiden) is niet als een dergelijke algemene waarschuwingsplicht te beschouwen omdat deze verplichting tot uiterlijk dertien maanden na het einde van het boekjaar kan worden vervuld en de gepubliceerde gegevens op het moment van deponering veelal niet een actueel beeld geven, ook niet indien de wettelijke verplichting zou worden opgenomen dat de accountant zich in een separate verklaring over de continuïteit van de onderneming zou moeten uitlaten.⁴³ Een van de kernaanbevelingen van de Werkgroep is om, naast de bestaande aansprakelijkheidsregelingen, een algemene plicht in te voeren 'om op een tijdig moment' 'betalingsonmacht' te melden. Melden van betalingsonmacht kan volgens de Werkgroep bijvoorbeeld door het deponeren van een verklaring bij het handelsregister. Er zou behoefte zijn aan een dergelijke meldingsplicht omdat, zo meent de Werkgroep, surseance en faillissement vaak zo laat worden aangevraagd dat geen uitzicht meer bestaat op herstel of voldoening van de crediteuren. Aldus zou een 'rem op doormodderen' gezet worden. Met wat fantasie kan op basis van het eindrapport een definitie van 'doormodderen' worden geformuleerd:

'het onverantwoord, want zonder dat crediteuren bekend zijn met de situatie waardoor crediteuren geen maatregelen kunnen nemen, ten laste van crediteuren doorgaan met de bedrijfsvoering zonder zelf namens de onderneming toepassing van een insolventieprocedure aan te vragen.'

Door het melden van de betalingsonmacht kunnen crediteuren in ieder geval weten dat hun debiteur zich op modderig terrein begeven heeft. De vraag is wat 'een tijdig moment' zal zijn om te melden en deze vraag hangt samen met wat in het kader van deze nieuwe regeling onder de term 'betalingsonmacht' moet worden verstaan. De ervaring zou leren dat de ondernemer de overlevingskansen vaak te rooskleurig inschat en dat hij het zich niet altijd zal realiseren dat de onderneming op het terrein van 'doormodderen' is aanbeland. Een rol voor de

41 Artikel 36 IW, artikel 16d CSW en artikel 18b PSW.

42 Dergelijke normen zijn deels neergelegd in de wet (de artikelen 2:139/249) en deels ontleend aan de jurisprudentie op grond van onrechtmatige daad, bijvoorbeeld de norm dat de bestuurder privé aansprakelijk is voor de schade die een crediteur lijdt indien de bestuurder de vennootschap een overeenkomst laat aangaan terwijl de bestuurder wist of had behoren te weten dat de vennootschap deze niet na zal kunnen komen en geen verhaal zou bieden is geformuleerd in HR 6 oktober 1989, NJ 1990, 286, m.nt. Ma (Beklamel).

43 Zie de artikelen 2:394 en 2:248 BW.

accountant wordt door de Werkgroep niet realistisch geoordeeld. Nader onderzoek is volgens de Werkgroep geboden. De Werkgroep doet zelf vast een voorzet en stelt voor dat een bestuurder de verklaring moet deponeren bij het handelsregister indien de onderneming langer dan drie maanden in verzuim is met de betaling van belastingen en premies te rekenen vanaf de dag dat hij dit voor de eerste maal heeft gemeld c.q. had moeten melden aan de fiscus en het UWV.⁴⁴ Het gunnen van een wettelijke informatievoorsprong aan de fiscus, het UWV en het pensioenfonds van maar liefst drie maanden wordt niet gemotiveerd. De Werkgroep meent dat schending van deze nieuwe algemene meldingsplicht van betalingsonmacht niet direct tot privé-aansprakelijkheid moet leiden. De sanctie van bijvoorbeeld artikel 2:248 lid 2 BW (privé-aansprakelijkheid voor het gehele deficit van het faillissement) wordt door de Werkgroep te zwaar geoordeeld. Dat er wel ernstige sancties staan op het schenden van de bestaande meldingsplichten en niet op de eventueel toekomstige algemene meldingsplicht, is voor mij niet goed begrijpelijk.

De rol en het profiel van de hoofdrolspelers

Wordt in de wet opgenomen dat de bestuurder van een insolvente onderneming onder omstandigheden de plicht heeft tot het nemen van maatregelen, bijvoorbeeld depot van een betalingsonmachtverklaring of het aanvragen van faillissement, dan verandert daarmee zijn rol op het *corporate recovery*-toneel. De Werkgroep doet meer aanbevelingen om de rol en het profiel van de hoofdrolspelers te wijzigen. Ook Kortmann meent dat de rolverdeling aanpassing behoeft omdat onder het huidige recht het toezicht op curatoren tekortschiet en crediteuren in de regel te weinig betrokken zijn bij belangrijke beslissingen.⁴⁵ In het eindrapport worden de volgende voorstellen gedaan:

- onderzocht moet worden of de bevoegdheid tot het aanvragen van faillissement niet uitsluitend bij het bestuur, in plaats van primair bij de aandeelhouders, zou moeten komen te liggen;
- de commissie van schuldeisers, thans een zelden of nooit gebruikt orgaan, zou een nieuw leven moe-

ten krijgen als toezichthouder op de curator (naast en deels ter ontlasting van de rechter-commissaris) want dit vergroot de inbreng van bedrijfseconomische kennis in de insolventieprocedure en de transparantie en de integriteit van de insolventieprocedure als geheel;

- de rechter-commissaris in faillissementszaken zou verder gespecialiseerd moeten zijn hetgeen wellicht haalbaar is indien insolventiezaken bij bepaalde rechtbanken zouden worden geconcentreerd;
- de rechter-commissaris zou meer bevoegdheden mogen krijgen;
- in de faillissementskamers zouden, zoals nu in de Ondernemingskamer, leken-deskundigen met een bedrijfseconomische achtergrond moeten worden opgenomen en er zou een pool van deskundigen (advocaten en bedrijfseconomen) moeten zijn die de rechterlijke macht kan raadplegen en die benoembaar zijn als bewindvoerder of als curator.⁴⁶

Tot slot

Wat de positie van de financier bij *corporate recoveries* in de toekomst zal zijn, is nog onduidelijk omdat de aanbevelingen van het MDW-eindrapport, hoewel overgenomen door het kabinet, nog niet zijn geconcretiseerd. De meeste van die aanbevelingen zijn vanuit het oogpunt van de financier niet onwelkom. Sommige aspecten van de voorstellen zijn echter voor wat betreft de positie van de financier nog onvoldoende doordacht en behoeven nadere overweging. Het door het kabinet overgenomen plan van aanpak, namelijk het starten van een wetgevingsprogramma waarin de voorstellen clusterwijs in diverse onderling samenhangende wetsontwerpen worden gegoten en het instellen van een Staatscommissie als mentor of supervisor van dat wetgevingsprogramma, stemt in ieder geval tot optimisme dat er ook werkelijk iets gaat gebeuren.

Mr. H.J.E. Veerbeek is advocaat te Utrecht, directeur Juridische Zaken van NMB-Heller NV en docent Ondernemingsrecht aan de Universiteit Utrecht.⁴⁷

44 De bestaande meldingsplicht ten behoeve van de fiscus houdt in dat onverwijld nadat gebleken is dat de belastingschuldige niet tot betaling van bepaalde belastingen in staat is, daarvan mededeling moet worden gedaan, zie artikel 36 IW; in het Uitvoeringsbesluit IW 1990 is bepaald dat het uiterste moment van melding is 14 dagen nadat de verschuldigde belasting diende te worden aangegeven en afgedragen.

45 Stelling 4 geponeerd door S.C.J.J. Kortmann tijdens het Allen & Overy-seminar bedoeld in noot 4.

46 Ook de ondernemersorganisatie MKB-Nederland meent dat 'iemand met relevante bedrijfseconomische kennis' als bewindvoerder moet optreden, waarbij men denkt aan 'oud-ondernemers die kansen zien'; zie 'MKB: ontslag versoepelen bij surseance; liever geen jurist als curator', in: *Financiële Dagblad* 2 april 2003, naar aanleiding van de presentatie van de Nota 'Herziening van de Faillissementswet', 1 april 2003.

47 Met dank aan mw. mr. M.P. van Achterberg van ING Bank voor haar commentaar op een eerdere versie.