

Corporate recovery

De weg naar effectief insolventierecht

Corporate recovery, de weg naar effectief insolventierecht,
januari 2007, © Karin Luttkhuis. Meer informatie over het onderwerp en hoe dit boek
is te bestellen, kunt u vinden op: www.corporate-recovery.org

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-90-811760-1-9

Corporate recovery

De weg naar effectief insolventierecht

PROEFSCHRIFT

TER VERKRIJGING VAN DE GRAAD VAN DOCTOR
AAN DE UNIVERSITEIT VAN TILBURG, OP GEZAG VAN
DE RECTOR MAGNIFICUS, PROF. DR. F.A. VAN DER DUYN
SCHOUTEN,
IN HET OPENBAAR TE VERDEDIGEN TEN OVERSTAAN VAN EEN
DOOR HET COLLEGE VOOR PROMOTIES AANGEWENZEN COMMISSIE
IN DE AULA VAN DE UNIVERSITEIT OP VRIJDAG 22 JUNI 2007 OM
10.15 UUR

DOOR

ANNA PLECHELMA KARIN LUTTIKHUIS

GEBOREN OP 18 JUNI 1969
TE OLDENZAAL

Promotor: Prof. mr. R.D. Vriesendorp

Promotiecommissie: Prof. mr. J.M. Barendrecht
Prof. mr. S.C.J.J. Kortmann
Prof. mr. J.B.M. Vranken
Prof. dr. mr. P.M. van der Zanden RA

Het onderzoek is financieel mede mogelijk gemaakt dankzij bijdragen – al dan niet in natura – van het Centraal Bureau voor de Statistiek, de Nederlandse Organisatie voor Wetenschappelijk Onderzoek (NWO) en het Schoordijk Instituut van de Universiteit van Tilburg.

Voor Arnoud, Celeste en Félice

Inhoudsopgave

HOOFDSTUK 1

INLEIDING	1
1 Aanleiding voor het onderzoek	2
1.1 Veranderingen sinds 1893 in vogelvlucht	2
1.2 Veranderingen in Faillissementswet in vogelvlucht	4
1.3 Formele en informele insolventieprocedures	8
2 Probleem en doel van het onderzoek	11
3 Onderzoeksvragen	12
3.1 Faillissementsprocedure	12
3.1.1 Belang en functie faillissementsprocedure	12
3.1.2 Voorwaarde	13
3.1.3 Schuldeisersbenadeling en toezicht	13
3.1.4 Parallele procedures	14
3.2 Informele reorganisatie	15
3.2.1 Belang en functie informele reorganisatie	15
3.2.2 Arbeidsrecht en toezicht	15
4 Stand van de wetenschap in vogelvlucht	16
5 Onderzoeksmethodologie	19
5.1 Theoretisch onderzoek	19
5.2 Dossieronderzoek	19
5.2.1 Inhoud dossiers	20
5.2.2 Bewerking gegevens	21
5.2.3 Omvang onderzoek	21
5.2.4 Kenmerken van de onderzochte faillissementen	21
5.2.4.1 Rechtsvorm	21
5.2.4.2 Duur faillissement	21
5.2.4.3 Wijze aanhangig maken	22
5.2.4.4 SBI '93	22
5.2.4.5 Bedrijfs grootte	22
5.2.4.6 Onbetaald gebleven schulden	22
5.2.4.7 Uitkering	22
5.2.5 Beperkingen dossieronderzoek	22
5.3 Literatuur- en jurisprudentieonderzoek	23
6 Plan van behandeling	24

HOOFDSTUK 2

BELANG EN DOELEN FAILLISEMENTSPROCEDURE	25
1 Onderzoeksvragen en stand van de wetenschap	26
1.1 Onderzoeksvragen	26
1.2 Stand van de wetenschap	28
2 Onderzoeksresultaten	31
2.1 Doelen faillissementsprocedure	31
2.1.1 Maximalisatie van opbrengsten	33
2.1.1.1 In een klein aantal faillissementen een uitkering	33
2.1.1.2 Lage recovery rate	34
2.1.2 Behoud van onderneming	35
2.1.2.1 Akkoord	35
2.1.2.2 Doorstart	35
2.1.3 Behoud van werkgelegenheid	36
2.1.3.1 Werknemers	36
2.1.3.2 Werknemers zonder behoud van onderneming	37
2.1.3.3 Werknemers met behoud van onderneming	37
2.2 Belang faillissementsprocedure	40
2.2.1 Aantal bedrijven en bedrijfsgrootte	41
2.2.2 Aantal faillissementen negatieve boedel	42
3 Conclusies	42

HOOFDSTUK 3

MISBRUIK VAN FAILLISEMENTSRECHT	47
1 Onderzoeksvragen en stand van de wetenschap	48
1.1 Onderzoeksvragen	48
1.2 Stand van de wetenschap	51
2 Onderzoeksresultaten	52
2.1 Omvang misbruik van faillissementsrecht	52
2.2 Voorkomen misbruik faillissementsrecht	53
2.2.1 Werking huidige instrumenten	53
2.2.2 Wijzigingen in faillissementsprocedure	55
2.2.2.1 Creditors' bargain model	56
2.2.2.2 Nuances van het creditors' bargain model	59
2.2.2.3 Meerdere procedures om insolventie op te lossen	60
2.2.2.4 Arbeidsrecht concentreert zich op een solvent bedrijf	60
2.2.2.5 Wijzigingen	62
3 Conclusies en aanbevelingen	64

HOOFDSTUK 4

SCHULDEISERSBENADELING	71
1 Onderzoeksvragen en stand van de wetenschap	72
1.1 Onderzoeksvragen	72
1.1.1 Schuldeisersbenadeling	72
1.1.2 Faillissementspauliana	75
1.1.3 Onrechtmatige daad	76
1.1.4 Bestuurdersaansprakelijkheid	78
1.2 Stand van de wetenschap	81
2 Onderzoekresultaten	84
2.1 Onderzoekresultaten effecten schuldeisersbenadeling	84
2.2 Onderzoekresultaten werking instrumenten	90
3 Conclusies en aanbevelingen	95

HOOFDSTUK 5

TOEZICHT	101
1 Onderzoeksvraag en stand van de wetenschap	103
1.1 Onderzoeksvraag	103
1.2 Stand van de wetenschap	103
2 Onderzoekresultaten	103
2.1 Toezicht in de faillissementsprocedure	104
2.1.1 Wenden tot r-c	104
2.1.2 Hoger beroep tegen machtiging r-c	106
2.1.3 Verzet door schuldeisers	108
2.2 Art. 69 Fw. en contact met r-c	110
2.3 Art. 67 lid 1 Fw.	110
2.4 Weinig verzet	111
3 Conclusies en aanbevelingen	112

HOOFDSTUK 6

FAILLISEMENT ONDERDEEL SYSTEEM VAN PROCEDURES	115
1 Onderzoeksvragen en stand van de wetenschap	115
1.1 Onderzoeksvragen	115
1.2 Stand van de wetenschap	116
2 Onderzoekresultaten	116
2.1 Individuele verhaalsprocedures	116
2.1.1 Vermogen schuldenaar	118
2.1.1.1 Pand- en hypotheekhouder en zekerheidsgerechtigde	118
2.1.1.2 Verhaalsrecht Belastingdienst	119
2.1.2 Vermogen derden	120
2.2 Aantasting doelen faillissementsprocedure	121
2.2.1 Vermogen schuldenaar	121

2.2.2	Vermogen derden	123
2.3	Omvang aantasting doelen faillissementsprocedure	124
3	Conclusies en aanbevelingen	126
<i>HOOFDSTUK 7</i>		
	FOCUS OP DE INFORMELE REORGANISATIE	131
1	Onderzoeksvragen en stand van de wetenschap	132
1.1	Onderzoeksvragen	132
1.2	Stand van de wetenschap	134
2	Onderzoeksresultaten	135
2.1	Maatschappelijk belang	135
2.2	Doelen	135
2.3	Wijzigingen ter verbetering informele reorganisatie	138
2.3.1	Arbeidsrecht	138
2.3.2	Toezicht	139
3	Conclusies en aanbevelingen	140
<i>HOOFDSTUK 8</i>		
	CONCLUSIES EN AANBEVELINGEN	145
1	Conclusies	145
2	Aanbevelingen	153
	SAMENVATTING	163
	SUMMARY	169
	ANEX RESEARCH QUESTIONS AND METHODS	173
	LIJST VAN GERAADPLEEGDE JURISPRUDENTIE	175
	LIJST VAN GERAADPLEEGDE EN VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR	177
	BIJLAGE 1 BEGRIPPENLIJST	191
	BIJLAGE 2 ONDERZOEKSVRAGEN EN METHODEN	193
	BIJLAGE 3 VRAGENLIJST DOSSIERONDERZOEK ONDERZOEKER	195
	BIJLAGE 4 VRAGENLIJST DOSSIERONDERZOEK CENTRAAL BUREAU VOOR DE	
	STATISTIEK	199
	BIJLAGE 5 TABELLEN KENMERKEN ONDERZOEKSPOPULATIE	203

Afkortingen

AA	Ars Aequi
ARA	Arbeidsrechtelijke Annotaties
ABR	Algemeen Bedrijfsregister
art.	artikel
artt.	artikelen
a.w.	aangehaald werk
AWR	Algemene Wet Rijksbelastingen
Bb	Bedrijfsjuridische berichten
BBA	Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen
BIBOB	Bevordering Integriteitsbeoordelingen door het Openbaar bestuur
Bijl. Hand. I	Bijlagen bij Handelingen van de Eerste Kamer der Staten-Generaal
Bijl. Hand. II	Bijlagen bij Handelingen van de Tweede Kamer der Staten-Generaal
BNB	Beslissingen in Belastingzaken/Nederlandse Belastingrechtspraak
BV	Besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
BW	Burgerlijk Wetboek
CBS	Centraal Bureau voor de Statistiek
CCL	Center for Company Law
Cir	Centraal insolventieregister
CV	Commanditaire Vennootschap
CWI	Centrum voor Werk en Inkomen
d.d.	de dato
e.a.	en anderen
ECD	Economische Controledienst
etc.	etcetera
EVRM	Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de Fundamentele vrijheden
Fw.	Faillissementswet
Hand. I	Handelingen van de Eerste Kamer der Staten-Generaal
Hand. II	Handelingen van de Tweede Kamer der Staten-Generaal
HR	Hoge Raad der Nederlanden
HSI	Hugo Sinzheimer Instituut
Insolad	Vereniging Insolventierecht Advocaten
Inv.	Invorderingswet 1990

Iwfsv	Invoeringswet Wet financiering sociale verzekeringen
i.w.t.	in werking getreden
JAR	Jurisprudentie Arbeidsrecht
jo.	juncto
JOR	Jurisprudentie Ondernemingsrecht
JOL	Jurisprudentie online
Kamerstukken I	Kamerstukken van de Eerste Kamer der Staten-Generaal
Kamerstukken II	Kamerstukken van de Tweede Kamer der Staten-Generaal
KB	Koninklijk Besluit
KG	Kort Geding
LInv	Leidraad Invordering
Ltd.	Limited company
m.m.v.	met medewerking van
m.nt.	met noot
Ktr.	Kantonrechter
MvA	Memorie van Antwoord
MvT	Memorie van Toelichting
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NJV	Nederlandse Juristen Vereniging
NTBR	Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht
NV	Naamloze vennootschap
OK	Ondernemingskamer
OM	Openbaar ministerie
OO&R	Onderzoekscentrum voor Onderneming & Recht
q.q.	qualitate qua
Rb.	Rechtbank
r-c	rechter-commissaris
Recofa	Werkgroep rechters-commissarissen in faillissementen
Rv.	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
RvdW	Rechtspraak van de Week
SBI '93	Standaard Bedrijfsindeling 1993
SER	Sociaal Economische Raad
Sr.	Wetboek van Strafrecht
Stb.	Staatsblad
Stcr.	Staatscourant
SV&V	Tijdschrift voor Stichting, Vereniging en Vennootschap, sinds 2004 opgevolgd door het tweemaandelijks tijdschrift Ondernemingsbestuur (TvOB)

t.a.p.	ter aangehaalde plaatse
TvI	Tijdschrift voor Insolventierecht
TvP	Tijdschrift voor Privaatrecht
TVVS	Tijdschrift voor Vennootschappen, Verenigingen en Stichtingen, sinds 1999 opgevolgd door het tijdschrift Ondernemingsrecht
UWV	Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen
vgl.	vergelijk
V&O	Vennootschap en Onderneming
Vpb.	Wet op de vennootschapsbelasting
vof	vennootschap onder firma
V-N	Vakstudie Nieuws
W.	Weekblad van het Recht
WBA	Wet Bestuurdersaansprakelijkheid
WBF	Wet Bestuurdersaansprakelijkheid bij Faillissement
WED	Wet op de economische delicten
WFR	Weekblad Fiscaal Recht
Wfsv	Wet Financiering Sociale Verzekeringen
WODC	Wetenschappelijk onderzoek- en documentatiecentrum
WPNR	Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie
WSNP	Wet Schuldsanering Natuurlijke Personen
WvK	Wetboek van Koophandel
WW	Werkloosheidswet

Inleiding

‘Is inefficiënte rechtvaardigheid onrechtvaardig?’

Insolventierecht dient de doelen te bereiken die eraan worden gesteld. Het insolventierecht dient de doelen ook op een efficiënte wijze te bereiken, dat wil zeggen op een manier dat er zo weinig mogelijk kosten mee gemoeid zijn. Wij zijn druk bezig met het veranderen van onze insolventiewetgeving. De wetgever heeft recent enkele meer en minder ingrijpende wijzigingen ingevoerd en had en heeft diverse staatscommissies¹ ingesteld die hem hierbij adviseren, maar het is onbekend of het insolventierecht effectief en efficiënt is. Het ontbreekt ons nagenoeg geheel aan grootschalig (empirisch) onderzoek hiernaar. De vele verzoeken hierom uit de doctrine² hebben geen gehoor gekregen. Dit boek voorziet voor een deel in deze lacune.

Dit hoofdstuk vangt aan met de aanleiding voor het onderzoek (§ 1), gevolgd door een beschrijving van het probleem en het doel van het onderzoek (§ 2). Het vervolgt met een weergave van de onderzoeksvragen (§ 3) en de stand van de wetenschap (§ 4). Het besluit met een beschrijving van de onderzoeksmethodologie (§ 5) en een indeling van de hoofdstukken (§ 6).

1 O.a. Commissie ter advisering omtrent de eventuele herziening van de Faillissementswet, ingesteld door de Minister van Justitie bij Besluit van 1 mei 1986, *Stcrt.* 15 mei 1986, nr. 91 (Commissie-Mijnssen, 1989), MDW-Werkgroep Herziening Faillissementswet (Commissie-Raaijmakers, 2001). MDW staat voor Marktwerking, Deregulering en Wetgevingskwaliteit en de huidige Commissie insolventierecht onder leiding van prof. mr. S.C.J.J. Kortmann ingesteld bij Besluit van 3 april 2003, *Stcrt.* 76.

2 Zie o.a. Kortmann 1999, p. 101-102, Kortmann 2000, p. 29, Vriesendorp 1997, p. 71, Winter 1997, p. 208-213, Winter 2000, p. 24-25, Verstijlen 1997, p. 20 e.v. en Harmsen 2000, p. 58.

1 Aanleiding voor het onderzoek

In de afgelopen decennia heeft de wetgever diverse pogingen gedaan om de huidige Faillissementswet te herzien.³ De Faillissementswet die dateert uit 1893,⁴ is nog niet vervangen. Dit terwijl sinds 1893 de maatschappij en de overige wetgeving zoals het burgerlijk recht en handelsrecht, vennootschapsrecht, arbeidsrecht en fiscaal recht, fundamenteel zijn gewijzigd.⁵ De Faillissementswet is weliswaar ook op een aantal gebieden meer en minder ingrijpend gewijzigd,⁶ maar loopt niet in pas met deze wijzigingen.

Alvorens de wetgever de Faillissementswet gaat wijzigen, is het van belang om te onderzoeken hoe de Faillissementswet in de huidige veranderde maatschappij en wetgeving functioneert. Op dit moment weet de wetgever niet of het insolventierecht effectief en efficiënt is, laat staan dat hij weet welke wijzigingen hij in de Faillissementswet danwel in andere wetgeving moet of kan aanbrengen opdat er sprake is van effectief en efficiënt insolventierecht.

1.1 Veranderingen sinds 1893 in vogelvlucht

Thans hebben de overheid en de werknemers een andere rol en positie dan in 1893 toen de huidige Faillissementswet tot stand kwam. Er is nu een verzorgingsmaatschappij. Dit alles is vastgelegd en gereguleerd in

3 Hiervan zag niet iedereen de noodzaak in. Zie o.a. A. van Hees 2006, p. 25, Kortmann 2000, 1: 'De bestaande Faillissementswet is weliswaar meer dan honderd jaar oud, maar er zijn geen aanwijzingen dat deze in de praktijk niet hanterbaar is of tot serieuze problemen leidt, ook niet bij het veiligstellen van de continuïteit van levensvatbare (onderdelen van) ondernemingen. Molengraaff's meesterwerk is centennium-proof gebleken.[...]' en Winter 1997, nr. 5.

4 Wet van 30 september 1893, *Stb.* 140 en is in werking getreden op 1 september 1896 (Wet van 6 september 1895, *Stb.* 155).

5 Vgl. Commissie Mijnsen, p. 22 en MDW-Eindrapport 2001, p. 14.

6 Tot de meer ingrijpende wijzigingen kunnen worden genoemd: de bij Wet van 16 mei 1925, *Stb.* 192 ingevoerde mogelijkheid om ook nadat de verificatievergadering is gehouden – en de boedel in staat van insolventie verkeert wanneer geen akkoord werd aangeboden – het bedrijf van de gefailleerde voort te zetten, de aanpassingen in het kader van de bestrijding van misbruik van rechtspersonen (Kamerstukken 16631; *Stb.* 1986, 275); invoering van het nieuwe vermogensrecht per 1 januari 1992 (Kamerstukken 16593, 19528 resp. 21418; *Stb.* 1986, 295, *Stb.* 1991, 198 resp. *Stb.* 1991, 199); invoering Wet Schuldsanering Natuurlijke Personen (WSNP) in 1998; bestrijding misbruik faillissementen om werknemers te ontslaan (Kamerstukken 27 469, *Stb.* 2002, 215 en *Stb.* 2002, 245), invoering van de vereenvoudigde afwikkeling van het faillissement in 2002 (Kamerstukken 27 199, *Stb.* 2002, 185), inwerkingtreding Europese insolventieverordening en de bevordering van de effectiviteit van surseance van betaling (Kamerstukken 27 244, *Stb.* 2004, 614 en *Stb.* 2005, 10).

een uitvoerig stelsel van arbeids-, sociale zekerheids- en belastingwetgeving en regelgeving. Hierdoor hebben de overheid en de werknemer een relatief sterkere positie. Op het terrein van het insolventierecht komt dit bijvoorbeeld tot uiting in de opdracht van de Europese wetgever in Richtlijn 2001/23/EG aan de Nederlandse wetgever om maatregelen te nemen ten behoeve van de werknemers ter voorkoming van misbruik van faillissementsrecht.

De veranderde maatschappij heeft ook een andere rol en positie met zich mee gebracht voor de Belastingdienst, het UWV en de concurrente schuldeisers. Op grond van voornoemde wet- en regelgeving dient een bedrijf tal van premies en belastingen af te dragen aan de Belastingdienst en het UWV en hebben de Belastingdienst en het UWV een scala aan rechten en preferenties verkregen om hun vorderingen voldaan te krijgen. Dit alles maakt dat de werknemers, de Belastingdienst en het UWV⁷ nu belangrijke spelers zijn in een insolventieprocedure van een bedrijf. De rechtspositie van de concurrente schuldeisers is navenant verzwakt.⁸

In onze huidige maatschappij bestaat er een andere opvatting over de functie van een bedrijf dan in 1893. Een bedrijf mag zijn winststreven voorop stellen, maar dient dit op een maatschappelijk verantwoorde wijze te doen. Dit is onder meer verankerd in wet- en regelgeving over de positie van bedrijven, bestuurders, milieu, verslaggeving en corporate governance. Bovendien bestaan er thans meer rechtsvormen waarin een onderneming kan worden gedreven dan in 1893.

Verder hebben zich op het gebied van zekerheden en financieringsvormen belangrijke ontwikkelingen voorgedaan sinds de totstandkoming van de Faillissementswet. Het pand- en het hypotheekrecht bestonden weliswaar al in 1893, maar er bestond toen geen stil pandrecht. De pand- en hypotheekhouder hebben nu een belangrijker rol dan in 1893. Tegenwoordig bestaan er verder nieuwe financieringsvormen waarbij slechts het economische eigendom bij de schuldenaar berust en het juridische eigendom bij de financier. Hierbij valt te denken aan financial lease, eigendomsvoorbehoud en huurkoop. De Faillissementswet uit 1893 heeft geen rekening gehouden met deze veranderingen.

Bovenal heeft zich in de praktijk naast de formele insolventieprocedures van faillissement, surseance van betaling en - sinds 1 december 1998 -

7 Hierbij dient te worden opgemerkt dat vanaf 2006 de heffing en de invordering van de werknemerspremies is overgegaan van het UWV naar de Belastingdienst ex artt. 57 en 60 Wfsv.

8 Vgl. MDW-Eindrapport 2001 p. 7 en p. 16.

de schuldsanering natuurlijke personen, een aantal informele insolventieprocedures voor bedrijven ontwikkeld. Zo is één van de wijzen waarop multinationals omgaan met (dreigende) insolventie: het verplaatsen van (een deel van) hun activiteiten naar andere landen die een andere maatschappelijke context hebben. Verder is er bij het MKB-bedrijf de zogenoemde informele reorganisatie onder leiding van de zogenaamde huisbank ontstaan. Dit houdt in dat het bedrijf samen met de huisbank de onderneming tracht te saneren. Uit onderzoek blijkt dat dit veelvuldig voorkomt en effectief lijkt te werken.⁹

1.2 Veranderingen in Faillissementswet in vogelvlucht

De Faillissementswet uit 1893 voorzag en voorziet in twee formele insolventieprocedures¹⁰ de surseance van betaling en de faillissementsprocedure.

De surseance van betaling had en heeft een continuïteitsfunctie.¹¹ De surseance was bedoeld voor gevallen waarin 'de zaken van den schuldenaar levensvatbaarheid hebben en slechts tijdelijk zijn vastgeraakt.'¹² De surseance voorziet in een reorganisatie van de onderneming binnen dezelfde juridische eenheid. Echter de surseance werkte niet goed en men maakte hiervan weinig gebruik.¹³ Deze regeling biedt kennelijk onvoldoende mogelijkheden om een reorganisatie van de onderneming door te voeren. Hierdoor eindigt een surseance vaak spoedig in een faillissement.¹⁴

De surseance treft bovendien alleen de concurrente vorderingen. De andere vorderingen - preferente en door zekerheden gedekte schulden - dienen te blijven worden voldaan in een surseance. Vaak is de sursiet hiertoe niet in staat. De surseance kent slechts een beperkte bepaling

9 Zie hoofdstuk zeven.

10 Ik laat hier de invoering van de Wet Schuldsanering Natuurlijke Personen (WSNP) in 1998 buiten beschouwing. Een natuurlijke persoon die een bedrijf voert kan gebruik maken van de WSNP om zijn onderneming te liquideren en/of (een deel van) de onderneming going concern te verkopen aan een derde, dan wel om zijn onderneming binnen dezelfde juridische eenheid te reorganiseren.

11 Aldus ook o.a. Kortmann 2000, p. 27.

12 Van der Feltz II, p. 336.

13 Zie o.a. Van Amsterdam 2004, p. 36 e.v. en de aldaar genoemde CBS-cijfers.

14 Een reden waarom de surseance eindigt in een faillissementsprocedure die niet is gelegen in de werking van de surseance, is de volgende. Krachtens art. 2:136/246 BW is het bestuur van een NV/BV niet bevoegd om zonder opdracht van de algemene vergadering van aandeelhouders het faillissement van de NB/BV aan te vragen. Door surseance aan te vragen omzeilt het bestuur deze regel. Het bestuur beoogt dan niet daadwerkelijk gebruik te maken van de surseance, maar van de faillissementsprocedure (zie hierover Ophof 1993, p. 6).

omtrent het beëindigen van arbeidsovereenkomsten.¹⁵ Art. 239 Fw.¹⁶ kan niet worden beschouwd als een effectief instrument om het personeelsbestand te saneren. Art. 239 Fw. bepaalt weliswaar dat de bewindvoerder niet gehinderd is door de ontslagverboden en dat de ontslagtermijnen beperkt worden tot in beginsel zes weken, maar de andere bepalingen betreffende de opzegging van een arbeidsovereenkomst blijven onverminderd van kracht. Zo dient tijdens de surseance aan de rechter of aan het UWV toestemming te worden verzocht om een arbeidsovereenkomst te beëindigen. Bovenal blijven de bepalingen van art. 7:662 e.v. BW van toepassing. Dit houdt in dat bij een overgang van onderneming in surseance werknemers van rechtswege mee overgaan naar de verkrijger. Dit in tegenstelling tot de faillissementssituatie waarop deze regelgeving niet van toepassing is (art. 7:666 BW). Een ander nadeel van de surseance houdt verband met het openbare karakter ervan. De tijdelijke liquiditeitsverruiming, die het bedrijf krijgt door de bevroering van de concurrente vorderingen, wordt vaak teniet gedaan door het liquiditeitsverkrappend effect van het wegvallen van leverancierskrediet en de door de surseance veranderende betalingsmoraal van de debiteuren van de sursiet.¹⁷ Toeleveranciers, daaronder begrepen openbare nutsbedrijven: gas en elektriciteit, communicatieverkeer, willen ten minste contante betaling van nieuwe leveranties, of vooruitbetaling, storting van deposito's en/of afgifte van bankgaranties. Voorts zijn er nog leveranciers die zelf betaling van 'bevroren' vorderingen eisen en weigeren verder te leveren als aan die eis niet wordt voldaan. Voor wat betreft openbare nutsbedrijven is dat door de Hoge Raad¹⁸ aanvaard. Een ander gevolg van de surseance is dat de debiteuren hun schulden niet meer aan de sursiet voldoen. Een deel betaalt simpelweg niet en een ander deel heeft duurovereenkomsten met de sursiet. Door niet te betalen, hopen ze zich in te dekken voor het risico dat er van de kant van de sursiet niet meer aan de verplichtingen wordt voldaan. Zij kunnen zich alsdan beroepen op verrekening. Nog een ander deel stelt dat de sursiet zijn prestatie niet deugdelijk heeft verricht en weigeren daarom te betalen.¹⁹

In 2005 heeft de wetgever de surseance gewijzigd om het reorganiserende vermogen hiervan te vergroten.²⁰ Er zijn wijzigingen aangebracht o.a. ter

15 Zie ook Ophof 1993, p. 8.

16 Dit artikel is gewijzigd door de Wet van 14 mei 1998, *Stb.* 1998, 300 (Wet flexibiliteit en zekerheid).

17 Zie ook Ophof 1993, p. 9.

18 HR 20 maart 1981, *NJ* 1981, 640.

19 Zie Ophof 1993, p. 9.

20 Wet van 24 november 2004 tot wijziging van de Faillissementswet in verband met het bevorderen van de effectiviteit van surseance van betaling en faillissement, i.w.g. op 15 januari 2005 (Kamerstukken 27 244, *Stb.* 2004, 614 en *Stb.* 2005, 10) afkoelingsperiode en de bepalingen omtrent een akkoord.

zake van de opzegbevoegdheid van de leverancier van water, elektriciteit of verwarming (art. 237b Fw.), de (duur van de) afkoelingsperiode (art. 241a-c Fw.) en de bepalingen omtrent een akkoord (art. 268, 268a Fw.). Er zijn mij echter geen empirische gegevens, noch publicaties bekend waaruit blijkt dat de surseance nu beter werkt.

De faillissementsprocedure had van oorsprong alleen een liquidatiefunctie:

‘De instelling van het faillissement beoogt niets anders dan, bij staking van betaling door den schuldenaar, diens vermogen op eene billijke wijze onder al zijne schuldeischers, met eerbiediging van ieders recht te verdelen, en het geheele samenstel der bepalingen, welke in eene faillietenwet worden gevonden, heeft geen ander doel dan die billijke verdeling voor te bereiden, te waarborgen en te bewerkstelligen...’²¹

Hoewel de faillissementsprocedure in beginsel gericht was op liquidatie, bood en biedt de Faillissementswet toch de mogelijkheid de onderneming in faillissement voort te zetten²² en tot een akkoord te komen. Dit alles niet van harte. Uit de wetsgeschiedenis blijkt de angst voor voortzetting van het bedrijf ten koste van schuldeisers en het te lichtvaardig aanvragen van een faillissement.²³ Meer dan honderd jaren later wordt over de continuïteitsfunctie van de faillissementsprocedure heel anders gedacht.

De continuïteitsfunctie van de faillissementsprocedure lijkt nu haar belangrijkste en maatschappelijk meest wenselijke functie. De faillissementsprocedure lijkt deze continuïteitsfunctie van de surseance te hebben overgenomen. Niet zozeer doordat er sprake is van behoud van onderneming in dezelfde juridische eenheid, door middel van een akkoord. Het gaat vooral om het fenomeen doorstart. Hierdoor blijft (een deel van) de onderneming van een bedrijf behouden, terwijl de schuldenaar liquideert. Dit gebeurt door de verkoop van (een deel van) de activa van het bedrijf going concern.

Deelonderzoeken wijzen uit dat er in 63% tot 66%²⁴ van de faillissementen van bedrijven sprake is van behoud van een (deel van de) onderneming. Mede in het licht van deze nieuwe functie van de faillissementsprocedure en gelet op de voornoemde maatschappelijke context, heeft de Hoge Raad de doelen van de faillissementsprocedure uitgebreid. De curator dient nu niet alleen maximalisatie van de opbreng-

21 Van der Feltz I, p. 27.

22 Zie artt. 98 Fw. en 173 e.v. Fw.

23 Zie Ophof 1993, p. 14-15 en Van der Feltz II, p. 58 en p. 57.

24 Zie hoofdstuk twee, paragraaf één.

sten voor de gezamenlijke schuldeisers na te streven, conform zijn oorspronkelijke functie. Hij dient ook de maatschappelijke doelen: behoud van onderneming en werkgelegenheid, na te streven.²⁵ Ook de wetgever heeft bepalingen in de faillissementsprocedure opgenomen die zien op deze continuïteitsfunctie. Belangrijke voorbeelden zijn: de gewijzigde regeling van het akkoord, de afkoelingsperiode en de bepalingen die de bevoegdheden van de leveranciers van gas, water en elektriciteit beperken.²⁶

Niet alleen de Nederlandse wetgever, maar ook de Europese, heeft de faillissementsprocedure een aantal maatschappelijke functies toegedicht. De Nederlandse wetgever heeft op last van de Europese wetgever²⁷ maatregelen genomen ter voorkoming van misbruik van faillissementen om werknemers te ontslaan.²⁸ De faillissementsprocedure dient nu aan de voorwaarde te voldoen: het voorkomen van misbruik van faillissementsrecht. De wetgever richt zich tegenwoordig ook op het voorkomen van faillissementsfraude. Naar aanleiding van de motie van de Tweede Kamerleden Douma, Weekers en De Vries²⁹ heeft de Minister van Justitie een actieplan bestrijding faillissementsfraude opgesteld.³⁰ Voorts heeft die motie geleid tot nader onderzoek door het HSI. De conclusie van dit onderzoek is dat er in 43% van de faillissementen van rechtspersonen sprake was van onregelmatigheden, waarvan in bijna 25% zelfs fraude.³¹

25 Zie hoofdstuk twee, paragraaf één.

26 Wet van 24 november 2004 tot wijziging van de Faillissementswet in verband met het bevorderen van de effectiviteit van surseance van betaling en faillissement, i.w.g. op 15 januari 2005 (Kamerstukken 27 244, *Stb.* 2004, 614 en *Stb.* 2005, 10): artt. 37b, 63a e.v., art. 145-146 Fw. In de MvT van de Wet van 24 november 2004 wordt opgemerkt over de afkoelingsperiode: 'De regeling van de afkoelingsperiode [...] is op 1 januari 1992 in werking getreden. Al in de memorie van toelichting van het toen ingevoerde artikel 63a is opgemerkt dat de curator na faillietverklaring tijd nodig heeft om zich een oordeel te vormen over de vraag welke goederen in de boedel vallen of welke goederen hij wil behouden, bijvoorbeeld in verband met een mogelijke voortzetting of verkoop van het bedrijf (Parl. Gesch. Wijziging Rv. e.a.w., Inv. 3,5, 6, p. 1414). [...] Het bevorderen van de continuïteit van een onderneming was niet de primaire doelstelling van de invoering van de artikelen 63a en 241a. Toch kan de afkoelingsperiode in belangrijke mate bijdragen aan het welslagen van pogingen om het bedrijf te continueren' (*Kamerstukken II* 1999/2000, 27 244, nr. 3, p. 6, (MvT)).

27 Europese Richtlijn betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij de overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen (*PbEG* 2001, L 82 van 22 maart 2001).

28 Kamerstukken 27 469, *Stb.* 2002, 215 en *Stb.* 2002, 245.

29 Zie o.a. *Kamerstukken II* 2003-2004, 27 244, nr. 14 en 15 (Motie van Douma, Weekers en Jan de Vries).

30 *Kamerstukken II* 2003-2004, 27 244, nr. 18, 22 (Actieplan bestrijding faillissementsfraude) en 25.

31 Er bestaat geen wettelijke omschrijving van het begrip fraude. Voor de invulling van dit begrip door de onderzoekers van het HSI verwijs ik naar hoofdstuk vier.

Eén van de aanbevelingen is: 'De curator zou een soort publieke functionaris moeten worden met ook een (deels) publiekrechtelijke taak en financiële middelen van de overheid.'³² De Commissie insolventierecht heeft in haar advies opgenomen dat de curator³³ een verantwoordelijkheid heeft bij de bestrijding van faillissementsfraude. Hij is verplicht de r-c in te lichten indien hij een redelijk vermoeden heeft van een strafbaar feit.³⁴ Het lijkt erop dat hierdoor in de toekomst de faillissementsprocedure geen drie doelen, maar vier doelen krijgt: het maximaliseren van de opbrengsten van de gezamenlijke schuldeisers, behoud van onderneming en werkgelegenheid³⁵ en het voorkomen van faillissementsfraude.

1.3 *Formele en informele insolventieprocedures*

Uit het voorafgaande blijkt dat de wijzen waarop bedrijven liquideren en reorganiseren nu sterk verschillen met die uit de 19^e eeuw. De formele insolventieprocedures hebben een ander karakter en meerdere doelen gekregen. De surseance wordt weinig gebruikt en blijkt in het overgrote deel van de gevallen niet meer dan een voorportaal van het faillissement te zijn.³⁶ De faillissementsprocedure lijkt de continuïteitsfunctie van de surseance te hebben overgenomen. De faillissementsprocedure heeft daarnaast als extra doel gekregen het nastreven van maatschappelijke doelen.³⁷ Bovendien dient zij bij het nastreven van haar doelen misbruik van faillissementsrecht te voorkomen.³⁸ Het is thans niet duidelijk of de faillissementsprocedure de aan haar gestelde doelen bereikt. Bovenal is het onbekend of, en welke instrumenten van de faillissementsprocedure de wetgever dient te veranderen, om te bereiken dat de faillissementsprocedure deze doelen (in meerdere mate) bereikt, zonder dat er sprake is van misbruik. Verder is er een verschuiving van de spelers binnen het

32 Zie hoofdstuk vier.

33 De Commissie insolventierecht spreekt niet over curator, maar over bewindvoerder. In haar brief van 13 april 2005 heeft de Commissie insolventierecht de Minister van Justitie geïnformeerd dat in het voorontwerp er geen procedureel onderscheid meer zal bestaan tussen het faillissement, de surseance van betaling en de schuldsaneringsregeling. In plaats daarvan komt een uniforme insolventieprocedure, waarbinnen zowel reorganisatie van de onderneming als liquidatie van het vermogen van de schuldenaar mogelijk is. Het bestuur van de insolvente boedel komt dan in handen van de bewindvoerder (zie brief d.d. 13 april 2005 (Bijlage bij *Kamerstukken II* (2004-2005), 27 244, nr. 24)).

34 Zie Advies van de Commissie insolventierecht van 29 juni 2006, p. 4.

35 In beginsel laat de Hoge Raad ook de ruimte voor andere maatschappelijke doelen dan behoud van onderneming en werkgelegenheid. In dit boek beperk ik mij tot deze twee.

36 Vgl. Ophof 1993, p. 6, Advies van de Commissie insolventierecht van 29 juni 2006, p. 3, zie Van Amsterdam 2004 p. 35-36.

37 Zie hoofdstuk twee, paragraaf één.

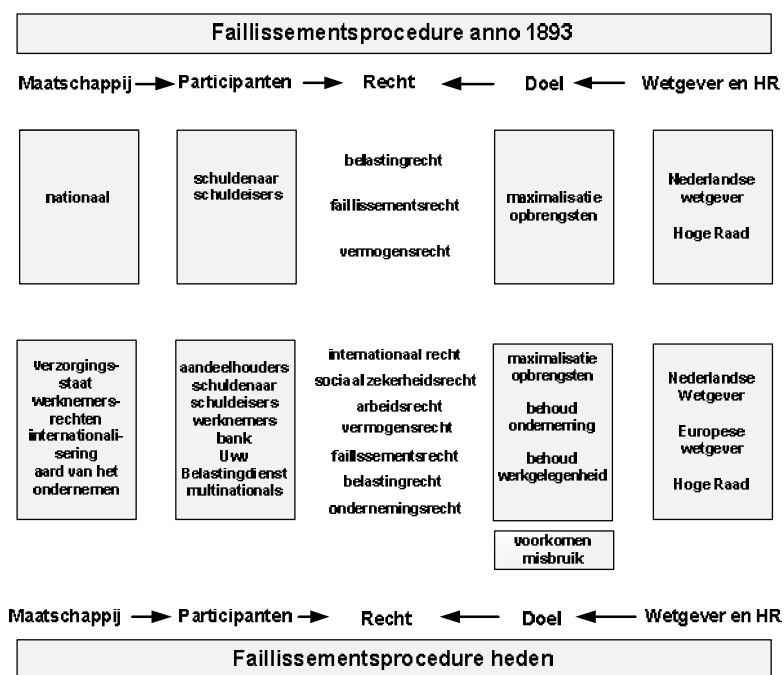
38 Zie hoofdstuk drie.

faillissement. Naast financier (bank) zijn het vooral de Belastingdienst en het UWV die een belangrijke rol spelen in het faillissement. De laatste zijn schuldeisers met een maatschappelijke doelstelling.

De hiervoor geschetste ontwikkeling van 1893 tot heden is in figuur 1 beknopt weergegeven.³⁹

Figuur 1

De maatschappij, de spelers en de doelen en voorwaarde van de faillissementsprocedure anno 1893 en nu



Naast de zojuist geschetste veranderingen, heeft zich sinds 1893 nog een andere belangwekkende ontwikkeling voorgedaan. Parallel aan de faillissementsprocedure zijn verschillende individuele procedures ontstaan. Door de ontwikkeling van het pand- en hypotheekrecht, door de toename van de schulden aan de Belastingdienst waarvoor hij een voorrecht heeft, door de WBA en door het ontstaan van het onderscheid tussen economisch en juridisch eigendom zijn er schuldeisers die parallel aan de faillissementsprocedure individuele verhaalsprocedures hebben gekregen. Hierin streven individuele schuldeisers hun individuele belan-

³⁹ Alle in dit boek opgenomen schematische weergaven geven een eenvoudige weergave van een deel van de werkelijkheid en pretenderen geen volledigheid.