

Begrip 'de gezamenlijke schuldeisers' gedateerd

door Mr. drs. A.P.K. **Luttikhuis** RA

Mr. drs. A.P.K. **Luttikhuis** RA is als onderzoeker verbonden aan het Center for Company Law van de Universiteit van Tilburg en advocaat.

Nieuwe maatschappelijke doelen in Nederlandse Faillissementsprocedure nopen tot een genuanceerde invulling van het begrip 'de gezamenlijke schuldeisers'

1 Inleiding

Wanneer een curator de kansen van een doorstart van een (deel van de) gefailleerde onderneming onderzoekt, wordt hij geconfronteerd met de vraag welk belang dient te prevaleren in een faillissement: de maatschappelijke belangen waaronder de continuïteit van de onderneming en werkgelegenheid of het belang van 'de gezamenlijke schuldeisers'? Deze vraag spitst zich toe op de — meestal theoretische, maar voor de praktijk relevante — situatie waarin hij twee of meer biedingen krijgt; het ene bod heeft betrekking op behoud van een substantieel aantal banen tegen een relatief lage prijs; in het andere bod wordt daarentegen minder personeel overgenomen en een hogere prijs geboden. In de praktijk kiezen de curator en de R-C met enige regelmaat voor de maatschappelijke belangen. Voor de doctrine staat het belang van de gezamenlijke schuldeisers nagenoeg onbetwist voorop. De Hoge Raad geeft geen uitsluitel. Het kabinet speelt met de gedachte om maatschappelijke belangen in een bepaalde mate en vorm op te laten nemen in de Faillissementswet. Het is de wetgever die deze huidige onduidelijkheid zal verhelpen in het kader van de algehele herziening van de Faillissementswet. In deze bijdrage wordt deze problematiek beschouwd vanuit het oogpunt van de belangen van de schuldeisers. Zijn zij niet de dupe van de huidige situatie? Hierin kan het laten prevaleren van werkgelegenheid de belangen van schuldeisers in ernstige mate verstoren, in die zin dat de belangen van met name de concurrente en preferente handelscrediteuren (financiers en leveranciers) onevenredig kunnen worden geschaad. Dit terwijl deze schuldeisers reeds de zwakste positie innemen en geen bijzondere taak hebben met betrekking tot maatschappelijke belangen. Tegenover die crediteuren staan de Belastingdienst en het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen (verder: UWV), wier belangen juist kunnen worden gebaat. Zij hebben als crediteur reeds een relatief sterke 'superpreferente' positie (zie verder) en zijn bekend met het nastreven van maatschappelijke doelen, behoud van werkgelegenheid in het bijzonder. Deze verschillende posities en belangen kunnen ertoe leiden dat het nastreven van het belang van de gezamenlijke schuldeisers contraproductief werkt vanuit de beoogde maatschappelijke belangen.

Deze twee soorten belangen zijn echter met elkaar te verzoenen door het begrip 'de gezamenlijke schuldeisers' aan te passen aan de maatschappelijke belangen, die door sommige schuldeisers dienen worden nagestreefd. Toegespitst op het na te streven belang van de werkgelegenheid bestaat er de facto immers niet een homogene groep van 'gezamenlijke schuldeisers' maar twee groepen. Een groep die niet is gebaat bij het behoud van werkgelegenheid (de handelscrediteuren) en een groep die dat wel is (Belastingdienst en UWV). In deze bijdrage bepleit ik een gedifferentieerde aanpak door de curator indien de praktijk en/of de wetgever ervoor kiest om de werkgelegenheid te laten prevaleren. Deze aanpak houdt in dat ten behoeve van de zogenaamde 'maatschappelijke' schuldeisers het behoud van werkgelegenheid voorop staat en ten behoeve van de andere groep maximalisatie van opbrengsten. Op deze manier wordt recht gedaan aan de belangen van de verschillende schuldeisers bij het maatschappelijke belang werkgelegenheid. Ter onderbouwing van mijn stelling geef ik in paragraaf 2 kort weer de verschillende visies over het doel van de Faillissementswet. In paragraaf 3 werk ik mijn stelling uit: welke gevolgen heeft het laten prevaleren van maatschappelijke belangen boven het belang van 'de gezamenlijke schuldeisers' voor de belangen van de diverse schuldeisers: de handelscrediteuren enerzijds en de Belastingdienst en het UWV anderzijds. In paragraaf 4 blijkt dat vanuit de belangen van de schuldeisers en het na te streven maatschappelijke belang werkgelegenheid het begrip 'de gezamenlijke schuldeisers' dient te worden aangepast.

2 Visies doel Faillissementswet

Van oudsher is de Faillissementswet gericht op de belangen van de schuldeisers.² De leidraad waarnaar de curator en de R-C dienden te handelen was de maximalisatie van de opbrengsten van de boedel. Maar door de arresten van de Hoge Raad Sigmacon II³ en Maclou/Curatoren Van Schuppen⁴ dienen de curator en de R-C ook rekening te houden met maatschappelijke belangen

waaronder behoud van onderneming en werkgelegenheid. Een belangrijke — nog niet onduidelijk beantwoorde vraag — is of deze belangen, met name dat van behoud van werkgelegenheid, mogen prevaleren boven de belangen van 'de gezamenlijke schuldeisers'. Volgens de doctrine is het antwoord hierop nagenoeg eenstemmig ontkennend.⁵ Aldaar wordt bepleit dat de Hoge Raad in deze arresten in principe geen uitspraak heeft gedaan over de rangorde tussen het belang van de gezamenlijke schuldeisers⁶ en de werkgelegenheid, zodat het primaat van de gezamenlijke schuldeisers voorop blijft staan.⁷ Dit brengt met zich mee dat in een faillissement de curator zich dient te laten leiden door het belang van de gezamenlijke schuldeisers met inachtneming van de maatschappelijke belangen, waaronder de werkgelegenheid, voorzover dat niet ten koste gaat van het belang van die gezamenlijke schuldeisers. In de praktijk⁸ ziet men dat hierover met enige regelmaat anders gedacht wordt. Zo wordt gesteld dat deze uitspraken de ruimte bieden het belang van de gezamenlijke werknemers op behoud van werkgelegenheid bij overgang van de onderneming boven het belang van de gezamenlijke schuldeisers te stellen. In het laatste geval speelt bij een overgang van een onderneming niet alleen de maximalisatie van de opbrengsten een rol, maar wordt de omvang van het behoud van werkgelegenheid als een zelfstandige factor bij de beleidsafweging betrokken door curatoren en door R-C's. Met andere woorden, ook al is de uiteindelijke opbrengst in geld (inclusief besparing van boedelschulden, zoals loon over de opzegtermijn) van de ene bieding voor de boedel duidelijk ongunstiger dan voor de andere, toch wordt soms aan de lagere bieder de voorkeur gegeven, uitsluitend omdat deze bereid is meer personeel over te nemen dan de hogere bieder.⁹ De genoemde arresten van de Hoge Raad geven ter zake hiervan geen eenduidig handvat. Een deel van de praktijk kiest blijkbaar voor een ruime en een deel van de praktijk en de doctrine voor een enge interpretatie. Ook het recente arrest van de Hoge Raad Van Dooren q.q./Interplan d.d. 19 december 2003¹⁰ biedt hiervoor geen nader handvat. Weliswaar herhaalt de Hoge Raad hier in feite hetgeen hij heeft overwogen in zijn eerdere uitspraken omtrent belangen van maatschappelijke aard, namelijk dat het onder omstandigheden gerechtvaardigd kan zijn dat de curator voorrang geeft aan zwaarwegende, bij de wijze van beheer en vereffenen van de boedel betrokken belangen van maatschappelijke aard boven die van individuele schuldeisers. Toch is naar aanleiding van dit arrest de discussie over belangen van maatschappelijke aard niet opnieuw aangewakkerd, aangezien de Hoge Raad heeft geoordeeld dat het in dit geval niet om dergelijke belangen handelde.¹¹ Het blijft derhalve duister naar welke leidraad de curator en de R-C dienen te handelen.

Deze onduidelijkheid is ook geconstateerd in het Eindrapport d.d. oktober 2001 van de MDW-werkgroep modernisering faillissementsrecht tweede fase (verder: MDW-Eindrapport). In de huidige wet is volgens het rapport 'onvoldoende duidelijk waarnaar curatoren, bewindvoerders en rechtsc-commissarissen dienen te handelen bij de vervulling van de hen opgedragen taken: behoud van onderneming en werkgelegenheid, opbrengstmaximalisatie van de boedel ter voldoening van de schuldeisers of een (door de wet) aangegeven combinatie van beide.'¹² Zij beveelt derhalve aan dat de wetgever de doelstelling van de wet dient te verduidelijken, zodat helder is welke andere maatschappelijke belangen de curator bij zijn afwegingen dient te betrekken en of daarbij een rangorde valt aan te brengen.¹³

Uit zijn overname van de aanbevelingen van dit rapport lijkt te kunnen worden geconcludeerd dat het kabinet van mening is dat maatschappelijke belangen onderdeel dienen te zijn van de Faillissementswet.¹⁴ Zo wordt genoemd: 'Kernbetekenis van de Faillissementswet is de behartiging van de belangen van schuldeisers die hun vorderingen op een schuldenaar in betalingsproblemen zoveel mogelijk voldaan willen zien. [...] De wet dient rekening te houden met het maatschappelijk en economisch belang dat de activiteiten van een onderneming in betalingsproblemen niet ontijdig worden beëindigd.'¹⁵ Alsook: 'In gevallen waarin reële overlevingskansen bestaan voor ondernemingen moet de mogelijkheid worden geboden de onderneming voort te zetten, waarbij tevens een beroep op de maatschappelijke verantwoordelijkheid van andere betrokkenen wordt geleverd. [...] In het bijzonder benadrukt de regering dat een herschikking van alle posities en belangen die bij insolventies zijn betrokken geboden is.'¹⁶ Het standpunt laat zich er niet over uit hoe en in welke vorm maatschappelijke belangen dienen te worden behartigd.¹⁷

In de toekomst zal er hopelijk meer duidelijkheid zijn over de doelen van de Faillissementswet. Het kabinet bepaalde dat de doelstellingen van de Faillissementswet een onderwerp is van het wetgevingsprogramma herziening van de Faillissementswet.¹⁸ Ten behoeve van de uitvoering van het wetgevingsprogramma is bij wijze van adviescommissie de Commissie Insolventierecht onder voorzitterschap van prof. S.C.J.J. Kortmann ingesteld. Zij verwacht op korte termijn een voorontwerp te kunnen opstellen voor een wijziging van de Faillissementswet.¹⁹ Met het oog hierop bepleit ik een gedifferentieerde aanpak van het belang van 'de gezamenlijke schuldeisers' mocht ervoor worden gekozen maatschappelijke belangen te laten prevaleren boven het belang van 'de gezamenlijke schuldeisers'.

3 Maatschappelijke belangen en belangen diverse schuldeisers

3.1 Algemeen

Uit het voorafgaande bleek dat in de faillissementspraktijk maatschappelijke belangen soms kunnen prevaleren boven het belang van 'de gezamenlijke schuldeisers' alsook dat het kabinet speelt met de gedachte om maatschappelijke belangen in een bepaalde mate en vorm op te nemen in een gewijzigde Faillissementswet. Hierbij is van belang dat zowel de praktijk als de wetgever zich bewust zijn van welke gevolgen dit heeft voor de belangen van de diverse schuldeisers. Hierbij dient mijn inziens te worden onderscheiden tussen enerzijds de belangen van de concurrente en preferente crediteuren, niet zijnde de Belastingdienst en het UWV, en anderzijds de Belastingdienst en het UWV.

3.2 Eerste categorie schuldeisers: belangen concurrente en preferente crediteuren

Schuldeisers van de eerste categorie (concurrente en preferente crediteuren, niet zijnde de Belastingdienst en het UWV, dat wil zeggen de handelscrediteuren) zullen door het nastreven van werkgelegenheid in de regel dubbel de klos zijn: zij hebben niet de lusten, maar wel de lasten. Zij hebben niet de lusten, omdat zij niet zijn gebaat door het streven naar werkgelegenheid.²⁰ Zij hebben in beginsel geen maatschappelijke doelstelling maar zijn gericht op het streven naar winst. Het werkgelegenheidsbelang is hun dan ook vreemd. Voor de faillissementsprocedure dienen zij zich hiervan ook geen rekenschap te geven.

De handelscrediteuren hebben daarentegen wel de lasten, omdat zij door het streven naar werkgelegenheid in het algemeen financieel worden benadeeld.²¹ Indien de werkgelegenheid prevaleert boven het belang van 'de gezamenlijke schuldeisers' dan leidt dit tot een lagere opbrengst voor de boedel en komen de kosten hiervan ten laste van de schuldeisers in de huidige rangorde. De concurrente en de laagst gerangschikte preferente crediteuren zullen hierdoor relatief het eerst en dus het zwaarst worden getroffen. In dit kader is van belang op te merken dat deze groep schuldeisers in een faillissementsprocedure reeds een zwakke positie innemen. Dit wordt voor een groot deel veroorzaakt door de zogenaamde 'superpreferente' positie van de Belastingdienst en het UWV. De Belastingdienst heeft op grond van art. 21 lid 1 van de Invorderingswet 1990 (IW 1990)²² een voorrecht op alle goederen van de belastingschuldige. Het UWV heeft een vergelijkbaar voorrecht op grond van art. 16 Coördinatiewet Sociale Verzekering. Blijkens deze bepalingen gaan die voorrechten boven alle andere voorrechten.²³ Daarnaast heeft de Belastingdienst het bodemvoorrecht. Dit is een afgeleide van het fiscale voorrecht en heeft op grond van art. 21 lid 2 IW 1990 zelfs voorrang boven een stil pandrecht, mits het een zogenaamde bodemzaak betreft en het gaat om een belastingvordering als bedoeld in art. 22 lid 3 IW 1990.²⁴ Deze zwakke positie van de handelscrediteuren ten opzichte van de relatief sterke positie van de Belastingdienst en het UWV is niet alleen theoretisch, maar ook in de praktijk van betekenis. Dit blijkt onder meer uit de faillissementsstatistieken van het CBS.²⁵ In faillissementen van ondernemingen en instellingen ontvangen de concurrente respectievelijk de preferente crediteuren in 9%²⁶ resp. 10%²⁷ van de faillissementen een uitkering tegenover de Belastingdienst en het UWV, die in 31%²⁸ van de faillissementen een uitkering kregen. De gemiddelde recovery rate (uitbetaling aan schuldeisers als percentage van de schuld) van de overige preferente crediteuren bedraagt 7,34%²⁹ en van de concurrente crediteuren 2,73%.³⁰ Dit tegenover 9,98%³¹ van de Belastingdienst en 12,57%³² van het UWV (beide betreffen alleen hun preferente vordering). Door het incorporeren van het maatschappelijke belang werkgelegenheid in het faillissement wordt die zwakke positie waarschijnlijk verder aangetast. Dit kan leiden tot financiële problemen³³ dan wel faillissement van die crediteur, hetgeen ook schadelijke gevolgen kan hebben voor de 'werkgelegenheid' bij die schuldeiser. Mogelijk dat dit uiteindelijk dus een contraproductief effect heeft in het licht van het na te streven werkgelegenheidsbelang.

Kortom, de belangen van de handelscrediteuren ondervinden dubbel nadeel door het werkgelegenheidsbelang omdat zij enerzijds hiervoor als eerste de lasten dragen en anderzijds door dit belang niet zijn gebaat.

3.3 Tweede categorie: belangen Belastingdienst en UWV

De schuldeisers uit de tweede categorie, de Belastingdienst en het UWV³⁴ kunnen door het laten prevaleren van werkgelegenheid juist zijn gebaat. Allereerst, omdat zij door het streven naar werkgelegenheid er financieel juist op vooruit kunnen gaan in plaats van achteruit. Ten tweede omdat zij ook anderszins kunnen zijn gebaat door het streven naar werkgelegenheid. Het doel van de Belastingdienst en het UWV is, in tegenstelling tot de (meeste) handelscrediteuren, niet het maken van winst. Zij zijn non-profitinstellingen die zowel voor als tijdens het faillissement door de overheid geformuleerde belangen nastreven waaronder het werkgelegenheidsbelang. Het streven naar werkgelegenheid gedurende het faillissement kan dit streven ondersteunen. Aangezien de Belastingdienst en het UWV niet helemaal dezelfde doelen nastreven, zal ik onderscheiden.

3.3.1 Belastingdienst

Het streven naar werkgelegenheid kan voor de Belastingdienst in zijn hoedanigheid van overheidsorgaan financieel gunstiger zijn dan het streven naar maximalisatie van opbrengsten ten koste van werkgelegenheid. Door het streven naar behoud van werkgelegenheid kan de overheid financieel direct zijn gebaat.³⁵ De oorzaak hiervan is onder meer dat de contante waarde van de toekomstige bijstandsuitkeringen³⁶ van het ten gevolge van het streven naar werkgelegenheid niet-ontslagen personeel veel groter kan zijn dan de uitkering die de Belastingdienst zou ontvangen op zijn vordering op de gefailleerde werkgever indien gestreefd zou worden naar maximalisatie van opbrengsten. Het kan derhalve zijn dat de kosten van het behoud van de werkgelegenheid de hieruit resulterende baten, de contante waarde van de besparing van de uit te keren (toekomstige) bijstandsuitkeringen, verre overtreffen. Behoud van werkgelegenheid heeft aldus voor de overheid in zijn totaliteit derhalve budgettaire een positief effect. Een bijkomend voordeel voor de Belastingdienst in de huidige situatie is dat de concurrente en de overige preferente crediteuren bijdragen in de werkgelegenheidskosten. De eventuele verminderde opbrengst bij een groter personeelsbehoud wordt immers in eerste instantie door hen gedragen.

Daarnaast kan de Belastingdienst anderzijds gebaat zijn bij het streven naar werkgelegenheid. De Belastingdienst is een overheidsorgaan. De overheid streeft maatschappelijke belangen na waaronder de werkgelegenheid.³⁷ Hierbij is noemenswaardig dat het beleid van het huidige kabinet Balkenende II sterk gericht is op het bevorderen van de werkgelegenheid. Het wordt kernachtig tot uitdrukking gebracht in het 'motto': 'Meedoen, meer werk, minder regels'. Zoals onder meer verwoordt in het zogenaamde Hoofdlijnenakkoord van 16 mei 2003.³⁸

Dit maatschappelijke belang van de overheid vindt ook rechtstreeks zijn weerslag in het invorderingsbeleid van de Belastingdienst. De Belastingdienst voert de overheidstaak uit die verband houdt met het invorderen van de Rijksbelastingen op grond van de Invorderingswet 1990 en haar uitvoeringsregelingen, zoals het Uitvoeringsbesluit Invorderingswet 1990 en de Uitvoeringsregeling 1990. Voor de hantering van zijn bevoegdheden vindt de Belastingdienst algemene aanwijzingen in de Leidraad Invordering, hierna te noemen LInv.³⁹ Deze leidraad bevat beleidsregels, die op grond van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (met name het vertrouwensbeginsel en het gelijkheidsbeginsel) bindend zijn voor de Belastingdienst.⁴⁰ In zijn algemeenheid wordt in de Leidraad opgemerkt over het maatschappelijke belang werkgelegenheid: 'Als de ontvanger het nodig acht in het kader van invordering maatregelen te treffen waardoor naar redelijkerwijs moet worden aangenomen het voortbestaan wordt bedreigd van een bedrijf of een geheel van bij elkaar behorende bedrijven of een zelfstandig uitgeoefend beroep waaraan in totaal meer dan 50 werknemers zijn verbonden, vraagt hij daartoe toestemming van het ministerie.'⁴¹ Tevens blijkt uit onder meer nagenoemde onderdelen van het invorderingsbeleid (ten aanzien van het aanvragen van een faillissement van een onderneming, kwijtschelding en uitstel van betaling) dat de Belastingdienst zowel voor als tijdens faillissement zich rekenschap dient te geven van het maatschappelijke belang werkgelegenheid. Dit belang is een van belang zijnde richtsnoer voor de Belastingdienst bij de uitvoering van diens taken.

3.3.1.1 Beleid ter zake van het aanvragen van het faillissement van een onderneming

De Invorderingswet 1990 huldigt blijkens art. 3 lid 2 een open systeem van crediteurbevoegdheden voor de Belastingdienst. De Belastingdienst kan derhalve het faillissement van zijn debiteur aanvragen.

In de Leidraad Invordering 1990 is het beleid hierover als volgt verwoord: 'De Belastingdienst dient terughoudend om te gaan met het aanvragen van het faillissement omdat dit ingrijpende maatschappelijke gevolgen heeft. Allereerst weegt de ontvanger bij de beslissing of tot de aanvraag van het faillissement moet worden overgegaan alle betrokken belangen zorgvuldig tegen elkaar af. Bij ondernemingen wordt daarbij met name aandacht besteed aan de mogelijke consequenties van het faillissement voor de voortzetting van de bedrijfsactiviteiten en de gevolgen van het faillissement voor de werkgelegenheid van de betrokken werknemers.'⁴²

3.3.1.2 Beleid ter zake van kwijtschelding in de zakelijke sfeer

Art. 26 IW 1990 geeft de Minister van Financiën de bevoegdheid een regeling vast te stellen krachtens welke geheel of gedeeltelijke kwijtschelding kan worden verleend.⁴³ De reden waarom deze materie is geregeld in een ministeriële regeling is dat hierdoor relatief snel van uitvoeringsbeleid naar regelgeving kan worden gekomen en snel op de wisselende sociaal-economische factoren kan worden ingespeeld.⁴⁴ Deze nadere regeling is te vinden in de Uitvoeringsregeling Invorderingswet 1990.

Het kwijtscheldingsbeleid is stringent. Het houdt onder meer in dat de Belastingdienst (a) niet mag meewerken aan verstoring van concurrentieverhoudingen, (b) niet tot taak heeft door middel van kwijtschelding aan ondernemingen subsidies te verlenen, en (c) ondernemers niet eenzijdig dient tegemoet te komen.⁴⁵ In beginsel vindt er derhalve alleen kwijtschelding plaats van belastingschulden in de zakelijke sfeer onder strakke voorwaarden in het kader van een akkoord.⁴⁶

Op grond van voornoemd beleid lijkt er zowel voor als tijdens het faillissement ter zake van kwijtschelding geen ruimte voor het maatschappelijke belang werkgelegenheid. Echter per 1 januari 2003 is door middel van een wijziging in de Uitvoeringsregeling Invorderingswet 1990⁴⁷ dit stringente kwijtscheldingsbeleid versoepeld juist met het oog '(...) op het regeringsbeleid waarin ernaar wordt gestreefd levensvatbare ondernemingen of onderdelen van ondernemingen niet onnodig te liquideren (MDW-traject herziening van het faillissementsrecht)'.⁴⁸ In dit kader is geschrapd de voorwaarde van de integrale voldoening van de correctie vooraf trek omzetbelasting ex art. 29 lid 2 Wet OB 1968. Indien de ondernemer een akkoord wilde aanbieden dan stelde art. 22 aanhef en onderdeel c Uitvoeringsregeling Invorderingswet 1990 als een van de voorwaarden voor medewerking door de ontvanger aan het akkoord dat de belastingschuld ex art. 29 lid 2 Wet OB 1968 integraal voldaan moest worden. Binnen de insolventiepraktijk maar ook daarbuiten was er een breed gedragen gedachte dat deze voorwaarde een belemmerende rol voor de totstandkoming van een akkoord speelde.⁴⁹ Het laten vallen van genoemde voorwaarde komt erop neer dat de Belastingdienst sinds 1 januari 2003 de belastingschuld ex art. 29 lid 2 Wet OB 1968 grotendeels kwijtscheldt ten behoeve van maatschappelijke belangen.

Deze versoepeling van het kwijtscheldingsbeleid illustreert hoe het invorderingsbeleid van de Belastingdienst wordt ingezet voor het uitvoeren van het regeringsbeleid. Dit opent de mogelijkheid dat indien de wetgever er in de Faillissementswet uiteindelijk ervoor zou kiezen om de werkgelegenheid te laten prevaleren boven het belang van de gezamenlijke schuldeisers dat de regering alsdan deze keuze verder kan laten doorwerken in het kwijtscheldingsbeleid van de Belastingdienst.

3.3.1.3 Beleid ter zake van uitstel van betaling voor ondernemers

Ten aanzien van uitstel van betaling voor ondernemers bepaalt de Leidraad Invordering 1990 dat dit slechts bij uitzondering wordt verleend.⁵⁰ Als reden wordt genoemd dat uitstel van betaling kan betekenen dat het ondernemersrisico feitelijk wordt gedragen door de Belastingdienst en dat deze dan optreedt als oneigenlijke kredietverlener. Voorts dat een betalingsregeling concurrentieverstorend zou kunnen werken.⁵¹ Over het maatschappelijke belang werkgelegenheid wordt in de Leidraad Invordering 1990 opgemerkt: 'Het op zichzelf uiteraard belangrijke aspect van werkgelegenheid is niet bepalend voor het uitstelbeleid. Dat neemt niet weg dat de ontvanger, als orgaan van de Staat, met dit aspect in sommige gevallen rekening kan houden bij zijn beslissing.'⁵² Ook hier blijkt derhalve dat de Belastingdienst de werkgelegenheid een rol laat spelen ter beperking van zijn positie als crediteur die voldoening van zijn vordering wenst.

3.3.2 UWV

Bij het UWV blijkt nog veel sterker dan bij de Belastingdienst dat het streven door de curator naar werkgelegenheid financieel gunstiger kan zijn dan het streven naar maximalisatie van opbrengsten. Dit komt doordat het behoud van werkgelegenheid tot een grotere financiële bate voor het UWV kan leiden dan een (gedeeltelijke) uitkering op zijn vorderingen. De oorzaak hiervan is dat de contante waarde van de toekomstige uitkeringsgelden⁵³ van het ten gevolge van het streven naar werkgelegenheid niet ontslagen personeel (alsook eventueel de toekomstige WW-premies) veel groter kan zijn dan de uitkering die het UWV zou ontvangen op zijn vordering op de gefailleerde werkgever⁵⁴ indien gestreefd zou worden naar maximalisatie van opbrengsten. Een bijkomend voordeel voor het UWV in de huidige situatie is dat de concurrente en overige preferente crediteuren bijdragen in de werkgelegenheidskosten. Net als bij de Belastingdienst worden eventuele verminderde opbrengsten eerst ten gevolge van het laten voorgaan van de werkgelegenheid door hen gedragen.

Daarnaast is het UWV anderszins gebaat bij het streven naar werkgelegenheid. Het UWV is een zelfstandig bestuursorgaan⁵⁵ dat zich bezig houdt met onder andere de uitvoering van de Werkloosheidswet (WW), waaronder het invorderen van de WW-premies.⁵⁶

De WW heeft betrekking op het verschijnsel sociale zekerheid. De sociale zekerheid heeft twee functies: de zogenaamde waarborgfunctie en de activeringsfunctie. De waarborgfunctie ziet op inkomenszekerheid en de activeringsfunctie is erop gericht om te voorkomen dat mensen hun plaats in het arbeidsproces — en dus de mogelijkheid om een zelfstandig bestaan op te bouwen — door bijvoorbeeld arbeidsongeschiktheid en werkloosheid verliezen. Hedentendage is er in de sociale zekerheid grote aandacht voor de activeringsfunctie. De uitdrukking 'werk boven inkomen' karakteriseert dit. Oorzaak van die grotere aandacht zijn de hoge kosten van de sociale zekerheid en de grote aantallen arbeidsongeschikten en werklozen die buiten het arbeidsproces staan.⁵⁷

Deze opvatting is ook weerspiegeld in de 'missie' van het UWV. Deze is: 'Wij stimuleren werken. Als werken onmogelijk is, zorgen wij snel voor inkomen.' Deze missie van het UWV vloeit voort uit de Wet SUWI (Structuur Werk en Inkomen). Uitgangspunt van deze wet is: 'Werk boven inkomen. Dat betekent in de praktijk dat UWV er samen met CWI (Centrum voor Werk en Inkomen), alles aan

doet om mensen (weer) aan het werk te helpen. Alleen als blijkt dat werken op dat moment echt onmogelijk is, zorgt het UWV voor een tijdelijke uitkering. (...)'⁵⁸

Het belang dat het UWV heeft bij het streven naar werkgelegenheid komt niet alleen tot uitdrukking in zijn 'missie' maar ook in zijn invorderingsbeleid. Zo is in het Besluit incasso en invordering⁵⁹ bepaald dat: 'Bij BIS (Buiten Invordering Stellen; AL)⁶⁰ in het geval van 'going concern' dient de uvi (uitvoeringsinstelling; AL)⁶¹ allereerst na te gaan of een aangepast incassobeleid het bedrijf door de moeilijke periode heen kan helpen. Het toekomstig premiebelang en de continuïteit van de onderneming, alsmede de daarbij horende werkgelegenheid staat daarbij voorop. In zo'n geval dient men een verzoek tot (gedeeltelijke) BIS, afhankelijk van de omstandigheden, mede te beoordelen op basis van het feit dat: een dergelijk verzoek tevens aan de overige crediteuren is gedaan, die hier eveneens mee akkoord gaan; het maximaal mogelijke aan premie is voldaan.'⁶² Kortom, wellicht nog meer dan de Belastingdienst is het UWV geen 'gewone' schuldeiser die uitsluitend op voldoening van zijn vordering belust is. Gegeven zijn financiële belang bij behoud van werkgelegenheid en zijn maatschappelijke taak is er veel voor te zeggen dat het nastreven van behoud van werkgelegenheid voorop dient te staan bij de rol van het UWV in het faillissement.

4 Aanpassing begrip 'de gezamenlijke schuldeisers'

Uit het bovenstaande blijkt dat het laten prevaleren van werkgelegenheid boven het belang van de gezamenlijke schuldeisers de belangen van de schuldeisers ernstig kan verstoren. Het voor laten gaan van het werkgelegenheidsbelang op het belang van 'de gezamenlijke schuldeisers' kan aan de belangen van de handelscrediteuren ernstige schade toebrengen, terwijl het UWV en de Belastingdienst daarentegen juist kunnen worden gebaat. Daarenboven kan dit tot gevolg hebben dat het streven naar werkgelegenheid wordt gefrustreerd, omdat door het eroderen van de belangen van de handelscrediteuren hun financiële positie in die mate kan verslechteren dat dit leidt tot aantasting van de werkgelegenheid onder deze schuldeisers. Geconcludeerd kan worden dat het laten prevaleren van werkgelegenheid boven het belang van 'de gezamenlijke schuldeisers' in de huidige situatie ongewenste gevolgen kan hebben, zowel vanuit het oogpunt van de belangen van de schuldeisers als vanuit het oogpunt van de te bereiken doelstelling.

Een oplossing hiervoor is het aanpassen van het begrip 'de gezamenlijke schuldeisers.' De heersende visie gaat ervan uit dat de curator het belang van een 'homogene' groep gezamenlijke schuldeisers nastreeft door het streven naar 'maximalisatie van de opbrengsten.'⁶³ De vraag is of dit ter zake van het 'nieuwe' belang werkgelegenheid juist is. Of zou, uit het oogpunt van de belangen van schuldeisers, de groep van 'gezamenlijke schuldeisers' juist met het oog op het werkgelegenheidsbelang zijn onder te verdelen in twee groepen? Een groep schuldeisers die uitsluitend voldoening van hun vordering nastreeft en die zowel voor als tijdens het faillissement geschaad wordt indien ten behoeve van hen het maatschappelijke belang zou worden nagestreefd. En een andere groep schuldeisers die zowel voor als tijdens het faillissement kan zijn gebaat bij het streven naar het maatschappelijke belang werkgelegenheid (indien en voorzover dit streven de levensvatbaarheid van de onderneming niet aantast). Tot de eerste groep zijn te rekenen de handelscrediteuren en tot de tweede groep de Belastingdienst en het UWV. De curator kan dan ten behoeve van deze zogenaamde 'maatschappelijke' schuldeisers streven naar behoud van (een deel van) de werkgelegenheid, indien en voorzover de 'kosten' van de werkgelegenheid de 'uitkeringen' aan deze groep niet overstijgen. Ten behoeve van de 'niet-maatschappelijke' schuldeisers kan de curator streven naar maximalisatie van opbrengsten. De 'maatschappelijke' schuldeisers ontvangen alsdan geen uitkering in geld maar 'in natura' door het behoud van werkgelegenheid. De kosten van behoud van ('maximale') werkgelegenheid kunnen worden berekend door het verschil te nemen tussen de opbrengsten van de volgende twee situaties. De opbrengsten van de verkoop van de onderneming indien gestreefd wordt naar behoud van ('maximale') werkgelegenheid (voorzover dit niet aantast de levensvatbaarheid van de onderneming) en de opbrengsten hiervan indien gestreefd wordt naar alleen maximalisatie van de opbrengsten.⁶⁴

Door deze benadering kan de verstoring van de belangen worden hersteld en het contraproductieve effect worden geëlimineerd. Immers, de zwakste crediteuren, de — concurrente en preferente — handelscrediteuren, zullen niet meer worden benadeeld door het streven naar werkgelegenheid, een belang dat hun vreemd is. Noch zullen de Belastingdienst en het UWV worden benadeeld door dit streven naar werkgelegenheid indien en voorzover zij hierdoor financieel dan wel anderszins — door de verwezenlijking van hun maatschappelijke doelen — zullen zijn gebaat.

Bij deze benadering kunnen onder meer de volgende kanttekeningen worden geplaatst. Zo zal in de praktijk de curator dienen te inventariseren wat de kosten van de werkgelegenheid zijn en hoe hoog de 'uitkeringen' aan de 'maatschappelijke' schuldeisers zullen zijn. De gegevens hiervoor zullen niet altijd voorhanden zijn zodat de curator dient uit te gaan van schattingen. Alsook zal gelet op de huidige regelgeving de curator alleen op deze wijze te werk kunnen gaan indien hij, naast de goedkeuring van de R-C, tevens de instemming heeft van de Belastingdienst en het UWV.⁶⁵ Echter

dit laatste kan veranderen in het kader van de herziening van de Faillissementswet. Indien immers de wetgever ervoor kiest om het werkgelegenheidsbelang te laten prevaleren boven de belangen van de gezamenlijke schuldeisers dan ligt het in lijn hiermee dat de regering tevens deze keuze zal laten weerspiegelen in onder meer het invorderingsbeleid van de Belastingdienst en het UWV.⁶⁶ In zijn standpunt naar aanleiding van het MDW-Eindrapport heeft het kabinet immers aangegeven dat: 'In gevallen waarin reële overlevingskansen bestaan voor ondernemingen moet de mogelijkheid worden geboden de onderneming voort te zetten, waarbij tevens een beroep op de maatschappelijke verantwoordelijkheid van andere betrokkenen wordt gevergd. [...]. In het bijzonder benadrukt de regering dat een herschikking van alle posities en belangen die bij insolventies zijn betrokken geboden is.'⁶⁷ Het ligt derhalve voor de hand dat indien de wetgever ervoor zou kiezen om het overheidsbelang werkgelegenheid te laten prevaleren in een faillissement dat tevens door middel van regelgeving wordt bepaald dat de kosten hiervan worden gedragen door de schuldeisers die dit overheidsbelang uitvoeren (Belastingdienst en UWV). En dus niet worden afgewenteld op die schuldeisers die met dat overheidsbelang niets van doen hebben. Op deze wijze wordt voorkomen dat juist de zwakste groep schuldeisers — de concurrente en preferente (handels)crediteuren — dubbel de klos zijn door het streven naar voor hen onbekende belangen.

Tabellen: faillissementsstatistieken CBS

De onderstaande tabellen zijn opgesteld aan de hand van absolute cijfers verkregen uit de faillissementsstatistieken van het CBS. Opgemerkt zij dat in sommige tabellen de cijfers zonder decimalen worden gepresenteerd zodat het totaal kan afwijken van de som der delen.

Tabel A

Uit nagenoemde tabel blijkt dat concurrente crediteuren gemiddeld in 9% van de faillissementen een uitkering krijgen (dit is het gemiddelde percentage over de periode 1994-2002 ter zake van de beëindigde faillissementen van ondernemingen en instellingen).

Beëindigde faillissementen van ondernemingen en instellingen en percentage waarin al dan niet een uitkering wordt gedaan aan concurrente crediteuren

Jaren	Geen uitkering	Gedeeltelijk	Volledig	Geen schuld	Totaal
1994	90%	6%	1%	3%	100%
1996	90%	6%	0%	3%	100%
1998	89%	7%	1%	3%	100%
2000	85%	10%	1%	4%	100%
2002	89%	7%	1%	3%	100%

Bron: CBS
Faillissementsstatistieken.

Tabel B

Uit nagenoemde tabel blijkt dat de overige preferente crediteuren gemiddeld in 10% van de faillissementen een uitkering krijgen (dit is het gemiddelde percentage over de periode 1994-2002 ter zake van de beëindigde faillissementen van ondernemingen en instellingen).

Beëindigde faillissementen van ondernemingen en instellingen en percentage waarin al dan niet een uitkering wordt gedaan aan overige preferente crediteuren

Jaren	Geen uitkering	Gedeeltelijk	Volledig	Geen schuld	Totaal
1994	28%	3%	7%	61%	100%
1996	30%	5%	8%	57%	100%
1998	30%	3%	8%	59%	100%
2000	33%	3%	7%	57%	100%
2002	34%	3%	5%	59%	100%

Bron: CBS
Faillissementsstatistieken.

Tabel C

Uit nagenoemde tabel blijkt dat de Belastingdienst en het UWV gemiddeld in 31% van de faillissementen een uitkering krijgen (dit is het gemiddelde percentage over de periode 1994-2002 ter zake van de beëindigde faillissementen van ondernemingen en instellingen).

Beëindigde faillissementen van ondernemingen en instellingen en percentage waarin al dan niet een uitkering wordt gedaan aan UWV en Belastingdienst (uitgezonderd boedelschulden)

<i>Jaren</i>	<i>Geen uitkering</i>	<i>Gedeeltelijk</i>	<i>Volledig</i>	<i>Geen schuld</i>	<i>Totaal</i>
1994	57%	27%	4%	12%	100%
1996	57%	27%	5%	11%	100%
1998	57%	26%	5%	11%	100%
2000	55%	26%	6%	13%	100%
2002	58%	23%	6%	13%	100%

Bron: CBS
Faillissementsstatistieken

Tabel D

Beëindigde faillissementen van ondernemingen en instellingen en recovery rate van de overige preferente crediteuren

<i>Jaren</i>	<i>(1000 €) Vordering</i>	<i>Uitkering</i>	<i>Recovery rate</i>	<i>Gemiddelde recovery rate</i>
1994	13856	1781	12,85%	
1996	20778	1118	5,38%	
1998	86375	3607	4,18%	
2000	38123	2318	6,08%	
2002	16892	1388	8,22%	

7,34%Bron: CBS
Faillissementsstatistieken

Tabel E

Beëindigde faillissementen van ondernemingen en instellingen en recovery rate van de overige concurrente schuldeisers

<i>Jaren</i>	<i>(1000 €) Vordering</i>	<i>Uitkering</i>	<i>Recovery rate</i>	<i>Gemiddelde recovery rate</i>
1994	970446	22290	2,30%	
1996	823013	15224	1,85%	
1998	1006509	55638	5,53%	
2000	823099	16524	2,01%	
2002	762587	15133	1,98%	

2,73%Bron: CBS
Faillissementsstatistieken

Tabel F

Beëindigde faillissementen van ondernemingen en instellingen en recovery rate van de preferente schuld van de Belastingdienst

<i>Jaren</i>	<i>(1000 €) Vordering</i>	<i>Uitkering</i>	<i>Recovery rate</i>	<i>Gemiddelde recovery rate</i>
1994	269813	25599	9,49%	
1996	329660	23122	7,01%	
1998	244712	23694	9,68%	
2000	201703	29051	14,40%	
2002	215025	20059	9,33%	

9,98%Bron: CBS
Faillissementsstatistieken

Tabel G

Beëindigde faillissementen van ondernemingen en instellingen en recovery rate van de preferente schuld van het UWV

Jaren	(1000 €) Vordering	Uitkering	Recovery rate	Gemiddelde recovery rate
1994	95989	12684	13,21%	
1996	92678	9559	10,31%	
1998	88751	10893	12,27%	
2000	70913	10712	15,11%	
2002	79200	9454	11,94%	

12,57%Bron: CBS
Faillissementsstatistieken

- ¹ Gelieve dit artikel aan te halen als: A.P.K. **Luttikhuis** RA, 'Begrip 'de gezamenlijke schuldeisers' gedateerd', *Tvl* 2004, 20, p. 84. [Terug](#)
- ² Zie o.a. de wetsgeschiedenis (Zie o.a. G.W. van der Feltz, *Geschiedenis van de Wet op het faillissement en de surseance van betaling*, bewerkt door G.W. baron van der Feltz, deel I (1896); heruitgave bewerkt door S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, Serie Onderneming en Recht; Deel 2-I, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 339, p. 27, p. 371 e.v., p. 428). Zie hierover uitvoerig S.H. de Ranitz, 'Crediteurenbelang versus 'andere belangen'', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *De curator, een octopus*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 190 e.v. In deze bijdrage beperk ik mij tot de bespreking van het belang van de gezamenlijke schuldeisers en het belang behoud van werkgelegenheid. Een bespreking van het belang van de gezamenlijke werknemers op het behoud van werkgelegenheid onder dezelfde arbeidsvoorwaarden laat ik met het oog op de omvang van deze bijdrage achterwege. [Terug](#)
- ³ HR 24 februari 1995, *NJ* 1996, 472. [Terug](#)
- ⁴ HR 19 april 1996, *NJ* 1996, 727. [Terug](#)
- ⁵ Uitgezonderd enkelen die stellen dat deze uitspraken de ruimte bieden het belang van de gezamenlijke werknemers op behoud van werkgelegenheid bij overgang van onderneming boven het belang van de gezamenlijke schuldeisers te stellen dan wel betwijfelen dat dit het geval is. Zie o.a. De Ranitz 1996, p. 187–199 (zie noot 1), noot van W.M. Kleijn in de *NJ* bij het arrest Sigmacon II (HR 24 februari 1995, *NJ* 1996, 472) en L.J. van Eeghen, 'Verkenning van belangen bij doorstart', *TVVS* 1996, p. 96 en in zijn reactie op het doorstartnummer in *TVVS* 1997, p. 274. [Terug](#)
- ⁶ Geen rekening wordt gehouden met de separatisten. Het faillissement strekt er niet toe hun vorderingen te voldoen. Zij kunnen hun vorderingen immers verhalen buiten het faillissement en de concursus van schuldeisers om. Zie o.a. art. 57 Fw; vgl. o.a. F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator, een rechtsvergelijkend onderzoek naar de taak, bevoegdheden en persoonlijke aansprakelijkheid van de faillissementscurator* (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 66–67. [Terug](#)
- ⁷ Zie o.a. R.D. Vriesendorp, 'De taak van de curator', *Tvl* 1995, p. 117, C.M. van der Heijden, *Insolventie en rechtspersoon. Een onderzoek naar de bevoegdheden en verplichtingen tussen de curator respectievelijk de bewindvoerder en de organen van rechtspersonen* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 1996, p. 27 e.v., Verstijlen 1998, p. 151 e.v. (zie noot 5), E. Loesberg, 'De voorgestelde aanpassing van de Faillissementswet als gevolg van Richtlijn 98/50/EG: een stille revolutie?', *Tvl* 2001, p. 159, E. Loesberg, 'De curator en de werknemer (DGA): vriend en/of vijand?', in: Luttmer-Kat e.a. (red.), *Werknemers en insolventie van de werkgever: is de balans in evenwicht?*, Deventer: Kluwer 2000, p. 17. [Terug](#)
- ⁸ Zie o.a. De Ranitz 1996, p. 187 e.v. (zie noot 1); H.P.J. Ophof, 'Faillissement, surseance van betaling en de continuïteit van de onderneming,' in: red: D.H. Beukenhorst e.a. (red.), *Het faillissement in de tijd van Molengraaff en nu, Preadvies van de Vereeniging 'Handelsrecht' 1993*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993, p. 15: 'Het is een vanzelfsprekendheid geworden dat door de curator getracht wordt het bedrijf (de onderneming) en de daarmee verbonden werkgelegenheid zoveel mogelijk in stand te houden teneinde ook kapitaalvernietiging te voorkomen.' Zie ook Verstijlen 1998, p. 36 e.v. (zie noot 5). Dit bleek ook uit door mij gevoerde gesprekken met verschillende R-C's. [Terug](#)
- ⁹ Zie De Ranitz 1996, p. 187 (zie noot 1). [Terug](#)
- ¹⁰ Van Dooren q.q. c.s./Interplan, *JOR* 2004/61. [Terug](#)
- ¹¹ Hij overwoog dat het belang van een doelmatige afwikkeling van het faillissement in zijn algemeenheid niet behoort tot de zwaarwegende belangen van maatschappelijke aard (r.o. 3.5.2.). [Terug](#)
- ¹² Zie MDW-Eindrapport, p. 12. [Terug](#)
- ¹³ Zie MDW-Eindrapport, p. 7. [Terug](#)
- ¹⁴ Zie de brief van de Minister van Justitie aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal d.d. 10 januari 2002, nr. 5136308/01/ 06 inhoudende het kabinetsstandpunt betreffende het eindrapport van de MDW-werkgroep modernisering faillissementsrecht tweede fase. [Terug](#)

- ¹⁵ Zie dezelfde brief (zie noot 13), 'Standpunt van de Regering. Centrale doelstellingen van de Faillissementswet.' [Terug](#)
- ¹⁶ .Zie dezelfde brief (zie noot 13), 'Standpunt van de Regering. Herschikking en onderzoek gewenst.' [Terug](#)
- ¹⁷ Dit staat overigens in schril contrast met de geschiedenis van de huidige Faillissementswet. In de negentiende eeuw maakten de Kamerleden zich zorgen dat een bedrijf werd voortgezet ten koste van crediteuren (Zie G.W. van der Feltz, *Geschiedenis van de Wet op het faillissement en de surseance van betaling*, bewerkt door G.W. baron van der Feltz, deel II (1897); heruitgave bewerkt door S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, Serie Onderneming en Recht; Deel 2-II, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 58; zie ook H.P.J. Ophof, 'Faillissement, surseance van betaling en de continuïteit van de onderneming', in: D.H. Beukenhorst e.a., *Het faillissement in de tijd van Molengraaff en nu*, Preadviezen Vereniging 'Handelsrecht', Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993, p. 14.). [Terug](#)
- ¹⁸ Zie dezelfde brief (zie noot 13), 'Implementatie.' [Terug](#)
- ¹⁹ Zie *Kamerstukken II* 2003/04, 27 244, nr. 8, p. 5 (derde nota van wijziging). [Terug](#)
- ²⁰ Zie ook H.P.J. Ophof in zijn noot bij Maclou/Curatoren Van Schuppen in *TVVS* 1996, p. 205 en in zijn bijdrage 'Enige algemene opmerkingen over doorstart', *TVVS* 1997, p. 201. Volgens hem gaat het niet aan de kosten van werkgelegenheidsbevorderende acties ten laste te brengen van een toevallige groep crediteuren. Volgens hem is het de overheid die verantwoordelijk is voor de werkgelegenheid en daarvoor ten laste van de algemene middelen stimulerende maatregelen mag treffen. [Terug](#)
- ²¹ Hierbij dient te worden opgemerkt dat momenteel de concurrente crediteuren slechts in 9% (zie Tabel A) en de overige preferente crediteuren in 10% (zie Tabel B) van de faillissementen van ondernemingen een (gedeeltelijke) uitkering op hun vordering ontvangen. Onbekend is in hoeverre deze cijfers zijn beïnvloed door het gegeven dat in de praktijk het streven naar werkgelegenheid boven het belang van de gezamenlijke schuldeisers is gesteld. [Terug](#)
- ²² Het zogenaamde bodemrecht van de Belastingdienst ex art. 22 lid 3 IW 1990 blijft hier buiten beschouwing omdat dit de goederen betreft die niet toebehoren aan de schuldenaar zelf, maar zaken van derden die zich op de bodem van de belastingschuldige bevinden. Deze goederen vallen derhalve buiten het faillissementsbeslag. Echter de opbrengst ervan strekt tot vermindering van de vordering die de Belastingdienst heeft op de schuldenaar. [Terug](#)
- ²³ Met uitzondering van die van de art. 3:287 en 3:288 onder *a*, alsmede dat van art. 3:284 BW voorzover de kosten zijn gemaakt na de dagtekening van het aanslagbiljet (Belastingdienst) dan wel na de vaststelling van de voorschotpremie of de premie (UWV). [Terug](#)
- ²⁴ Bodemzaken zijn grofweg gezegd roerende zaken die dienen ter stoffering van de onderneming en die zich tijdens de beslaglegging op de bodem van de belastingschuldige bevinden; zie J.J. Vetter en P.J. Wattel, *Hoofdzaken invordering*, Fiscale Studiereeks nr. 2, Deventer: FED 2000, p. 213. [Terug](#)
- ²⁵ Hierbij dient te worden opgemerkt dat in deze statistieken onduidelijk is in hoeverre de cijfers zijn beïnvloed door de kwestie dat in de praktijk de werkgelegenheid met enige regelmaat prevaleert boven het belang van de gezamenlijke schuldeisers. [Terug](#)
- ²⁶ Het betreft het gemiddelde percentage over de periode 1994–2002 ter zake van de beëindigde faillissementen van ondernemingen en instellingen. Hierbij dient de kanttekening te worden gemaakt dat blijkt dat gedurende die periode het percentage waarin er geen schuld is aan de concurrente crediteuren varieert van 3–4% en waarin aan hen niets wordt uitgekeerd varieert van 85–90%. Variërend van 6–11% krijgen de concurrente schuldeisers dus een uitkering; zie tabel A. [Terug](#)
- ²⁷ Het betreft het gemiddelde percentage over de periode 1994–2002 ter zake van de beëindigde faillissementen van ondernemingen en instellingen. Hierbij dient de kanttekening te worden gemaakt dat blijkt dat gedurende die periode het percentage waarin er geen schuld is aan de preferente crediteuren varieert van 57–61% en waarin niets wordt uitgekeerd aan de preferente crediteuren varieert van 28–34%. Variërend van 8–13% krijgen de preferente schuldeisers een uitkering; zie tabel B. [Terug](#)
- ²⁸ Het betreft het gemiddelde percentage over de periode 1994–2002 terzake van de beëindigde faillissementen van ondernemingen en instellingen. Hierbij dient te worden opgemerkt dat gedurende die periode het percentage waarin er geen schuld is varieert van 11–13%. In gemiddeld 57% vindt er geen uitkering plaats. In gemiddeld 31% van de faillissementen wordt er wel toegekomen aan een uitkering; zie tabel C. [Terug](#)
- ²⁹ Zie tabel D. [Terug](#)
- ³⁰ Zie tabel E. [Terug](#)
- ³¹ Zie tabel F. [Terug](#)
- ³² Zie tabel G. [Terug](#)
- ³³ Uit een recent onderzoek van Graydon blijkt onder andere dat gedurende een periode van drie jaar 87% van de ondervraagde MKB-ondernemers geconfronteerd worden met failliete afnemers. Bij ruim 44%

gaat het om 5 tot meer dan 25 faillissementen waarbij men schade lijdt. Tevens dat 41% soms of vaker in de problemen komt door niet betalende debiteuren. Hieruit blijkt tevens dat bijna 40% van de ondervraagden gedurende die periode geconfronteerd werd met non-betaling (waaronder ten gevolge van faillissement en schuldsanering) met een schade tussen de € 50 000 en meer dan € 200 000. (R.J. Blom, *Zicht op debiteuren*, Amsterdam: Graydon 2003, p. 92–96). [Terug](#)

³⁴ In deze bijdrage wordt omwille van de omvang alleen de positie van de genoemde preferente en de concurrente crediteuren behandeld. Buiten beschouwing blijven o.a. de boedelcrediteuren (Belastingdienst en UWV) en de separatisten. [Terug](#)

³⁵ Zie ook de noot van W.M. Kleijn bij het arrest van de Hoge Raad d.d. 24 februari 1995, *NJ* 1996, 472 (*Ontvanger/Gerritse q.q.; Sigmacon II*). Onder nr. 5 van de noot schrijft hij: '(...) Het is in het algemeen beschouwd waard te onderzoeken na hoeveel tijd het bedrag van de sociale voorzieningen benodigd voor de omstreeks 200 ontslagen werknemers, ingeval deze ontslagen hadden moeten worden, het bedrag dat de ontvanger thans ontglipt, zou overtreffen; van dat moment af is de gemeenschap als totaal ook gebaat door een sterfhuiskeuze als de onderhavige. Het zou goed zijn, dat ook aan dergelijke overwegingen meer aandacht wordt besteed, los van de menselijke kanten van een ontslag bij het kiezen voor liquidatie.' [Terug](#)

³⁶ Dit is afhankelijk van onder meer de samenstelling van het personeel en de duur en de hoogte van hun aanspraak op een WW-uitkering en hun arbeidsmarktpositie. Door onder andere de recessie en de wet van 19 december 2003 tot wijziging van de Werkloosheidswet in verband met afschaffing van de vervolgitkering (*Stb.* 2003, 546, in werking getreden met ingang van 1 januari 2004 (*Stb.* 2003, 547)) zal het beroep van de werknemers op de bijstandsuitkeringen alleen maar stijgen. Daarnaast doet de overheid tal van andere uitgaven die gerelateerd zijn aan werkzoekenden. Deze blijven buiten beschouwing. [Terug](#)

³⁷ Het bevorderen van de werkgelegenheid is overigens een grondwettelijke plicht van de overheid. Zie art. 19 Grondwet. [Terug](#)

³⁸ Hoofdlijnenakkoord van 16 mei 2003, o.a. p. 1, p. 3–4. Het streven naar bevordering van de werkgelegenheid blijkt voorts uit de regeringsverklaring d.d. 11 juni 2003, zie o.a. p. 1 en p. 7. [Terug](#)

³⁹ Resolutie van 25 juni 1990, nr. AFZ 90/1990, zoals nadien periodiek aangepast, te vinden als bijlage in de losbladige *Vakstudie Invorderingswet*. [Terug](#)

⁴⁰ Zie Vetter en Wattel 2000, p. 9 en p. 256–257 (zie noot 23). [Terug](#)

⁴¹ Zie paragraaf 1 lid 9 LInv. [Terug](#)

⁴² Zie art. 3 paragraaf 3 LInv. Zie omtrent het werkgelegenheidsbelang en het aanvragen van het faillissement ook MvA, p. 12 en 13, nota naar aanleiding van het eindverslag, p. 6, MvA Eerste Kamer, p. 3. [Terug](#)

⁴³ Zie ook Vetter en Wattel 2000, p. 120 (zie noot 23). [Terug](#)

⁴⁴ Zie MvA, p. 41 en 42 en nota naar aanleiding van het eindverslag, p. 18. [Terug](#)

⁴⁵ Zie Vetter en Wattel 2000, p. 121 (zie noot 23) en zie art. 26 paragraaf 4 LInv. [Terug](#)

⁴⁶ Zie art. 20–22 van de Uitvoeringsregeling Invorderingswet 1990. [Terug](#)

⁴⁷ De wijzigingen zijn met toelichting in de *Staatscourant* geplaatst, *Stcrt.* 2002, 216, p. 11. Voor een uitvoerige bespreking hiervan zie o.a. M.H.M. van Oers, 'Wijziging uitvoeringsregeling Invorderingswet 1990 per 1 januari 2003', *Tvl* 2003, p. 13–16. [Terug](#)

⁴⁸ Zie brief Staatssecretaris van Financiën aan de voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal 4 september 2002, nr. WDB2000/401M, punt 5, *VN* 2002/45.23; zie ook Wijziging Uitvoeringsregeling Invorderingswet 1990, artikelsgewijze toelichting op artikel I, onderdeel G (artikel 22 Uitvoeringsregeling Invorderingswet 1990) (*Stcrt.* 2002, 216, p. 11). [Terug](#)

⁴⁹ Zie Van Oers 2003, p. 14–15 (zie noot 46). [Terug](#)

⁵⁰ Art. 25 paragraaf 14 lid 1 jo. lid 2 LInv. [Terug](#)

⁵¹ Art. 25 paragraaf 14 lid 1 LInv. [Terug](#)

⁵² Art. 25 paragraaf 14 lid 6 LInv. [Terug](#)

⁵³ Dit is afhankelijk van de samenstelling van het personeel en de duur en de hoogte van hun aanspraak op een WW-uitkering. [Terug](#)

⁵⁴ Overigens heeft UWV in tijden van hoogconjunctuur op last van Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid ten koste van de werkgevers en werknemers in het bedrijfsleven een forse reserve in het Algemeen Werkloosheidsfonds (Awf-fonds) opgebouwd met als reden het tegengaan van oververhitting van de economie. [Terug](#)

⁵⁵ Het UWV is een krachtens de Wet structuur uitvoeringsorganisatie werk en inkomen (wet van 29 november 2001, *Stb.* 2001, 624) (verder: Wet SUWI) ingesteld zelfstandig bestuursorgaan. Een zelfstandig bestuursorgaan is een buiten de gewone, departementale organisatie vallende organisatie die bij of krachtens de wet in het leven is geroepen en waaraan (krachtens attributie of delegatie)

bestuursbevoegdheden zijn toegekend. Dat wil zeggen dat ze bevoegd zijn 'besluiten' te nemen. Het orgaan is niet hiërarchisch ondergeschikt aan een minister maar behoort wel tot de 'centrale overheid' (zie Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Den Haag: Elsevier juridisch 2002, p. 85). [Terug](#)

⁵⁶ Art. 11 lid 1 Coördinatiewet Sociale Verzekeringen; art. 98 Werkeloosheidswet (verder: WW). [Terug](#)

⁵⁷ F.M. Noordam, *Sociale-zekerheidsrecht*, Deventer: Kluwer, 2002, p. 25–26. [Terug](#)

⁵⁸ Zie website UWV (www.uwv.nl, het hoofdstuk 'Over UWV'). [Terug](#)

⁵⁹ Besluit van 18 april 2000, *Stcrt.* 2000, 81, p. 20. [Terug](#)

⁶⁰ Ten aanzien van rechtspersonen. [Terug](#)

⁶¹ Op 1 januari 2002 hebben het Landelijk instituut sociale verzekeringen (verder: Lisv) samen met de uvi's plaatsgemaakt voor het UWV. Het UWV heeft een hoofdkantoor en een groot aantal regionale vestigingen. [Terug](#)

⁶² Besluit van 18 april 2000, *Stcrt.* 2000, 81, p. 20, nr. 7.1. [Terug](#)

⁶³ Zie o.a. Verstijlen 1998, p. 81–83 en Van der Heijden 1996, p. 27 (zie noot 6). [Terug](#)

⁶⁴ Al dan niet rekening houdend met de besparing van boedelschulden, zoals loon over de opzegtermijn e.d. Tevens kan het interessant zijn als de curator, indien mogelijk, in kaart brengt het verloop van de kosten per dienstbetrekking. Het is bijvoorbeeld denkbaar dat deze kosten onevenredig toenemen. Hetgeen een argument zou kunnen zijn voor het UWV en de Belastingdienst om tot een bepaalde hoogte te streven naar maximalisatie van werkgelegenheid. [Terug](#)

⁶⁵ In deze bijdrage zijn omwille van de omvang alleen de Belastingdienst en het UWV behandeld. [Terug](#)

⁶⁶ Het UWV bepaalt weliswaar zijn eigen invorderingsbeleid, maar de regering kan hierop invloed uitoefenen. Dit onder meer door de rol die in de Wet structuur uitvoeringsorganisatie werk en inkomen (verder: Wet SUWI) (wet van 29 november 2001, *Stb.* 2001, 624) is toebedeeld aan de regering (Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid). Zo heeft de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid de bevoegdheid ex art. 78 Wet SUWI aanwijzingen te geven aan het UWV met betrekking tot de uitoefening van zijn taken en kunnen op grond van art. 82 Wet SUWI bij algemene maatregel van bestuur regels worden gesteld die noodzakelijk zijn in verband met de goede uitvoering door het UWV. [Terug](#)

⁶⁷ Zie Brief van de Minister van Justitie aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal d.d. 10 januari 2002, nr. 5136308/01/06 inhoudende het kabinetsstandpunt betreffende het eindrapport van de MDW-werkgroep modernisering faillissementsrecht tweede fase. Onder het kopje 'Standpunt van de Regering. Herschikking en onderzoek gewenst'. [Terug](#)

De relatieve betekenis van toezicht

In de Nederlandse literatuur is er momenteel veel aandacht voor het toezicht. In deze bijdrage wordt betoogd dat momenteel een niet onbelangrijk deel van het vermogen van de schuldenaar juist 'ten onrechte' aan het beheer van de curator en daarmee aan het toezicht van de r-c is onttrokken, waardoor het belang van de gezamenlijke schuldeisers kan worden aangetast. Dit betekent dat de vraag of het toezicht van de r-c op het beheer door de curator voldoet, zich op een ander niveau dient te gaan afspelen.

1. Inleiding

In de Nederlandse literatuur is er momenteel veel aandacht voor het toezicht in de faillissementsprocedure. Maar alvorens zich te richten op de vraag hoe het toezicht - in zijn huidige omvang - kan worden verbeterd, is het mijn inziens van belang dat er eerst duidelijkheid bestaat over de zogenaamde 'reikwijdte' van dit toezicht. Oftewel allereerst dient de vraag te worden beantwoord of het toezicht van de r-c wel al het vermogen¹ van de schuldenaar omvat dat hieronder *zou moeten* vallen of valt een deel van dit vermogen 'ten onrechte' hierbuiten? Ter beantwoording van deze centrale vraag behandel ik in deze bijdrage allereerst de vraag welk vermogen van de gefailleerde schuldenaar momenteel buiten het toezicht van de r-c valt en welk effect dit heeft op het belang van de gezamenlijke schuldeisers (§ 2)? Vervolgens komt met een uitstap naar het zogenaamde 'creditors' bargain model' van Baird en Jackson (§ 3) de vraag aan de orde of en in hoeverre dit vermogen onder het beheer van de curator en daarmee onder het toezicht van de r-c zou moeten vallen (§ 4)? Ik sluit af met een korte slotopmerking (§ 5).

2. Vermogen buiten toezicht r-c

¹ In deze bijdrage laat ik ter bepaling van het vermogen van de schuldenaar buiten beschouwing de uitzonderingen genoemd in art. 21 en art. 21a Fw, alsmede de zogenaamde 'reconstructie van de boedel', waardoor het vermogen van de schuldenaar op datum van de faillietverklaring dient te worden vermeerderd met het vermogen dat voor die datum ten onrechte aan de schuldenaar was onttrokken (Vlg. F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator* (diss. Tilburg). Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 46 e.v.). De belangrijkste mogelijkheden die de curator ter beschikking staan om dit vermogen in de boedel te brengen zijn: de (faillissements)pauliana, de vordering ex art. 6:162 BW en de vordering ex art. 2:248 BW. Tevens blijven in deze bijdrage buiten beschouwing de belangen van de schuldenaar en van de werknemers.

Onder het huidige regiem van onze Faillissementswet vallen twee soorten goederen buiten het beheer van de curator en het toezicht van de r-c. Dit zijn allereerst de goederen die weliswaar behoren tot het vermogen van de schuldenaar en ex art. 20 Fw in de boedel vallen, maar die zijn uitgesloten van het beheer door de curator en het toezicht van de r-c op grond van art. 57 Fw. Op basis van dit artikel kunnen de pand- en hypotheekhouders hun rechten uitoefenen 'alsof er geen faillissement was' (art. 57 lid 1 Fw).² Een uitzondering hierop vormt hetgeen bepaald is in art. 58 lid 1 Fw. Indien de curator de pand- en hypotheekhouders een redelijke termijn heeft gesteld om tot uitoefening van hun rechten als separatist over te gaan en zij hebben het bezwaarde goed niet binnen deze termijn verkocht, dan kan de curator de goederen opeisen en in het openbaar of met toestemming van de r-c onderhands verkopen. Bij een dergelijke verkoop behouden de separatisten hun recht op de opbrengst (art. 58 lid 1 Fw). Er vindt echter wel een omslag in de algemene faillissementskosten plaats.

Daarnaast vallen buiten het beheer van de curator en het toezicht van de r-c de goederen die weliswaar niet tot het vermogen in juridische zin van de schuldenaar behoren, maar in economische zin wel. Dit zijn de goederen die in zekerheidseigendom aan derden toebehoren.³ Het is de schuldenaar die het goed gebruikt en in beginsel het economische risico met betrekking tot dit goed draagt. Het juridische eigendom bij de zekerheidsgerechtigde strekt slechts tot waarborg voor de voldoening van zijn vordering op de schuldenaar.⁴ Deze zekerheidsgerechtigden zijn bevoegd die goederen uit het faillissement op te eisen,⁵ tenzij het bodemzaken zijn waarop de fiscus bodembeslag heeft gelegd (art. 22 lid 3 Inv.). Dan is de fiscus degene die zich daarop kan verhalen ten

² Met dien verstande dat de pand- en hypotheekhouder dit recht gedurende de duur van een eventuele afkoelingsperiode (art. 63a Fw) niet kan uitoefenen zonder toestemming van de r-c c.q. rechtbank. De curator kan ex art. 58 lid 2 Fw een met pand of hypotheek bezwaard goed tot op het tijdstip van de verkoop lossen tegen voldoening van hetgeen waarvoor het pand- of hypotheekrecht tot zekerheid strekt, alsmede van de reeds gemaakte kosten van executie.

³ In deze bijdrage beperk ik mij tot de rechtsfiguren financial lease en eigendomsvoorbehoud.

⁴ Zie ook J.J. van Hees, *Leasing* (diss. Nijmegen), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 56-59, J.J. van Hees, 'Herziening van het insolventierecht: een kwestie van denken en doen,' *Tvi* 1997/4, p. 105 e.v., N.W.M. van den Heuvel, *Zekerheid en Voorrang* (diss. Tilburg), Boom Juridische Uitgevers 2004, p. 187 e.v. Met betrekking tot zekerheidseigendom is de fiscus deze mening ook toegedaan (zie o.a. art. 22, par. 5, lid 4 Leidraad Invordering).

⁵ Met dien verstande dat de zekerheidseigenaren hun rechten gedurende de afkoelingsperiode niet mogen gebruiken zonder toestemming van de r-c c.q. de rechtbank.

behoefte van de zakelijke belastingschulden van de schuldenaar.⁶

Doordat de genoemde goederen buiten het beheer van de curator en het toezicht van de r-c vallen bestaat er gedurende de duur van het faillissement als het ware een systeem van drie parallelle verhaalsprocedures: een collectieve (de faillissementsprocedure) en twee individuele procedures, waarbij de individuele procedures de faillissementsprocedure kunnen tegenwerken. In de faillissementsprocedure staat het belang van 'de gezamenlijke schuldeisers' voorop. In de individuele procedures staat respectievelijk het individuele belang van de pand- en hypotheekhouder en de zekerheidseigenaar danwel de fiscus voorop. Dit alles heeft tot gevolg dat de pand- en hypotheekhouder, de zekerheidsgerechtigde danwel de fiscus het belang van de gezamenlijke schuldeisers in de faillissementsprocedure kunnen aantasten. Hierbij valt aan de volgende twee situaties te denken.

Ten eerste, wanneer de activa van de schuldenaar meer waard zijn als ze bij elkaar worden gehouden dan als ze afzonderlijk worden verkocht. Indien bijvoorbeeld een zekerheidseigenaar of een pand- en hypotheekhouder een verkoop going concern tegenhoudt of bemoeilijkt, resulteert dit erin dat het belang van de gezamenlijke schuldeisers wordt aangetast. Ten tweede indien de pand- en hypotheekhouder of de zekerheidseigenaar niet geprikkeld zal zijn om het goed voor de hoogste prijs aan een derde te verkopen. Dit risico speelt ten aanzien van de zekerheidseigenaren indien er sprake is van een overwaarde in het in zekerheidseigendom gegeven goed ten opzichte van de vordering van de zekerheidseigenaar voorzover de zekerheidseigenaar niet gerechtigd is tot deze overwaarde.⁷ De zekerheidseigenaar zal alsdan niet gemotiveerd zijn om het goed voor de hoogste prijs te verkopen⁸ omdat hij de overwaarde niet zelf mag behouden. Dit risico speelt ook ten aanzien van de pand- en hypotheekhouder. In de eerste plaats indien zij per saldo niets van de opbrengstwaarde van de bezwaarde goederen zullen ontvangen als gevolg van de omvang van de vorderingen van de bevoorrechte schuldeisers die in rang boven hun komen,

⁶ De fiscus wijkt niet voor onder meer eigendomsvoorbehoud, huurkoop en financial lease. Zie o.a. art. 22, par. 5, lid 4 Leidraad Invordering. De bevoegdheid van de fiscus tot beslaglegging op bodemzaken van derden vervalt niet gedurende de afkoelingsperiode, zij het dat uitwinning en opeising niet mogelijk zijn zonder toestemming van de r-c c.q. rechtbank (zie ook J.J. Vetter, P.J. Wattel, *Hoofdzaken Invordering*, Deventer: FED 2000, p. 217-218).

⁷ Er bestaat ten aanzien van bepaalde vormen van zekerheidseigendom onduidelijkheid over de vraag aan wie de overwaarde dient toe te komen: aan de schuldenaar of de zekerheidseigenaar. Ten aanzien van een financial lease overeenkomst die onder de huurkoopregeling valt is dit geregeld in de wet. Op grond van art. 7A: 1576t BW en 38a Fw is de huurkoper gerechtigd tot de overwaarde. Ten aanzien van een financial lease overeenkomst die niet onder deze regeling valt, bestaat hierover onduidelijkheid (zie ook J.J. van Hees (diss.), t.a.p., p. 185 en de literatuur genoemd onder noot 83).

⁸ De zekerheidseigenaar mag het goed ook behouden. Alsdan zal er wellicht een waarderingsprobleem zijn. Dit kan op gelijke wijze nadelig uitpakken voor de gezamenlijke schuldeisers.

zoals bijvoorbeeld de fiscus op grond van art. 21 lid 2 Inv.⁹ (art. 57 lid 3 Fw). Ingevolge art. 57 lid 3 Fw behartigt de curator de belangen van de schuldeisers die een hoger voorrecht hebben dan de pand- of hypotheekhouder. Dit houdt in dat de separatist eerst een bedrag aan de curator moet afdragen voor de hoger gerangschikte crediteur, alvorens zelf verhaal te mogen nemen op het restant.¹⁰ Daarnaast speelt dit ook indien er een overwaarde bestaat in de zekerheid ten opzichte van de te dekken vordering (verminderd met de omvang van de eventuele vorderingen van de voornoemde hoger bevoorrechte schuldeisers). Deze overwaarde dient de pand- en hypotheekhouder aan de curator af te dragen.¹¹ In beide gevallen zal de pand- en hypotheekhouder wellicht niet geprikkeld zijn om het bezwaarde goed voor de hoogste prijs te verkopen omdat hij daar niet zelf bij gebaat.

De vraag die nu resteert is of dit alles ertoe dient te leiden dat het vermogen dat momenteel via de beide hierboven genoemde individuele procedures buiten het beheer van de curator en het toezicht van de r-c valt, toch niet hieronder zou moeten worden gebracht? Om hierop een antwoord te kunnen geven dient eerst de vraag te worden beantwoord: wat *zou* het faillissementsrecht *moeten doen*. In de volgende paragraaf wordt derhalve eerst een antwoord gegeven op de vraag *waarom bestaat er een faillissementsprocedure?*¹²

3. Bestaansreden faillissementsprocedure

In de Nederlandse faillissementsrechtdoctrine wordt vaak voorbijgegaan aan de vraag waarom er een faillissementsprocedure bestaat. In de Amerikaanse faillissementsrechtdoctrine en de internationale (rechts)economische literatuur bestaan hierover diverse theorieën.¹³ In deze bijdrage ga ik uit van een rechtseconomisch model van de faillissementsprocedure van een onderneming, het zogenaamde creditors' bargain model van de Amerikanen Douglas Baird en Thomas Jackson.

⁹ In het faillissement hoeft de fiscus geen beslag te leggen op de verpande bodemzaken van de schuldenaar om zijn voorrang ten aanzien van de pandhouder te bewerkstelligen (zie art. 21 lid 2 Inv., laatste volzin).

¹⁰ Zie ook H.J. Snijders, E.B. Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2001, p. 428.

¹¹ Art. 3:253 lid 1 BW en 3:270 lid 2 BW.

¹² Zie ook Douglas G. Baird, 'Loss distribution, forum shopping, and bankruptcy: a reply to Warren', *U.Ch.L.Rev.* 816 (1987), p. 834.

¹³ In de in Nederland verschenen literatuur heeft O. Couwenberg reeds de diverse theorieën en de belangrijkste stromingen uiteengezet, ik volsta derhalve met een verwijzing naar zijn dissertatie, *Resolving financial distress in The Netherlands: a case study approach* (diss. Groningen), 1997, p. 70 e.v. Sindsdien zijn de aldaar genoemde stromingen in hoofdlijnen nagenoeg gelijk gebleven.

Kort samengevat bepleiten Baird en Jackson¹⁴ dat het faillissementsrecht het fundamentele probleem tracht op te lossen dat het individuele belang het groepsbelang ondermijnt. Volgens hen dient de faillissementsprocedure een oplossing te bieden voor het zogenaamde ‘common pool’ probleem. Dit probleem ontstaat doordat de afzonderlijke individuele crediteuren zich op basis van de individuele procedures zo spoedig mogelijk willen verhalen op het vermogen van de schuldenaar indien zij vermoeden dat de schuldenaar in financiële problemen verkeert. Aangezien de individuele procedures het karakter hebben van ‘wie het eerst komt, wie het eerst maalt,’ kan dit weliswaar gunstig zijn voor een paar individuele crediteuren maar zal dit slecht uitpakken voor de crediteuren als een groep als de schuldenaar insolvent is. Voor het collectief kan het beter zijn als de activa bij elkaar gehouden worden ook al is de schuldenaar insolvent.¹⁵

Een en ander kan worden opgelost door aan de individuele schuldeisers één verplichte collectieve procedure op te leggen, waardoor ze zich gedragen alsof ze één crediteur waren. Volgens Baird en Jackson dient de overheid in een dergelijke procedure te voorzien omdat de individuele schuldeisers er zelf niet toe in staat zijn om een collectieve procedure met elkaar overeen te komen.¹⁶ Dit wordt, kort gezegd, veroorzaakt door een tussen hen bestaand coördinatieprobleem. De overheid dient derhalve weliswaar in een procedure te voorzien, maar de procedure dient te worden ingericht zoals de schuldeisers de faillissementsprocedure zouden hebben ingericht indien zij hiertoe in staat waren geweest.¹⁷

Volgens Baird en Jackson geeft deze visie op het faillissementsrecht tevens de

¹⁴ Baird en Jackson hebben hun theorie in een aantal artikelen uiteengezet, sommige hebben ze alleen geschreven, sommige samen. Deze artikelen zijn verzameld in het boek van Thomas H. Jackson, *The logic and limits of bankruptcy law*, Harvard University Press 1986. Thomas Jackson en Douglas Baird waren de eersten die een rechtseconomisch model van ‘corporate bankruptcy law’ hebben ontwikkeld. Zie voor een beschrijving van hun theorie in de in Nederland verschenen literatuur ook O. Couwenberg, *Incomplete contracten: een rechtseconomische benadering* (oratie Groningen), 2003, p. 8 e.v.; O. Couwenberg (diss.), t.a.p., p. 64 e.v.

¹⁵ Thomas H. Jackson 1986, t.a.p., p. 12-13.

¹⁶ Niet voor maar ook niet tijdens de staat van insolventie. Jackson en Baird maken hierbij nog de kanttekening dat als het aantal crediteuren voldoende klein en voldoende bepaalbaar is, het mogelijk kan zijn om ten tijde van insolventie van de onderneming een oplossing te onderhandelen, zonder dat dit gepaard hoeft te gaan met al de uiteengezette nadelen van de individuele procedures. Als het echter gaat om grote aantallen crediteuren of crediteuren die niet meteen bekend zijn op een bepaald moment dan zou de mogelijkheid van de crediteuren om het probleem via een overeenkomst op te lossen, kunnen zijn verdwenen (Thomas H. Jackson 1986, t.a.p., p. 19).

¹⁷ Thomas H. Jackson, ‘Bankruptcy, nonbankruptcy entitlements, and the creditors’ bargain’, in: J.S. Bhandari, L.A. Weiss (ed.), *Corporate bankruptcy. Economic and legal perspectives*, Cambridge University Press 1996, p. 40.

grenzen daarvan aan: zij bepleiten dat in het faillissement de rechten van voor datum faillissement in beginsel niet mogen veranderen, tenzij die rechten het groepsbelang aantasten. Het faillissementsrecht is volgens hen niet de plaats om een bepaald politiek beleid te voeren, dat niet tevens erbuiten wordt gevoerd. Discussies over bijvoorbeeld de (on)rechtvaardigheid van bepaalde voorrangposities vallen in hun zienswijze derhalve buiten het bestek van het faillissementsrecht. Zij vinden dat meningsverschillen dienaangaande in het algemeen moeten worden opgelost en niet alleen voor de faillissementssituatie. De meeste ondernemingen worden immers beëindigd zonder dat er een faillissementsprocedure aan te pas komt. Vind men bijvoorbeeld dat een pand- of hypotheekgever op gelijke voet met de andere crediteuren moet delen in de economische misère van de schuldenaar, dan dient hij dat in alle gevallen te doen en niet alleen in de gevallen wanneer er sprake is van een faillissement.¹⁸ Indien er in de faillissementsprocedure andere regels gelden dan daarbuiten ontstaat het gevaar van 'forumshopping'. Dit houdt bijvoorbeeld in dat een individuele crediteur zich tot de faillissementsprocedure wendt louter vanwege een voordeel als gevolg van een verandering van zijn rechtspositie in het faillissement ten opzichte van die voor het faillissement, ongeacht wat de kosten en de opbrengsten hiervan zijn voor de gezamenlijke crediteuren.¹⁹ Dit herintroduceert volgens Baird en Jackson juist het basisprobleem wat de faillissementsprocedure tracht op te lossen: het individuele belang dat het groepsbelang ondermijnt.²⁰

Indien de rechten van de crediteuren buiten het faillissement ertoe leiden dat het belang van de gezamenlijke schuldeisers in de faillissementsprocedure wordt aangetast dan zullen deze rechten in de faillissementsprocedure wel moeten worden veranderd. Hierbij geldt als leidraad dat alhoewel de rechten zelf worden veranderd er geen verandering mag optreden in de zogenaamde 'relatieve waarde' van die rechten. Dit houdt in dat de rechtspositie van de crediteuren ten opzichte van elkaar gelijk dient te zijn zowel buiten faillissement als in faillissement.²¹ Het is immers niet aan het faillissementsrecht om de onderlinge rangorde tussen de schuldeisers te veranderen.

4. Toezicht niet adequaat

De vraag of de verpande en verhypothekerde goederen onder het beheer van

¹⁸ Zie ook Douglas G. Baird, Thomas H. Jackson, 'Corporate reorganizations and the treatment of diverse ownership interests: a comment on adequate protection of secured creditors in bankruptcy', *U.Chi.L.Rev.* 97 1984, p. 102-103.

¹⁹ Douglas G. Baird, Thomas H. Jackson 1984, t.a.p., p. 101.

²⁰ Thomas H. Jackson 1986, a.w., p. 21.

²¹ Zie ook Thomas H. Jackson 1986, t.a.p., p. 29.

de curator en het toezicht van de r-c *zouden dienen* te vallen²² moet volgens het model van Baird en Jackson in beginsel bevestigend beantwoord worden in die gevallen dat het verhaalsrecht van de pand- en hypotheekhouder het gezamenlijke belang van de schuldeisers kan aantasten. Alsdan dient dit het – aan de afzonderlijke schuldeiser ontnomen - verhaalsrecht vervangen te worden door de ‘relatieve waarde’ van dit recht.

De verhaalsrechten van de pand- en hypotheekhouder kunnen volgens dit model in twee situaties het belang van de gezamenlijke schuldeisers aantasten. Ten eerste als de activa van de schuldenaar tezamen meer waard zijn dan de som van de waarde van de afzonderlijke activa. Indien bijvoorbeeld een zekerheidseigenaar of een pand- en hypotheekhouder een verkoop going concern tegenhoudt c.q. bemoeilijkt resulteert dit erin dat het belang van de gezamenlijke schuldeisers wordt aangetast. Ten tweede indien de pand- en hypotheekhouder geen prikkel hebben om het goed voor de hoogste prijs te verkopen. Deze situatie doet zich voor indien zij per saldo niets van de opbrengstwaarde van de bezwaarde goederen zullen ontvangen als gevolg van de omvang van de vorderingen van de bevoorrechte schuldeisers die in rang boven hun komen, zoals bijvoorbeeld de fiscus op grond van art. 21 lid 2 Inv. (art. 57 lid 3 Fw). Tevens zal de pand- en hypotheekhouder niet gemotiveerd zijn om het goed voor de hoogste prijs te verkopen indien er een overwaarde bestaat in de zekerheid ten opzichte van de te dekken vordering (verminderd met de omvang van de eventuele vorderingen van de voornoemde hoger bevoorrechte schuldeisers). De pand- en hypotheekhouder dient deze overwaarde immers aan de curator af te dragen.²³

In beide gevallen is de curator, onder toezicht van de r-c, de aangewezen persoon om het goed te beheren. Echter in dat geval dient wel de zogenaamde ‘relatieve waarde’ van het verhaalsrecht van de pand- en hypotheekhouder te worden beschermd. Zo wordt ook ‘forumshopping’ voorkomen.

Deze ‘relatieve waarde’ van het verhaalsrecht kan worden beschermd door aan de pand- en hypotheekhouder (het aan hem toekomende deel van)²⁴ de opbrengstwaarde te vergoeden die het bezwaarde goed had op het moment dat de pand- en hypotheekhouder hun recht van parate executie hadden kunnen

²² Dit wordt bijvoorbeeld ook bepleit door J.J. Van Hees, ‘Herziening van het insolventierecht: een kwestie van denken en doen,’ Tvi 1997/4, p. 102-107 en N.W.M. van den Heuvel, *Zekerheid en Voorrang* (diss. Tilburg), Boom Juridische Uitgevers 2004, p. 180-184,

²³ Art. 3:253 lid 1 BW en 3:270 lid 2 BW.

²⁴ Zie het voorbeschrevenen. Het kan bijvoorbeeld zo zijn dat een goed going concern meer waard is dan dat het afzonderlijk wordt verkocht door de pandhouder. Hierdoor dient het door de curator te worden verkocht. Maar dit houdt niet in dat de pandhouder gerechtigd is op de gehele opbrengst. Als gevolg van art. 57 lid 3 Fw heeft de pandhouder maar recht op bijvoorbeeld op een deel van de opbrengstwaarde en wordt een deel afgestaan aan de bevoorrechte schuldeisers die in rang boven de pandhouder gaan.

uitoefenen indien deze rechten niet aan hen waren ontnomen.²⁵ De reden hiervan is dat zo rekening wordt gehouden met de afschrijvingskosten en het risico van de waardedaling van het bezwaarde goed. Deze opbrengstwaarde dient te worden vermeerderd met een vergoeding voor de gemiste renteopbrengsten over (het aan de pand- en hypotheekhouder toekomende deel van) de opbrengstwaarde betreffende de periode die ligt tussen het moment waarop de pand- en hypotheekhouder het goed hadden kunnen verkopen en het moment dat zij van de curator de gelden ontvangen.

Indien niet langs deze weg de 'relatieve waarde' van het verhaalsrecht van de pand- en hypotheekhouder wordt veiliggesteld, wordt de separatist volgens Baird en Jackson niet voldoende beschermd.²⁶ Dit zou betekenen dat degene die gebaat zijn bij het onder het beheer van de curator en toezicht van de r-c laten vallen van de bezwaarde goederen (de preferente en de concurrente crediteuren, zij het na de boedelschuldeisers) niet de kosten die hieraan verbonden zijn hoeven te dragen. Indien de pand- en hypotheekhouder voldoende worden beschermd zullen zij volgens het creditors' bargain model er in beginsel geen bezwaar tegen hebben om te worden betrokken in de faillissementsprocedure. Hun positie voorafgaand aan het faillissement verschilt dan niet van die daarna.²⁷ Volgens dit model is er niets 'onrechtvaardigs' aan het op deze wijze erkennen van de rechten van de pand- en hypotheekhouder in het faillissement. Zij bepleiten dat het juist in lijn ligt met de overeenkomst ten aanzien van de bezwaarde goederen die de crediteuren met elkaar zouden zijn overeengekomen.²⁸

Indien niet een van de twee genoemde situaties zich voordoet waarin het verhaalsrecht van de pand- en hypotheekhouder het gezamenlijke belang kan aantasten (verkoop van het geheel heeft meer waarde of het ontbreken van

²⁵ Thomas J. Jackson 1986, t.a.p., p. 183-189.

²⁶ Op dit moment wordt de pand- en de hypotheekhouder niet adequaat beschermd gedurende een eventuele afkoelingsperiode. Indien er geen overwaarde bestaat in de zekerheid ten opzichte van de te dekken vordering (verminderd met de eventuele vorderingen van de schuldeisers die in rang boven de vordering van de pand- en hypotheekhouder gaat) draagt de pand- en hypotheekhouder het risico van de waardedaling en de afschrijvingskosten. Hij ontvangt ook geen vergoeding voor zijn gemiste renteopbrengsten over (het aan hem toekomende deel van) de opbrengstwaarde van het bezwaarde goed voor de periode gelegen tussen het moment dat hij het goed zonder afkoelingsperiode had kunnen verkopen en het moment dat hij hiertoe gerechtigd was (na het opheffen van de afkoelingsperiode). Weliswaar biedt art. 128 Fw enige vorm van bescherming. Dit artikel houdt in dat de pand- en de hypotheekhouder aanspraak kan maken op na de faillietverklaring lopende rente. Maar dit geldt alleen indien en voorzover de in zekerheid gegeven goederen voldoende opbrengen.

²⁷ Volgens Baird en Jackson resulteert het verplicht betrekken van de 'secured' schuldeisers in de faillissementsprocedure in een netto opbrengst, in die zin dat de 'secured' schuldeisers niet slechter af zijn en de 'unsecured' schuldeisers beter af zijn (Thomas H. Jackson 1996, a.w., p. 45).

²⁸ Thomas H. Jackson 1996, a.w., p. 46.

afdoende prikkel om de hoogste prijs te ontvangen) dan verdient het de voorkeur dat zij hun verhaalsrecht in het faillissement mogen behouden. Dit is het erkennen van de werkelijke rechten volgens het creditors' bargain model de beste manier is om de rechten van de pand- en hypotheekhouders te respecteren.²⁹

De vraag of de goederen die in zekerheidseigendom aan derden toebehoren volgens dit model onder het beheer van de curator en het toezicht van de r-c dienen te vallen dient in beginsel op een soortgelijke wijze positief te worden beantwoord. Echter de uitwerking hiervan vergt de nodige ruimte en is derhalve onderwerp van een hierop volgende publicatie.

5. Slotwoord

In de Nederlandse literatuur wordt momenteel veel aandacht besteed aan het toezicht in de faillissementsprocedure. In deze bijdrage is echter uiteengezet dat momenteel een niet onbelangrijk deel van het vermogen van de schuldenaar juist 'ten onrechte' aan het beheer van de curator en daarmee aan het toezicht van de r-c is onttrokken, waardoor het belang van de gezamenlijke schuldeisers kan worden aangetast. Dit betekent dat de vraag of het toezicht van de r-c op het beheer door de curator voldoet, zich op een ander niveau moet gaan afspelen. Zoals uit het voorafgaande blijkt is het van belang om bij het door de curator - onder toezicht van de r-c - uit te oefenen beheer ook de verpande en verhypothekerde goederen te betrekken, mits hierbij de 'relatieve waarde' van hun verhaalsrechten in acht worden genomen. Het is derhalve van belang dat eerst dit probleem ter hand wordt genomen alvorens het toezicht - in zijn huidige omvang - te veranderen. Anders bestaat het risico dat een verandering in het toezicht van betrekkelijke waarde zal zijn.

Mr.drs. A.P.K. Luttikhuis RA³⁰

²⁹ Thomas H. Jackson 1986, a.w., p. 182.

³⁰ Mr.drs. A.P.K. Luttikhuis RA is als onderzoeker verbonden aan het Center for Company Law van de Universiteit van Tilburg en advocaat. Email: A.P.K.Luttikhuis@uvt.nl.