

Onderzoek werpt een ander licht op het Insolventierecht

Een beschouwing over het boek 'Corporate recovery, de weg naar effectief insolventierecht' (diss. UvT)

Dr. mr. Karin Lutikhuis RA¹

1 Inleiding

In de afgelopen decennia heeft de wetgever diverse pogingen gedaan om de huidige Faillissementswet die dateert uit 1893 te herzien. De maatschappij en de overige wetgeving zijn ingrijpend gewijzigd, de Faillissementswet is weliswaar ook op een aantal gebieden gewijzigd, maar loopt hiermee niet in pas. De Commissie insolventierecht is drukdoende met het concipiëren van een wetsontwerp om de Faillissementswet integraal te veranderen, maar het is onbekend of het geldende insolventierecht effectief en efficiënt is. Laat staan dat zij weet welke wijzigingen zij in de Faillissementswet dan wel in andere wetgeving moet aanbrengen zodat er sprake is van effectief en efficiënt insolventierecht. Het boek 'Corporate recovery, de weg naar effectief insolventierecht' voorziet voor een deel in deze lacune.² De vraag die hierin centraal staat is: zijn de insolventieprocedures voor bedrijven in financiële moeilijkheden effectief en efficiënt. Indien dit niet het geval is, op welke wijze kan dit worden bereikt. Er zijn drie methoden van onderzoek gehanteerd: theoretisch onderzoek naar rechtseconomische modellen, dossieronderzoek naar de rechtbankdossiers van alle 4.167 in 2004 beëindigde faillissementen van bedrijven en literatuur- en jurisprudentieonderzoek. Deze combinatie van methoden heeft geresulteerd in verrassende uitkomsten.

2 Belang faillissementsprocedure klein, doelen amper bereikt

Uit het onderzoek blijkt dat het belang van de faillissementsprocedure veel kleiner is dan verondersteld. Uit een onderzoek van het Onderzoekscentrum Onderneming & Recht (OO&R) uit 2001³ en een onderzoek van het Hugo Sinzheimer Instituut (HSI) uit 1996⁴ blijkt dat er in 63% tot 66% van de faillissementen sprake was van een (gedeeltelijke) doorstart in een faillissementsprocedure. Voorts blijkt uit dit OO&R onderzoek dat er sprake was van een akkoord in 8% van de gefailleerde bedrijven. Mijn onderzoek toont aan dat er in slechts 6,85% van de faillissementen van bedrijven er sprake was van behoud van (een deel van) de onderneming. In 6,3% van die bedrijven was er sprake van

¹ Dr. mr. Karin Lutikhuis RA is advocaat te Amsterdam en onderzoeker aan de Universiteit van Tilburg.

² A.P.K. Lutikhuis, *Corporate recovery, de weg naar effectief insolventierecht* (diss. UvT), 2007, ISBN 978-90-811760-1-9, meer informatie www.corporate-recovery.org.

³ O. Couwenberg, S.C.J.J. Kortmann, N.E.D. Faber, *De efficiëntie van de Faillissementswet*, Onderzoekscentrum Onderneming & Recht 2001.

⁴ R. Knegt, *Faillissementen en selectief ontslag: een onderzoek naar 'oneigenlijk gebruik' van de Faillissementswet*, Hugo Sinzheimer Instituut 1996.

een (gedeeltelijke of gehele) doorstart van de onderneming en in 0,55% van een akkoord. De oorzaken van deze verschillende resultaten liggen in het feit dat beide genoemde onderzoeken hun onderzoek alleen hadden gericht op bedrijven die aan bepaalde criteria voldeden (o.a. omvang). Mijn onderzoek betreft alle in 2004 beëindigde faillissementen van bedrijven.

Verder blijkt uit het door mij verrichte onderzoek dat de faillissementsprocedure niet alleen behoud van onderneming, maar ook behoud van werkgelegenheid slechts beperkt bereikt. Voordat ik het onderzoek had verricht, was het niet alleen onbekend hoeveel ondernemingen in een faillissementsprocedure behouden bleven, maar ook hoeveel werknemers en daarmee werkgelegenheid is betrokken. Uit de onderzoeksresultaten blijkt dat er bij de onderzochte bedrijven in totaal 19.253 werknemers in dienst waren op het moment van faillietverklaring. Van deze werknemers behielden 15,4% hun baan. Dit maakt dat 16.828 werknemers hun arbeidsrelatie verloren door een faillissement. Hierbij is van belang dat behoud van werkgelegenheid amper mogelijk is in faillissement aangezien er -zoals gezegd- maar in 6,85% van de faillissementen sprake is van behoud van onderneming. Bovenal dat er in die gevallen meer dan de helft van de werknemers hun baan behouden (55,4%). Voorts blijkt dat de financiële waarde van het faillissement voor de schuldeisers zeer laag is. In driekwart van de faillissementen is er sprake van een zogenaamde negatieve boedel, de recovery rates van de schuldeisers zijn zeer laag en het aantal faillissementen waarin zij een uitkering krijgen ook. Nu het belang en de doelen van de faillissementsprocedure zijn onderzocht, staat vervolgens de vraag centraal: in hoeverre voldoet de faillissementsprocedure aan de door de Europese wetgever aan haar gestelde voorwaarde van het voorkomen van misbruik van faillissementsrecht. Er zijn verschillende definities van misbruik van faillissementsrecht, maar misbruik van faillissementsrecht komt weinig voor.⁵

3 Wijzigingen in faillissementsprocedure niet effectief

Vervolgens komt de vraag aan de orde: kunnen wijzigingen in de faillissementsprocedure ten aanzien van de instrumenten die de gevolgen van schuldeisersbenadeling tegengaan en/of die zien op het toezicht, ertoe leiden dat de faillissementsprocedure beter voldoet aan haar doelen. Deze vragen worden ontkennend beantwoord. Het boek vervolgt met een onderzoek naar de vraag of de oorzaken van het slechts voor een klein deel bereiken van de doelen van de faillissementsprocedure, gelegen kunnen zijn buiten de faillissementsprocedure. Gedurende de faillissementsprocedure bestaan er vier parallelle verhaalsprocedures: een collectieve (de faillissementsprocedure) en drie individuele. In de faillissementsprocedure staan het belang van de gezamenlijke schuldeisers en het behoud van onderneming en werkgelegenheid voorop en in de individuele procedures staan de individuele belangen van de agerende schuldeiser (pand- en hypotheekhouder, zekerheidsgerechtigde, Belastingdienst danwel de overige individuele schuldeisers) voorop. Uit de onderzoeksresultaten blijkt dat een oorzaak van het in kleine mate bereiken van de doelen van de faillissementsprocedure kan zijn dat de faillissementsprocedure dient te concurreren met deze individuele verhaalsprocedures.

⁵ Dit in tegenstelling tot hetgeen blijkt uit het onderzoek van het Hugo Sinzheimer Instituut van 1996 (zie noot vier).

4 Informele reorganisatie en duaal recht

De laatste vragen die aan de orde komen zijn: in hoeverre bereikt de informele reorganisatie de aan de faillissementsprocedure gestelde doelen, hoe groot is het maatschappelijke belang van de informele reorganisatie en kunnen wijzigingen in het toezicht en/of het arbeidsrecht ertoe leiden dat de informele reorganisatie deze doelen in meerdere mate bereikt? De informele reorganisatie is een reorganisatietraject dat zich afspeelt buiten faillissement en surseance van betaling⁶ en als doel heeft het herstellen van de gezondheid van de onderneming in financiële moeilijkheden. In de informele reorganisatie lijkt meer ruimte te bestaan voor het nastreven van de doelen: maximalisatie van de opbrengsten, behoud van onderneming en werkgelegenheid. Voorts blijkt dat het huidige arbeidsrecht ten aanzien van het beëindigen van arbeidsovereenkomsten, de informele reorganisatie belemmert. De wetgever richt zich momenteel vooral op de formele insolventieprocedures, teneinde bij de levensvatbare bedrijven de maatschappelijke doelen en de maximalisatie van de opbrengsten te bereiken en een vereffeningsprocedure te bieden voor niet levensvatbare bedrijven. Een bedrijf in financiële moeilijkheden kan zijn problemen op drie manieren oplossen: door middel van een informele reorganisatie, een surseance van betaling of een faillissementsprocedure. Over de surseance van betaling was bekend dat zij in aantal zeer beperkt is en dat een surseance van betaling veelvuldig eindigt in faillissement. Voordat dit onderzoek was verricht, ging men ervan uit dat in de faillissementsprocedure de werkgelegenheid een belangrijke rol speelde. Tevens leefde de veronderstelling dat de faillissementsprocedure relatief gezien effectief werkte, in die zin dat een groot deel van de onderneming -al dan niet gedeeltelijk- behouden bleef. Uit het onderzoek is gebleken dat de effectiviteit en het maatschappelijke belang van de faillissementsprocedure zwaar zijn overschat en die van de informele reorganisatie zijn onderschat. De vraag rijst of de wetgever zich dient te richten op de informele reorganisatie? Het onderzoek wijst uit dat er duaal arbeidsrecht dient te komen ten aanzien van het beëindigen van arbeidsovereenkomsten: het is van belang dat er ten aanzien van het beëindigen van arbeidsovereenkomsten een onderscheid wordt gemaakt tussen een bedrijf dat wel en een bedrijf dat niet in financiële moeilijkheden verkeert, ongeacht of er sprake is van een insolventieprocedure. In het arbeidsrecht dat van toepassing is op een bedrijf dat in financiële moeilijkheden verkeert, dient met de gewijzigde belangen van de werknemers als gevolg van de insolventie van het bedrijf rekening te worden gehouden en met de belangen van de schuldeisers. In het arbeidsrecht dat geldt voor een gezond bedrijf kan de huidige belangenafweging tussen werknemer en werkgever centraal blijven staan.

Verder is duaal toezicht van belang. Uit het onderzoek blijkt dat belangrijker dan de huidige discussie over toezicht *in* de faillissementsprocedure (hierin is geen falend toezicht geconstateerd) het toezicht *buiten* de faillissementsprocedure is. In de informele reorganisatie werken de gebruikelijke systemen van toezicht en controle op de ondernemingsleiding niet doordat feitelijk de huisbank de leiding overneemt. Daarom is het van belang dat er een adequaat regime van toezicht wordt gecreëerd. Het corporate governance systeem van een bedrijf in financiële moeilijkheden verschilt met dat van een gezond bedrijf. Bij een gezond bedrijf staan de aandeelhouders voorop en gaat het om

⁶ Ik laat de Wet Schuldsanering Natuurlijke Personen buiten beschouwing.

toezicht op het bestuur. Bij een bedrijf in financiële moeilijkheden treden de belangen van de schuldeisers ook op de voorgrond en is toezicht op de huisbank ook van belang. Aanbevolen is een stille r-c als toezichthouder van het collectieve proces van de informele reorganisatie. Er is ook nu weer sprake van 'dual recht': het is van belang dat er ten aanzien van het toezicht een onderscheid wordt gemaakt tussen een bedrijf dat wel en een bedrijf dat niet in financiële moeilijkheden verkeert.

5 Einde faillissementsprocedure?

Het boek besluit met een aantal algehele conclusies en aanbevelingen. Het onderzoek wijst uit dat de faillissementsprocedure haar doelen amper bereikt. Voorkomen moet worden dat door wijzigingen in de wetgeving de effectiviteit vermindert. Alvorens de wetgever wijzigingen gaat aanbrengen in de faillissementsprocedure en/of in de informele reorganisatie is het van belang dat hij het effect daarvan op de doelen heeft onderzocht, althans beredeneerd. Daarnaast is het van belang dat de kosten van eventuele wijzigingen in kaart worden gebracht en dat er een antwoord wordt gegeven op de vraag: wie dient de kosten te dragen? Insolventieregelgeving dient op zijn minst te voorkomen dat de kosten de baten ervan niet overschrijden. Het is van belang dat de kosten-batenanalyse zich niet beperkt tot de instrumenten van de faillissementsprocedure maar verder reikt, ook naar de faillissementsprocedure zelf. De wetgever en de Hoge Raad kunnen tal van (maatschappelijke) doelen aan de faillissementsprocedure stellen, echter de vraag is wie de kosten van het bereiken van deze doelen dient te financieren indien de boedel geen of nauwelijks actief heeft. Uit de onderzoeksresultaten blijkt dat er in drievierde van de faillissementen van bedrijven sprake is van een zogenaamde negatieve boedel en dat de bedrijfsgrootte van de betrokken bedrijven en het aantal betrokken werknemers relatief klein zijn. Indien de wetgever het wenselijk vindt dat in het geval er onvoldoende actief is om het honorarium van een curator te voldoen wel een boedel wordt afgewikkeld en maatschappelijke belangen worden nagestreefd, zoals bijvoorbeeld het bestrijden van faillissementsfraude, dan rijst de vraag: in welke procedure, door wie en ten koste van wie? Indien er wel voldoende actief is dan is het nog geen vanzelfsprekendheid dat de schuldeisers de kosten van de maatschappelijke belangen bekostigen. Een andere belangrijke aanbeveling is dat de wetgever zich dient te richten op de informele reorganisatie. Hierbij is van belang dat de hiervoor besproken kosten-batenanalyse ten aanzien van de faillissementsprocedure ook speelt bij de informele reorganisatie.