

Vergaderjaar 2017–2018

33 695

Faillissementsrecht

Nr. 17

BRIEF VAN DE MINISTER VOOR RECHTSBESCHERMING

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 11 september 2018

1. Inleiding

Met deze tiende voortgangsbrief breng ik u graag op de hoogte van de laatste ontwikkelingen in de uitvoering van het wetgevingsprogramma herijking faillissementsrecht. De economische crisis enkele jaren geleden had een groot aantal faillissementen tot gevolg. Dat leidde terecht tot meer aandacht voor de effectiviteit van de Faillissementswet. Daarom hebben mijn ambtsvoorgangers een ambitieus programma in gang gezet om de Faillissementswet effectiever te maken en te moderniseren. Dit programma «*herijking faillissementsrecht*» rust op drie pijlers: fraudebestrijding, modernisering en versterking van het reorganiserend vermogen van bedrijven.

Het is ruim vijf jaar geleden dat het programma herijking faillissementsrecht van start ging.¹ Aanvankelijk lag de nadruk vooral op faillissementsfraude. Inmiddels zijn de nieuwe maatregelen ter bestrijding daarvan allemaal in werking getreden. Ook de modernisering van de faillissementsprocedure is in een vergevorderd stadium. De Eerste Kamer heeft het wetsvoorstel voor de Wet modernisering faillissementsprocedure eind juni van dit jaar aangenomen.² Doel van dit voorstel is om schuldeisers beter te informeren en de faillissementsprocedure transparanter te maken en beter te laten aansluiten bij de digitale ontwikkelingen. Mijn streven is om deze wet op 1 januari 2019 in werking te laten treden. Zoals aangegeven aan de Eerste Kamer, zal ik op één onderdeel gebruik maken van de mogelijkheid tot gefaseerde inwerkingtreding. Ik werk aan een algemene maatregel van bestuur, waarin stukken en rechterlijke uitspraken kunnen worden aangewezen die in het register moeten worden opgenomen, zodat schuldeisers zich eenvoudiger op de hoogte kunnen stellen van de voortgang van het faillissement.

¹ Kamerstuk 29 911, nr. 74.

² Handelingen I 2017/18, nr. 35, item 5.

Hoewel het aantal faillissementen historisch laag is, worden er nog steeds onnodige maatschappelijke verliezen geleden. Een belangrijke oorzaak is dat bedrijven in financiële nood op basis van de huidige wetgeving onvoldoende in staat zijn tijdig te reorganiseren en een faillissement te voorkomen. De daarvoor bedoelde surseanceregeling schiet tekort. Ook is er kritiek geuit op de sterke positie die zekerheidsgerechtigde schuldeisers hebben, waardoor zij veel invloed kunnen uitoefenen op de manier waarop de failliete onderneming wordt afgewikkeld. Soms wordt de afwikkeling van het faillissement hierdoor bemoeilijkt. Uw Kamer heeft hier meermalen terecht aandacht voor gevraagd.³

Het is een bekend gezegde dat *«een dak vooral gerepareerd moet worden als de zon schijnt»*. Dit is daarom het juiste moment om het programma herijking faillissementsrecht te voltooien. De reorganisatiepijler zal hiertoe worden afgerond. Bedrijven in financiële nood krijgen meer mogelijkheden om hun schulden te herstructureren om daarmee een faillissement te voorkomen en de faillissementsprocedure wordt verder verbeterd. Mijn doel daarbij is onnodige maatschappelijke verliezen door faillissementen zoveel mogelijk terug te dringen.

In dit verband mogen ook de ontwikkelingen op het gebied van doorstart in faillissement niet onvermeld blijven. Door een uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489) is rechtsonzekerheid ontstaan over de vraag of en in hoeverre werknemers meegaan in geval van een overgang van bedrijfsonderdelen in faillissement. Die onzekerheid en ook het maatschappelijk onbehagen dat getoond werd bij enkele doorstarts die in de afgelopen jaren hebben plaatsgevonden, zijn voor mijn ambtgenoot van SZW en mijzelf aanleiding geweest om in overleg met de klankbordgroep⁴ te bezien of er een nieuwe regeling ontwikkeld kan worden waarbij werknemers meer bescherming en de praktijk meer rechtszekerheid kan worden geboden bij een overgang van bedrijfsonderdelen in faillissement. Voor nadere informatie hierover verwijs ik u naar een brief van 11 april 2018 waarin de Eerste Kamer hierover is geïnformeerd (Kamerstuk 34 218, J). Na afronding van het programma houdt het werk aan het faillissementsrecht uiteraard niet op. Ik zal blijven werken aan verbeteringen.

2. Naar een solide insolventiekader

Het huidige Nederlandse insolventiekader is onvoldoende toegerust op vroegtijdige herstructurering van bedrijven in financiële nood.⁵ Bedrijven gaan daardoor onnodig failliet. Mijn doel is met het programma herijking faillissementsrecht te komen tot een solide insolventiekader waarbinnen:

- ondernemers gestimuleerd worden om hun financiële positie goed in het oog te houden, zodat zij problemen die de continuïteit van de onderneming bedreigen snel kunnen signaleren,
- er instrumenten zijn die ondernemers, afhankelijk van de ernst van de financiële problemen in verschillende stadia, kunnen inzetten om deze problemen op te lossen, en

³ Aanhangsel Handelingen II 2017/18, nrs. 2243 en 2832.

⁴ Dit is een groep vertegenwoordigers uit de faillissementspraktijk (waaronder INSOLAD, RECOFA, NEVOA, JIRA, NOvA, NVB), van de vakbonden CNV en FNV en van werkgeversorganisatie VNO/NCW-MKB, die fungeert als klankbord in het kader van het wetgevingsprogramma «herijking faillissementsrecht» (verder in de brief ook: de klankbordgroep).

⁵ Dit blijkt onder meer uit de «Doing Business indicator» van de Wereldbank (<http://www.doingbusiness.org/data/exploretopics/resolving-insolvency>) en uit de «Insolvency Indicator» van de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO) (<http://www.oecd.org/eco/growth/policies-for-productivity-the-design-of-insolvency-regimes-across-countries-2018-going-for-growth.pdf>).

- als dit laatste niet lukt, de curator in staat wordt gesteld om bij de afwikkeling van het faillissement onnodige maatschappelijke verliezen te voorkomen.

Een onderneming in zwaar weer die nog wel toekomstperspectief heeft, moet via een herstructurering van de schulden van de ondergang gered kunnen worden. Is de onderneming niet meer te redden of mislukt de reddingspoging, dan moet de daaruit voortvloeiende schade voor schuldeisers en werknemers zo beperkt mogelijk gehouden kunnen worden. Ik streef ernaar om op korte termijn de hierna genoemde aanpassingen door te voeren om het insolventiekader hier beter op te laten aansluiten.

3. Herstructurering van schulden door middel van een akkoord

Wet homologatie onderhands akkoord

Allereerst wil ik een nieuwe regeling invoeren op basis waarvan de rechtbank een onderhands akkoord tussen een onderneming en een groot aantal van zijn schuldeisers en aandeelhouders betreffende de herstructurering van schulden kan goedkeuren (homologeren). Deze goedkeuring kan – kort gezegd – worden verleend indien met het akkoord een faillissement kan worden voorkomen, voldoende schuldeisers daarmee hebben ingestemd en het akkoord redelijk is in de zin dat de schuldeisers en aandeelhouders erbij gebaat zijn of er in vergelijking met een faillissementsscenario niet op achteruit gaan. De homologatie leidt ertoe dat het akkoord verbindend is voor alle bij het akkoord betrokken schuldeisers en aandeelhouders. Doel is om te voorkomen dat een kleine groep van schuldeisers of aandeelhouders een herstructurering tegenhoudt waarbij een redelijk aanbod is gedaan en waarvoor bij een grote groep schuldeisers steun bestaat.

Het is de bedoeling dat een ondernemer deze preventieve herstructureringsprocedure inzet op het moment dat hij nog wel in staat is om zijn lopende verplichtingen te voldoen, maar hij tegelijkertijd voorziet dat er zonder een herstructurering van de schulden geen realistisch perspectief bestaat om een toekomstige insolventie af te wenden. Gedacht moet worden aan de situatie waarin een ondernemer voorziet dat hij een lening die over bijvoorbeeld een jaar vervalt, niet zal kunnen terugbetalen en dat hij bij het vervallen van die lening insolvent zal raken.

Over een voorontwerp van deze regeling met als titel Wet homologatie onderhands akkoord ter voorkoming van faillissement (WHOA) heeft eind 2017 een internetconsultatie plaatsgevonden. Ik verwacht binnenkort het voorstel voor te kunnen leggen aan de ministerraad ter doorgeleiding voor advies aan de Afdeling advisering van de Raad van State.

Surseance van betaling

De surseanceregeling biedt de mogelijkheid om ondernemers een tijdelijk uitstel van betaling te verlenen. Dit geeft hun gelegenheid om samen met de door de rechter aangestelde bewindvoerder naar een oplossing te zoeken voor de problemen. Dit zou bijvoorbeeld de totstandkoming van een surseance akkoord kunnen zijn, waarbij de schulden worden geherstructureerd. Deze regeling werkt nu nog niet goed, onder andere omdat preferente en zekerheidsgerechtigde schuldeisers daarbuiten vallen. De surseance dient om het acute liquiditeitsprobleem te overbruggen en financiële problemen die de continuïteit van de onderneming bedreigen via een herstructurering op te lossen. Om dit doel te bereiken moet de surseanceregeling aan effectiviteit winnen. Daartoe zijn

verschillende voorstellen gedaan door leden van de klankbordgroep. Zo is voorgesteld om deze regeling ook (deels) van toepassing te verklaren op preferente en zekerheidsgerechtigde schuldeisers en om de bepalingen betreffende het surseanceakkoord meer af te stemmen op de WHOA die een modernere variant van een akkoordregeling omvat. In overleg met de klankbordgroep zal worden bezien of hiervoor voldoende draagvlak bestaat.

Europese ontwikkelingen

Bovengenoemde plannen sluiten aan bij de Europese ontwikkelingen. In 2016 heeft de Europese Commissie een richtlijn voorgesteld betreffende herstructurering en insolventie.⁶ Zoals u eerder in het BNC-fiche uitgebreider is toegelicht, wil de Commissie dat elke lidstaat een akkoordregeling invoert.⁷ Afgaande op de huidige stand van zaken van het onderhandelingstraject, zou de WHOA zich kwalificeren als een regeling zoals de Europese Commissie die voor ogen heeft. De Europese regeling zou echter ook kunnen worden geïmplementeerd in de surseanceregeling. Zoals ik hierboven al opmerkte, is door leden van de klankbordgroep de suggestie gedaan om de regeling betreffende het surseanceakkoord te actualiseren. Dit zou mooi aan kunnen sluiten bij de implementatie van de richtlijn. Ik verwacht dat de onderhandelingen over het richtlijnvoorstel in de eerste helft van 2019 afgerond zullen zijn. Uw Kamer wordt van de voortgang van de onderhandelingen op gebruikelijke wijze op de hoogte gehouden, via de agenda en het verslag van de JBZ-raad.

4. Tegengaan van onnodige maatschappelijke verliezen bij de afwikkeling van het faillissement

De faillissementsprocedure is het sluitstuk van ons insolventiekader. Deze procedure komt in zicht als een herstructurering mislukt of hoe dan ook niet aan de orde is. Bij het faillissement moet een efficiënte afwikkeling van de onderneming voorop staan, met zo min mogelijk schade voor de betrokkenen. Daarbij denk ik in het bijzonder aan de schuldeisers en de werknemers. Het wetsvoorstel inzake de Wet continuïteit ondernemingen I dat thans nog aanhangig is bij de Eerste Kamer kan hierin faciliteren. De aanwijzing van een beoogd curator kort voor de faillietverklaring, geeft de mogelijkheid om het faillissement voor te bereiden. De toekomstige curator kan zich dan alvast de bijzonderheden van de onderneming eigen maken, zodat hij na de faillietverklaring zijn taak voortvarend kan oppakken. Dit helpt om de maatschappelijke verliezen die uit het faillissement voortvloeien zoveel mogelijk te beperken.

Mocht er voor de onderneming als geheel geen toekomstperspectief meer zijn, dan kunnen er nog wel bedrijfsonderdelen zijn die levensvatbaar zijn. Deze bedrijfsonderdelen zouden kunnen worden overgenomen en voortgezet. Het is daarbij van belang oog te hebben voor de belangen van de betrokken werknemers. Zoals ik eerder heb opgemerkt is dit onderwerp van overleg met de klankbordgroep.

Verschillende malen hebben leden van uw Kamer aandacht gevraagd voor de sterke positie van zekerheidsgerechtigde schuldeisers in faillissement. Dit zijn schuldeisers die hun vorderingsrecht met een pand- of hypotheekrecht hebben versterkt. Zij kunnen dit pand- of hypotheekrecht doorgaans buiten de faillissementsprocedure om uitoefenen, zonder bij te dragen

⁶ Voorstel voor een richtlijn betreffende preventieve herstructureringsstelsels, een tweede kans en maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van herstructurerings-, insolventie- en kwijtingsprocedures, en tot wijziging van Richtlijn 2012/30/EU (COM (2016) 723).

⁷ Kamerstuk 22 112, nr. 2292.

aan de kosten van het faillissement. Daarbij leert de ervaring dat zekerheidsgerechtigde schuldeisers een relatief hoog verhaalspercentage hebben, terwijl vooral concurrente crediteuren grotendeels achter het net vissen. Eerder heb ik toegezegd om te bezien of de positie van zekerheidsgerechtigde schuldeisers herijkt moet worden. Dit vraagstuk is eerst in juni 2017 verkend met de klankbordgroep aan de hand van voorstellen vanuit de praktijk.

Besproken is of er behoefte is aan aanvullende maatregelen om de curator beter in staat te stellen op te komen voor de belangen van de gezamenlijke schuldeisers, met name in gevallen waarin het overgrote deel van de activa van de failliet is verpand en er in feite niet veel meer te beheren en te vereffenen valt. Verder is gesproken over voorstellen om tegemoet te komen aan de zogenaamde «lege boedel»-problematiek. Ook de Hoge Raad heeft in zijn arrest van 22 december 2017 (ECLI:NL:HR:2017:3269) hierop gewezen.⁸ Zoals ik u eerder heb aangegeven, was voor deze voorstellen – althans in de besproken opzet – nog onvoldoende draagvlak. Daarom is na afloop van het overleg aan de vertegenwoordigers gevraagd om schriftelijke inbreng te leveren. Over deze inbreng zal aanstaande oktober een vervolgoverleg plaatsvinden.⁹ Ik hoop dat dit resulteert in voorstellen die op voldoende draagvlak kunnen rekenen, zodat ik op basis hiervan kan werken aan een wetsvoorstel dat het sluitstuk zal zijn van het programma herijking faillissementsrecht. Over de nadere inhoud van deze voorstellen zal ik u in de volgende voortgangsbrief nader berichten.

Uw Kamer vroeg overigens mijn aandacht voor faillissementen van buiten de Europese Unie die een relatie hebben met Nederland. Voor het antwoord op de gestelde vragen verwijs ik u naar de antwoorden op de Kamervragen die ik gelijktijdig met deze brief aan uw Kamer stuur.

Conclusie

Het is mijn overtuiging dat wanneer ik in samenwerking met de klankbordgroep bovengenoemde stappen kan zetten, dit ertoe moet leiden dat er een solide insolventiekader tot stand komt waarbinnen bedrijven – afhankelijk van de ernst van de financiële problemen – eerst kunnen terugvallen op de WHOA dan wel de surseance. Mocht het uiteindelijk toch niet lukken om een faillietverklaring af te wenden, dan moet het onder een verbeterd faillissementsregime mogelijk zijn om:

- de onderneming efficiënter en met minder maatschappelijke schade af te wikkelen, en
- bij een eventuele overgang van nog levensvatbare bedrijfsonderdelen werknemers meer bescherming en de praktijk meer rechtszekerheid te bieden.

Met deze verbeteringen zullen onze ondernemingen in de toekomst beter opgewassen zijn tegen veranderende omstandigheden en financiële schokken. Over ongeveer een half jaar zal ik u verder informeren over de afronding van de uitvoering van het wetgevingsprogramma herijking faillissementsrecht.

De Minister voor Rechtsbescherming,
S. Dekker

⁸ Zie ook het jaarverslag van de Hoge Raad: <https://jaarverslaghogeraad.nl/uitgelicht-2017/rechter-en-wetgever/>.

⁹ Aangangsel Handelingen II 2017/18, nr. 3010.