

Samenvatting rapport Rijksuniversiteit Groningen ‘De positie van concurrente schuldeisers in faillissement’

De positie van concurrente schuldeisers in faillissement is reeds langer onderwerp van discussie in de Nederlandse rechtsliteratuur. Uit onderzoek van het CBS uit 2015 blijkt dat de uitkeringspercentages aan concurrente schuldeisers schommelen rond de 2 procent. In de Wet homologatie onderhands akkoord (‘Whoa’), die op 1 januari 2021 in werking is getreden, zijn bij amendement bepalingen ingevoerd die ertoe strekken de positie van concurrente schuldeisers in het akkoordtraject te verbeteren. In dat verband is door Kamerleden tevens aandacht gevraagd voor de positie van concurrente schuldeisers in faillissement.

Op verzoek van de Directie Wetgeving van het Ministerie van Veiligheid & Justitie is de Rijksuniversiteit Groningen door het WODC benaderd om mede vanuit rechtsvergelijkend perspectief te verkennen welke mogelijkheden bestaan om de positie van concurrente schuldeisers te verbeteren. Het doel van het onderzoek is om in kaart te brengen wat de huidige positie van concurrente (mkb-)schuldeisers in faillissement is en wat denkbare maatregelen zijn om die positie te verbeteren. Het onderzoek beoogt niet om aanbevelingen te doen, maar strekt ertoe te analyseren welke voor- en nadelen kleven aan de verschillende denkbare maatregelen.

In het onderzoek hebben de volgende vragen centraal gestaan:

- 1. Wat is de huidige positie van het mkb en concurrente schuldeisers in faillissement?*
- 2. Welke specifieke maatregelen kunnen worden getroffen om de positie van concurrente crediteuren en mkb-bedrijven te verbeteren in faillissement?*

In het bijzonder is op verzoek van de opdrachtgever bij deze onderzoeksvraag ingegaan op de volgende maatregelen:

- een recht op een uitkeringspercentage van ten minste 20 procent (voor zover dat mogelijk is) voor kleine concurrente mkb-crediteuren die leverancier waren van de failliet of een vordering hebben uit onrechtmatige daad;
- inperking van de positie van de aandeelhouder indien een faillissementsakkoord tot stand komt, meer precies met betrekking tot diens mogelijkheid waarde te behouden in de vorm van alle of een gedeelte van de aandelen of enig andere vorm;
- een strikte waardering in het kader van het faillissement van zekerheidsgerechtigde vorderingen, waarbij wordt uitgegaan van de waarde die de schuldeiser bij de uitoefening van zijn voorrangrecht zelf op korte termijn zou kunnen behalen bij de separate executie van het goed waarop het voorrangrecht rust, zoals is voorgesteld voor de Whoa, en een minder vergaande vorm opgenomen in art. 374 lid 3 Fw;
- achterstelling van aandeelhoudersleningen.

- 3. Wat zijn naar verwachting de gevolgen van deze mogelijke maatregelen voor het boedelactief en daarmee voor uitkering aan andere schuldeisers?*

Ter beantwoording van de eerste onderzoeksvraag is een kwantitatief onderzoek uitgevoerd. Er zijn faillissementsverslagen van honderd willekeurig uitgekozen faillissementen bestudeerd om te achterhalen wat de uitkeringspercentages zijn geweest aan de concurrente schuldeisers. Daarnaast is een diepte-onderzoek uitgevoerd naar tien gericht gekozen faillissementen, waarin is nagegaan wat de zekerheidsgerechtigden, preferente schuldeisers, en de overige schuldeisers hebben ontvangen. In de tien faillissementen is tevens via de Kamer van Koophandel nagegaan hoeveel concurrente schuldeisers tot het mkb behoren. Hierbij is gebruikgemaakt van de definitie die art. 374 lid 2 Fw hanteert van het mkb. Het is gebleken dat het bepaald niet gemakkelijk is om op grond van de definitie uit art. 374 lid 2 Fw concurrente mkb-schuldeisers te onderscheiden van concurrente niet-mkb-schuldeisers. De definitie van art. 374 lid 2 Fw is nogal technisch van aard en vergt onderzoek naar het

werknemersbestand, jaarrekeningregime en de aard van de vordering van elke schuldeiser. Indien geen jaarrekening is gedeponereerd of het een buitenlandse schuldeiser betreft, is het niet mogelijk om te putten uit de informatie waarover het handelsregister beschikt.

Vooropgesteld moet worden dat de cijfermatige resultaten in het kwantitatieve onderdeel van het onderzoek vanwege de omvang van de bestudeerde faillissementen en de overige genoemde beperkingen niet representatief zijn. Het kwantitatieve onderzoek beoogt slechts een indruk te geven van de positie van concurrente crediteuren in de bestudeerde faillissementen. Onder voorbehoud hiervan kan worden vermeld dat circa 74,4 procent van de concurrente schuldeisers in ons onderzoek tot het mkb behoort. Uit informatie die afkomstig is van het CBS volgt dat meer dan 99 procent van alle ondernemingen in Nederland tot het mkb behoort. Het gemiddelde uitkeringspercentage in de honderd willekeurige faillissementen bedroeg voor concurrente schuldeisers 0,1 procent.

De beantwoording van de tweede onderzoeksvraag bestaat uit het in kaart brengen van denkbare en in het bijzonder de in de vraagstelling genoemde maatregelen om de positie van (mkb-)schuldeisers te verbeteren. Hierbij is ingegaan op gelijksoortige maatregelen die in Duitsland, Oostenrijk en het Verenigd Koninkrijk van kracht zijn of in het verleden zijn geweest. In elk van die rechtstelsels bestaat een variant van ten minste een van de maatregelen die de positie van de concurrente schuldeisers, waaronder mkb-bedrijven, kunnen verbeteren.

Zowel in Duitsland als in het Verenigd Koninkrijk bestaat een regeling volgens welke sommige zekerheidsgerechtigden een deel van de opbrengst moeten afdragen. In Duitsland is het doel niet de positie van de concurrente schuldeisers te verbeteren, maar om de kosten van vaststelling en executie – die in Duitsland in de regel in handen van de *Insolvenzverwalter* is gelegd – voor rekening van de zekerheidsgerechtigden te brengen. Positieve effecten voor de concurrente schuldeisers zijn vooral te verwachten indien zo'n afdrachtsregeling gepaard gaat met afschaffing of vermindering van voorrechten en/of boedelschulden.

Een variant van een afdrachtsregeling is die waarin het afgedragen bedrag wordt geormerkt voor de concurrente schuldeisers, al dan niet via een 'ring fenced fund', binnen of buiten de boedel. Daardoor wordt verzekerd dat de desbetreffende bedragen daadwerkelijk ten goede komen aan de concurrente schuldeisers. Een dergelijke regeling kan tot het eigenaardige resultaat leiden dat de concurrente schuldeisers meer ontvangen dan de preferente schuldeisers of zelfs de zekerheidsgerechtigden. Het opzetten van zo'n 'ring fenced fund' brengt kosten met zich, ook al omdat de concurrente schuldeisers veel vaker dan thans het geval is, zullen moeten worden geverifieerd. De verdeling van het aanwezige vermogen zal immers op een rechtvaardige manier moeten gebeuren met ruimte voor de betrokken schuldeisers om een inbreng te leveren. Het is de vraag of de huidige vereenvoudigde afwikkeling binnen een dergelijke regeling nog bestaansrecht zou hebben.

Het is denkbaar dat een 20%-regel zoals thans geldt in de Whoa ook in het faillissement wordt ingevoerd. Die regel krijgt dan wel een ander karakter. In de Whoa vormt die regel een factor in het onderhandelingsproces over een herstructurering, waarbij de betrokken partijen ervoor kunnen kiezen de benodigde gelden op te geven of te financieren met het oog op de door de voortgezette bedrijfsvoering te realiseren meerwaarde, en zij uiteindelijk nooit slechter af zijn dan in faillissement. In faillissement is het bij liquidatie louter een herverdeling waarbij degenen die inleveren per definitie (en definitief) slechter af zijn dan volgens de normale rangregeling. Ook hier kan een 20%-regel erin resulteren dat de concurrente schuldeisers meer ontvangen dan de preferente schuldeisers of zelfs de zekerheidsgerechtigden. Het kan leiden tot een substantiële bijdrageplicht van de zekerheidsgerechtigden, waarvan de hoogte op voorhand niet te voorspellen is.

De verbetering die de inperking van de positie van de aandeelhouder bij een faillissementsakkoord zal brengen, is denkkelijk beperkt. Akkoorden komen weinig tot stand en de bestaande homologatievoorwaarden staan er al aan in de weg dat een aanzienlijke waarde in de vennootschap achterblijft. Het vergemakkelijken van een *debt for equity swap* – met doorbreking van de zeggenschapsrechten van zittende aandeelhouders – zou vergemakkelijken dat het 'upside potential' bij de schuldeisers terechtkomt, maar dat zijn niet per se de concurrente schuldeisers. Bovendien zal in dit verband ook de positie van andere schuldeisers, met name de zekerheidsgerechtigden, moeten worden heroverwogen.

Een striktere waarderingsregel zoals bediscussieerd bij de totstandkoming van de Whoa en in afgezwakte vorm neergelegd in art. 374 lid 3 Fw functioneert minder gemakkelijk in faillissement. Aangezien de uiteindelijk tot stand gebrachte waarderingsregel juist aanknoopt bij hetgeen in faillissement kan worden gerealiseerd, levert een identieke regel in het faillissement geen verbetering op. Een strengere regel zoals in een eerder stadium van het wetgevingsproces van de Whoa is bediscussieerd, is denkbaar, maar aan deze methode ter versterking van de positie van de concurrente schuldeisers kleven nogal wat haken en ogen. Anders dan in de Whoa wordt in het faillissement doorgaans daadwerkelijk een executieopbrengst gerealiseerd. Het beperken van de aanspraken op de opbrengst tot de uitkomst van een strengere waarderingsmaatstaf komt neer op een afdrachtsregeling die willekeurig uitpakt, afhankelijk als zij is van de aard van het verbonden goed. Zij staat bovendien op gespannen voet met het systeem van het verhaalsrecht, waar de schuldeiser aanspraak heeft op voldoening uit de daadwerkelijk gerealiseerde opbrengst, waarbij de executie idealiter zo geschiedt dat een zo hoog mogelijke opbrengst wordt gerealiseerd. Als de zekerheidsgerechtigde slechts recht heeft op liquidatiewaarde is er geen prikkel om een hogere opbrengst na te streven. Om dat te ondervangen, zou de executie in handen van de curator moeten worden gelegd, of zou hem een lossingsrecht moeten toekomen voor de getaxeerde waarde of zou de separatistenpositie dienen te worden afgeschaft. Dat zou dan weer een nóg sterkere prikkel zijn voor strategisch gedrag om te executeren voordat het tot een faillissement komt. Om dit te voorkomen, zouden ook de aanspraken van zekerheidsgerechtigden buiten het faillissement moeten worden ingeperkt. Een waarderingsregeling zou, kortom, noodzaken tot een ingrijpende herziening van het zekerhedenrecht.

De achterstelling van aandeelhoudersleningen kan in voorkomende gevallen tot een verbetering van de positie van de (overige) concurrente schuldeisers leiden, zonder dat de rest van de rangorde wordt verstoord. Dat werkt anders bij gecureerde aandeelhoudersleningen, waarop een verworpen amendement bij de totstandkoming van de Whoa het oog had. Een achterstelling komt in die situatie neer op een afdrachtsregeling van honderd procent hetgeen in de eerste plaats ten goede komt aan de naast hoogst gerangschikte schuldeiser.

Het rechtsvergelijkende onderzoek laat zien dat zo'n regeling nogal wat voeten in de aarde heeft. De regelingen in Duitsland en Oostenrijk verschillen nogal en zijn technisch ingewikkeld, ook om ontwijkingsmogelijkheden te doorkruisen. Een duidelijke of eenduidige rechtsgrond ontbreekt. Gaat het om de verantwoordelijkheid van de aandeelhouder, het voorkomen van onderkapitalisatie of overinvestering, sanctioneren van misbruik? Duitsland en Oostenrijk laten zien dat negatieve bijeffecten op de financierbaarheid van ondernemingen, met name in geval van een herstructurering, een factor van betekenis zijn. Deze factor heeft in beide landen geleid tot uitzonderingen op de achterstelling, hetgeen bijdraagt tot de complexiteit van de wettelijke regelingen. Deze factor gaf voorts in beide landen aanleiding tot een tijdelijke buitenwerkingstelling dan wel afzwakking van de wettelijke regeling in verband met de negatieve economische gevolgen van de COVID-19-pandemie.

De vraag of bij deze maatregelen een onderscheid kan worden gemaakt tussen concurrente mkb-schuldeisers en overige concurrente schuldeisers nodigt uit tot een bezinning vanuit principieel, systematisch en praktisch oogpunt. Alle van de hiervoor genoemde maatregelen betreffen de herverdeling van de beschikbare middelen. In de eerste plaats is het de vraag waarom zo'n onderscheid zou worden gemaakt. Het gangbare verdelingsmechanisme is de rangregeling, waarin van oudsher een afweging ligt besloten tussen de belangen van de betrokken schuldeisers, een afweging die is heroverwogen (door de Commissie-Houwing en in haar voetspoor de wetgever) en heeft geresulteerd in de huidige afdeling 3.10 BW, met daarin een voorrecht voor sommige mkb-schuldeisers, maar niet alle en geen algemeen voorrecht. Een rechtvaardiging waarom alle mkb-schuldeisers boven alle andere schuldeisers zouden moeten worden bevoordeeld, hebben wij niet aangetroffen, noch bij de totstandkoming van de Whoa, noch anderszins. In het verlengde hiervan is het systematische bezwaar dat er in die situatie twee verdelingsmechanismen naast elkaar werken, met min of meer hetzelfde doel: de ene groep van schuldeisers bevoordelen boven de andere. Het valt niet in te zien waarom niet kan worden volstaan met een zo'n mechanisme. De praktische bedenkingen betreffen de aard van het onderscheid. Zoals vermeld, is in dit onderzoek de Whoa-definitie van mkb-schuldeisers gehanteerd en zijn aanmerkelijke moeilijkheden ondervonden bij het maken van het onderscheid. De vraag is ook of het zinvol is een dergelijk onderscheid te maken indien meer dan 99 procent van de ondernemingen tot het mkb behoort.

De beperkingen van het onderzoek staan niet toe algemene uitspraken te doen bij de beantwoording van de derde deelvraag. Het doorrekenen van de mogelijke maatregelen in de bestudeerde faillissementen betreft de herverdeling van een bepaalde opbrengst in een faillissement op basis van verschillende maatregelen. Die maatregelen zijn geïnspireerd op bestaande regelingen in het buitenland maar minder genuanceerd, op een hoger abstractieniveau en uiteindelijk fictief. Binnen de context van het onderzoek blijven indirecte macro-economische effecten buiten beschouwing, die voor de door de wetgever te maken keuzes van niet gering belang zijn. Indachtig deze beperkingen is in het onderzoek het volgende geconstateerd: (i) een afdrachtsregeling die inhoudt dat een deel van de opbrengst van zekerheden in de boedel moet worden gestort in de eerste plaats ten goede komt aan de naast hoogst gerangschikte schuldeisers, tenzij het afgedragen bedrag wordt geormerkt voor verdeling onder (bijvoorbeeld) de concurrente (mkb-)schuldeisers; (ii) bij een bepaalde samenstelling van het schuldeisersbestand een 20%-regel waarde verplaatst naar de concurrente (mkb-)schuldeisers die afkomstig is van schuldeisers van dezelfde of de naast hogere rang; (iii) inperking van de positie van aandeelhouders bij een akkoord in de zeldzame gevallen dat een akkoord tot stand komt, waarde verplaatst van de aandeelhouders naar de schuldeisers, volgens de tussen hen bestaande rangorde; (iv) een striktere waardering van zekerheden, waarde ter herverdeling volgens, in beginsel, de rangregeling beschikbaar maakt, hetgeen evenwel een vergaande ingreep in het zekerhedenstelsel vergt; (v) achterstelling van aandeelhoudersleningen waarde herverdeelt van de aandeelhouders naar de concurrente schuldeisers of – in zoverre zekerheidsrechten worden ontmanteld – de naast hoogst gerangschikte schuldeisers.