

TABULA RASA

Mart J.M. Franken, advocaat te Breda

Dit artikel is verschenen bij gelegenheid van het congres “Eyes on Insolvency”, gehouden in Amsterdam op 18 april 2013. Zie ook www.eyesoninsolvency.nl

Inleiding

De organisatoren van het congres over de hervorming van het Nederlandse Insolventierecht verzochten om een schriftelijke bijdrage, waarin over hervormingsvoorstellen eigen gedachten worden uiteengezet, zonder dat die een wetenschappelijk karakter behoeven te hebben. De aanduiding “her”-vormen duidt er wellicht op dat gedacht zou moeten worden vanuit het bestaande systeem. Men zou ook een stap verder kunnen gaan. Men zou ook op “nul” kunnen beginnen. Deze keuze wordt hier gemaakt. Er wordt gestart vanuit een onbeschreven blad, een schone lei, ook wel aangeduid als de tabula rasa (het gladgestreken wastablet).

Uitgangspunt van deze bijdrage is dus: niet gehinderd te worden door bestaande wetgeving of jurisprudentie, laat staan door “verworven rechten” van welke belanghebbende of stakeholder in een insolventiesituatie dan ook. Deze bijdrage kent wel een andere restrictie. De gedachten zijn beperkt tot het liquidatie-scenario van een insolventie. De aan een eventuele liquidatie voorafgaande reorganisatie-(on)mogelijkheden blijven hier buiten beschouwing. Dit terrein wordt overgelaten aan andere participanten in dit debat.

Zoals de organisatoren van het congres verzochten zullen aan het eind van deze bijdrage, in “bullit point vorm”, de hierna beschreven gewenste (wets)wijzigingen worden samengevat.

Het liquidatie-scenario

Ons economisch systeem is erop gebaseerd dat wanneer men goederen of diensten afneemt men de daartegenover staande verplichting tot betaling ook verricht, gelijk ook leningen worden geacht te worden terugbetaald. Ons rechtssysteem brengt mee dat, indien betaling niet plaatsvindt, de crediteur zich kan verhalen op het vermogen van zijn schuldenaar. Hij kan daarvoor zo nodig ook beslag leggen. En voor het geval dat de schuldenaar heeft opgehouden te betalen en meerdere schuldeisers hun verhaalsrecht wensen waar te maken kennen wij het faillissement: het algeheel beslag op alle activa van de schuldenaar ten behoeve van zijn gezamenlijke crediteuren.

De dan geldende – en hier als zodanig aangenomen - uitgangspunten zijn:

1. De crediteuren dienen zo optimaal mogelijk bevredigd te worden;
2. Het actief dient - meestal - verzilverd te worden om vervolgens over de crediteuren (het passief) te worden verdeeld;
3. Er dient, zoveel als mogelijk is, gestreefd te worden naar maximalisatie van de opbrengst van het actief, terwijl het passief zoveel mogelijk geminimaliseerd dient te worden, ten einde de pay-out-ratio ten behoeve van de crediteuren zo groot mogelijk te doen zijn;
4. De paritas creditorum is het basisbeginsel

Maximaliseren actief

Er dient een situatie gecreëerd te worden waarin het aanwezige actief tegen de hoogst mogelijke opbrengst kan worden verzilverd. De vraag is gewettigd of de advocaat-curator daarvoor wel de meest geëigende persoon is en daartoe voldoende geëquipeerd is. Deze curator kan weliswaar als een goede procesbegeleider daarbij optreden, maar als het gaat om de verkoop van een gehele onderneming of een deel daarvan of de verkoop van specifieke activa lijkt de advocaat-curator daartoe onvoldoende toegerust. In de huidige praktijk zal de curator ook zo spoedig mogelijk daartoe de nodige derden-professionals inschakelen. Of en in hoeverre bij de benoeming van de curator rekening gehouden moet worden met zijn mogelijke kwaliteit de opbrengst te maximaliseren komt later aan de orde.

Bij dit al heeft slechts één uitgangspunt te gelden: hoe de opbrengst te maximaliseren! Daaraan dient geen afbreuk te worden gedaan door discussies over de mogelijke verdeling van die opbrengst over diverse soorten crediteuren. Dat betekent dat degene, die belast is met het te gelde maken van een actief, op geen enkele wijze voor de voeten mag worden gelopen door derden. Dat betekent tevens dat separatisten – hierna zal afschaffing van het separatisme worden bepleit – of eigendomsvoorbehouders of financiële lessors niet betrokken kunnen en mogen zijn bij het verkooptraject. In alle gevallen waarin de economische eigendom van activa bij de schuldenaar berust dienen (rechten van) derden buiten spel te staan. Slechts indien derden zowel de juridische als de economische eigendom van activa hebben dienen hun rechten te worden gerespecteerd.

Het zwaartepunt bij het te gelde maken van het geheel of een deel van de onderneming of individuele activa dient dus te liggen bij een ter zake deskundige en professionele verkoper/verkoopadviseur/bemiddelaar/veilinghouder. De curator treedt hier slechts op als regisseur en procesbewaker. Dat zou wellicht ook kunnen en moeten betekenen dat de betreffende deskundige-professional, met de curator, risicodragend wordt, indien en voor zover uiteindelijk de boedel ontoereikend blijkt te zijn om beiden voor hun werkzaamheden te honoreren.

Overigens laat een en ander onverlet dat op gebieden waarop de advocaat-curator wel wordt geacht deskundigheid te hebben (zoals bijvoorbeeld incasso van debiteuren, het inroepen en effectueren van pauliana's, bestuurdersaansprakelijkheden, onrechtmatige daden en allerlei andersoortige juridische acties) het aan de curator is, al dan niet met inschakeling van derden-advocaten, het totaal aan baten voor de boedel te optimaliseren, onder andere door reconstructie van de boedel dus. Bij deze reconstructie dient de curator overigens optimale bevoegdheden en mogelijkheden te hebben dan wel te krijgen om alle relevante feiten en omstandigheden met de minst mogelijke moeite en kosten boven tafel te krijgen.

Minimaliseren van het passief

Uitgangspunt in het liquidatie-scenario is om aan de ene kant een zo hoog mogelijke opbrengst van de activa (inclusief die van de reconstructie van de boedel) te realiseren, maar aan de andere kant de met het hele liquidatieproces gepaard gaande kosten tot een minimum te beperken. Immers, op deze wijze wordt bevorderd dat de crediteuren, te wier behoefte het algemeen beslag middels een faillissement in het leven is geroepen (de faillissementscrediteuren) zo optimaal mogelijk bevredigd worden. Want voor hen is dat algemeen beslag en dat liquidatie-scenario uiteindelijk toch bedoeld.

Op de eerste plaats moeten dus zoveel als mogelijk de boedelschulden worden beperkt. Die dienen dan slechts te bestaan uit de eigenlijke met de liquidatie en verdeling gepaard gaande kosten. Indien en voor zover, in het kader van de opbrengstmaximalisatie, een

onderneming enige tijd na faillissement wordt voortgezet, zijn natuurlijk ook de kosten die met die voortzetting gemoeid zijn als eigenlijke liquidatiekosten te beschouwen. Een en ander betekent dat er geen rechtvaardiging is te vinden voor de thans als boedelschuld gekwalificeerde vorderingen van werknemers (lees: het UWV) en de verhuurder overeenkomstig de artikelen 39 en 40 Fw, laat staan voor hetgeen door toedoen van de Hoge Raad in de bekende arresten (m.b.t. desinvesteringsswir, vakantiedagen, ontruimingskosten) thans als boedelkosten dient te worden geaccepteerd. Afschaffen dus!

Ook de kosten van de curator dienen zoveel mogelijk beperkt te worden. Dat wil niet zeggen dat hij voor zijn werkzaamheden niet naar behoren gehonoreerd zou moeten worden. Maar wellicht zou het effectiever en goedkoper kunnen. Op de eerste plaats zou hij geen werk moeten doen dat een ander goedkoper (en wellicht zelfs beter) zou kunnen. Daarnaast is hij in de huidige praktijk erg veel tijd kwijt met discussies met allerlei potentiële rechthebbenden, waaronder bijvoorbeeld en met name banken. Discussies over de aard en omvang van de zekerheden en de verzilvering ervan. Zoals hierna wordt bepleit (zie onder “paritas creditorum”) is met betrekking tot de verhouding met financiers een ander, eenvoudiger en overzichtelijker systeem denkbaar, als gevolg waarvan eindeloze discussies en procedures wellicht voorkomen en aldus de kosten van de curator aanzienlijk beperkt kunnen worden. Als ook de discussies omtrent de vraag of iets als boedelschuld moet worden gekwalificeerd (zie hiervoor) en de discussies of iemand wel of niet bevoorrecht is (zie ook hierna) kunnen worden beperkt zouden die kosten nog meer kunnen worden teruggedrongen.

Ten einde bovendien te bevorderen dat de curator zo effectief mogelijk werkt zou ook gedacht kunnen worden aan een honoreringssysteem, waarbij de honorering beter is naar mate de pay-out-ratio ten behoeve van de faillissementscrediteuren hoger is. Dit is eerder al in het rapport van de door Insolad ingestelde “Werkgroep Beloning Curatoren” bepleit.

Het minimaliseren van het passief geldt natuurlijk niet alleen voor de boedelschulden, doch ook ten aanzien van het passief van de faillissementscrediteuren. Zo dienen schadevergoedingsvorderingen als gevolg van door het faillissement verbroken contractuele relaties beperkt te blijven tot daadwerkelijk geleden schades. Vooraf afgesproken forfaitaire schadevergoedingen dienen buiten beschouwing gelaten te worden.

Paritas creditorum

De gelijkheid van schuldeisers is, ook in het huidige systeem, het uitgangspunt. Er is geen reden te bedenken waarom dat dit niet het uitgangspunt zou moeten blijven. Een afwijking van dit gelijkheidsbeginsel zal op zeer zwaarwegende gronden moeten rusten. Natuurlijk hebben in het verleden vele soorten crediteuren argumenten gevonden, en met succes bepleit, om hetzij ten aanzien van individuele activa hetzij ten aanzien van de algemeenheid van goederen een voorrangspositie te verwerven. Doch een universele rechtvaardiging daarvoor lijkt nauwelijks (meer) aanwezig. Uitgangspunt dient derhalve te zijn algehele schrapping van alle voorrechten en voorrangsposities (waaronder bijvoorbeeld ook het bodemrecht van de fiscus en het retentierecht). Het idee van de paritas dient sterker te zijn dan de honorering van specifiek bepleite crediteursbelangen. Afschaffen dus, al die voorrechten!

Dat laat onverlet dat in onze economische structuur de financiering van de ondernemingsactiviteiten mogelijk moet blijven. En een dergelijke financiering is niet mogelijk zonder enigerlei vorm van zekerheidsstelling. In dat kader zijn pand en hypotheek onmisbare instrumenten. (De vraag is of dat ook geldt ten aanzien van eigendomsvoorbehoud in het kader van leverancierskrediet; wellicht zou dit moeten worden omgevormd tot een –

voorbehouden – pandrecht, maar dat is een technische aangelegenheid). Pand en hypotheek zijn noodzakelijke instrumenten bij zowel subject- als objectfinancieringen.

De vraag is evenwel hoe deze vorm te geven en hoe deze rechten dan, in een liquidatie-scenario, zouden moeten worden uitgeoefend. Om met het laatste te beginnen: er lijkt geen enkele objectieve rechtvaardiging om, anders dan in de meeste andere vergelijkbare landen, de pand- of hypotheekhouder als een separatist te beschouwen. Zoals hiervoor al is aangegeven dient, onafhankelijk van de vraag hoe er verdeeld gaat worden, opbrengstmaximalisatie (omdat dit meestal - andere situaties zijn onder omstandigheden denkbaar - het belang van optimale crediteurenbevrediging dient) het uitgangspunt te zijn. In dat kader ligt het alles behalve voor de hand dat – ook al zou het maar in theorie zijn – er meerdere verkopende partijen zijn ten aanzien van de verschillende activa-bestanddelen, waarbij ieder (potentieel) zijn eigen belangen heeft. Ook overigens lijkt er – als men met een schone lei begint na te denken over het faillissement als een liquidatie-scenario – geen afdoende pleitbaar argument ten faveure van het separatisme te bedenken. Afschaffen dus!

Anderzijds blijken zowel de vestiging als de uitoefening van hypotheek- en met name pandrechten tot schier oneindige discussies te leiden, zoals wel blijkt uit de overvloedige jurisprudentie van zowel de lagere rechter als de Hoge Raad, en zowel onder het gesternte van het tot 1992 geldende Burgerlijk Wetboek als ook onder het vanaf dat moment geldende BW, hoewel de gedachte toen was dat door het ontwerpen van een nieuw en duidelijker systeem de rechtszekerheid zou toenemen. Deze discussies zijn er, vooral, tussen curatoren en banken, maar ook tussen banken en fiscus en andere stakeholders in het faillissement. Al die discussies kosten geld, heel veel geld, en belemmeren bovendien de snelle afwikkeling van het liquidatie-scenario. En dat alles ten detrimente van de gezamenlijke crediteuren.

Het zou wellicht een stuk eenvoudiger kunnen. Met name ten aanzien van de vestiging en uitoefening van pandrechten (die met betrekking tot hypotheekrechten worden hier buiten beschouwing gelaten). Het ware wenselijk dat ten aanzien van subjectfinanciering het mogelijk zou worden gemaakt, middels één enkele akte, *alle* – huidige en toekomstige – activa van de gefinancierde onderneming aan de financier te verpanden. Geen gedoe meer met vele verschillende aktes. Geen gedoe meer met dagelijkse registraties van verpande vorderingen. Geen gedoe meer met verschillende soorten actief. De financier deelt dan mee in de opbrengst van *alle* activa, die, zo is de veronderstelling, tot de hoogst mogelijke opbrengst hebben geleid. In geval van objectfinanciering hoeft het niet veel anders te zijn. Het dient niet al te moeilijk te zijn om een pandrecht te vestigen. In geval van faillissement wordt getracht het betreffende object tegen de hoogst mogelijk prijs te verkopen en de betreffende financier deelt mee in de opbrengst ervan, zonder een separatistenpositie te hebben.

Door het gemakkelijker maken van het vestigen van een pandrecht en de financier het recht te geven op (een deel van) de opbrengst van *alle* activa worden wellicht vele discussies daarover, en de daarmee gepaard gaande kosten en het gemoeide tijdsbeslag, in aanzienlijke mate teruggebracht. En dat dient natuurlijk het na te streven doel: een effectieve afwikkeling van een liquidatie-scenario, met zo min mogelijk kosten.

De vraag is vervolgens natuurlijk in welke mate de pand- of hypotheekhouder gerechtigd is tot de opbrengst. Het antwoord van de financier hoeft niet aan het papier te worden toevertrouwd. Dat laat zich raden. Maar wat is de rechtvaardiging daarvan? Omdat het zo was en zo moet blijven? Of, zoals het antwoord wel zal luiden, omdat het in het belang is van ons economisch systeem dat ondernemingen zoveel mogelijk met vreemd geld worden gefinancierd en financiering zou worden belemmerd als de financier geen maximale

zekerheid krijgt? Beide argumenten lijken niet voldoende dragend vermogen te hebben. Het eerste (het was altijd al zo) zegt helemaal niets. En bij het tweede kunnen de nodige vraagtekens worden gezet. Immers, financiers plegen niet primair, en zelfs niet secundair, te financieren op basis van de waarde van de zekerheden. Veel en veel belangrijker zijn vragen als: wat is het rendement van de onderneming, wat is de kwaliteit van het management, wat is de aard van de onderneming, hoe gaat het met de betreffende branche, nu en in de toekomst e.d. Natuurlijk is in dat kader de vraag naar de omvang van de zekerheden niet irrelevant, maar bepaald niet de dragende factor. Duitsland moge als voorbeeld dienen. Hoewel de Duitse financier zich in een faillissementssituatie niet op de gehele opbrengst van de hem verstrekte zekerheden kan verhalen, leidt dat er niet toe dat kredieten niet of minder of slechts tegen hogere rentes worden verstrekt.

Bedacht dient daarbij te worden dat in de bepleite situatie het makkelijker wordt voor financiers om op *alle* activa pandrechten te vestigen en dat alleen al daarom voor hen meer zekerheid ontstaat. Daarnaast zullen er minder discussies zijn met bijvoorbeeld curatoren, fiscus of andere belanghebbenden, hetgeen tot aanzienlijk lagere discussie- en proceskosten leidt dat thans het geval is. In een dergelijk eenvoudiger en goedkoper systeem zou de pay-out-ratio voor financiers weleens aanzienlijk hoger kunnen zijn dan thans het geval is. Uiteraard is dit afhankelijk van het percentage dat zij dan van de opbrengst als pandhouder zullen ontvangen en van het percentage dat aan de boedel blijft. Hetgeen aan de boedel toekomt dient dan enerzijds ter bestrijding van de met de liquidatie gepaard gaande kosten en strekt anderzijds ten behoeve van de overige crediteuren.

Ongetwijfeld komt de vraag op waarom van de opbrengst van alle activa een zodanig percentage aan de boedel dient toe te komen dat niet alleen de liquidatiekosten daaruit kunnen worden voldaan, maar ook nog het nodige resteert voor alle andere crediteuren. De vraag kan evengoed worden omgedraaid. Waarom niet? Want het zijn toch ook die crediteuren geweest, die door hun leveranties en diensten en door het verstrekken daardoor van hun (leveranciers)krediet (door niet onmiddellijke betaling te verlangen) evenzeer hebben bijgedragen aan de waarde van de activa en dus aan de opbrengst(maximalisatie)? Waarom zouden zij dan, enkel vanwege het feit dat zij geen "boter bij de vis" wensten of niet in staat waren zekerheden te bedingen (omdat die al "vergeven" waren aan de financier) niet in een enig deel van de opbrengst mogen delen?

Misschien is het raadzaam om hier prof. Vino Timmerman te citeren, in zijn conclusie als AG bij het arrest van de Hoge Raad inzake Van Leuveren/ING (1 februari 2013, LJN: BY4134). In enige beschouwingen "ten overvloede" stelt hij:

3.43 De weergave van jurisprudentie laat zien dat banken in de afgelopen twee decennia, stap voor stap, steeds meer terrein hebben gewonnen op het vlak van het verhaalsrecht. Vanwege de in het verleden ingezette lijn kon de Hoge Raad in het arrest Dix q.q./ING niet goed tot een ander oordeel komen. Dat neemt niet weg dat het door de wetgever geviseerde evenwicht tussen separatisten en concurrente schuldeisers bij verhaal geleidelijk aan is zoekgeraakt. Op grond daarvan bepleit menig auteur herziening van het verhaalsrecht. Ik plaats vraagtekens bij rov. 4.9.3 van het arrest Dix q.q./ING, meer specifiek bij de overweging dat "ook concurrente schuldeisers, zij het indirect, in die zin gebaat zijn bij aanvaarding van de voormelde constructie, dat de financiering van bedrijven door banken daardoor wordt bevorderd, zodat kredieten ruimer kunnen worden verleend en in kritieke situaties minder snel aanleiding is de financiering te staken dan anders het geval zou zijn. Bovendien worden ook de belangen van anderen die bij het bedrijf zijn betrokken, zoals (...) van de werknemers van dat bedrijf, daardoor gediend" (rov. 4.9.3).

3.44 Ik vraag mij af of de veronderstelling in rov. 4.9.3 dat het in ieders belang is dat krediet wordt verkregen op eenvoudige wijze en tegen geringe kosten, echter tegen de toekenning van aanzienlijke zekerheidsrechten aan banken, wel juist is. De verstrekking van krediet maakt het in

veel gevallen mogelijk een onderneming te starten en te drijven. Voor het drijven van een onderneming zijn ook werknemers, leveranciers en afnemers (minstens zo) onontbeerlijk. Het zal niet zelden voorkomen dat de belangen van werknemers, leveranciers en afnemers verschillen van de belangen van de banken. De vraag dringt zich op wat banken zo anders maakt dat zij een bijzondere positie in ons verhaalsrecht innemen in vergelijking met werknemers, leveranciers, afnemers en andere concurrente schuldeisers. Een bevredigende rechtvaardiging voor dat grote verschil in benadering heb ik niet kunnen bedenken. Het enkele feit dat banken nodig zijn voor (start)kapitaal, acht ik daarvoor in elk geval niet afdoende.

3.45 Daarbij moet worden bedacht dat banken een voorsprong hebben op andere partijen die met een onderneming in zee gaan. Banken, die -zo zou gezegd kunnen worden- het insolventierisico creëren door kredieten te verstrekken, hebben het beste (zo niet veelal: als enige) zicht op de financiële gezondheid van hun kredietnemers. Het zijn in veel gevallen ook de banken die op basis van de informatie die hen ter beschikking wordt gesteld, bepalen of de stekker uit de onderneming wordt getrokken of niet. Leveranciers, werknemers en afnemers hebben in veel gevallen die kennis en macht niet. Zij moeten afgaan op de façade van de onderneming. Gelet op de kennis en de macht van de banken en het gebrek daaraan (in de regel) bij andere schuldeisers, spreekt de voorrangpositie van banken bij verhaal niet voor zich.

3.46 Of die werknemers, leveranciers en afnemers er (steeds) bij gebaat zijn (zonder enige clausulering) dat kredieten ruimer worden verleend - d.w.z. eerder en tegen lagere kosten met als 'keerzijde' het verschaffen van vrijwel alle zekerheid die er is -, valt volgens mij niet zonder meer aan te nemen. Ruimere kredietverlening zou zich immers kunnen vertalen in een groter risico op insolventie. Daar zijn werknemers noch leveranciers noch afnemers bij gebaat. Ook durf ik niet zonder meer aan te nemen dat het feit dat banken verhaal kunnen nemen op zoveel mogelijk activa van hun kredietnemers, zich erin uitbetaalt dat banken met alle verhaalsmogelijkheden die zij hebben bereid zijn eerder en tegen lagere kosten krediet te verstrekken. Niet ondenkbaar is dat dat voordeel niet bij de kredietnemer terecht komt, maar zal neerstrijken in de winstmarge van de banken.

3.47 Dat brengt mij bij de vraag of werknemers, leveranciers en afnemers niet veeleer gebaat zijn bij het door de wetgever indertijd voorgestelde machtsevenwicht. De bedoeling van de wetgever was dat van de taart een flinke punt gereserveerd zou blijven voor de concurrente schuldeisers. De Hoge Raad gaat er in rov. 4.9.3 volgens mij vanuit dat ook concurrente schuldeisers er baat bij hebben dat zoveel mogelijk taart naar de banken gaat, omdat de onderneming dan in kritieke situaties zo lang mogelijk draaiende wordt gehouden. Dat zou betekenen dat concurrente schuldeisers er belang bij hebben dat pas op het moment dat de zekerheden van de banken in het gedrang komen, de stekker uit de onderneming wordt getrokken. Maar op dat moment zal er veelal niets meer over zijn voor concurrente schuldeisers. Die zien hun vorderingen als sneeuw voor de zon verdwijnen. Zouden de banken de taart moeten delen met concurrente schuldeisers, dan ligt voor de hand dat zij eerder op de rem trappen. Het eigen taartdeel waarover zij waken is immers kleiner en komt eerder in het gedrang. Ik zie niet in waarom dat nadelig zou zijn voor concurrente schuldeisers.

3.48 Het zou mooi zijn als banken bij het maken van afwegingen voor hun beslissingen over de voortzetting van financiering oog zouden hebben voor de belangen van werknemers, leveranciers, afnemers en andere schuldeisers van hun kredietnemers. Aangezien er voor concurrente schuldeisers door de bank genomen niets overblijft, ligt het veeleer in de rede dat banken zich bij het nemen van een beslissing over de voortzetting van de financiering (en daarmee ook: de continuering van de onderneming) voornamelijk of uitsluitend laten leiden door hun eigen belangen. Daar zou op zich geen verandering in komen als de taart gedeeld moet worden. Banken zullen nog steeds de financiering stopzetten als het hén te heet onder de voeten wordt. De verdeling heeft evenwel tot gevolg dat in de afweging die de banken maken de belangen van de concurrente schuldeisers - die immers ook een deel van de taart krijgen - als het ware zijn verdisconteerd. Als (meer) risico bij banken wordt neergelegd, zou dat bovendien ook verstandiger gedrag van de banken in de hand kunnen werken.

3.49 Al met al sluit ik niet uit dat het systeem efficiënter en rechtvaardiger zou werken als het risico op insolventie (weer) verdeeld wordt tussen de kredietverstrekkers en concurrente schuldeisers. Ik wijs bij voorbeeld op een interessant voorstel dat Vereniging Insolad bij brief van 31 oktober 2012 aan de Vaste Commissie van Financiën van de Tweede Kamer deed. Daarin wordt voorgesteld dat de pandhouder die het verpande te gelde maakt na enige aftrekken 20% van de opbrengst van het verpande aan de curator dient af te dragen.

De Hoge Raad beperkt zich, in het desbetreffend arrest zelf, tot de (overigens wel veelzeggende?) overweging dat het *“aan de wetgever is om te beoordelen of hun belangen (die van concurrente schuldeisers, MF) tegenover de belangen van een vlot functionerend kredietverkeer een sterkere positie zouden moeten innemen dan thans het geval is”*. (rov 4.1)

Er is dus weliswaar alle reden om, in afwijking van het uitgangspunt van de paritas, ten behoeve van financiers van ondernemingen een substantieel deel van de opbrengst te separeren en aan hen te doen toekomen. Maar er is tevens alle reden (voor de wetgever!) om een substantieel deel ten behoeve van de overige crediteuren te reserveren. Welk deel dat zou moeten zijn is een vraag die hier niet beantwoord wordt. Dat is voor een deel een “politieke” discussie. In deze beschouwing gaat het over de principes en uitgangspunten van een ander systeem. Het is bedoeld een discussie los te maken over de voordelen en nadelen van dit systeem, zonder dat een dergelijke debat zou moeten “bevuild” met discussies over hoe precies de koek te verdelen.

De curator en het toezicht

De vraag rijst wie een curator moet benoemen, wat zijn hoedanigheid dient te zijn en wie op hem toezicht houdt.

Het faillissement is en blijft een algemeen beslag op alle activa van de schuldenaar ten behoeve van zijn gezamenlijke crediteuren. Het is een gerechtelijke verhaalsafwikkeling. Het ligt dan ook voor de hand dat de benoeming van een curator een aangelegenheid van de rechter blijft. Het ligt niet voor de hand die te doen benoemen door de schuldenaar zelf dan wel door zijn gezamenlijke crediteuren. Door de schuldenaar zelf niet, omdat dit de onafhankelijkheid (al dan niet in schijn) van de curator in de weg zou staan. Door de gezamenlijke crediteuren niet, omdat die gezamenlijke crediteuren op het moment van de faillietverklaring niet bekend zijn, althans nog geïventariseerd moeten worden, althans zich (nog) niet verenigd hebben. Het ligt ook niet voor de hand de curator te doen benoemen door een enkele schuldeiser, zoals bijvoorbeeld de financier of de schuldeiser, die het faillissement aanvraagt, al is het alleen maar om te voorkomen dat er een (schijn van) afhankelijkheid van de curator jegens die crediteur zou ontstaan. Kortom, de rechter blijft de aangewezen instantie om een curator te benoemen.

De vraag is tevens wat de hoedanigheid van die curator dient te zijn. Zoals hiervoor al is aangegeven gaat het in de eerste plaats om het actief te verzilveren tegen de maximaal mogelijke opbrengst. Zoals ook al aangegeven is advocaat-curator daartoe misschien niet de meest geëquipeerde partij. Om die reden hoeft een advocaat niet perse tot curator te worden benoemd. Zoals uit het voorgaande blijkt wordt dezerzijds een zeer sterke vereenvoudiging van het systeem bepleit, waarbij de boedelcrediteuren tot het minimum beperkt zullen worden, het separatisme en voorrangssituaties zullen worden afgeschaft en de opbrengst van het actief volgens een vaste verhouding zal worden verdeeld tussen financiers met zekerheidsrechten enerzijds en alle andere crediteuren (ponds-pondsgewijs) anderzijds. Vele juridisch complexe puzzels, al dan niet goederenrechtelijk van aard, zouden daarmee

tot het verleden (moeten) behoren. Ook om die reden is de aanwijzing van een advocaat tot curator geen noodzaak. Een advocatendeskundigheid is wel vereist voor het effectueren van pauliana's, bestuurdersaansprakelijkheden en soortgelijke juridische acties, maar daarvoor zou een curator-niet-advocaat natuurlijk een advocaat kunnen inschakelen. Een te benoemen curator dient wel kwaliteiten te hebben als regisseur, manager, onderhandelaar, bemiddelaar, met een helicopterview en oog voor details. Kortom, hij moet de bekende octopus zijn en misschien wel een duizendpoot, zonder daartoe perse de hoedanigheid van advocaat te hebben. Hij dient primair "insolventiespecialist" te zijn. Dat vele advocaten zich in de loop der tijd tot een dergelijke specialist hebben ontwikkeld en hebben doen opleiden is dan wellicht een pre maar geen noodzakelijke voorwaarde tot benoeming.

Voor wat betreft het toezicht op de curator lijkt het voor de hand te liggen dat dit geschiedt door diegenen, te wier behoeve de curator acteert, te weten de gezamenlijke crediteuren. Dat toezicht zou mede moeten omvatten toestemming/machtiging om het actief (of bepaalde delen ervan) te verzilveren. Dat geldt ook voor het aanhangig maken van procedures ter zake van bijvoorbeeld bestuurdersaansprakelijkheid of pauliana's. Daartoe zou zo snel mogelijk na aanvang van het faillissement een crediteurencommissie moeten worden ingericht. De rechter(-commissaris) beperkt zich dan tot conflictoplossingen en geschillenbeslechting. Slechts in die gevallen, waarin er (nog) geen crediteurencommissie is dan wel de omvang van het faillissement zodanig is dat dit het instellen van een crediteurencommissie niet zou rechtvaardigen, zou het toezicht door de rechter-commissaris kunnen worden uitgeoefend.

Tot slot

In deze bijdrage is getracht om, zo weinig mogelijk gehinderd door de huidige situatie en "verworven rechten", vanuit een "nul"-situatie te bezien wat het doel van een faillissementsliquidatie zou moeten en kunnen zijn. In de kern is dat het genereren van een zo hoog mogelijke opbrengst, tegen zo weinig mogelijk kosten, ten einde de crediteuren - met als uitgangspunt ieders gelijke gerechtigdheid in de verdeling van de opbrengst - zo optimaal mogelijk te bevredigen. Allerlei aan te brengen nuances zijn daarbij (nog) niet in aanmerking genomen. Ongetwijfeld zal het hiervoor bepleite niet zo eenvoudig zijn als het nu in het kort is beschreven. Ongetwijfeld stelt het gevestigde posities in een andere context. Ongetwijfeld zal ook dit systeem tot nadere en andere discussies en procedures dan thans het geval is leiden. En natuurlijk zou ingrijpende wetswijziging nodig zijn.

Deze bijdrage is bedoeld als een aanzet deze fundamentele discussie te voeren en nodigt uit "gaten te schieten" in hetgeen hiervoor is verwoord. Maar dat zou dan wel moeten gebeuren vanuit een neutrale, geobjectiveerde grondhouding en niet vanuit een gepercipieerd of gecamoufleerd eigenbelang.

Gewenste wetswijzigingen

- Verruiming van het pandrecht tot *alle huidige en toekomstige activa* (pandrecht op "de onderneming") van de schuldenaar en vergemakkelijking van de vestigingsvereisten voor een dergelijk pandrecht (boek 3 BW);
- Afschaffen van de separatistenpositie van pand- en hypotheekhouder in faillissement (art. 57 Fw);
- Afschaffen van werking eigendomsvoorbehoud in faillissement (boek 3 BW);

- Beperking boedelschulden tot eigenlijke liquidatiekosten en vastlegging hiervan in de Faillissementswet (en derhalve ook schrappen van de desbetreffende passages in de artikelen 39 en 40 Fw);
- Afschaffen van *alle* voorrechten en andere vormen van voorrang (boek 3 BW en diverse andere wetten, waaronder de Invorderingswet);
- Invoering van een wettelijke bepaling (in de Faillissementswet) dat bij de verdeling van de opbrengsten nader te bepalen percentages van de verpande resp. verhypothekerde goederen aan de pand- en hypotheekhouder toekomen en de rest aan de boedel ter bestrijding van de afwikkelingskosten van het faillissement én ter verdeling onder de andere crediteuren.
- Toezicht op de curator dient primair aan de crediteurencommissie te worden toevertrouwd (wijziging Faillissementswet).

Breda, februari 2013