26 oktober 2000

Banken en de faillissementswet

A.W.A. Boot en J.E. Ligterink

1 Inleiding

Het is opvallend dat de Nederlandse faillissementswet al meer dan een eeuw in de huidige vorm bestaat. Als het aan de overheid ligt verandert dit spoedig. Nadat eerst op 1 december 1998 de Wet Schuldsanering Natuurlijke Personen in werking is getreden ligt nu bij de Tweede Kamer een wetsontwerp voor wijziging van de faillissementswet voor rechtspersonen. Het Wetsvoorstel heeft tot doel bewindvoerder en curator meer armslag te geven zodat zij in een faillissements- en vooral surseanceprocedure meer mogelijkheden hebben bij het saneren en/of continueren van de onderneming. Het is met name de bedoeling om de surseanceprocedure aan attractiviteit te laten winnen zodat ondernemingen tijdiger bereid zijn om surseance aan te vragen.

Veranderingen zijn echter niet makkelijk te verwezenlijken. In het spel van de verschillende belangen is er altijd oppositie. Het zijn bij uitstek de banken geweest die zich tot nu toe met hand en tand hebben verzet tegen wijzigingen in de faillissementswet. Dit is niet vreemd. Meer armslag voor de curator en grotere reorganisatiemogelijkheden lijken vooral ten koste te gaan van de aanspraken van de zekerheidsgerechtigde crediteuren, met name de banken. Zij kunnen dan immers minder snel overgaan tot inning van de zekerheden. Dit suggereert dat banken er op achteruit zouden gaan. Maar is dit correct? Deze vraag, maar ook de vraag hoe met banken moet worden omgegaan in de faillissementswet staan in dit artikel centraal.

Een belangrijke motivering voor het centraal stellen van banken is dat zij een belangrijke financier zijn van het bedrijfsleven en ook een grote rol spelen bij het vroegtijdig onderkennen van financiële problemen. Op beide punten hebben ze ontegenzeggelijk een toegevoegde waarde voor de maatschappij[1].

[1] Zie A.W.A. Boot en L. van Goor (1994), De toekomst van bancaire financiering, *Economisch Statistische Berichten*, 79, 3970, 656-660. Voor een recente (kritische) studie zie J.R. Franks en O. Sussman (2000),

2. Een maatschappelijke invalshoek gewenst

Toch moet een eerste constatering zijn dat een brede maatschappelijke invalshoek gewenst is bij het opzetten van de faillissementswetgeving (deze bevat zowel surseance- als faillissementsprocedures). De faillissementswetgeving moet rechtvaardig zijn en daarnaast efficiënt. Vanuit het rechtvaardigheidscriterium is bijvoorbeeld de houdgreep die banken kunnen leggen op de formele procedures via het (dreigen met) onttrekken van zekerheden ongewenst. Deze zekerheden kunnen namelijk activa zijn die cruciaal zijn voor het behoud van enig perspectief. Het onttrekken van de activa kan dan onherstelbare schade aanrichten[2]. Dit creëert een soort 'hostage' situatie die niet rechtvaardig is en bovendien vernietiging van waarde voor het geheel van crediteuren kan betekenen. Vanuit dit criterium gezichtspunt moeten de initiatieven van de overheid worden toegejuicht; de formele procedures moeten neutraler zijn.

Daarnaast is het efficiëntiecriterium van belang. Vanuit het efficiëntie-oogmerk moet worden bepaald of de voorgestelde wijzigingen in de faillissementswet tot hogere opbrengsten en dus tot meer waarde zullen leiden. Beide criteria staan centraal in onze analyse.

3. Beoogde aanpassingen van de faillissementswet

De bedoelingen van de overheid zijn duidelijk en verdienen steun. De faillissements- en surseanceprocedures kunnen beter: procedures duren lang, en de gerealiseerde opbrengsten zijn laag. Een recent onderzoek van het Amsterdam Center for Corporate Finance laat ook zien dat de op overleving gerichte surseanceprocedure het in het geheel laat af weten: bijna alle ondernemingen die in surseance komen gaan toch failliet[3]. Bovendien zijn de *recovery rates* (de gerealiseerde opbrengsten) laag. De overheid wil daarom onder meer een langere afkoelingsperiode inbouwen waarmee schuldeisers langer op afstand kunnen worden gehouden

---

The Cycle of Corporate Distress, Rescue and Dissolution: A Study of Small and Medium Sized UK Companies, London Business School, working paper.

[2] Dit betekent zeker niet dat hoe dan ook gestreefd moet worden naar een voortbestaan van de onderneming. De afweging moet zijn of de 'going concern waarde' (waarde bij doorgaan) groter of kleiner is dan de gerealiseerde opbrengsten bij liquidatie. Voorzover deze groter is, is het waarde-vernietigend om cruciale activa te onttrekken aan het geheel.

[3] Boot, A.W.A en J.E. Ligterink (2000), "De efficiëntie van de Nederlandse faillissementswetgeving", uitgegeven in de reeks *Topics in Corporate Finance* door het Amsterdam Center for Corporate Finance. Te bestellen via office@accf.nl.

zodat in enige rust gezocht kan worden naar een oplossing waardoor hopelijk het opbrengstpotentieel wordt vergroot. De bedoeling is dat het huidige wetsontwerp later dit jaar nog een vervolg krijgt met maatregelen die - nog nadrukkelijker - de positie van werknemers en zekerheidsgerechtigde crediteuren (lees: banken) kunnen beïnvloeden. In Box 1 zijn de huidige voorstellen samengevat.

****BOX 1

Overzicht van huidige voorstellen (wetsontwerp) en algemene beoordeling

De belangrijkste voorstellen zijn:

- een meer gerichte, doch summiere toetsing bij de aanvraag van surseance. Hiervoor moet de schuldenaar een saneringsplan alsmede een opgave bijvoegen waaruit blijkt dat de onderneming zal kunnen voortbestaan;
- het verlengen van de afkoelingsperiode van maximaal twee maal één maand naar twee maal twee maanden;
- het uitbreiden van de surseanceregeling met preferente crediteuren (fiscus en uvi's);
- bewindvoerder krijgt de bevoegdheid aanwijzingen te geven aan de schuldenaar;
- de stemverhouding voor het aannemen van een akkoord (zowel in surseance als in faillissement) wordt versoepeld;
- rechter-commissaris kan een dwangakkoord opleggen (zowel voor surseance als voor faillissement);
- leverancier van energie is niet bevoegd leveringen stop te zetten om betaling af te dwingen van een vordering die ontstaan is vóór de surseance (of voor het faillissement);
- er komt een centraal openbaar register waarin alle gegevens over uitgesproken faillissementen en verleende surseances worden bijeen gebracht.

Als algemene evaluatie is de vraag van belang of de voorgestelde maatregelen daadwerkelijk leiden tot hogere opbrengsten? Wij zijn voorzichtig optimistisch, maar veel hangt van de uitvoering. Ook moet de vraag worden gesteld of curator en bewindvoerder onderhevig zijn aan voldoende prikkels voor daadkracht en urgentie, en is er voldoende kennis (en hoe zit dit bij de rechtbank)? Voor een nadere uitwerking hiervan zie de genoemde ACCF studie.

*****EINDE BOX 1

4. De oppositie van de banken

De banken zijn met name bevreesd dat de beoogde veranderingen hun rol bij het oplossen van financiële moeilijkheden bij debiteuren bemoeilijken. Zij wijzen er overigens terecht op dat veel financiële problemen vroegtijdig door juist hun inbreng via een informele reorganisatie worden opgelost. Een dergelijke vroegtijdige informele reorganisatie komt voort uit de nabijheid tussen bank en onderneming en is *grosso modo* waardevol. Door het tijdig onderkennen van financiële problemen en de interactie met de ondernemer kan vroegtijdig worden bijgestuurd en erger (lees: surseance of faillissement) worden voorkomen. Een dergelijke bijsturing wordt ook wel 'informele reorganisatie' genoemd. Een informele reorganisatie verwijst naar een vrijwillig akkoord tussen de betrokken partijen (financiers en onderneming) in het geval van financiële moeilijkheden, *zonder* dat gebruik wordt gemaakt van de formele faillissements- of surseanceprocedure. In Box 2 zijn enige karakteristieken van informele reorganisaties opgenomen.

BEGIN BOX 2

Informele reorganisaties

Informele reorganisaties zijn van groot belang. In vele gevallen kan het tot een efficiëntere oplossing leiden dan de nogal late en veelal kostbare faillissements- en surseanceprocedure. Met name kleinere ondernemingen hebben veel baat bij deze informele reorganisaties. Een reorganisatie via formele procedures (surseance) is veelal te duur. Voor de effectiviteit van informele reorganisaties is het van belang dat het vreemd vermogen relatief geconcentreerd is. Dit verkleint coördinatieproblemen (en opportunistisch gedrag) tussen de verschaffers van vreemd vermogen[4]. De belangrijke rol van banken bij informele reorganisaties is hiermee verklaard: in een land als Nederland spelen banken immers een voorname rol in de financiering van ondernemingen.

EINDE BOX 2

[4] Zie onder meer de genoemde ACCF studie en White, M.J. (1996), Survey Evidence on Business Bankruptcy, hoofdstuk 18, in J.S. Bhandari en L.A. Weiss, Eds., *Corporate Bankruptcy: Economic and Legal Perspectives*, Cambridge University Press, voor een uigebreide beschrijving van deze coördinatieproblemen.

Een van de argumenten van de banken is dat de voorgestelde veranderingen in de faillissementswet informele reorganisaties bemoeilijken. De banken suggereren dat de formele procedures 'vriendelijker' zullen worden voor de ondernemer (debiteur) omdat crediteuren meer op afstand worden gehouden. Hierdoor zou de ondernemer minder genegen zijn om met haar bank in dialoog te gaan om via een informele organisatie orde op zaken te stellen. Als dit zo zou zijn dan zou dit wijzen op een mogelijke inefficiëntie van de voorgestelde veranderingen. Immers, banken hebben gelijk dat voor de beoordeling van de efficiëntie van de Nederlandse faillissementswetgeving ook de mogelijkheden tot informele reorganisaties in de beschouwing moeten worden genomen. Toch delen wij deze zorg van banken niet.

Formele procedures blijven hoe dan ook afschrikwekkend voor een ondernemer. Het is ook niet de ondernemer die aan 'macht' wint binnen de formele procedures maar de curator en bewindvoerder. Dus het is zeker niet zo dat de formele procedures 'vriendelijk' worden voor de ondernemer. Wat hopelijk wel zo is, is dat door de grotere effectiviteit van de formele procedures deze voor de betrokken partijen attractiever worden. Hierdoor winnen deze formele procedures ongetwijfeld aan betekenis[5]. Maar dit is toch wat beoogd wordt met betere wetgeving? Het zou toch te ver gaan om informele reorganisaties een nog groter belang te geven door aan te sturen op inefficiënte formele procedures? Wij komen dus tot de conclusie dat de wetgever moet aansturen op een zo groot mogelijke efficiëntie van de formele procedures.

5. Objectiviteit gewenst

Het voorgaande wijst erop dat banken een belangrijke rol spelen bij het oplossen van financiële problemen, met name via een informele reorganisatie. Wat wij hier willen onderbouwen is dat bank geen vergelijkbare leidende rol mogen spelen in de formele procedures; dit bezien vanuit zowel het efficiëntie- als het rechtvaardigheidscriterium.

De faillissementswet betreft situaties waarin informele reorganisaties niet hebben mogen baten. Veelal betekent dit dat er onvoldoende middelen zijn voor voldoening van alle crediteuren.

[5] Ook zal serieus moet worden nagedacht over hoe het tijdiger aanvragen van surseance door de ondernemer kan worden bevorderd. Mogelijk biedt de Duitse Überschuldung-regeling (privé-aansprakelijkheid voor de directie als "bankroet" niet tijdig wordt gemeld) aanknopingspunten.

Crediteuren (en daarmee ook banken) staan dan in wezen tegenover elkaar, en zijn uit op puur eigen belang omdat ze gemeenschappelijk naar alle waarschijnlijkheid tekort zullen komen. Op dat moment is er grote objectiviteit nodig om de waarde van het geheel te maximaliseren om daarmee de crediteuren zo goed mogelijk te kunnen voldoen. Waardevernietigende patstellingen tussen crediteuren onderling moeten worden voorkomen. Het mag onder dergelijke omstandigheden zeker niet zo zijn dat banken als één van de direct belanghebbenden het in een dergelijke situatie voor het zeggen hebben.

Daarbij komt ook nog dat banken veelal de hoogste prioriteit hebben. Hiervoor valt voor andere redenen veel te zeggen[6], maar ten tijde van een faillissementsprocedure hebben juist dergelijke crediteuren onvoldoende prikkels voor waardemaximalisatie. Zij zullen namelijk tevreden zijn met een opbrengst die hun prioriteitsaanspraak dekt, hoger hoeft niet. Daarom moet in een formele procedure het *gemeenschappelijke* belang van de crediteuren centraal staan om überhaupt een efficiënte uitkomst mogelijk te maken. Hiervoor is het van primair belang dat allereerst gestreefd wordt naar een zo hoog mogelijke waarde van het geheel en pas daarna naar de verdeling ervan. Wel moet het uiteraard zo zijn dat nadat de opbrengst (of waarde) is gemaximaliseerd de prioriteitsrangorde van crediteuren wordt gerespecteerd.

Het voorgaande kan direct worden gekoppeld aan de genoemde efficiëntie- en rechtvaardigheidscriteria. De gewenste objectiviteit in de formele procedures en de noodzaak om binnen deze procedures het gemeenschappelijk belang van crediteuren na te streven zijn consistent met beide criteria. Dit is een belangrijke conclusie: de criteria waaraan de hervorming van de faillissementswet moet worden getoetst zijn verenigbaar met elkaar.

6. Conclusies

Voor de banken hoeven de veranderingen geen vervelend vooruitzicht te zijn. Zoals eerder aangegeven wordt hun rol bij informele reorganisaties niet wezenlijk beïnvloed. En zodra er een formele procedure is moeten de banken weliswaar een ruimere armslag geven aan de curator en/of bewindvoerder. Maar als deze de juiste prikkels hebben is dit niet schadelijk. Integendeel, de beoogde veranderingen zouden de positie van crediteuren juist kunnen versterken. Immers

[6] Zie A.W.A. Boot en L. van Goor (1994), op citaat.

nadrukkelijker dan nu het geval is zou in de formele procedures gestreefd moeten worden naar waardemaximalisatie en dit is in het belang van alle crediteuren, dus ook van de banken. [7]

Er is dus reden voor enig optimisme. Uiteraard is er een pijnpunt. Banken verliezen ogenschijnlijk aan invloed. Dit is echter van een andere orde. Zij zullen er mee moeten leren leven dat een rechtvaardige faillissementswet objectief moet zijn en zich moet richten op de belangen van alle crediteuren tezamen.

We hebben ook laten zien dat het rechtvaardigheids- en efficiëntiecriterium parallel lopen. Een wezenlijke verbetering van de faillissementswet langs beide criteria is dus mogelijk. Dit betekent niet dat wij ons onvoorwaardelijk scharen achter de voorgestelde wijzigingen. Er is het gevaar dat door de voorgestelde extra armslag voor bewindvoerder en curator procedures alleen maar langer worden, en kan waardevernietegend zijn. De beoogde hervormingen moeten daarom worden aangevuld met betere prikkels om curator en bewindvoerder aan te zetten tot daadkracht en urgentie. Hierbij past tevens een kritische evaluatie van het kennisniveau en ervaring van de rechterlijke macht. In de bespreking over aanpassing van de faillissementswet is dit laatste overigens onderdeel van discussie.

[7] Banken hebben aangegeven dat de (vermeende) verslechtering van hun positie zal leiden tot minder kredietverlening, of slechtere financieringscondities. Wij verwachten geen enkel materieel effect op dit punt.