

# Stille bewindvoerders en dwangakkoorden

De faillissementswet stamt uit 1896 en is sindsdien nimmer structureel gewijzigd. Door de enorme hoeveelheid jurisprudentie wordt de wet steeds lastiger toepasbaar.

De Tweede Kamer werkt aan het oplossen van een paar grote knelpunten in het faillissementsrecht<sup>1</sup>. Twee veranderingen worden hier uitgelicht: de figuur van de stille bewindvoerder en het 'dwangakkoord buiten insolventie'. Maar eerst staan de auteurs stil bij het versterkte bodemrecht van de fiscus.

Door **mr. V.H.B. Kruit** en **mr. A. van Onna**

**Het bodemrecht geeft de fiscus de bevoegdheid om ten behoeve van een openstaande belasting-schuld beslag te leggen op alle goederen die zich op de bodem van de belastingschuldige bevinden.**<sup>2</sup> Daarnaast heeft de fiscus een 'bodemvoorrecht' waardoor hij voorrang heeft boven andere crediteuren die zich op de goederen van de schuldenaar willen verhalen. Dankzij het bodem(voor)recht kan de fiscus ook beslag leggen op goederen van derden die zich op de bodem van de belastingschuldige bevinden. Bij een dreigend faillissement heeft de bank, die vaak een (bezitloos) pandrecht

gevestigd heeft op bedrijfsmiddelen (inventaris) van de schuldenaar, er baat bij dat haar zekerheidsrechten worden veiliggesteld. Als de fiscus namelijk eerst bodembeslag legt op de bedrijfsmiddelen van de schuldenaar (de zogenaamde bodemzaken) vist de bank met haar (bezitloos) pandrecht in faillissement achter het net. Banken hebben verschillende constructies bedacht waaronder de 'bodemverhuurconstructie'. De bodem van de schuldenaar werd voor datum faillissement aan de bank verhuurd met als gevolg dat het (bezitloos) pandrecht werd omgezet in een vuistpand, maar ook dat de inventaris zich niet meer op de bodem

van de schuldenaar (belastingplichtige) bevond. Op deze manier konden de fiscus of de curator bij faillissement, als te laat bodembeslag werd gelegd, zich niet meer verhalen op de bedrijfsmiddelen van de schuldenaar.

## **Bodembeslag**

Meermalen is geprocedeerd over de vraag of de bodemverhuurconstructie onrechtmatig zou zijn. De Hoge Raad oordeelde steeds dat de bodemverhuurconstructie toelaatbaar was. Aangezien de Belastingdienst met lede ogen moest aanzien dat zijn bodemrecht door met name banken werd uitgehold, heeft de fiscus uiteindelijk de wetgever bereid

gevonden de wetgeving op dit punt aan te pakken. De wetgever heeft artikel '22bis Invorderingswet' toegevoegd. Met dit nieuwe artikel is toepassing van de bodemverhuurconstructie feitelijk onmogelijk geworden. De pandhouder zal voortaan, wil hij maatregelen treffen ten aanzien van zijn pandrecht, hiervan de fiscus op de hoogte moeten stellen. Na de mededeling van de bank heeft de fiscus vier weken de tijd om bodembeslag te leggen. De praktijk wijst uit dat de fiscus na de mededeling van de pandhouder vrijwel altijd direct overgaat tot het leggen van bodembeslag. Daarmee is het voor de bank feitelijk onmogelijk geworden de bodemverhuurconstructie toe te passen.

### Stille bewindvoerder

Als een onderneming mogelijk failliet wordt verklaard en er ruimte is voor een doorstart, komt de curator (die pas op de datum van de faillietverklaring als zodanig wordt benoemd) vaak pas laat om de hoek kijken. Hierdoor bestaat het risico dat klanten en leveranciers de onderneming zullen verlaten en een doorstart lastiger wordt.

Met de benoeming van een stille bewindvoerder kan al in een vroeg stadium de mogelijkheden van een doorstart worden bekeken. Interessant in dit kader is met name de rol van de stille bewindvoerder en het feit dat de bestuurder binnen het bedrijf beheers- en beschikkingsbevoegd blijft tijdens de stille bewindvoering. Over die rol bestaat onduidelijkheid. In ieder geval heeft de stille bewindvoerder geen formele positie binnen het bedrijf van de schuldenaar en kan hij niet op gelijke voet met een curator

of bewindvoerder (bij surseance van betaling) worden geplaatst. De stille bewindvoerder kijkt mee met de schuldenaar maar heeft een zelfstandige verantwoordelijkheid. Hij dient evenwel niet enkel de belangen van de schuldenaar, maar moet ook rekening houden met schuldeisers (zonder dat de schuldeisers hiervan op de hoogte zijn). De intentie is dat de stille bewindvoerder gedurende een korte periode de (financiële) situatie van de schuldenaar in kaart brengt en zich een oordeel vormt over een mogelijke pre-pack, verkoop van bedrijfsondelen of doorstart. Indien nodig kan hij alvast voorbereidende werkzaamheden verrichten voor het geval een faillissement wordt uitgesproken. Hij zal dan als curator worden benoemd. Een stille bewindvoerder is meer de *fly on the wall*.<sup>3</sup> Voor potentiële kopers, werknemers of crediteuren blijft hij derhalve onzichtbaar.

### Risico's

Op dit moment is er een wetsvoorstel aanhangig om stille bewindvoering wettelijk vast te leggen.<sup>4</sup> Een aantal rechtbanken experimenteert daarnaast al met stille bewindvoering, maar in praktijk blijkt de regeling nog niet erg effectief. Bovendien verzet een aantal rechtbanken zich tegen deze figuur.<sup>5</sup> Er zijn uiteenlopende opvattingen over de rol van de bewindvoerder, waardoor zijn exacte positie nog niet geheel helder is. Ook de aansprakelijkheidspositie van de stille bewindvoerder is onduidelijk. Men kan evenwel bedenken dat, indien de rol van de stille bewindvoerder actiever wordt, de aansprakelijkheidsrisico's groter wor- ➤

## Need to know

- › Het faillissementsrecht moet worden aangepast aan de moderne tijd. Er staan de nodige wijzigingen op het programma om de faillissementswet beter te laten aansluiten op de praktijk.
- › Een wijziging in het faillissementsrecht van begin 2013 is de aanpassing van de Invorderingswet. De bodemverhuurconstructie is hiermee feitelijk onmogelijk gemaakt.
- › Een tweede aanpassing betreft de invoering van de stille bewindvoerder. Die kan, nog voordat een faillissement wordt uitgesproken, in een vroeg stadium meekijken en nadenken over de aanpak na een mogelijk toekomstig faillissement.
- › Ook is er de mogelijkheid van een dwangakkoord buiten faillissement. Dit biedt de mogelijkheid aan schuldenaars om, met minimale gerechtelijke tussenkomst, weigerende schuldeisers te dwingen deel te nemen aan een akkoord. Met een dergelijk dwangakkoord – waarbij de mogelijk bestaat om een akkoord per 'klasse' van crediteuren aan te bieden – is geen medewerking van alle crediteuren vereist maar behoeft enkel een meerderheid van de crediteuren met het aangeboden akkoord in te stemmen.

den. Maar ook bij een meer beperkte rol van de stille bewindvoerder spelen aansprakelijkheidsrisico's. Denk aan het ontstaan van een vordering of het aangaan van overeenkomsten tijdens de stille bewindvoering. De betreffende crediteur of wederpartij zal in dat geval ook vraagtekens kunnen plaatsen bij het handelen (of juist niet-handelen) van de stille bewindvoerder. Toch had een stille bewindvoerder in het geval van de Oad Groep de oplossing kunnen bieden. De schuld van Oad was namelijk volgens de bestuurders te overzien en Oad Groep B.V. kwam pas in de problemen nadat de bank de kredietovereenkomst had opgezegd en verzocht om een extra kapitaalinjectie onder bepaalde voorwaarden. De middelen voor de extra kapitaalinjectie waren aanwezig maar konden niet voorzien in de mogelijkheid om tevens te voldoen aan een plotselinge eis van een crediteur voor een bankgarantie. Het faillissement van Oad (Groep B.V.) had door de benoeming van een stille bewindvoerder wellicht in een eerder stadium kunnen worden afgewend, met de mogelijkheid van een gecoördineerde doorstart.<sup>6</sup>

### Dwangakkoord buiten insolventie

Naast de stille bewindvoerder heeft de wetgever onlangs ook de mogelijkheid van een dwangakkoord buiten faillissement geïntroduceerd. In surseance en faillissement is het vaak wenselijk om met de crediteuren een akkoord te sluiten. In faillissement hoeven echter niet alle crediteuren mee te werken aan een akkoord, maar is een gewone meerderheid vereist.<sup>7</sup> Met een dergelijk

akkoord nemen schuldeisers genoegen met uitbetaling van een percentage van hun vordering. De wetgever meende dat dit ook zou moeten gelden voor de situatie buiten faillissement. Op dit moment kennen we buiten faillissement enkel het buitengerechtelijk akkoord waarbij de vrijwillige medewerking van alle crediteuren vereist is. In de praktijk zien we echter te vaak gebeuren dat één of enkele schuldeisers dwarsliggen en weigeren hun medewerking te verlenen aan een dergelijk buitengerechtelijk akkoord. Bij een levensvatbare onderneming kan een aangeboden buitengerechtelijk akkoord door een of enkele dwarsliggende schuldeiser(s) niet slagen en automatisch leiden tot een faillissement met alle gevolgen van dien.

Met de wijziging van het faillissementsrecht zal het mogelijk worden om een dwangakkoord buiten insolventie aan te bieden aan de crediteuren die, indien een meerderheid akkoord gaat, na rechterlijke goedkeuring uiteindelijk bindend is voor alle crediteuren. Doordat een faillissement bij een dergelijk akkoord nog niet aan de orde is, kan doelgericht en snel tot een oplossing worden gekomen. Bovendien kan de onderneming, zonder dat zij failliet hoeft te gaan of surseance van betaling behoeft aan te vragen, financieel herstructureren teneinde weer financieel gezond te worden. De regeling van het dwangakkoord buiten faillissement zal erop gericht zijn dat crediteuren in verschillende klassen worden verdeeld (bijvoorbeeld separatisten, preferente schuldeisers en concurrent schuldeisers). Aan iedere 'groep' kan een apart akkoord worden voorgelegd waarover

kan worden gestemd. Indien een meerderheid binnen die groep instemt met het akkoord, kan het ook verbindend worden voor de overige schuldeisers binnen die klasse.<sup>8</sup>

«

**mr. V.H.B. Kruit** en **mr. A. van Onna**  
Auteurs zijn advocaten insolventierecht bij Holland van Gijzen Advocaten en Notarissen LLP.

### Noten

1. Wetgevingsprogramma Herijking Faillissementsrecht, aangekondigd bij Brief minister van Veiligheid en Justitie d.d. 26 november 2012 aan de Voorzitter van de Tweede Kamer (Kamerstukken II 2012/13, 29 911, nr. 74).
2. Artikel 22 lid 3 Invorderingswet.
3. Zie onder meer W.J.P. Jongepier en K.P. Hoogenboezem, 'Wie is de stille bewindvoerder?', Tijdschrift financiering, zekerheden en insolventierechtpraktijk, september 2013, nr. 6, p. 194-201.
4. Wet Continuïteit Onderneming II.
5. Zoals de rechtbank Midden-Nederland.
6. Zie onder meer openbare faillissementsverslagen 1 en 2 Oad Groep B.V. (C/08/13/817 F).
7. Bij het berekenen van de gewone meerderheid moet worden uitgegaan van: 1) het totale aantal ter verificatievergadering aanwezige schuldeisers met erkende (en voorwaardelijk toegelaten) concurrente vorderingen, en 2) het totale bedrag van voornoemde vorderingen. Enkel van belang is de stem van de aanwezige crediteuren. Zie T&C Faillissementswet, art. 145, aant.2.
8. Kamerstukken II 2013/14, 33 695, nr. 3.