

Wanneer failleren of saneren?

‘Rechtspraak heeft onvoldoende greep op

Michel Knapen, journalist

Wat is het beste moment om een in financiële moeilijkheden verkerende onderneming te saneren of te laten failleren? Met de normen die advocaat Lucas van Eeghen in zijn proefschrift ontwikkelt, kan de verantwoordelijkheid van bestuurders en banken beter worden bepaald.

Niet de afwikkeling van het faillissement, maar de periode die aan de liquidatie vooraf gaat vormt het onderwerp van het proefschrift van mr. Lucas van Eeghen. De promovendus, die 22 november aan de Universiteit van Tilburg zijn doctorsgraad haalde op *Het schemergebied vóór faillissement*, is advocaat en als partner verbonden aan Höcker Advocaten te Amsterdam.

Ondernemingen geraken in dat schemergebied als ze bij liquidatie niet al hun verplich-

tingen zouden kunnen nakomen. Dat is geen probleem, zolang er winst wordt gemaakt en lopende verplichtingen kunnen worden nagekomen. De *twilight zone* wordt pas nijpend als er verliezen worden geleden. In deze periode is het nog niet geheel duidelijk wie, waarvoor en waarom verantwoordelijk is, terwijl in dit schemergebied wel grotendeels wordt bepaald wie later de risico's moet dragen.

Van Eeghen: 'Het is een gegeven dat de schuldeisers in faillissement niet geheel kunnen worden betaald. De vraag blijft of de verliesgevende onderneming niet te lang is voortgezet. De gevolgen daarvan komen vooral voor rekening van crediteuren.' Er zijn nu nog geen normen die precies aangeven wat het beste moment is om te stoppen of te saneren.

Dergelijke normen beschrijft Van Eeghen in zijn proefschrift. Die zijn dan ook hoog nodig, want de rechtspraak heeft tot nu toe onvoldoende greep kunnen krijgen op faillissementen,

stelt hij. 'In de jurisprudentie worden termen gebruikt – zoals 'ernstige financiële moeilijkheden', 'arbitrair tijdstip', of 'gunstige verwachtingen' – die onvoldoende concrete inhoud hebben. Dan weet je ook niet precies of banken terecht hebben doorgefinancierd, of dat bestuurders niet te laat het faillissement hebben aangevraagd. En dan weet je ook niet of zij aansprakelijk zijn voor extra verliezen.'

DOORFINANCIEREN

Van Eeghen noemt zijn normen 'verrassend eenvoudig'. De onderneming moet voldoen aan een minimale financieringsstructuur, die is uit te drukken in enkele balansformules over de vereiste liquiditeit, solvabiliteit en de maximale financiering door banken. Zo moeten de op korte termijn beschikbare liquide middelen ten minste even groot zijn als de op korte termijn te betalen schulden. 'Maar liquiditeit is eerder symptoom

Foto: Jessica Hooghiemstra



'Door vage termen in de jurisprudentie weet je niet of banken terecht hebben doorgefinancierd, of dat bestuurders het faillissement te laat aanvroegen, en wie aansprakelijk is voor extra verliezen'

faillissementen'

dan oorzaak van de financiële problemen. In liquide middelen kun je ook voorzien door nog meer te lenen. Het draait dus om de bestaande en toekomstige rentabiliteit. Om er voor te zorgen dat de verliesgeven- de onderneming tijdig wordt gesaneerd of gestaakt, moet je daarom ook eisen stellen aan de solvabiliteit. Deze eisen tezamen dwingen de tijdige sanering of staking van de onderneming af. Dat betekent ook dat aandeelhouders aan de hand van saneringsplannen tijdig moet worden gevraagd of zij nog voldoende vertrouwen hebben om ook in een tekort te voorzien. Uiteindelijk gaat het ook over de kansen en risico's van aandeelhouders.'

Volgens Van Eeghen kan de minimaal vereiste solvabiliteitsratio – het garantievermogen gedeeld door het balanstotaal – gesteld worden op twintig procent voor producenten, industrie, bouwnijverheid; vijftien procent voor groothandel, transport, detailhandel en tien procent voor dienstverlening, vrijberoepsbeoefenaren en voor overige sectoren. Banken hanteren dit ook als grens voor een onvoldoende solvabiliteit. 'Combineer je de liquiditeits- en solvabiliteitseisen dan blijkt dat ook precies vastgesteld kan worden, hoe lang, en in hoeverre, banken mogen financieren.' Van Eeghen noemt de liquiditeits- en solvabiliteits- eisen 'een probaat middel om concreet vast te stellen tot wanneer de verlieslatende onderneming mag worden voortgezet'. Dat heeft grote voordelen boven het huidige systeem. 'Nu zijn vooral crediteuren de pineut. Zij weten niet of de onderneming verlies maakt, laat staan of en hoe deze kan en zal worden gered.'

VERHAALSRSICO

In Van Eeghens model worden bestuurders, financiers en aandeelhouders op tijd genoodzaakt na te denken of de onderneming wel of niet moet worden voortgezet. Men weet dan ook tijdig of aandeelhouders moeten en willen bijstorten en of banken extra willen en mogen lenen. De gevolgen van voortschrijdende verliezen worden beperkt en dat is gunstig voor crediteuren.

Van Eeghen: 'Als de Hoge Raad dit model overneemt, is het makkelijker om in beeld te krijgen wie wanneer aansprakelijk is: de bank die blijft doorfinancieren terwijl dat onverantwoord is of de bestuurder die te lang blijft doormodderen. Jurisprudentie kan vage begrippen nu beter gaan invullen.' Niet alleen leidt dit tot een verantwoorde risicoverdeling, volgens de promovendus bevordert dit alles ook nog eens het vertrouwen van crediteuren en daarmee het investeringsklimaat en de economie.

L.J. van Eeghen, *Het schemergebied vóór faillissement. Een onderzoek naar de wenselijke verdeling van verhaalsrisico's van de onderneming vóór faillissement.* Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 554 p., € 69. ISBN 10: 90 5454 742 1; ISBN 13: 978 90 5454 742 6.

Zie voor een ander aspect van faillissementen het artikel van Lianne de Hoog, verderop in dit nummer.

column



JOOST BEVERSLUIS

Dixit Taj Al-din al Hiladi

Er is weer debat over de mate waarin de rechter zich ter zitting actief moet opstellen. Een actieve rechter, de meespelende scheidsrechter – ik gruw bij de gedachte. Welk voordeel kan door advocaten nog behaald worden door studie van feiten en recht als niet alleen het recht wordt aangedragen – vaak al desastreus genoeg – maar ook de relevante feiten worden uitgelokt door de rechter?

Uitgelokt, ja! Wie vergeet ooit die behandeling waarin één rechterlijke vraag aan de onnozele cliënt de kunstige virtuele werkelijkheid van eigen schepping mét winstkansen en al teniet deed? En dat is nog niks. Ik werd eens tijdens een comparitie zo ongeveer over de tafel getrokken door een potige magistraat (een soort dat hier in het oosten wel voorkomt), die pasmunt op tafel smeedt en luidop vroeg of hij het verschil soms zelf moest bijpassen, mij ondertussen toesissend dat ik permanent niet ontvanke- lijk zou worden in het arrondissement als ik g.v.d. niet akkoord ging met zijn schikkingsvoorstel! De rechter als bemoeial, als CVP-terrorist. Help!

Nee, ik ben niet voor een actievere rol van de rechter, ware het niet dat de verandering in diens competentie waarschijnlijk onontbeerlijk is om die andere soort radicaal uit te roeien, de volkomen passieve rechter. En dat moet in ieder geval. Want liever louter CVP-terroristen, die zaken de nek omdraaien, met kleingeld smijten en schikkingen erdoor beuken, die je eerder met een AK-47 zwaaiend in een fladderende toga kunt voorstellen dan sereen de weegschaal hanterend, veel liever alleen maar deze, dan te blijven zitten met een contingent van die andere rechters: 'u hebt het woord... u hebt het woord... wil iemand nog iets zeggen... uitspraak dan en dan, zitting gesloten'. Afstandelijk, onbenaderbaar, onbewogen, onbeweeglijk, heel bleek ook vaak, het standbeeld van vrouwe Justitia verwarrend met waar zij voor staat.

Cliënten die op TV vlezige magistraten op hun desk zien beuken – *Silence, silence in my courtroom!* – dat het stof uit het kersenhout opwarrelt en de kop van de hamer vliegt, *Isay* die cliënten vragen zich af of die stille, bleke man of vrouw wel luisterde, wel keek, wel begreep, wel kan begrijpen, wel een echte rechter is.

Het meest ellendige vonnis vindt bij de justitiabele nog enige weerklank als althans een paar vragen zijn gesteld vanaf het podium; de meest complete overwinning wordt als een misnoegd gunstbetoon ervaren na zo'n doods ritueel zonder enige uitwisseling van meningen.

Dus toch maar dat mindere kwaad, de actieve rechter. En om dan, in voorkomend geval, ter zitting zonder veel risico van klachten lucht te kunnen geven aan de frustratie dat mijn verzinsels het weer niet gaan redden, ben ik nu al begonnen om een verzameling citaten van sjeik Taj Al-din al Hiladi aan te leggen. Kom je altijd mee weg.