

Ingediend via www.internetconsultatie.nl

Ministerie van Justitie en Veiligheid
t.a.v. mevrouw D. Yeşilgöz-Zegerius

Den Haag, 24 februari 2022

dossiernummer: 201700

uw kenmerk: n.v.t.

telefoonnummer: +31 (0)6 233 67 318

e-mail: l.korsten@advocatenorde.nl

Betreft: consultatiedocument betreffende het insolventierecht

Geachte minister,

Op 1 november 2022 is het consultatiedocument betreffende het insolventierecht gepubliceerd op www.internetconsultatie.nl. De NOvA heeft zijn adviescommissie insolventierecht gevraagd te adviseren.

Bijgaand stuur ik u het advies van de adviescommissie. De algemene raad sluit zich aan bij de overwegingen van de adviescommissie en verzoekt u deze bij de verdere uitwerking te betrekken.

Met de meeste hoogachting,
namens de algemene raad,



mw. mr. R.G. van den Berg
algemeen secretaris

bijlage: advies van de adviescommissie insolventierecht

Bezoekadres
Prinses Beatrixlaan 5
2596 AK Den Haag
Tel. 070 - 335 35 35

Postadres
Postbus 30851
2500 GW Den Haag

www.advocatenorde.nl

ADVIES

Aan:	algemene raad
Van:	adviescommissie insolventierecht
Datum:	16 februari 2022
Betreft:	consultatiedocument betreffende het insolventierecht

1. Inleiding

1.1. Deze bijdrage vormt een reactie op het Consultatiedocument betreffende het insolventierecht, zoals op 1 november 2021 gepubliceerd op <https://www.internetconsultatie.nl/consultatieinsolventie>. De discussienota ("**Discussienota**") beoogt – aldus de wetgever – de praktijk te betrekken bij de ontwikkeling van het insolventierecht en zienswijzen te verzamelen over een aantal actuele thema's, zoals: de toekomst van de surseance; de efficiency van de faillissementsprocedure; het takenpakket van de curator en de lege boedelproblematiek; het toezicht van de rechter-commissaris in faillissement en de mate waarin de verschillende categorieën van schuldeisers in faillissement nog enige uitkering op hun vordering kunnen verwachten.

1.2. In de Discussienota is een aantal vragen geformuleerd. In het navolgende treft u het antwoord van de adviescommissie Insolventierecht van de Nederlandse Orde van Advocaten ("**adviescommissie**")¹ op een deel van deze vragen aan. Een aantal vragen is niet beantwoord, omdat deze buiten de taak en expertise van de adviescommissie valt.

2. **Vraag:** *Herkent u zich in de geluiden dat de wetgeving betreffende de hiervoor genoemde zekerheden voor leveranciers verbeterd kan worden? Zo ja, in welk opzicht zijn verbeteringen gewenst en heeft u concrete suggesties voor mogelijke verbeteringen?*²

2.1. Deze vraag heeft betrekking op de leverancierszekerheden eigendomsvoorbehoud, voorbehouden stil pandrecht en recht van reclame. De adviescommissie herkent zich in het beeld dat deze zekerheden kunnen worden 'verbeterd', in die zin dat de (verhaals)positie van een leverancier in het geval van een *concursum creditorum*, in het bijzonder een faillissement, voor verbetering vatbaar is. De concrete suggesties die de adviescommissie in dit verband heeft, worden in de navolgende paragrafen besproken. Gelet op de algemene aard van deze consultatie, beperkt de adviescommissie zich in dit stadium tot het geven van een korte omschrijving van de gesignaleerde verbeterpunten.

2.2. De adviescommissie is ook gevraagd naar de wenselijkheid van verbeteringen. In dat kader merkt zij op dat in het algemeen wordt aangenomen dat een verbetering van de verhaalspositie van de leverancier leidt tot een vergroting van diens bereidheid tot het verstrekken van leverancierskrediet, hetgeen de handel en daarmee de economische

¹ De adviescommissie bestaat uit Frauke van der Beek, Marike Boersen, Karen Harmsen, Bert Jansen, Olaf Poorthuis, Robbert Jan van der Weijden en Thijs van Zanten.

² Zie p. 9 Discussienota.

groei ten goede komt. Echter, hierbij mag niet uit het oog worden verloren dat een verbetering van de verhaalspositie van de leverancier ontegenzeggelijk leidt tot een verslechtering van de verhaalspositie van bepaalde andere schuldeisers. Afhankelijk van de aard van de verbetering en de omstandigheden van het geval, gaat het (onder meer) om financiers met een pandrecht op toekomstige zaken, de Belastingdienst (wat betreft haar bodemrecht en bodemvoorrecht op dergelijke zaken), de boedelschuldeisers (voor zover zij via art. 57 lid 3 Fw 'meeliften' op de positie van de Belastingdienst) en concurrente schuldeisers. In de kern betreft het dus met name een (rechtseconomisch) verdelingsvraagstuk. Door het verbeteren van de positie van de leverancier wordt de taart niet groter maar slechts anders verdeeld.

- 2.3. Welke gevolgen een mogelijke verslechtering van de verhaalspositie van andere schuldeisers heeft voor hun gedrag in het economisch verkeer, en in hoeverre die gevolgen in opwegen tegen de hiervoor genoemde gevolgen van de verbetering van de verhaalspositie van de leverancier, overziet de adviescommissie niet. De vraag naar de wenselijkheid van bepaalde verbeteringen laat zij daarom verder rusten. De adviescommissie adviseert de wetgever hiernaar eerst (economisch) onderzoek te laten doen.

Suggestie 1: wettelijk pandrecht op de vordering tot betaling van de koopsom in geval dat de geleverde zaak door de afnemer aan een derde wordt verkocht en geleverd en de leverancierszekerheid daardoor tenietgaat

- 2.4. Voor alle bedoelde leverancierszekerheden geldt dat deze in de regel niet meer kunnen worden uitgeoefend nadat de geleverde zaak door de afnemer aan een derde is verkocht en geleverd. De oorzaak daarvan is ofwel (i) dat tussen de leverancier en de afnemer is overeengekomen dat de laatste bevoegd is de zaak in het kader van zijn normale bedrijfsuitoefening aan een derde over te dragen, dan wel (ii) dat de derde een succesvol beroep kan doen op derdenbescherming.
- 2.5. In tegenstelling tot bepaalde andere rechtsstelsels verkrijgt de leverancier, wiens zekerheid is tenietgegaan, niet van rechtswege een (vervangend) pandrecht op de vordering van de afnemer op de derde tot betaling van de koopsom. Voor zover de leverancier een dergelijk pandrecht contractueel heeft bedongen, dan zal dit in de meeste gevallen pas zijn gevestigd ná het pandrecht van de financier van de afnemer, en daarom langer in rang zijn. Hij staat dan vaak alsnog met lege handen.
- 2.6. Een concrete suggestie voor verbetering is het toekennen van een wettelijk pandrecht op de vordering van de afnemer op zijn afnemer, dat ontstaat op het moment dat de leverancier zijn eigendoms- of zekerheidsrecht op het aan zijn afnemer geleverde goed verliest. Om deze regeling effectief te laten zijn, dient daarbij dan te worden bepaald dat het pandrecht in rang gaat boven ieder ander op de vordering gevestigd pandrecht.³

Suggestie 2: (pandrecht op een) aandeel voor leverancier bij oneigenlijke vermenging van de geleverde zaak

³ Vgl. art. 3:229 lid 2 BW.

- 2.7. Wanneer een leverancier door oneigenlijke vermenging niet kan aantonen op welke door hem leverde zaak of zaken hij een (voorbehouden) eigendomsrecht of pandrecht heeft, dan kan hij die rechten niet meer uitoefenen.
- 2.8. Een concrete suggestie voor verbetering is de rechtsgevolgen van oneigenlijke vermenging, evenals in bepaalde andere rechtstelsels, gelijk te trekken met die van eigenlijke vermenging. Dit zou betekenen dat de leverancier, indien hij aannemelijk kan maken hoeveel eenheden van de door hem geleverde zaken nog bij de afnemer aanwezig zijn, ex art. 5:15 jo. 5:14 lid 2 BW mede-eigenaar wordt van alle vermengde zaken, dan wel een pandrecht verkrijgt op een aandeel in die zaken, evenredig aan de waarde van de door hem geleverde nog aanwezige zaken.⁴
- 2.9. De adviescommissie merkt in dit verband nog op dat de scheidslijn tussen eigenlijke en oneigenlijke vermenging in de wet niet geregeld is. Voor de in deze paragraaf besproken suggestie voor een verbetering van de positie van de leverancier lijkt een wetswijziging daarom – strikt genomen – niet noodzakelijk.

Suggestie 3: (pandrecht op een) aandeel in zaak voor leverancier bij (a) natrekking door een roerende hoofdzaak en (b) zaaksvorming

- 2.10. Wanneer een door de leverancier geleverde zaak als bestanddeel wordt nagetrokken door een roerende hoofdzaak, dan gaan daarmee zijn zekerheidsrechten op de zaak verloren (vgl. art. 5:14 lid 1 BW). Op vergelijkbare wijze kan de leverancier zijn rechten op de zaak verliezen in geval van zaaksvorming.⁵
- 2.11. Een concrete suggestie voor verbetering van de positie van de leverancier is om bij natrekking ook in de gevallen waarin wél een hoofdzaak is aan te merken, overeenkomstig art. 5:14 lid 2 BW mede-eigendom aan te nemen (bij eigendomsvoorbehoud en recht van reclame), dan wel de leverancier van de zaak een vervangend (wettelijk) pandrecht te geven op een aandeel in de eenheidszaak (bij voorbehouden pandrecht⁶) in beide gevallen evenredig aan de waarde van de door hem geleverde zaak. Een vergelijkbare suggestie voor verbetering ziet de adviescommissie voor het geval van zaaksvorming.

Suggestie 4: afschaffing bodemrecht en bodemvoorrecht

- 2.12. In bepaalde gevallen kan de Belastingdienst voor vorderingen op de belastingschuldige verhaal nemen op onder eigendomsvoorbehoud aan de belastingschuldige geleverde bodemzaken.⁷ In zulke gevallen verliest de leverancier zijn eigendomsrecht.
- 2.13. In vergelijkbare gevallen kan de Belastingdienst voor vorderingen op de belastingschuldige met voorrang boven een leverancier met voorbehouden stil pandrecht verhaal nemen op bodemzaken die eigendom zijn van de belastingplichtige (art. 21 lid 2 Invorderingswet 1990, het zgn. 'bodemvoorrecht'). In zulke gevallen

⁴ Vgl. HR 14 augustus 2015, ECLI:NL:HR:2015:2192 (*Glencore / Nationale Borg c.s.*).

⁵ Vgl. art. 5:16 BW.

⁶ Vgl. HR *Glencore / Nationale Borg c.s.*

⁷ Vgl. art. 22 lid 3 Invorderingswet 1990, het zgn. 'bodemrecht'.

verliest de leverancier zijn voorbehouden pandrecht. In geval van faillissement van de belastingplichtige zal zijn curator er veelal voor kiezen het bodemvoorrecht ‘ten behoeve van’ de Belastingdienst uit te oefenen. Hierdoor komt uit de verkoopopbrengst van de bodemzaken een bedrag van maximaal de grootte van de vordering van de Belastingdienst in de boedel terecht (het zijn in die gevallen de facto dus (ook) de boedelschuldeisers die profiteren van het bodemvoorrecht).

- 2.14. Een concrete suggestie voor verbetering van de positie van de leverancier is het afschaffen van het bodem(voor)recht. Voor een afschaffing van deze rechten wordt al jaren gepleit. Het afschaffen van het bodemrecht en het bodemvoorrecht zou bovendien aansluiten bij ontwikkelingen in andere Europese landen. Niettemin ziet het er niet naar uit dat dit op korte termijn zal gebeuren. De adviescommissie wijst in dit verband op de Fiscale Verzamelwet 2022 op grond waarvan de horizonbepaling van art. 70 Invorderingswet 1990 zal komen te vervallen.⁸
- 3. *Vraag: In hoeverre ziet u een meerwaarde voor de surseanceregeling naast de door de WHOA geïntroduceerde besloten en openbare akkoord procedures?***⁹
- 3.1. De adviescommissie ziet zeker een meerwaarde en daarmee bestaansrecht voor de surseanceregeling naast de WHOA.
- 3.2. De regeling voor de surseance van betaling kent een lange historie, die teruggaat tot (ver) voor de inwerkingtreding van de Faillissementswet in 1896. Het doel van de surseance van betaling is aan de schuldenaar een – tijdelijk – algemeen uitstel van betaling te verlenen, waarmee wordt beoogd tegemoet te komen aan een tijdelijk, in beginsel op korte termijn oplosbaar, liquiditeitsprobleem.¹⁰ Dit maakt dat de surseance van betaling is gericht op de continuïteit van de door de rechtspersoon gedreven onderneming.
- 3.3. Ook de WHOA heeft als uitgangspunt de continuïteit van de onderneming. De WHOA ziet primair op ondernemingen die vanwege een te zware schuldenlast insolvent dreigen te raken, maar beschikken over bedrijfsactiviteiten die nog wel levensvatbaar zijn. De WHOA richt zich daarmee op de reorganisatie c.q. herstructurering van meer structurele financiële problemen bij de rechtspersoon door middel van het aanbieden van een onderhands akkoord aan (alle of een aantal van) de crediteuren en aandeelhouders. Bij de WHOA is dit onderhands akkoord de beoogde uitkomst om tot een financiële herstructurering te komen. Bij een surseance van betaling is (de homologatie van) een aan de concurrente crediteuren aan te bieden akkoord een van de manieren waarop de tijdelijke liquiditeitsproblemen kunnen worden opgelost en daarmee een van de mogelijkheden waarop de surseance van betaling kan eindigen.
- 3.4. De surseance van betaling en de WHOA hebben een onderling – en van het faillissement – te onderscheiden doel en karakter. De adviescommissie meent dat er voor alle drie de procedures ruimte moet blijven in het voor schuldenaren beschikbare arsenaal van procedures om aan de financiële problemen het hoofd te bieden. Dat daarbij overlap bestaat in het binnen de procedures beschikbare instrumentarium,

⁸ Zie Kamerstukken II, 2020/21, 25 708, nr. 2, p. 3-4.

⁹ Zie p. 12 Discussienota.

¹⁰ Wessels Insolventierecht nr. VIII 2021/8002.

maakt wat de adviescommissie betreft niet dat er voor een van de procedures geen bestaansrecht meer zou zijn.¹¹

- 3.5. Daar komt bij dat de surseance van betaling een gevestigde procedure is, die daarmee voorspelbaar is voor de schuldenaar en de bij de schuldenaar betrokken betrokkenen, waaronder de crediteuren maar ook de bestuurders, commissarissen en aandeelhouders. De WHOA bestaat nog maar kort en dat brengt bij de toepassing in de praktijk ook nog de nodige onzekerheden met zich. Deze zullen in de komende jaren vermoedelijk afnemen als gevolg van toenemende jurisprudentie, maar ook dan ziet de adviescommissie meerwaarde in de surseance van betaling gezien het te onderscheiden karakter van de beide procedures.
- 3.6. Een belangrijke meerwaarde van de surseance van betaling is dat in deze procedure een bewindvoerder wordt aangesteld, die onder toezicht¹² staat van een rechter-commissaris. De bewindvoerder is gezamenlijk met het bestuur bevoegd tot het beheer en de beschikking over het vermogen van de schuldenaar. Dit geeft aan schuldeisers van wie de rechten worden beperkt in de surseance van betaling een waarborg dat het bestuur hun belangen voor ogen houdt. Het onafhankelijke toezicht op de bewindvoerder door de rechter-commissaris – hoewel beperkt, omdat de rechter-commissaris slechts adviseert – biedt een gewenst tegenwicht tegen het prijsgeven van het recht om zich te verhalen op het vermogen van de schuldenaar. Dit biedt aan degenen die worden geraakt door de surseance van betaling wel enige waarborg ten aanzien van de uitvoering van de procedure. Bij de WHOA blijft het bestuur in beginsel volledig zelfstandig bevoegd, zonder enige vorm van toezicht. Dit is slechts beperkt anders in het geval een herstructureringsdeskundige wordt aangesteld. In dat geval is het bestuur niet langer bevoegd het akkoord aan te bieden (dat behoort dan tot het domein van de herstructureringsdeskundige) maar wel om zonder toezicht de schuldenaar te besturen. Een observator kan worden benoemd ter behartiging van de belangen van de schuldeisers maar in de praktijk vindt dit nog niet vaak plaats. Bovendien is de rol van de observator maar beperkt vormgegeven in de wet. Het is de vraag of dit wel – in alle gevallen – voldoende waarborgen biedt aan degenen die door de WHOA worden getroffen en zich beperkt zien in de mogelijkheden om verhaal te nemen voor hun vordering.
- 3.7. Zowel de surseance van betaling als de WHOA kunnen voortvarend worden toegepast en kennen bij een gedegen voorbereiding de mogelijkheid van een korte duur. Anders dan de WHOA kent de surseance van betaling geen uiterste duur van acht maanden.¹³ Dit kan zeker bij complexe herstructureringen (bijvoorbeeld waarbij de herstructurering in verschillende jurisdicties plaats vindt en potentieel litigieus is) een belangrijk voordeel zijn.¹⁴
- 3.8. Een vaak gehoord nadeel van de surseance van betaling is dat deze alleen werkt voor concurrente crediteuren en dat de preferente crediteuren en de separatisten gewoon moeten worden doorbetaald. Dit is zeker een nadeel en onderzocht kan worden in

¹¹ Zie bijvoorbeeld de surseance van Steinhoff International Holdings N.V.

¹² Op grond van de Faillissementswet heeft de rechter-commissaris bij een surseances van betaling slechts een adviserende rol maar in de praktijk onderscheidt deze rol zich niet wezenlijk van de toezichthoudende rol van de rechter-commissaris in faillissement.

¹³ De maximale duur van de afkoelingsperiode is acht maanden, art. 376 lid 5 Fw.

¹⁴ Zie bijvoorbeeld de surseance in Steinhoff International Holdings N.V.

hoeverre dit kan worden opgelost. Dit neemt niet weg dat er nog steeds schuldenaren zijn zonder preferente crediteuren en/of separatisten, waarbij de surseance van betaling succesvol kan worden toegepast.

- 3.9. De adviescommissie is uiteraard bekend met het feit dat de surseance van betaling in de praktijk als minder effectief wordt beschouwd (zie de vraag hierna). Dat maakt echter niet dat de adviescommissie meent dat de surseance van betaling kan of moet worden afgeschaft maar juist dat moet worden onderzocht in hoeverre de knelpunten in de regeling van de surseance van betaling kunnen worden opgelost, rekening houdend met het feit dat de WHOA inmiddels ook is ingevoerd.
- 3.10. De adviescommissie vraagt zich ook af welk doel zou worden bewerkstelligd met het schrappen van de procedure, zelfs wanneer deze maar beperkt wordt toegepast in de praktijk. In dit kader merkt de adviescommissie nog het volgende op. Een beperkt onderzoek in het Centraal Insolventieregister op de zoektermen “uitspraak surseance” en “einde surseance” gedurende de periode van 20 juli 2021 tot 4 februari 2022 heeft het volgende beeld opgeleverd:
- 21x beëindiging door omzettingen in faillissement;
 - 5x verlening definitieve surseance;
 - 6x einde surseance door goedkeuring akkoord;
 - 1x einde surseance (zonder toevoeging op grond waarvan).
- 3.11. Hieruit leidt de adviescommissie af dat in de praktijk de surseance een meerwaarde heeft en wordt gebruikt. In 12 van de 33 beëindigde surseances van betaling, was sprake van een gebruik van de surseance van betaling op een wijze die aansluit bij het doel van de surseance van betaling, namelijk het overkomen van tijdelijke liquiditeitsproblemen met voortzetting van de door de rechtspersoon gedreven onderneming.
- 3.12. Uit het bovenstaande volgt dat de adviescommissie voorstander is van het behoud van de surseance van betaling.
- 4. *Vraag: Welke mogelijkheden ziet u om de effectiviteit van de surseanceregeling te verbeteren en hoe kijkt u in dit verband aan tegen de voorstellen die Insolad eerder heeft gedaan?***¹⁵
- 4.1. De effectiviteit van de surseanceregeling kan volgens de adviescommissie worden verbeterd, bijvoorbeeld door:
- De procedure mede te laten werken ten aanzien van preferente schuldeisers en zekerheidsgerechtigden;
 - De mogelijkheid om lopende overeenkomsten op te zeggen uit te breiden.
- 4.2. Op deze punten onderschrijft de adviescommissie de uitgangspunten van de voorstellen die Insolad eerder heeft gedaan ter verbetering van de surseance. Voor een deel zijn deze voorstellen echter verouderd, bijvoorbeeld omdat de WHOA inmiddels is ingevoerd.

¹⁵ Zie p. 12 Discussienota.

- 4.3. Het voert naar het oordeel van de adviescommissie te ver om in het kader van deze consultatie de voorstellen van Insolad puntsgewijs te becommentariëren. De adviescommissie geeft de wetgever in overweging om een separate consultatie te houden in het geval de wetgever de surseanceregeling wil herzien en/of de voorstellen van Insolad wil implementeren.
5. **Vraag:** *In hoeverre ziet u naast de door de WHOA geïntroduceerde besloten en openbare akkoordprocedures nog een meerwaarde voor de regeling betreffende het faillissementsakkoord?*¹⁶
- 5.1. De adviescommissie ziet die meerwaarde zeker. Hoewel in de praktijk weinig gebruik wordt gemaakt van de bevoegdheid een akkoord in faillissement aan te bieden¹⁷, ziet de adviescommissie geen reden om het akkoord in faillissement te schrappen, omdat daarmee iedere wettelijke mogelijkheid om een akkoord in faillissement te bereiken wordt geschrapt.
- 5.2. Niet iedere ondernemer zal tijdig een WHOA-akkoord aanbieden of tijdig gebruik maken van de mogelijkheid in surseance van betaling een akkoord aan te bieden. Indien de omstandigheden daartoe aanleiding geven, is het heel mooi als de ondernemer die kans alsnog krijgt in faillissement. Bijkomend voordeel is dat een gehomologeerd akkoord in faillissement ertoe leidt dat de staat van insolventie niet intreedt en de failliet verklaarde rechtspersoon dan dus niet ontbonden is.
- 5.3. Ook hier geldt: de adviescommissie ziet niet in welk belang er mee is gediend een dergelijke, goed functionerende, procedure uit de Faillissementswet te schrappen.
6. **Vraag:** *ziet u een meerwaarde in een algemene wettelijke regeling rond boedelschulden?*¹⁸
- 6.1. De adviescommissie is van oordeel dat er zonder meer aanleiding bestaat voor de invoering van een wettelijke regeling van de boedelschuld. Die regeling zou zowel een antwoord moeten geven (a) op de vraag welke schulden als boedelschuld moeten worden aangemerkt, als (b) op de vele vragen die kunnen opkomen indien de boedel ontoereikend is om alle boedelschulden te voldoen (ook wel: een negatieve boedel). De Faillissementswet geeft op al deze vragen geen antwoord, terwijl zij in ieder faillissement opkomen.
- Ad (a)*
- 6.2. Boedelschulden geven een aanspraak op de boedel, waaraan door de curator – buiten het proces van verificatie en uitdeling om – moet worden voldaan.¹⁹ Het gaat dus om schulden waarvoor het ‘gewone’ regime van de Faillissementswet niet geldt. In de regel zijn het schulden die in het kader van de afwikkeling van de boedel worden aangegaan, zodat in de rede ligt dat zij worden betaald voordat aan de voldoening van de vorderingen van de faillissementsschuldeisers wordt toegekomen. Zij kunnen

¹⁶ Zie p. 13 Discussienota.

¹⁷ F.M.J Verstijlen in: GS Faillissementswet, art. 138 Fw, aant. 1.

¹⁸ Zie p. 14 Discussienota.

¹⁹ Vgl. *Van der Feltz I*, p. 384.

binnen het wettelijk stelsel worden beschouwd als kosten van executie en vereffening, die eerst uit de opbrengst moeten worden voldaan, voordat de netto-opbrengst aan de faillissementsschuldeisers wordt uitgekeerd.²⁰

- 6.3. In de Faillissementswet worden enkele specifieke boedelschulden vermeld,²¹ maar een algemeen criterium, waaraan kan worden getoetst of sprake is van een boedelschuld, is daarin niet te vinden. In Koot Beheer/Tideman q.q. uit 2013 overwoog de Hoge Raad dat “boedelschulden slechts die schulden zijn die een onmiddellijke aanspraak geven jegens de faillissementsboedel, hetzij ingevolge de wet, hetzij omdat zij door de curator in zijn hoedanigheid zijn aangegaan, hetzij omdat zij een gevolg zijn van een handelen van de curator in strijd met een door hem in zijn hoedanigheid na te leven verbintenis of verplichting.”²² Dit boedelschuld criterium is echter te beperkt, omdat zich verschillende boedelschulden laten denken die niet onder één van de genoemde categorieën kunnen worden geschaard. Los van de uit de wet voortvloeiende boedelschulden is het criterium geheel toegesneden op de positie van de *curator*, maar daarmee wordt miskend dat ook door *andere* bij de boedel betrokken *partijen* (rechter-commissaris, werknemers, ondernemingsraad, crediteurencommissie etc.) of in verband met tot de boedel behorende *zaken* (art. 6:174 BW) boedelschulden kunnen ontstaan.²³ In een wat ouder arrest werden de boedelschulden uit een door de Hoge Raad vernietigd faillissement dat na verwijzing opnieuw wordt uitgesproken, in dat *nieuwe* faillissement wederom als boedelschuld aangemerkt,²⁴ maar ook een dergelijke boedelschuld valt niet in één van de in Koot Beheer/Tideman q.q. geformuleerde categorieën in te passen.
- 6.4. In de artikelen 39 en 40 Fw zijn bijzondere regels geformuleerd voor de situatie dat de gefailleerde huurder respectievelijk werkgever is. Anders dan geldt voor de andere overeenkomsten die de schuldenaar vóór faillissement is aangegaan, lopen *deze* overeenkomsten na faillissement ten laste van de boedel door. De huurpenningen en het loon over de periode na de faillissementsdatum vormen een boedelschuld (art. 39 lid 1 en 40 lid 2 Fw), die door de curator in omvang kan worden beperkt door de overeenkomst met inachtneming van een maximale termijn van drie maanden (huur) respectievelijk zes weken (arbeid) te beëindigen. De hier bedoelde boedelschulden over de opzegtermijn worden veelal als *oneigenlijke* boedelschulden aangeduid, omdat het niet gaat om schulden die in het kader van de afwikkeling van de boedel worden aangegaan. De oneigenlijke boedelschulden zijn vaak omvangrijk en vormen daarmee een belangrijke oorzaak van het feit dat in veel faillissementen sprake is van een negatieve boedel. In de literatuur bestaat een grote mate van consensus dat art. 39 en 40 Fw ver over hun houdbaarheidsdatum heen zijn.²⁵ Zij vormen het resultaat van een belangenafweging die tot stand kwam aan het einde van de negentiende eeuw, in een wereld die in vrijwel niets meer lijkt op de onze, waarin die afweging dan ook geheel anders uitpakt. In de jurisprudentie van de Hoge Raad wordt echter nogal rigide aan

²⁰ Zie art. 3:277 lid 1 BW.

²¹ Zie bijv. art. 39 lid 1, art. 40 lid 2, art. 51 lid 3 en art. 66 lid 1 Fw.

²² Zie HR 19 april 2013, NJ 2013/291, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Koot Beheer/Tideman q.q.*).

²³ Zie nader T.T. van Zanten, *Classificatie van verplichtingen in faillissement* (oratie RUG), Deventer: Kluwer 2022, § 2.3.

²⁴ Zie HR 12 juni 1982, NJ 1983/11.

²⁵ Zie bijv. recent T.T. van Zanten & I.M.A. Lintel, ‘Over bezoldigde personen, in dienst van den gefailleerde’, *Insolad Jaarboek* 2018, p. 257-280; G.A.J. Boekraad, ‘Kwart eeuw faillissementsafwikkeling en boedelschulden’, *Tvl* 2020/38, § 4.

die afweging vastgehouden, wat tot weinig aansprekende resultaten leidt.²⁶ Tegen deze achtergrond adviseert de adviescommissie om de artikelen 39 en 40 Fw te schrappen en de daarin vervatte overeenkomsten te laten beheersen door de algemene regeling van art. 37 Fw.²⁷ Voor de goede orde wijst de adviescommissie erop dat dit niet ten koste gaat van de werknemer, die immers bescherming vindt in de Loongarantieregeling.

- 6.5. Eind 2007 is de toenmalige Commissie insolventierecht (de Commissie-Kortmann) met een voorstel gekomen voor een Insolventiewet, waarin ook was geregeld welke vorderingen als boedelschuld moeten worden aangemerkt.²⁸ Art. 5.1.1 van het Voorontwerp bevatte een opsomming van verschillende boedelschulden, in welke opsomming de oneigenlijke boedelschulden niet terugkeerden. Art. 5.1.1 sub k bevatte een restcategorie, namelijk “vorderingen, na de insolventverklaring ontstaan, waarvan de verschuldigdheid redelijkerwijs aan de boedel behoort te worden toegerekend”. Naar het oordeel van de adviescommissie zou de introductie van een dergelijk ‘toerekeningscriterium’ een grote stap in de goede richting zijn. Dat het criterium of een bepaalde schuld redelijkerwijs aan de boedel kan worden toegerekend geen ‘hard and fast rule’ oplevert, is wat de adviescommissie betreft niet bezwaarlijk. De exercitie die in een voorkomend geval moet worden gemaakt, is niet anders in andere gevallen waarin een schuld aan een afgescheiden vermogen of aan een rechtspersoon moet worden toegerekend.²⁹ Wel adviseert de adviescommissie om voor bepaalde veel voorkomende schulden en schulden waarover kan worden getwijfeld, specifiek in de wet vast te leggen dat van een boedelschuld sprake is, zoals dat ook in het Voorontwerp Insolventiewet was gedaan.

Ad (b)

- 6.6. Al vele jaren is in circa driekwart van de faillissementen sprake van een negatieve boedel.³⁰ Men spreekt dan wel van een boedelfaillissement. De Hoge Raad heeft beslist dat in een dergelijke situatie de wettelijke rangregeling zoals vervat in art. 3:277 e.v. BW ook de verhoudingen tussen de boedelschuldeisers gaat beheersen.³¹ Dit heeft tot gevolg dat een door een boedelschuldeiser ingestelde vordering dient te worden afgewezen indien *vaststaat* dat de boedel bij het einde van het faillissement negatief zal zijn. Is dat *onzeker*, dan volgt een toewijzing, maar kan de curator de betaling desondanks geheel of gedeeltelijk uitstellen.³² Voor het overige is de afwikkeling van een negatieve boedel ongeregeld.
- 6.7. Nu het boedelfaillissement welhaast het normaaltype faillissement is geworden, is er alle aanleiding voor de afwikkeling daarvan nadere regels te stellen. Naar het oordeel van de adviescommissie is van belang dat voor de constatering dat sprake is van een

²⁶ Zie T.T. van Zanten, *Classificatie van verplichtingen in faillissement* (oratie RUG), Deventer: Kluwer 2022, § 2.2, met verwijzingen.

²⁷ De adviescommissie meent overigens dat er ook aanleiding bestaat voor een herziening van de algemene regeling voor wederkerige overeenkomsten. In het bijzonder bestaat behoefte aan de mogelijkheid voor de curator om overeenkomsten die hij niet gestand wil doen en waarvan het doorlopen nadelig is voor de schuldenaar en/of de schuldeisers, te beëindigen.

²⁸ Zie art. 5.1.1 van het voorontwerp Insolventiewet, Kortmann/Faber, *Geschiedenis van de Faillissementswet*, voorontwerp Insolventiewet, Serie O&R Deel 2-IV, p. 61-62 en p. 309-316.

²⁹ Zie ook R.J. van Galen, ‘Drie typen schulden bij faillissement II’, WPNR 1996/6226, p. 415.

³⁰ Zie A.P.K. Lutikhuis en R.E. Timmermans, *Insolventierecht in cijfers en modellen: schuldeisersbenadeling en conclusies*, 2007, p. 30; CBS-rapport ‘Faillissementen: oorzaken en schulden’ 2015, p. 18 en 19.

³¹ Zie HR 28 september 1990, NJ 1991/305, m.nt. PvS (*De Ranitz q.q./Ontvanger*).

³² Zie HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1994, rov. 3.2.5 (*Eiseres/Jansen q.q. en Koers q.q.*).

negatieve boedel een rechterlijke toets plaatsvindt en dat de intrede van een boedelfaillissement openbaar bekend wordt gemaakt, waarmee de te stellen regels worden geactiveerd. De positie van de curator in een boedelfaillissement dient te worden verduidelijkt en die van de boedelschuldeisers te worden verstevigd. In geval van een boedelfaillissement wikkelt de curator immer de boedel in de eerste plaats af in het belang van de boedelschuldeisers. Hun dient daarom de mogelijkheid te worden toegekend op die afwikkeling invloed uit te oefenen, zoals art. 69 Fw die mogelijkheid aan de faillissementsschuldeisers biedt. Het ligt naar het oordeel van de adviescommissie in de rede dat vorderingen van boedelschuldeisers in een boedelfaillissement aan verificatie worden onderworpen en dat zij daarbij ook elkaars vordering en rang kunnen betwisten. Tot slot is bijzondere aandacht van de wetgever op zijn plaats voor de positie van de 'nieuwe' boedelschuldeisers, dat wil zeggen: zij die een vordering krijgen nadat het boedelfaillissement is ingetreden. Indien ook voor hen de gewone rangregels gelden, zal het voor de curator veelal onmogelijk blijken de negatieve boedel tot een afwikkeling te brengen, omdat dan niemand bereid zal zijn met de curator in zee te gaan.³³

- 6.8. Een eenvoudige en voor de hand liggende manier om een regeling voor het boedelfaillissement te creëren, is om daarvoor in aanmerking komende bepalingen uit de regeling van het faillissement van overeenkomstige toepassing te verklaren op het boedelfaillissement. Daaraan kunnen enkele specifiek op het boedelfaillissement geënte bepalingen worden toegevoegd, zoals een regeling voor de omgang met nieuwe boedelschuldeisers. Ter inspiratie kan in dit verband worden geput uit het Duitse recht, dat voor de constatering en de afwikkeling van een negatieve boedel in § 208 e.v. InsO een bijzondere regeling kent.³⁴

7. *Vraag: Hoe kijkt u – mede naar aanleiding van de hiervoor aangestipte recente rechtspraak en discussie – aan tegen de taak van de curator en de bekostiging van diens werkzaamheden?*³⁵

- 7.1. Zowel in de rechtspraak als in de wetgeving is de laatste jaren een verandering te zien in de taak en de rol van de curator. Waar de curator tot enkele jaren geleden enkel de belangen behartigde van de gezamenlijke schuldeisers³⁶ en die hoedanigheid het actief van de failliet liquideerde, is de taak van de curator de laatste jaren steeds complexer en meer omvattend geworden.

- 7.2. In de jurisprudentie is dat zichtbaar in de – in de Discussienota genoemde - jurisprudentie, zoals Sigmacon III³⁷ en Maclou³⁸. In deze jurisprudentie geeft de Hoge Raad niet zozeer een instructie terzake de inhoud van de taakopvatting van de curator, maar overweegt de Hoge Raad dat de belangen van maatschappelijke aard onder omstandigheden kunnen prevaleren boven de belangen van een individuele schuldeiser. De Hoge Raad heeft in deze uitspraken uitdrukkelijk niet overwogen dat

³³ Zie voor een nadere verkenning: F.M.J. Verstijlen, 'De spookprocedure van de boedelinsolventie', in: *De bewindvoerder, een octopus*, 2008, p. 559-574.

³⁴ Zie voor een analyse van het Duitse stelsel met het oog op de introductie van een Nederlandse regeling van het boedelfaillissement de hiervoor genoemde bijdrage van Verstijlen, alsmede D. Jongsma, 'Vereffening van de negatieve faillissementsboedel', *AA* 2010, p. 851-861.

³⁵ Zie p. 14 Discussienota.

³⁶ Zie bijvoorbeeld HR 13 mei 1988, *NJ* 1988/748 (*Banque de Suez/Bijkerk q.q.*).

³⁷ HR 24 februari 1995, *NJ* 1996/472.

³⁸ HR 19 april 1996, *NJ* 1996/727.

de curator altijd de belangen van maatschappelijke aard voorrang dient te geven bij de afwikkeling van het faillissement. Hierin lijkt echter de laatste jaren een verandering op te treden.

- 7.3. In het bestuursrecht bijvoorbeeld wordt de verantwoordelijkheid voor milieuproblematiek in faillissementen bij de curator neergelegd. Het arrest Ridderkerkse Taxicentrale is daarvan het meest recente voorbeeld.³⁹
- 7.4. De faillissementen van het Slotervaartziekenhuis en de IJsselmeerziekenhuizen in 2018 hebben tot maatschappelijke onrust geleid, aangezien van de een op de andere dag beide ziekenhuizen werden getroffen door de gevolgen van het faillissement en daardoor de continuïteit van de zorg voor de patiënten in het gevaar leek te komen.⁴⁰ Beide faillissementen waren niet voorbereid, bijvoorbeeld met de toepassing van een pre-pack procedure, zodat de onrust en onzekerheid direct met het uitspreken van het faillissement ontstond.
- 7.5. De situatie rondom de ziekenhuizen heeft geleid tot het opstellen van Novelle WCO I, waarin de wettelijke mogelijkheid van het toepassen van een pre-pack procedure bij bedrijven die activiteiten verrichten waarmee maatschappelijke belangen zijn gediend wordt ingevoerd.⁴¹ De toelichting bij deze Novelle zegt hierover:

“Met de voorgestelde aanpassingen in de titel en het opschrift van de WCO I wordt tot uitdrukking gebracht en benadrukt dat het primaire doel van de aanwijzing van een beoogd curator de voorbereiding is van een faillissement met het oog op een gecontroleerde afwikkeling van activiteiten die van groot maatschappelijk belang zijn en dus niet de continuering van (onderdelen van) de door de schuldenaar gedreven onderneming.”⁴²

- 7.6. Bij faillissementen van ondernemingen met een dergelijk maatschappelijk belang staat dat belang dus voorop en gaat het voor op de belangen van de gezamenlijke schuldeisers en niet enkel tot die van individuele schuldeisers.
- 7.7. Dat de taak van de curator ook in regelgeving een meer maatschappelijke invulling heeft gekregen, is te zien in het relatief nieuwe art. 68 lid 2 Fw. Hierin wordt - kort gezegd - bepaald dat de curator dient te onderzoeken of er sprake is van onregelmatigheden en zo ja, dat de curator daarvan melding moet maken bij de rechter-commissaris en eventueel aangifte moet doen bij de bevoegde instanties. Deze fraudeopsporende- en signalerende taak had de curator in wezen altijd al, maar dan diende dat voornamelijk het doel om de omvang van de boedel te corrigeren, indien die boedel door onrechtmatig of strafbaar handelen was benadeeld. Het had daarmee voornamelijk een financieel belang ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers. De inhoud van art. 68 lid 2 Fw is niet beperkt tot het herstel van de financiële gevolgen van fraude of onrechtmatig handelen, maar maakt eenvoudigweg melding van de verplichting van de curator om onderzoek te doen naar

³⁹ HR 4 juni 2021, JOR 2021/250.

⁴⁰ Zie bijvoorbeeld het nieuwsbericht van de Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd van 26 november 2019, Risico's en onrust na faillissement MC Slotervaart, maar goede en veilige zorg in overnemende ziekenhuizen. Nieuwsbericht, Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd (igj.nl).

⁴¹ Overheid.nl, Consultatie Novelle WCO I (internetconsultatie.nl).

⁴² P. 2 van de Novelle WCO I.

onregelmatigheden en daarop actie te ondernemen, dus in feite ook als dat handelen niet tot benadeling van de boedel heeft geleid. De curator heeft deze plicht dus ook in gevallen waar geen financieel belang voor de boedel bestaat. De maatschappelijke taak prevaleert hier.

- 7.8. Hetzelfde kan worden gesteld omtrent de bevoegdheid van de curator om een bestuursverbod te vorderen (art. 106a e.v. Fw). De schuldeisers in het faillissement waarin een curator tot curator is benoemd zullen zelf weinig financiële baat hebben bij een dergelijke vordering. Het belang van een bestuursverbod is primair om te voorkomen dat een persoon als bestuurder nieuwe schulden laat ontstaan. Ook hier prevaleert het maatschappelijke belang boven het belang van de schuldeisers in dat specifieke faillissement.
- 7.9. In de Insolad Praktijkregels valt eveneens enige verandering waar te nemen. Partijkregel 1.1 onder b) van de Praktijkregels voor Curatoren⁴³ vermeldt dat *“de curator [zich laat] leiden door de belangen van de boedel en [rekening houdt] met belangen van maatschappelijke aard.”* Volgens de toelichting op deze bepaling dient de curator maatschappelijke belangen niet uit het oog te verliezen.
- 7.10. Naast de verandering in jurisprudentie en regelgeving met betrekking tot de taak van de curator, is ook een verandering in de uitoefening van de taak zichtbaar. De laatste jaren zijn steeds meer curatoren bij de uitoefening van hun taak bedreigd en zelfs fysiek aangevallen. Het voorbeeld van de Twentse curator die in 2019 werd neergeschoten is eenieder wel bekend.
- 7.11. De reden waarom dit laatste aspect wordt aangehaald is de volgende. Ondanks het ontbreken van afdoende regelgeving omtrent de aanstelling van curatoren, worden sinds jaar en dag voornamelijk advocaten tot curator aangesteld. Als jurist hebben zij kennis van en ervaring met de afwikkeling van failliete boedels en met name met de juridische merites die in een faillissement spelen. Alle opleidingen die aanstelbare advocaten hebben genoten alvorens tot curator aanstelbaar te zijn (rechtenstudie, beroepsopleiding advocatuur, CPO-opleiding Insolventierecht voor Curatoren, Insolad/Grotiusopleiding Insolventierecht, Financiële Economie voor Curatoren) zijn nagenoeg geheel juridische opleidingen, waarin maar voor een beperkt gedeelte aandacht wordt gegeven aan de andere aspecten van het werk. Indien onderwerpen zoals fraude en onregelmatigheden worden behandeld bij deze opleidingen, is dat voornamelijk juridisch van aard. Geen of nagenoeg geen aandacht wordt besteed aan bijvoorbeeld forensische onderzoeksmethoden of interviewtechnieken. Indien wel aandacht aan wordt gegeven aan niet (geheel) juridische onderwerpen, betreft dat vooral financiële onderwerpen, zoals het boekenonderzoek en de beoordeling van jaarrekeningen. Er wordt in het geheel geen aandacht gegeven aan onderwerpen van maatschappelijke aard die binnen faillissementen kunnen botsen met de belangen van de gezamenlijke schuldeisers, waaronder ook de fraudesignalerende taak.
- 7.12. Door de taak van de curator steeds verder te verzwaren met dergelijke, vaak lastige onderwerpen, terwijl de curator daarvoor veelal niet afdoende is opgeleid, ontstaat het risico dat de primaire taak van de curator steeds meer verwatert. Het is onwenselijk de

⁴³ Insolad Praktijkregels voor Curatoren, herziene versie april 2019.

fraudeopsporings- of signalerende taak te veel bij de curator te leggen, terwijl dat primair een overheidstaak is en het Openbaar Ministerie hiervoor verantwoordelijkheid dient te dragen. Het is onwenselijk belangen van werkgelegenheid te veel door de curator te laten bepalen, terwijl dat primair tot de taak van de wetgever dient te behoren. De huidige wetgeving omtrent ontslag enerzijds en overgang van onderneming anderzijds brengt met zich dat de curator bij de uitoefening van zijn taak tussen twee vuren komt te staan, waarbij hij moet kiezen tussen het financiële belang van de gezamenlijke schuldeisers en het sociale belang van de werknemers.

Daarnaast: kan van een curator worden gevraagd actief milieuproblemen bij zijn failliet (eerst) op te lossen alvorens hij aan de afwikkeling van de failliete boedel toekomt of is dit een probleem dat primair door gemeente of provincie dient te worden opgelost?

- 7.13. Een verruiming van zowel de taak als de werkzaamheden van de curator in relatie tot belangen van maatschappelijke aard is dus te signaleren. Tegelijkertijd is ondanks de uitbreiding van de wettelijke taak van de curator niet voorzien in de bekostiging van deze werkzaamheden. Indien de failliete boedel voldoende actief bevat, betalen uiteindelijk de schuldeisers in dat faillissement de kosten voor werkzaamheden die een veelal breder maatschappelijk karakter hebben. Indien er sprake is van een lege boedel, is het (het kantoor van) de curator zelf die deze kosten voor rekening moet nemen. Aangezien tegenwoordig steeds vaker sprake is van lege boedels, bijvoorbeeld omdat banken hun zekerhedenpositie steeds meer hebben versterkt, wordt daarmee een naar inschatting belangrijk deel van deze maatschappelijke werkzaamheden op de schouders gelegd van een of enkelen, terwijl er voldoende argumenten aan te dragen zijn om deze kosten juist ook door die maatschappij te laten dragen.
- 7.14. De adviescommissie vraagt aandacht voor dit aspect bij de beoordeling van de taak van de curator en de bekostiging van zijn werkzaamheden.
8. **Vraag:** *Zijn er naar uw mening nog meer mogelijkheden om de positie van de rechter-commissaris en zijn toezichtrol in het faillissement verder te versterken?*⁴⁴
- 8.1. De relatie tussen rechter-commissaris en curator is voor een groot deel gebaseerd op vertrouwen. Afgezien van formele vereisten waaraan een persoon moet voldoen alvorens aanstelbaar te zijn als curator in faillissementen en afgezien van de wettelijke en buitenwettelijke mogelijkheden van de rechter-commissaris om toezicht te houden op het functioneren van de curator, blijft het grootste deel van de werkzaamheden van de curator buiten het zichtveld van de rechter-commissaris. Slechts waar de curator op grond van de Faillissementswet toestemming of machtiging van de rechter-commissaris nodig heeft, zal hij zich bij de rechter-commissaris melden. Maar ook dan zal de curator alleen die informatie aan de rechter-commissaris verstrekken die nodig is om tot een beslissing te kunnen komen. De rechter-commissaris moet er dan ook maar op vertrouwen dat hij volledig en juist wordt geïnformeerd. Hoewel de adviescommissie geen onderzoek op dit punt bekend is, heeft zij geen reden te veronderstellen dat (veel) curatoren misbruik maken van hun positie en de rechter-commissaris bewust onjuist of onvolledig informeren.

⁴⁴ Zie p. 15 Discussienota.

- 8.2. Naast de bepalingen in de Faillissementswet geven de Recofa-richtlijnen in Faillissementen en Surseances van Betaling in art. 3.2 enige aanwijzingen ter zake het verschaffen van informatie door de curator aan de rechter-commissaris.⁴⁵ Deze regel beschrijft echter meer wat dient te worden overgelegd en op welke wijze, maar stelt minder voorwaarden aan de inhoud van de te verstrekken informatie.
- 8.3. Praktijkregel 15.2 van de Insolad Praktijkregels is op dit punt ruimer en legt ook een eigen verantwoordelijkheid bij de curator om de rechter-commissaris volledig en juist te informeren:

“De curator verschaft tijdig gevraagd en ongevraagd alle informatie aan de rechter-commissaris waarvan de curator in redelijkheid kan vermoeden dat deze informatie van belang is voor een correcte uitoefening van de toezichthoudende taak van de rechter-commissaris”.

- 8.4. Meer regelgeving met betrekking tot het toezicht op de curator is er niet. Daarnaast kan worden geconstateerd dat de wijze waarop de verschillende rechtbanken het toezicht uitoefenen en toepassing geven aan de wel bestaande regelgeving, per arrondissement verschilt. Waar de ene rechtbank zich niet bemoeit met conceptovereenkomsten en onderhandelingen en enkel verzoeken toe- of afwijst, vraagt de andere rechtbank eerst conceptstukken op en mengt zich daadwerkelijk inhoudelijk met de tekst van de voorgelegde stukken. De wijze waarop toezicht wordt uitgeoefend is dan ook niet landelijk en uniform geregeld en wordt ook niet landelijk op eenzelfde, uniforme wijze uitgeoefend. De adviescommissie acht dit onwenselijk.
- 8.5. Naar het oordeel van de adviescommissie is het van belang de huidige positie en toezichtrol - anders dan in Recofa-richtlijnen - landelijk te codificeren en te bewerkstelligen dat een landelijk en uniforme werkwijze en toepassing van deze regelgeving wordt nageleefd.
- 8.6. Indien de behoefte bestaat om de toezichtrol van de rechter-commissaris te versterken zou Insolad Praktijkregel 15.2 wellicht in een wettelijk kader gegoten kunnen worden, aangezien dat de rechter-commissaris meer mogelijkheid biedt op te treden, indien een curator geen relevante informatie verstrekt omdat daar geen wettelijke verplichting toe bestaat, maar die wel van belang is voor een rechter-commissaris om te hebben in het kader van toezicht op de curator.

Schuldeiserscommissie

- 8.7. Een thema dat in nauw verband staat met het toezicht op de curator betreft de (rol van de) schuldeiserscommissie in faillissement. De schuldeiserscommissie past naar het oordeel van de adviescommissie bij uitstek bij de huidige tijdsgeest dat meer invloed van schuldeisers bij de afwikkeling van het faillissement wenselijk is.⁴⁶
- 8.8. Het belang van betrokkenheid van schuldeisers bij een faillissement is evident.⁴⁷ Een faillissement heeft immers voor schuldeisers ingrijpende gevolgen. Gezien de taak van

⁴⁵ Recofa-richtlijnen voor faillissementen en surseances van betaling versie 2021 (rechtspraak.nl).

⁴⁶ Dit werd door de adviescommissie reeds onder de aandacht gebracht in het kader van de Wet modernisering faillissementsprocedure. Zie: Bijlage bij *Kamerstukken II* 2016/17, 34740, nr. 3 (advies NOvA), p. 5 e.v.

⁴⁷ Betrokkenheid betreft informatie verkrijgen alsmede inspraak/invloed hebben.

de curator ligt het in de rede dat de gezamenlijke schuldeisers inzicht krijgen in en invloed uit kunnen oefenen op de aanpak en afwikkeling van het faillissement. Hierbij past tevens dat schuldeisers zelf in de gaten kunnen houden of de curator hun belangen op de juiste wijze behartigt (toezicht houden). Bovendien is de betrokkenheid van schuldeisers een speerpunt van onze Faillissementswet. De adviescommissie wijst in dit verband op art. 69 Fw tezamen met de beroepsmogelijkheid van art. 67 Fw en het ultimatum remedium van art. 73 Fw. Twijfelachtig is echter in hoeverre met deze artikelen een daadwerkelijke inspraakmogelijkheid bestaat.⁴⁸ De schuldeiserscommissie is in de visie van de adviescommissie uitermate geschikt om de gezamenlijke schuldeisers bij de afwikkeling van het faillissement te betrekken en hun inspraak te geven op het beheer en de vereffening van de boedel door de curator.

- 8.9. Naast de betrokkenheid van schuldeisers heeft een prominentere rol van de schuldeiserscommissie ook de volgende voordelen:⁴⁹
- de schuldeiserscommissie kan over kennis en expertise beschikken die de curator niet of in mindere mate heeft en kan de curator daarmee behulpzaam zijn bij de afwikkeling van het faillissement. Dit kan bijdragen aan een hoger boedelactief, zowel door kostenbesparing als opbrengstverhoging.
 - de schuldeiserscommissie kan als sparringpartner voor de curator fungeren. De schuldeiserscommissie denkt, vanuit haar kennis en expertise, met de curator mee over de te maken keuzes. Dat bevordert een zorgvuldige en weloverwogen besluitvoorbereiding en -vorming door de curator. Idealiter leidt dit tot betere keuzes en een hoger boedelactief.
 - de schuldeiserscommissie kan als referentiepunt voor de curator fungeren. De schuldeiserscommissie is – mits evenwichtig samengesteld – representatief voor de gezamenlijke schuldeisers. Aangezien de curator bij de uitoefening van zijn taak primair het belang van de gezamenlijke schuldeisers dient, kan hij door middel van de schuldeiserscommissie inzicht verkrijgen in het belang van die gezamenlijke schuldeisers. Daarmee heeft de curator een 'benchmark' voor zijn handelen.
 - het raadplegen van de schuldeiserscommissie zorgt voor draagvlak onder schuldeisers voor de besluitvorming van de curator. Een bijkomstig voordeel is dat hiermee de kans op aansprakelijkstelling wordt verkleind.
- 8.10. Gelet op de meerwaarde van het gebruik van de schuldeiserscommissie, geeft de adviescommissie in overweging om het onderscheid tussen de voorlopige en definitieve schuldeiserscommissie te laten vervallen en op elk moment in een faillissement de instelling van een schuldeiserscommissie mogelijk te maken.
- 8.11. De adviescommissie ziet verder nog twee mogelijkheden om zonder ingrijpende stelselwijzigingen te komen tot een verbetering van de positie van de schuldeiserscommissie:

⁴⁸ Zie in dit verband: R.J. van Galen & T.B. de Clerck, 'Artikel 67 Fw: een kansloze exercitie?', in: *De curator en het faillissementsproces(recht)* (Insolad Jaarboek), Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 225-240.

⁴⁹ M. Windt & J.M. Hummelen, 'De stem van de schuldeisers als gereedschap van de curator', Insolad Jaarboek 2015, p. 307-311.

- de kosten van de schuldeiserscommissie (denk aan onkosten van de leden en kosten van een eventueel door de commissie in te schakelen adviseur) worden gemaakt ten behoeve van de afwikkeling van de boedel en dienen naar het oordeel van de commissie daarom uit de boedel te worden betaald. Bij de rechtbanken bestaat op dit punt echter geen eenduidig beleid. De adviescommissie adviseert daarom in de wet neer te leggen dat de bedoelde kosten van de schuldeiserscommissie boedelschuld zijn (vgl. de kosten van een door de boedel ingeschakelde deskundige ex art. 66 lid 1 Fw).
- Indien de schuldeisers de instelling van een voorlopige commissie wensen, dan zou in beginsel aan die wens tegemoet moeten worden gekomen, behoudens gevallen van evident misbruik.⁵⁰

9. *Vraag: zou vaker mediation moeten worden ingezet om geschillen tussen de curator en derden in het kader van een faillissement te beslechten? Zo ja, op welke manier zou de inzet van mediation kunnen worden bevorderd?*⁵¹

9.1. Kort gezegd is de taak van de curator om met zo min mogelijk kosten een zo groot mogelijk actief ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers te bewerkstelligen. Hiervoor is het soms voor de curator noodzakelijk om gerechtelijke procedures te starten. Waar voor andere partijen die een gerechtelijke procedure starten aspecten als emotie en principes nog wel eens een rol kunnen spelen, dienen deze aspecten bij de afweging voor het al dan niet starten van een gerechtelijke procedure voor een curator te ontbreken. De beslissing tot het starten van een procedure dient primair resultaat gedreven te zijn, waarbij bij aanvang van de procedure de kans op een bate voor de boedel - na aftrek van de te maken kosten - substantieel moet zijn. Ook dient de factor tijd in ogenschouw te worden genomen door de curator. Zolang de gerechtelijke procedure aanhangig is kan het faillissement niet worden afgewikkeld. In bepaalde gevallen kan dat vertraging in de afwikkeling tot gevolg hebben. Mediation vormt een methode die zowel goedkoper als sneller duidelijkheid kan geven op de vraag of de curator een extra bate voor de boedel kan realiseren. Ondanks dat de toepassing van mediation in faillissementen (nog) geen gemeengoed is, ziet de adviescommissie ruimte om in het belang van een voortvarende en correcte afwikkeling van de boedel mediation als methode voor geschillenbeslechting breder toe te passen. Daarbij moet wel voor ogen worden gehouden dat mediation vaak succesvol wordt gebruikt in situaties waar partijen een commercieel belang hebben de relatie in stand te houden. Dat is bij een procedure waarbij de curator procespartij is in beginsel niet aan de orde. Dit neemt echter niet weg dat de boedel wel belang kan hebben bij mediation (denk bijvoorbeeld aan het belang van een vlotte en kosten efficiënte afwikkeling van het faillissement). Een optie zou kunnen zijn dat een curator – alvorens toestemming te krijgen van de rechter-commissaris om te procederen – eerst moet onderzoeken of partijen bereid zijn tot mediation. Pas als dit niet is gelukt, bijvoorbeeld omdat de wederpartij hieraan niet wil meewerken of de zaak zich daadwerkelijk niet leent voor mediation, kan de curator toestemming verkrijgen van de rechter-commissaris voor het starten van een procedure. Dit zou overigens ook kunnen gelden voor een andere vorm van geschilbeslechting, namelijk het vragen van een bindend advies.

⁵⁰ Zie hierover ook: W.J.M. van Andel & T.T. van Zanten, 'Informatieverschaffing door de curator in faillissement', Insolad Jaarboek 2013, p. 48-50.

⁵¹ Zie p. 16 Discussienota.

10. **Vraag:** *Zouden belanghebbenden gehoord moeten worden voordat de rechter-commissaris een beslissing neemt over een verzoek tot machtiging, goedkeuring of toestemming van de curator ten behoeve van bijvoorbeeld het starten van een juridische procedure. Zo ja, wie zouden dan bij voorkeur gehoord moeten worden?*⁵²
- 10.1. Hetzelfde wat de adviescommissie heeft geschreven over de mediation, geldt ook voor het vooraf horen door de rechter-commissaris van belanghebbenden alvorens hij toestemming verleent aan de curator om te mogen procederen. Ook een dergelijk gesprek met die belanghebbende kan immers ertoe leiden dat het voeren van een gerechtelijke procedure niet meer nodig is, hetzij omdat de curator onvoldoende kans op een succesvolle afloop van de procedure blijkt te hebben, hetzij omdat alsnog de vordering van de curator wordt ingewilligd of tussen de curator en de derde een minnelijke regeling kan worden getroffen. Elke keer dat dit succesvol wordt beslecht, versnelt dat de afwikkeling van het faillissement en voorkomt het maken van nodige of onnodige proceskosten.
- 10.2. Als keerzijde kan worden opgemerkt dat daarmee de rol van de rechter-commissaris verandert. Van enkel toezichthouder verwordt de rechter-commissaris in deze gevallen uiteindelijk onbedoeld tot een geschillenbeslechter. Dat is echter ten overvloede omdat de procedure waarvoor de curator toestemming vraagt, al voorziet in een dergelijke geschillenbeslechter. Daarmee is het praktische karakter van een dergelijk gesprek nuttig en wenselijk, maar heeft het dogmatisch wel wat nadelen.
- 10.3. Voorts dient men ervoor te waken dat niet de rechter-commissaris die de curator - al dan niet na partijen daarover te hebben gehoord - machtiging verleent, ook betrokken wordt bij de beslechting van het geschil zelf. Dit geldt eveneens als in de zin van art. 67 Fw beroep wordt ingesteld bij de rechtbank tegen de beschikking van de rechter-commissaris. Er dient voldoende gewaarborgd te zijn dat de rechter-commissaris niet ook direct of indirect bij de beslissing van de rechtbank betrokken wordt.
- 10.4. Wie gehoord zou moeten worden, hangt vanzelfsprekend af van de rechtsvordering van de curator zoals die voorligt. De adviescommissie kan zich voorstellen dat terzake procedures over bestuurdersaansprakelijkheid de rechter-commissaris eerst de bestuurder zou moeten horen. Maar indien de curator diverse incassoprocedures wil starten om handelsvorderingen van de failliet op haar debiteuren te innen, lijkt het de adviescommissie onwenselijk indien eerst die debiteuren gehoord zouden moeten worden. Ook in spoedeisende gevallen of in het geval het in het belang is van de boedel dat de curator onaangekondigd rechtsmaatregelen treft, bijvoorbeeld bij het leggen van conservatoir beslag, kan het onwenselijk zijn dat derden vooraf worden gehoord.
- 10.5. De adviescommissie meent dat bij het verzoek om toestemming om een gerechtelijke procedure te starten, de curator bij zijn verzoek moet aangeven wie de belanghebbenden zijn en waarom wel of niet die belanghebbende vooraf door de rechter-commissaris dient te worden gehoord. Of een dergelijk gesprek dient plaats te vinden, dient per situatie beoordeeld te worden, waarbij als uitgangspunt geldt dat

⁵² Zie p. 16 Discussienota.

belanghebbenden worden gehoord, tenzij het belang van de boedel en de te nemen gerechtelijke stappen zich daartegen verzetten.

11. Vraag: *Kunt u zich er – gelet op de resultaten van het WODC onderzoek – in vinden dat concurrente schuldeisers meer gebaat zijn bij een verbetering van preventieve maatregelen dan bij een herverdeling van de faillissementsopbrengst?*⁵³

11.1. De adviescommissie verwijst naar haar eerdere opmerking dat een verbetering van de (verhaals)positie van de leverancier (oftewel: concurrente schuldeisers) in het algemeen wenselijk is aangezien dit de handel en daarmee de economische groei ten goede komt. Echter: ook hier geldt dat niet uit het oog mag worden verloren dat een (preventieve) verbetering van de positie van de leverancier ontegenzeggelijk leidt tot een verslechtering van de positie van bepaalde andere schuldeisers. Deze vraag valt hierdoor eveneens terug te brengen naar het (her)verdelingsvraagstuk. In dit kader is het in de ogen van de adviescommissie van groot belang dat eerst een oplossing wordt gevonden voor de lege boedelproblematiek (zie de vraag hierna).

12. Vraag: *Zijn er mogelijkheden om tegemoet te komen aan de lege boedelproblematiek?*⁵⁴

12.1. De curator wordt aangesteld om de belangen te dienen van alle schuldeisers, met inbegrip van zekerheidsgerechtigden (hoewel deze ook separatist zijn), preferente en concurrente schuldeisers. Daarnaast houdt de curator rekening met maatschappelijke belangen, zoals behoud van werkgelegenheid. Ook verricht de curator oorzakenonderzoek en signaleert hij fraude. De adviescommissie is van oordeel dat voor de curator in elk faillissement met een lege boedel als tegemoetkoming ten minste een nader te bepalen bedrag beschikbaar dient te zijn.

12.2. Hoewel de curator de belangen van alle schuldeisers dient te behartigen, past het in de ogen van de adviescommissie niet om alle schuldeisers te laten bijdragen aan een tegemoetkoming bij een lege boedel. De commissie pleit voor een regeling waarbij de Staat een financiële tegemoetkoming geeft voor de (wettelijke) werkzaamheden van de curator die verband houden met andere taken dan het te gelde maken van de activa ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers. Denk hierbij aan het oorzakenonderzoek, het signaleren van fraude, het rekening houden met maatschappelijke belangen, etc. Deze oplossing heeft de voorkeur boven een regeling waarbij zekerheidsgerechtigde schuldeisers bij de uitwinning van verpande goederen een vooraf vastgesteld percentage aan de boedel afdragen of een regeling waarbij alle bedrijven worden verplicht om, als zij nog gezond zijn, een bepaald bedrag te reserveren of af te dragen dat exclusief bestemd is voor de afwikkeling van een eventueel faillissement. In het algemeen merkt de adviescommissie nog op dat een regeling, op grond waarvan de curator van de Staat een standaard tegemoetkoming ontvangt bij een lege boedel, in grote mate zal bijdragen aan kwalitatief betere en doortastendere afwikkeling van faillissementen. De adviescommissie pleit er daarom voor dit onderwerp met voorrang te behandelen.

⁵³ Zie p. 19 Discussienota.

⁵⁴ Zie p. 19 Discussienota.