

INSOLAD
P/a Noordzijdseweg 183
3415 RC Polsbroek
e-mail: secretariaat@insolad.nl

Ministerie van Justitie en Veiligheid
Zijne Excellentie de Minister van Rechtsbescherming,
de weledelgeleerde heer F. Weerwind

Amsterdam, 28 februari 2022

Inzake: Reactie op het Consultatiedocument betreffende het insolventierecht

Excellentie,

Inleiding

De Vereniging Insolventierecht Advocaten (**INSOLAD**) is de landelijke vereniging van advocaten die zich hebben gespecialiseerd in het insolventierecht. Haar leden zijn advocaten die optreden als curator in faillissement, bewindvoerder in surseance van betaling en/of partijen bijstaan die betrokken zijn bij faillissementen, surseances van betaling, WHOA procedures, schuldsaneringen en buitengerechtelijke reorganisaties. Daarnaast zijn aan INSOLAD fellows verbonden, afkomstig uit de wetenschap, de financiële sector en de rechterlijke macht. INSOLAD is ook een erkend opleidingsinstituut van de Nederlandse Orde van Advocaten; leden van INSOLAD zijn verplicht om de Grotius/INSOLAD opleiding met goed resultaat af te ronden en om ten minste eens in de twee jaar een herhalingsverdiepingscursus te volgen.

INSOLAD rekent het tot haar doelstelling om te streven naar een kwalitatief hoogwaardig, voorspelbaar, transparant en doelmatig herstructurerings- en insolventieproces. Als specialisatievereniging op het gebied van insolventierecht houdt INSOLAD zich actief bezig met de ontwikkeling van bestaande en nieuwe wet- en regelgeving op het gebied van het insolventierecht in brede zin. Daarbij leunt INSOLAD op de ervaring en expertise van haar leden.

INSOLAD heeft kennis genomen van het Consultatiedocument betreffende het insolventierecht (het **Consultatiedocument**) en met een aantal van haar leden deze reactie voorbereid. Graag wenst INSOLAD van de gelegenheid gebruik te maken om daarop haar reactie te geven.

Algemene opmerkingen

1. In de afgelopen jaren is er veel gebeurd op het terrein van het insolventierecht. In het kader van het programma 'herijking faillissementsrecht' hebben verschillende wetten het licht gezien. Deze verschillende wetten beogen op deelterreinen te zorgen voor de verbetering van de effectiviteit van het insolventierecht. Daarbij is onder meer aandacht besteed aan de bestrijding van faillissementsfraude, modernisering van de faillissementsprocedure en de versterking van het reorganiserend vermogen van ondernemingen.
2. Ondanks de grote verscheidenheid aan onderwerpen heeft de wetgever ervoor gekozen om de Faillissementswet niet integraal te herzien. Per onderwerp is een apart wetgevingstraject opgetuigd. Deze aanpak is overzichtelijk, maar brengt ook het risico met zich dat per wetsvoorstel de focus ligt op slechts een onderdeel van het systeem. Hiermee kan het zicht op het grotere geheel verloren gaan. Dit kan tegenstrijdige of incomplete wetgeving tot gevolg hebben. Als binnen een complex systeem, zoals het insolventierecht, aan één knop wordt gedraaid, gaat er ook ergens anders iets bewegen. Bovendien is insolventie een eindspel waarin verschillende aanspraken en belangen samenkomen. Primair beoogt een insolventieprocedure deze aanspraken en belangen te coördineren. Deze aanspraken en belangen vinden hun grondslag echter (vaak) niet in het insolventierecht maar bijvoorbeeld in het verbintenissen- en goederenrecht (zoals verhaalsrechten, zekerheden en preferenties), het bestuursrecht, het arbeidsrecht, het fiscale recht of het strafrecht. Dit maakt dat aanpassingen in het insolventierecht ook impact hebben op situaties buiten insolventie en op veel andere rechtsgebieden.
3. INSOLAD juicht het initiatief voor het Consultatiedocument dan ook toe. Het Consultatiedocument kan in de verschillende wetgevingstrajecten een bredere blik dan alleen op de Faillissementswet waarborgen. Daarnaast meent INSOLAD dat het Consultatiedocument een mooie aanzet is om na te denken over waar wij in Nederland met het insolventierecht naartoe willen. Wat beogen wij met het insolventierecht? Hoe passen de verschillende wetgevingstrajecten daarin? Het zou een goede zaak zijn indien de wetgever (aan de hand van de reacties op het Consultatiedocument) komt tot een fundamentele herbezinning op het insolventierecht en daarbij ook bepaalde verdere keuzes maakt. Alleen op die manier kan worden gekomen tot een eenduidig en effectief insolventiesysteem.
4. Voorts meent INSOLAD dat het Consultatiedocument ook dienstbaar zal zijn bij de aanstaande gesprekken en onderhandelingen in Europa over de harmonisering van het materiële insolventierecht. Indien verdere harmonisering plaatsvindt, wordt de koers straks immers voor een belangrijk deel bepaald door de Europese wetgever. Het kan

daarbij lastig zijn om in Europa een lans te breken voor het Nederlandse systeem als dit systeem – bijvoorbeeld – moeilijk uitlegbaar is vanwege het feit dat het gebaseerd is op een ‘oude’ Faillissementswet, een veelheid aan jurisprudentie, en een veelheid aan regelingen zoals de Recofa-richtlijnen, de INSOLAD-gedragsregels, de Separatistenregeling, het benoemingenbeleid en de Leidraad Invordering. Het Consultatiedocument tezamen met de ontvangen reacties zou als leidraad kunnen dienen. Om deze reden doet INSOLAD hierbij de aanbeveling om in het Consultatiedocument meer aandacht te besteden aan de jurisprudentie en de verschillende al dan niet wettelijk verankerde beleidsregels en richtlijnen die de huidige insolventiepraktijk voor een belangrijk deel vormen.

5. INSOLAD meent dat het Consultatiedocument in de huidige vorm een mooi en overzichtelijk basisdocument is. Op deze plek spreekt INSOLAD de hoop uit dat aan de hand van de verschillende consultatiereacties en gesprekken met de praktijk, het Consultatiedocument verder vervolmaakt zal worden, zodat de doelstellingen genoemd in §3 en §4 hierboven gehaald kunnen worden.
6. INSOLAD heeft ervoor gekozen om per thema op het Consultatiedocument te reageren. Wat betreft INSOLAD eindigt haar betrokkenheid bij Consultatiedocument en de ontwikkeling van het Nederlandse insolventierecht niet met deze consultatiereactie. Graag blijft INSOLAD betrokken bij het verdere traject ten aanzien van het Consultatiedocument en het insolventierecht in het algemeen.

Context van het Insolventierecht

7. INSOLAD kan zich in overwegende mate vinden in de beschrijving van het de context van het insolventierecht zoals opgenomen in hoofdstuk 1 en 2 van het Consultatiedocument. Daarmee wil INSOLAD niet de indruk wekken dat zij van mening is dat de beschrijving volledig is. Het is begrijpelijk dat ervoor gekozen is om het systeem op hoofdlijnen weer te geven. Naar mening van INSOLAD mist niettemin een aantal relevante onderwerpen, te weten:
 - de rol van de WSNP in het systeem van het insolventierecht;
 - het faillissement van natuurlijke personen, vooral ook in die gevallen waar schuldhulpverlening tekort schiet;
 - internationale erkenning van buitenlandse insolventieprocedures en vice versa;
 - betrokkenheid schuldeisers en de rol van de schuldeiserscommissie bij afwikkeling van (formele) insolventieprocedures;
 - de wenselijkheid van doorleverings- en doorfinancieringsplichten in geval van insolventie;
 - de functie van verslaglegging, informatie, transparantie en AVG;

- de functie, reikwijdte en wijze van uitvoering van het oorzakenonderzoek; en
 - de oprekking van de verifieerbaarheid van vorderingen vs. rente over de periode van faillissement ex artikel 128 Fw.
8. In aanvulling op de in het Consultatiedocument beschreven insolventieprocedures meent INSOLAD dat het ook nuttig zou zijn om aandacht te besteden aan drie andere mogelijkheden die de schuldenaar met betalingsproblemen onder omstandigheden ter beschikking staan. Ten eerste is dat de stille bewindvoering, die in de praktijk al enkele jaren wordt toegepast. INSOLAD ziet de mogelijkheid om in stilte een faillissement of surseance voor te bereiden en soms juist af te wenden als een relevante aanvulling op de bestaande insolventieprocedures. INSOLAD is dan ook in de kern positief over het wetgevingstraject Novelle WCO I, dat op korte termijn beoogt te voorzien in een wettelijke basis voor de stille fase bij maatschappelijke ondernemingen. INSOLAD is evenwel voorstander van een veel breder toepassingsbereik, omdat een stille fase voor alle typen ondernemingen een belangrijke meerwaarde kan hebben.¹ Ten tweede wijst INSOLAD op de mogelijkheid voor een schuldenaar om gebruik te maken van de mogelijkheid van een 'turboliquidatie' ex artikel 2:19 lid 4 BW. Met het wetgevingstraject Tijdelijke wet transparantie turboliquidatie zal de turboliquidatie in de praktijk een breder gedragen oplossing kunnen vormen voor de (gestaakte) onderneming met schulden. Voor natuurlijke personen met en zonder onderneming verdient tot slot nog de mogelijkheid van de gedwongen schuldenregeling ex artikel 287a Fw. aandacht.
9. INSOLAD meent voorts dat bij de beantwoording van de vragen die in het Consultatiedocument worden gesteld en de keuzes waar de wetgever zich voor geplaatst ziet, steeds moet worden teruggegrepen op het doel van het insolventierecht. In het Consultatiedocument wordt het doel naar mening van INSOLAD niet geheel scherp geformuleerd. Het is enigszins te destilleren uit §2.2. Daarin lijkt het doel zelf en de uitwerking en de consequenties van insolventieprocedures door elkaar gehaald te worden. Bovendien worden mogelijk tegenstrijdige doelen naast elkaar geplaatst. Zolang het doel niet helder geformuleerd is, zal het lastig zijn om eenduidige keuzes te maken. INSOLAD zou er voorstander van zijn het doel van het insolventierecht als volgt formuleren: Het op voorspelbare, transparante en doelmatige wijze, al dan niet onder begeleiding van een door een gerechtelijke instantie benoemde en onder toezicht staande onafhankelijke derde herstructureren of afwikkelen van het vermogen van de schuldenaar, zodanig dat voor schuldeisers een zo hoog mogelijke waarde wordt gerealiseerd en die in beginsel met in achtneming van de wettelijke rangorde onder schuldeisers wordt verdeeld.

¹ INSOLAD verwijst in dit verband naar haar consultatiereactie op de Novelle WCO I (https://www.internetconsultatie.nl/novelle_wet_continuiteit_ondernemingen_i/reacties).

10. INSOLAD hecht er daarbij aan om op te merken dat niet iedere onderneming die in financieel zwaar weer verkeert, in een insolventieprocedure belandt. Heel vaak worden financiële problemen op een consensuele wijze, door bijvoorbeeld een betalingsregeling, coulance/kwijting door schuldeisers of bijstorting door aandeelhouders, opgelost. Voor de beoordeling van de positie van betrokkenen bij een onderneming in financieel zwaar weer – zoals de positie van de concurrente crediteur – is het volgens INSOLAD dan ook onvoldoende om alleen te kijken naar wat zij krijgen in faillissement. Bovendien geldt dat de gevallen waarin een insolventieprocedure uiteindelijk toch noodzakelijk is, het topje van de ijsberg vormen. Voor deze gevallen is het vooral van belang dat er een kwalitatief hoogwaardig, voorspelbaar, transparant en doelmatig systeem bestaat waarbinnen ondernemingen kunnen worden geherstructureerd of afgewikkeld. De markt is op dat moment kennelijk zelf niet meer in staat om dat te organiseren en heeft de structuur – of dwang – van een formele procedure nodig.

Preventie

11. Met het voorgaande in het achterhoofd meent INSOLAD dat in het Consultatiedocument terecht aandacht wordt besteed aan de fase voorafgaand aan een formele insolventieprocedure. Dit neemt niet weg dat, zoals in het Consultatiedocument ook wordt onderkend, insolventie een wezenlijk onderdeel is van de wijze waarop wij onze economie ordenen. INSOLAD onderschrijft dan ook dat insolventie niet steeds kan of moet worden voorkomen. Indachtig dit gegeven merkt INSOLAD op dat insolventie regelmatig het gevolg is van een drietal issues, te weten, een verlieslatende activiteit, een gebrek aan tijd/liquiditeit en de kosten voor afvloeiing van personeel. Wat hierbij verder relevant kan zijn, is dat in Nederland een faillissement of surseance maatschappelijk gezien vaak als (persoonlijk) falen wordt beschouwd. Bovendien bestaat vaak de angst bij ondernemers om met hind sight de maat te worden genomen. Dit maakt dat ondernemers – soms tegen beter weten in – te lang blijven ondernemen en daarmee schade berokkenen. Deze elementen zijn niet steeds eenvoudig te redresseren. Het zou goed zijn als de omstandigheden zo zijn dat ondernemers eerder gebruik zullen maken van de beschikbare mogelijkheden om te herstructureren.

WHOA en werknemers

12. INSOLAD spreekt de hoop uit dat de komst van de WHOA het voor ondernemers aantrekkelijker maakt om eerder over te gaan tot een herstructurering. Ten aanzien van de kosten van afvloeiing van personeel merkt INSOLAD op dat zij zich bewust is van het feit dat rechtspolitieke overwegingen een voorname rol hierbij spelen. Niettemin is het een feit dat de rechtspositie van werknemers – in geval van faillissement – wezenlijk anders is dan in gevallen buiten faillissement. Het verschil in vergoeding kan vaak

aanzienlijk zijn. De wetgever moet zich afvragen of het toch niet beter is meer convergentie na te streven, in die zin dat indien een onderneming via een formele procedure wordt geherstructureerd (zoals de WHOA of de surseance), het goed zou zijn dat werknemers versneld of tegen lagere kosten afvloeien. Als een faillissement anders een reëel vooruitzicht is, dan wordt de positie van werknemers daardoor immers niet of nauwelijks geschaad, nu zij in faillissement eveneens versneld en tegen een aanzienlijk lagere vergoeding zouden afvloeien.

13. Om een reorganisatie onder de WHOA voor werkgevers/ondernemers aantrekkelijker te maken, is het de moeite waard toe te staan dat werknemers betrokken worden in een WHOA. De idee zou zijn dat de WHOA minimumwaarborgen inbouwt voor werknemers. Bijvoorbeeld zou de WHOA (net als voor MKB schuldeisers) voor een afvloeiingsregeling een bepaald minimum percentage moeten eisen. Ook is het zaak dat in die situatie de loongarantieregeling van toepassing is en moet de schuldenaar aantonen dat werknemers minstens hetzelfde of meer ontvangen vergeleken met de situatie waarin de werkgever zou failleren.

Verpandingsregister

14. Verder merkt INSOLAD op dat het zinvol kan zijn een openbaar toegankelijk verpandingsregister op te zetten, in aanvulling op het Kadaster waarin hypotheek al openbaar gemaakt zijn. Dit zou er toe leiden dat beter kan worden beoordeeld hoe een schuldenaar is gefinancierd en wat de verhaalsmogelijkheden zijn indien de schuldenaar niet presteert. Bijkomend voordeel is dat met een verpandingsregister ook minder discussie kan zijn over de geldigheid en rang van een verpanding.

Taak curator

15. De taak van de curator vormt een belangrijk onderdeel van het Consultatiedocument. INSOLAD zal in deze reactie met name aandacht besteden aan de vraag welke belangen de curator behartigt en, in het verlengde daarvan, hoe de governance in insolventie is geregeld. Belangrijk punt van aandacht daarbij is de invloed die schuldeisers kunnen doen gelden in faillissement en die thans in de praktijk te wensen over laat. Als laatste worden in dit verband enkele opmerkingen gemaakt over de beloning van curatoren in de context van de zogenaamde 'lege-boedelproblematiek'.

Primair het behartigen van de belangen van de gezamenlijke schuldeisers

16. Naar geldend recht behartigt de curator de belangen van de gezamenlijke schuldeisers, waarbij hij ook op andere, met name maatschappelijke, belangen (zoals behoud van werkgelegenheid) acht mag – of bij het bestrijden van onregelmatigheden moet – slaan. Dit betreft een open norm waarvan de invulling in de praktijk ingewikkeld kan zijn. Een

faillissement is per definitie een botsing van verschillende belangen en het is dan ook zaak dat duidelijkheid bestaat over de vraag wie voor welke belangen opkomt en welke rol de curator in dat spanningsveld bekleedt. De praktijk zou gebaat zijn bij concretere invulling van de hierboven genoemde open norm.

17. Het komt INSOLAD voor dat bij invulling van de open norm de taak van de curator primair ligt bij het behartigen van de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. Dit is in lijn met de aard van de faillissementsprocedure als collectieve verhaalsprocedure en daarop zijn ook de bevoegdheden van de curator primair gericht. De curator heeft doorgaans ook niet de middelen (of de expertise) om alle mogelijke belangen te kunnen behartigen. In dit verband wordt verwezen naar de recente uitspraak van de rechtbank Overijssel² waarin de burgemeester werd aangesteld tot mede-curator omdat de burgemeester, anders dan de al aangestelde curator, de middelen had om (langs publiekrechtelijke weg) de belangen van bepaalde patiënten van de schuldenaar te behartigen. Deze mede-curator werd dus juist ook aangesteld om bevoegdheden uit te oefenen die de Faillissementswet niet aan een curator geeft. Hoe creatief en praktisch deze oplossing voor de gegeven situatie ook geweest moge zijn, meent INSOLAD dat een curator voor de uitvoering van zijn taak niet afhankelijk zou moeten zijn van bevoegdheden ontleend aan andere wetten dan de Faillissementswet en, in het verlengde daarvan, dat de curator derhalve ook geen zorgplicht of andere verantwoordelijkheid heeft jegens anderen dan de gezamenlijke schuldeisers. De praktijk heeft ook wel vragen gesteld bij de uitbreiding van de taken van de curator als gevolg van de wetwijzigingen van de laatste jaren. Met name gaat het dan om het bestrijden van onwenselijke gedragingen, zoals fraude. De curator zal er gezien zijn taak om primair de belangen van de gezamenlijke schuldeisers te behartigen veelal de voorkeur aan geven om dergelijk onrecht civielrechtelijk te adresseren, door middel van het instellen van een *actio pauliana* of een vordering uit onrechtmatige daad, teneinde daarmee het ter verdeling onder de schuldeisers beschikbare boedelactief te vergroten. Overigens is INSOLAD van mening dat de taak om fraude te bestrijden intrinsiek onverenigbaar met de primaire taak van de curator.
18. Andersoortige belangen waarvan in de jurisprudentie wordt gemeend dat die door de curator zouden moeten worden behartigd zijn vaak publieke belangen, zoals milieurechtelijke verplichtingen. Dat zijn belangen die ons allemaal aangaan. Niettemin spelen hier diverse kwesties die tot problematische situaties aanleiding kunnen geven. Zo is het de curator niet altijd (aanstonds) duidelijk om welke verplichtingen het gaat. Theoretisch zou hij die informatie van de schuldenaar (of haar bestuurder) moeten ontvangen, maar in de praktijk gebeurt dat niet altijd (bijvoorbeeld omdat de schuldenaar

² Rechtbank Overijssel 2 november 2021, ECLI:NL:RBOVE:2021:4574

zelf onvoldoende op de hoogte is, niet beschikbaar is, of zijn aandacht gericht is op andere zaken zoals het verstrekken van informatie die voor een snelle verkoop van activa noodzakelijk is). Dit plaatst de curator in een kwetsbare positie, omdat hij hierdoor gauw ongemerkt en onbedoeld verplichtingen schendt. Denkbaar is dat in de bijzondere wetgeving waarop de verplichting is gegrond een meldplicht wordt opgenomen voor het betreffende bestuursorgaan. Bovendien meent INSOLAD dat het bestuursorgaan primair verantwoordelijk is voor de behartiging van die andere belangen en, voor zover daaraan kosten zijn verbonden, voor die kosten een (regres)vordering op de boedel krijgt. Dat is bijvoorbeeld in zekere zin het geval bij het UWV dat immers (een deel van) de loonverplichting van de schuldenaar overneemt en de daarmee samenhangende regresvordering indient bij de curator. Een dergelijke constructie heeft als bijkomend voordeel (i) dat zij past in een duidelijker, en daarmee transparanter, systeem van boedelschulden en (ii) dat zij kan voorzien in de benodigde voorfinanciering omdat de boedel in deze fase van het faillissement vaak niet over de middelen beschikt om de kosten zelf voor te financieren (dat geldt ook voor faillissementen waarin later wel opbrengsten vloeien).

19. Bij de vraag wie welke belangen behartigt komt vervolgens aan de orde bij welk belang het prisma uiteindelijk ligt. Ook in dat verband heeft de praktijk behoefte aan duidelijkheid. Voorbeelden blijken al uit het voorgaande; daarnaast kan nog genoemd worden de verkoop van klantenbestanden waarbij privacy-issues een rol spelen. Die duidelijkheid zal in veel gevallen verkregen kunnen worden door wettelijke regelingen.
20. INSOLAD moedigt de wetgever aan om in het vervolg bij het ontwikkelen van wetgeving de primaire taak van de curator, te weten het behartigen van de belangen van de gezamenlijke schuldeisers, als uitgangspunt te nemen en dit uitgangspunt een uitdrukkelijke(r) wettelijke basis te geven. Indien en voor zover sprake is van andere belangen die als gevolg van een faillissement in het gedrang komen, zou de verantwoordelijkheid hiervoor en behartiging daarvan neergelegd moeten worden bij het betreffende bestuursorgaan. In voorkomend geval heeft de curator hier hooguit een signalerende en coördinerende rol.

Invloed schuldeisers

21. Ten aanzien van de governance in insolventie wordt het volgende opgemerkt. INSOLAD meent dat een belangrijke tekortkoming van de huidige regeling is dat de schuldeisers feitelijk nauwelijks invloed kunnen uitoefenen op het beleid en de gang van zaken in faillissement. In theorie kunnen schuldeisers invloed uitoefenen langs de route van artikel 69 (al dan niet in combinatie met artikel 67) Fw., of langs de route van een voorlopige commissie van schuldeisers. In de praktijk zijn dit echter dode letters. De rechtsgang van artikel 69/67 Fw. is geen effectief rechtsmiddel en leidt in de praktijk zelden tot een

zuivere procedure.³ Benoeming van een voorlopige schuldeiserscommissie komt vrijwel niet voor, met name niet indien de curator zich tegen een dergelijke benoeming verzet. Bovendien bevat de wet geen invulling van de vraag wat het belang van de schuldeisers precies inhoudt, en heeft de curator anderszins geen verplichting om bij schuldeisers te achterhalen wat zij in hun belang achten. Juist waar schuldeisers hun stem willen laten horen, en de curator geacht wordt voor hun belangen op te komen (en direct of indirect over hun geld beschikt), is niet goed te begrijpen waarom de invloed van schuldeisers zo beperkt is. Ook indien de uiteindelijke beslissing bij de curator ligt (zoals in het geval van een voorlopige schuldeiserscommissie ook het geval is), dan nog dienen de schuldeisers hun invloed te kunnen doen gelden. Bekend is het voorbeeld van de schuldeisers die de voorkeur geven aan een lagere uitkering op een eerder moment, dan aan een hogere uitkering na jaren procederen door de curator. Het komt INSOLAD dan ook voor dat het gewenst is om de schuldeisers praktisch en formeel meer mogelijkheden te geven om hun invloed uit te oefenen. Veel curatoren zullen uit eigen initiatief al wel bij de schuldeisers te rade gaan. Maar juist waar een curator zulks niet wil of niet doet, past het in het systeem van ons insolventierecht om de schuldeisers effectieve middelen te geven om invloed uit te oefenen op het faillissement. Het voorgaande geldt overigens a fortiori voor boedelschuldeisers die op basis van de huidige rechtspraak hun rechten gedurende het faillissement nog niet geldend kunnen maken (anders dan de wetgever bij de totstandkoming van de Faillissementswet voor ogen stond): gezien het grote aantal faillissementen met een negatieve boedel (een boedel waarin het beschikbare boedelactief ontoereikend is om de boedelschulden integraal te voldoen) meent INSOLAD dat het voor de hand ligt dat meer invloed mogelijk wordt gemaakt voor alle bij een faillissement betrokken schuldeisers en dus ook de boedelschuldeisers.

Informatievoorziening

22. Schuldeisers kunnen pas zinvol invloed uitoefenen op de afwikkeling van een faillissement indien zij over voldoende informatie beschikken. De wet voorziet in informatieverstrekking aan de gezamenlijke schuldeisers door openbare verslagen die curatoren periodiek geacht worden uit te brengen en die worden gepubliceerd in het Centraal Insolventieregister. In de praktijk bevatten die verslagen niet zelden weinig bruikbare informatie. Curatoren zijn daarnaast doorgaans terughoudend waar het informatieverstrekking aan individuele crediteuren betreft. De praktijk zou gebaat zijn bij duidelijker richtlijnen voor de informatieverstrekking door de curator. INSOLAD heeft hier aandacht aan besteed in hoofdstuk 8 van de door haar ontwikkelde Praktijkregels voor

³ Zie ook "Artikel 67 Fw.: een kansloze exercitie?", R.J. van Galen en T.B. de Clerck in Ph.W. Schreurs, L.J.J. Kerstens & B. Rikkert (red.), De Curator en het Faillissements(proces)recht (INSOLAD Jaarboek 2020), Deventer: Wolters Kluwer 2020.

Curatoren. Hetgeen daarin is bepaald zou als inspiratie kunnen dienen voor een wettelijke regeling.

23. Het aandachtspunt van de informatieverstrekking speelt onder meer in het kader van de verslaglegging door de curator over de uitkomsten van het door hem uitgevoerde oorzakenonderzoek. Op de curator rust de taak de oorzaken van het faillissement in kaart te brengen en eventuele onregelmatigheden te onderzoeken. De kosten van het onderzoek (in de vorm van het salaris van de curator en het honorarium van eventueel door hem ingeschakelde deskundigen) worden gedragen door de gezamenlijke schuldeisers. Doorgaans wordt het rapport van bevindingen door de curator echter niet openbaar gemaakt uit het oogpunt van bescherming van de belangen van bij het faillissement betrokken personen (zoals bestuurders, commissarissen, aandeelhouders en werknemers). Schuldeisers kunnen in dat geval geen kennis nemen van de inhoud van het rapport waaraan zij in financiële zin (wel) hebben bijgedragen, ook niet in het geval waarin voor aansprakelijkheid van bijvoorbeeld een bestuurder jegens de gezamenlijke schuldeisers geen plaats is, maar een individuele schuldeisers wellicht wel een aansprakelijkheidsvordering te gelde kan maken. INSOLAD acht het in het belang van schuldeisers dat er een adequate (wettelijke) regeling komt – met voldoende waarborgen omkleed – die er in voorziet dat zij kunnen beschikken over de feitelijke bevindingen van de curator. Zolang het feitenrelaas beperkt blijft tot de door de curator geïdentificeerde feiten en geen juridische kwalificaties en/of oordelen over aansprakelijkheden bevat, schaadt dit niet op onredelijke wijze de belangen van andere betrokkenen.⁴ Dit vergt, maar dat mag van een professionele curator worden verwacht, toepassing van een gedegen onderzoeksmethode⁵ en een neutrale presentatie van het feitenrelaas. Denkbaar is dat daar richtlijnen en/of protocollen voor worden geformuleerd. INSOLAD acht het in het belang van de praktijk dat er, mede gezien de implicaties van de AVG, een wettelijke basis voor de publicatie van het feitenrelaas wordt gecreëerd.
24. Als laatste wordt in dit verband nog het volgende opgemerkt. INSOLAD heeft praktijkregels ontwikkeld waaraan al haar leden die als curator worden aangesteld zich hebben te houden. Deze praktijkregels zijn opgesteld en herzien in overleg met verschillende betrokkenen bij faillissementen zoals de rechterlijke macht. Hoewel veel rechtbanken curatoren aanstellen die lid zijn van INSOLAD, komt ook wel voor dat niet-leden worden benoemd. INSOLAD meent dat het wenselijk is dat ook niet-leden van INSOLAD zich aan de Praktijkregels voor Curatoren zouden dienen te houden. Dit zou

⁴ E.J. Oppedijk van Veen en V.G.M. Leferink, De Curator en de Failliet – Diverse aspecten van het Oorzakenonderzoek, in het INSOLAD Jaarboek 2019, p. 191 ev.

⁵ R.W.M. Giard, Het doen van goed oorzakenonderzoek van faillissementen is veel lastiger dan het lijkt, in het INSOLAD Jaarboek 2019, p. 1 ev. en R.M. Hermans, Procedurele aspecten van het oorzakenonderzoek in faillissement, in het INSOLAD Jaarboek 2019, p.2019.

bewerkstelligd kunnen worden door in de wet een verwijzing naar de Praktijkregels voor Curatoren op te nemen.⁶

Lege boedelproblematiek

25. Bij de bespreking van de taak en rol van de curator kan een bespreking van de lege-boedelproblematiek niet achterwege blijven. Het spreekt voor zich dat de curator redelijk beloond dient te worden voor zijn werkzaamheden. Uitgangspunt thans is dat zulks geschiedt uit de boedel; bij verreweg de meeste faillissementen is de boedel echter ontoereikend om het salaris van de curator (volledig) te betalen. Waar de taak van de curator deels een publieke is – het “opruimen” van ondernemingen die geen rol meer in het maatschappelijke verkeer hebben en fraudebestrijding – ligt het voor de hand dat zijn kosten ook uit publieke middelen worden betaald voor zover de boedel niet toereikend is. INSOLAD verwijst in dit kader ook naar een recente uitspraak van de Rechtbank Rotterdam⁷ waar opgemerkt wordt dat het een belang is van de gezamenlijke schuldeisers – en tevens een algemeen maatschappelijk belang – dat in een faillissementsboedel voldoende middelen vloeien zodat curatoren hun werk onafhankelijk en op een adequate manier kunnen verrichten, rekening houdend met de gerechtvaardigde belangen van alle betrokkenen. Hoe die middelen worden gefinancierd is een andere vraag, maar denkbaar is dat dit gebeurt doordat elke onderneming die zich inschrijft bij de Kamer van Koophandel een eenmalige of jaarlijkse bijdrage betaalt waarmee dus een “potje” wordt gevuld. Los hiervan zou, in elk geval waar de curator belast wordt met een publieke taak (zoals fraudebestrijding), de vergoeding daarvoor moeten worden gewaarborgd uit publieke middelen. Deze vergoeding zou niet ten laste moeten komen van de boedel en daarmee de gezamenlijke schuldeisers in het betreffende faillissement.
26. In het kader van gesprekken over het verdelingsvraagstuk (zie ook §73) heeft INSOLAD in het verleden een percentage-regeling voor separatisten gesuggereerd, volgens welke, kort gezegd, een percentage van de opbrengst van de gezekerde activa aan de boedel toekomt, ongeacht of het de separatist is of de curator die verkoopt. Deze percentage-regeling moet wat INSOLAD los worden gezien van de lege boedelproblematiek. De lege boedelproblematiek houdt geen verband met de vraag of en hoe een afdracht-verplichting van separatisten geïntroduceerd moet worden. INSOLAD meent dat een percentage-regeling weliswaar nuttig kan zijn om in het kader van het verdelingsvraagstuk in bepaalde faillissementen tot een herverdeling te komen, maar ziet de voordelen vooral ook in het voorkomen van onnodige kosten en disputen tussen

⁶ Zie ook artikel 27 lid 3 van de Richtlijn herstructurering.

⁷ Rechtbank Rotterdam, 19 mei 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:4634.

curator en separatist. Meer principieel geeft INSOLAD in het kader van de lege-boedelproblematiek de voorkeur aan een regeling die op alle faillissementen van toepassing is, en waarbij beloning van de curator dus niet afhankelijk is van het al dan niet beschikbaar zijn van een afdracht door een separatist. Een dergelijke op compensatie gebaseerde regeling gaat ook voorbij aan de werkelijkheid dat minder ervaren curatoren relatief vaker met lege boedels worden geconfronteerd en stimuleert dan ook niet de doorstroom van curatoren. Tot slot speelt nog een ander aspect een rol, namelijk het eigen belang voor de curator dat wordt gecreëerd omdat de curator afhankelijk wordt voor betaling van zijn eigen salaris uit diezelfde boedel. Hierdoor kan een tegenstrijdig belang, of de perceptie daarvan, ontstaan. Dat is niet wenselijk. Oplossingen voor de lege boedelproblematiek liggen naar mening van INSOLAD meer in de lijn van het in §25 omschreven “potje” of de afwikkeling van lege boedels door een overheidsorgaan in plaats van curatoren.

Taak rechter-commissaris

27. In het verlengde van hetgeen hiervoor ten aanzien van het doel van het faillissement en de taak van de curator is opgemerkt, gaat INSOLAD in dit onderdeel in op de taak van de rechter-commissaris in faillissement. In deze reactie gaat INSOLAD uit van het bestaande systeem van toezicht. In aanvulling daarop geeft INSOLAD de wetgever in overweging om meer fundamenteel te beoordelen of het huidige systeem van toezicht nog wel passend is, gezien de uitgangspunten van de Richtlijn herstructurering en het huidige tijdsgewricht. Bij deze fundamentele herbezinning zou het zinvol kunnen zijn om een evaluatie van de WHOA pool en een rechtsvergelijkend onderzoek te doen.
28. Het kader voor toezicht door de rechter-commissaris in faillissement wordt mede gevormd door de opdracht aan de EU lidstaten in artikel 25-27 Richtlijn herstructurering.⁸ Die opdracht is erop gericht om rechterlijke instanties en andere specialisten die bij insolventieprocedures betrokken zijn adequaat op te leiden en ervoor te zorgen dat die procedures op efficiënte wijze worden afgewikkeld met een gepast toezichtmechanisme. Artikel 25-27 Richtlijn herstructurering is grotendeels weggeschreven in de toelichting bij het implementatiewetsvoorstel.⁹ De wetgever meent dat met betrekking tot toezicht slechts op een enkel punt wijziging van de Faillissementswet nodig is om implementatie

⁸ Richtlijn (EU) 2019/1023 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 betreffende preventieve herstructureringsstelsels, betreffende kwijtschelding van schuld en beroepsverboden, en betreffende maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van procedures inzake herstructurering, insolventie en kwijtschelding van schuld, en tot wijziging van Richtlijn (EU) 2017/1132 (Richtlijn betreffende herstructurering en insolventie).

⁹ Ontwerp memorie van toelichting Implementatiewet Richtlijn herstructurering, §2.4 en §3.3.

van de richtlijn te bewerkstelligen.¹⁰ INSOLAD acht een verdergaande aanpassing van de regels omtrent het toezicht op de afwikkeling van faillissementen opportuun.

Waarom toezicht?

29. De Richtlijn herstructurering stelt toezicht in de sleutel van efficiëntie van insolventieprocedures.¹¹ De wetgever sluit daarbij aan.¹² INSOLAD benadrukt dat toezicht ook andere doelen dient, vooral het bij betrokkenen wekken van vertrouwen in een regelmatige afhandeling van insolventieprocedures, het bevorderen van de voorspelbaarheid van de afwikkeling van insolventieprocedures en het vormen van een contragewicht voor de grotendeels autonoom opererende curator of bewindvoerder, die belast is met het beheer en vereffenen van goederen die uiteindelijk de schuldeisers toekomen.

Wie houdt toezicht?

30. De rechter in het faillissement heeft veel verschillende rollen, die op het oog niet altijd (eenvoudig) met elkaar verenigbaar lijken. Ten eerste neemt een rechter de ene keer plaats in de insolventiekamer van de rechtbank die het faillissement uitspreekt en een curator benoemt, de andere keer wordt hij als rechter-commissaris aangesteld in een door zijn rechtbank uitgesproken faillissement.¹³ Ten tweede werkt de rechter (als rechter-commissaris) nauw samen met de curator: het ene moment is de rechter-commissaris sparring partner van de curator, op een ander moment beoordeelt dezelfde rechter-commissaris het handelen van die curator. Deze dubbelrol kan leiden tot (gepercipieerde) belangenverstrengeling. Tot slot is er de appelregeling uit artikel 67 Fw, op grond waarvan rechters uit de handelskamer van de rechtbank het hoger beroep van een beslissing van de rechter-commissaris uit de insolventiekamer van diezelfde rechtbank behandelen. Het verdient aanbeveling om de appelregeling zodanig in te richten dat deze plaatsvindt bij het gerechtshof of een rechtbank van een ander arrondissement.
31. Ten aanzien van een volgend vereiste – deskundigheid van rechters-commissarissen – stelt de wetgever dat deze wordt gewaarborgd door de algemene rechtersopleiding, en de geldende praktijk waarin rechters die in insolventieprocedures worden benoemd

¹⁰ Zie Ontwerp memorie van toelichting Implementatiewet Richtlijn herstructurering, p.34.

¹¹ Artikel 25-27 staan in Titel IV van de richtlijn, geheten Maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van de procedures inzake herstructurering, insolventie en kwijtschelding van schuld.

¹² Zie de titels van §2.4 en §3.3 Ontwerp memorie van toelichting Implementatiewet Richtlijn herstructurering, waarin artikel 25-27 Richtlijn herstructurering worden behandeld.

¹³ Formeel is er bij faillissement (i.t.t. surseance van betaling en WSNP) sprake van de 'aanstelling' van een curator (artikel 14 Fw.), maar in het spraakgebruik wordt de curator meestal 'benoemd', waarbij hier wordt aangesloten.

aanvullend een leergang op het gebied van insolventierecht volgen.¹⁴ Gezien de steeds verdere verbreding en complexiteit van het insolventierecht (onder andere door invoering van de WHOA met elementen die tot 2021 onbekend waren in Nederland), de toenemende invloed van formeel Europees insolventierecht en de aankomende harmonisering van materieel Europees insolventierecht – en de naar verluidt steeds toenemende werkdruk voor rechters – acht INSOLAD een landelijk geldend opleidingstraject voor rechters-commissarissen wenselijk. Een voor de hand liggende suggestie is om rechters-commissarissen in hun eerste jaar in functie de Grotius/INSOLAD specialisatieopleiding te laten volgen.

32. Voorts is voor deugdelijk toezicht voldoende ervaring vereist. Een uitstekende rechter hoeft echter nog geen goede toezichthouder te zijn. INSOLAD is ervan overtuigd dat elke rechter-commissaris zijn/haar uiterste best doet om de rol zo goed mogelijk te vervullen, maar toezicht houden is nu eenmaal iets wezenlijk anders dan recht spreken. INSOLAD kan zich vinden in de praktijk waarin rechters-commissarissen om-en-om rouleren zodat de continuïteit van de insolventiekamer wordt gewaarborgd. Gezien de specifieke expertise die nodig is, kan INSOLAD zich ook voorstellen dat rechters-commissaris minder vaak rouleren dan andere rechters, zodat de opgedane expertise beter kan worden benut. Naar mening van INSOLAD zou er steeds in elk geval één rechter-commissaris met minimaal vier jaar ervaring in de insolventiekamer plaats moeten hebben, ook om te zorgen voor adequate inwerking van nieuwe rechters. Daarbij zij erop gewezen dat, zeker in grotere faillissementen, de curator over het algemeen op een ervaring kan bogen die het veelvoud is van deze vier jaren.
33. In het kader van deskundigheid en ervaring binnen insolventiekamers geeft INSOLAD voorts in overweging om (een deel van de) gerechtssecretarissen (nader) juridisch-inhoudelijk te scholen zodat zij materiële ondersteuning kunnen bieden, naast hun rol als procesbewakers. Dit zal de continuïteit van de kwaliteit van insolventiekamers ook ten goede komen omdat gerechtssecretarissen niet per se rouleren en dus vaak langer verbonden zijn aan een insolventiekamer dan de rechters zelf. Hiermee wordt de aanwezigheid van ervaring binnen insolventiekamers extra gewaarborgd.

Wat omvat het toezicht?

34. De rechter-commissaris is door de wetgever aangewezen om toezicht te houden op het beheer en de vereffening van de boedel (artikel 64 Fw). De ideale rol van de rechter-commissaris hiervoor in verhouding tot de curator is volgens INSOLAD die van gesprekspartner met een kritische blik. Zo vormt de rechter-commissaris enerzijds een

¹⁴ Ontwerp memorie van toelichting Implementatiewet Richtlijn herstructurering, p.33.

tegenhanger van de curator en waarborg voor de schuldeisers en de gefailleerde en legitimeert hij anderzijds het handelen van de curator. Deze twee aspecten vergen onpartijdigheid en onderstrepen het belang van de juiste deskundigheid, ervaring en attitude voor een rechter-commissaris.

Wanneer toezicht?

35. Het toezicht begint al voordat sprake is van een concreet faillissement dan wel benoeming van een curator. Het is immers aan de rechtbanken om te beoordelen wie binnen het desbetreffende arrondissement voldoen aan de vereisten om benoemd te worden. De voorwaarden om voor benoeming in aanmerking te komen alsmede de procedure voor benoeming en ontslag moeten duidelijk, transparant en rechtvaardig zijn.¹⁵ Bij een concrete benoeming van een curator dienen de in dat concrete geval benodigde ervaring en deskundigheid alsmede de specifieke kenmerken van de zaak (eenvoudige tegenover complexe boedels; beperkte tegenover omvangrijke boedels e.d.) in aanmerking te worden genomen.¹⁶ Recofa heeft 'uitgangspunten' opgesteld voor de benoeming van curatoren¹⁷ maar landelijk geldende, concrete normen waaraan curatoren dienen te voldoen en op worden beoordeeld ontbreken tot op heden. Met de wetgever¹⁸ is INSOLAD van mening dat de vereisten om voor benoeming in aanmerking te komen, de criteria voor benoeming in concrete faillissementen en de KPI's op grond waarvan curatoren worden beoordeeld duidelijker moeten worden vastgelegd. INSOLAD blijft daar graag bij betrokken.

Hoe vindt het toezicht plaats?

36. De rechter-commissaris staan voor zijn toezicht verschillende instrumenten ten dienste. In theorie zouden deze instrumenten kunnen leiden tot effectief toezicht. In de praktijk leeft echter de perceptie dat de rechter-commissaris zich vooral baseert op informatie afkomstig van de curator. Hierdoor kan een eenzijdig beeld ontstaan, zeker zolang de rechter-commissaris niet openstaat voor input van bijvoorbeeld schuldeisers. Zoals in §21 en §39 toegelicht, is de artikel 69 Fw procedure niet effectief en wordt er geen gebruik gemaakt van schuldeiserscommissies. De ervaring leert ook dat informeel overleg met de rechter-commissaris voor de curator wel, maar voor de schuldeisers vaak niet mogelijk is.
37. Naast het informele overleg tussen de curator en de rechter-commissaris, is een belangrijk toezichtsinstrument de verplichte verslaglegging door de curator. Het verslag is

¹⁵ Artikel 26 lid 1 sub b Richtlijn herstructurering.

¹⁶ Artikel 26 lid 1 sub c Richtlijn herstructurering.

¹⁷ Recofa-uitgangspunten bij de benoeming van curatoren en bewindvoerders in faillissementen en surseances van betaling <https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/Benoemingenbeleid.pdf>).

¹⁸ Ontwerp memorie van toelichting Implementatiewet Richtlijn herstructurering, p.34 en p.35.

onder andere bedoeld om de rechter-commissaris in staat te stellen het verloop van de afhandeling van het faillissement te volgen (artikel 73a Fw). INSOLAD adviseert codificatie van de bestaande praktijk, waarin het eerste verslag na één maand wordt gepubliceerd, het tweede tot en met vierde verslag met een tussenliggende periode van drie maanden (conform artikel 73a lid 1 Fw), en het vijfde en volgende verslag telkens na zes maanden, alles tenzij het specifieke faillissement een hogere verschijningsfrequentie verlangt. Het voldoen aan deze termijnen zou één van de KPI's moeten zijn waarop curatoren worden getoetst. Het belang van de verslaglegging moet niet worden onderschat, nu dit de belangrijkste vorm van informatievoorziening is die crediteuren ten dienste staat en uit de praktijk blijkt dat reguliere verslaglegging bijdraagt aan voortvarende afwikkeling van het faillissement. Curatoren plegen zich echter in de praktijk niet altijd te houden aan de geldende publicatiefrequentie.

38. Een ander belangrijk instrument van de rechter-commissaris is de verplichting van de curator respectievelijk de bevoegdheid van de rechter-commissaris om machtiging te verzoeken respectievelijk te verlenen voor bepaalde handelingen van de curator (artikel 68 lid 3 Fw). In de praktijk worden machtigingen ten aanzien van de beëindiging dan wel gestanddoening van duurovereenkomsten (artikel 37 Fw), de opzegging van huurovereenkomsten (artikel 39 Fw) en de beëindiging van arbeidsovereenkomst (artikel 40 Fw) vrijwel standaard verleend. Het zwaartepunt van toezicht ligt bij de procesmachtiging (artikel 68 lid 3 Fw), de machtiging voor voortzetting van de onderneming (artikel 98 Fw), de machtiging voor vervreemding van activa (artikel 101 Fw), en het aangaan van een vaststellingsovereenkomst (artikel 104 Fw). Om de efficiëntie van afhandeling van faillissementen te bevorderen, de werkdruk te verlagen en onnodige handelingen bij zowel de rechtbank als curatoren te voorkomen, geeft INSOLAD de wetgever in overweging om de door artikel 68 lid 3 jo. 37, 39, 60 tweede en derde lid en 60a eerste lid Fw vereiste machtigingen te schrappen. Dit maakt tijd vrij voor rechtbanken om hoor en wederhoor toe te passen bij – in elk geval – een verzoek om een procesmachtiging¹⁹ gezien het belang van de beslissing over een dergelijk verzoek en de impact die die beslissing heeft op zowel de boedel als de beoogde wederpartij. Daarbij doet INSOLAD de aanbeveling om de aanvraag en verlening van (proces)machtigingen te uniformeren, zodat dit niet per arrondissement verschilt. INSOLAD meent dat de rechter-commissaris bij de beoordeling van een machtigingsverzoek niet alleen de voorlopige juridische analyse maar ook de kosten/batenanalyse van de verzochte procedure, de wijze waarop het oorzakenonderzoek is verricht en de door de curator beproefde oplossingsrichtingen moet betrekken.

¹⁹ Conform de pilot bij de rechtbanken Amsterdam en Rotterdam.

39. Een derde instrument voor het toezicht door de rechter-commissaris wordt belanghebbenden (schuldeisers, gefailleerde) in theorie geboden door de snelle en laagdrempelige beroepsmogelijkheid van artikel 69 Fw tegen (het achterwege blijven van) (voorgenomen) handelingen van de curator. Deze bepaling is indertijd ingevoerd om een voldoende waarborg in het leven te roepen voor een juist beheer en behartiging van de belangen van alle betrokkenen; zij *"stelt den curator onder de voortdurende controle van hen in wier belang hij is aangesteld. Men kan toch met recht van het uitoefenen van controle spreken, waar aan belanghebbenden de middelen gegeven zijn om eventuele bezwaren kenbaar te maken, en voor hen de zekerheid bestaat dat zij gehoord zullen worden. In de ruimste zinmate nu geeft artikel 69 den schuldeischers en den gefailleerde de middelen zich te doen gelden en voor hunne belangen op te treden. Niet alleen kunnen zij bestrijden wat verricht is, aandringen op hetgeen hun inziens ten onrechte is nagelaten, maar ook zich verzetten tegen een voorgenomen handeling."*²⁰ Als een belanghebbende zich dan op deze grond richt tot de rechter-commissaris om de curator te gelasten of te verbieden, is het zaak dat alle betrokkenen doordrongen zijn van hun rol en positie in deze procedure. Dit vergt (letterlijk en figuurlijk) voldoende afstand tussen rechter-commissaris en curator en een volledige inhoudelijke toetsing van het aangevochten beleid van de curator door de rechter-commissaris.²¹ Zoals ook toegelicht in §21 vormt de rechtsgang van artikel 69/67 Fw. in de praktijk geen effectief rechtsmiddel. Een 69-verzoek leidt zelden tot een zuivere procedure.

Horen belanghebbenden en mediation

40. In het Consultatiedocument wordt verwezen naar de volgende twee pilots:
- de pilot waarbij in geval van een verzoek om een machtiging tot het starten van een aansprakelijkheidsprocedure tegen bestuurders van de failliete vennootschap, de desbetreffende bestuurders eerst door de rechter-commissaris worden gehoord alvorens deze een beslissing neemt over het verzoek; en
 - de pilot waarbij mediation wordt ingezet om geschillen tussen de curator en derden op te lossen en getracht wordt juridische procedures te voorkomen.

²⁰ Parl. Gesch. Fw. (Van der Feltz) II, p.9.

²¹ Zie al bij de totstandkoming van de Faillissementswet, Van der Feltz II, p.9: *"De betrekkelijk uitgebreide bevoegdheid, die den curator, altijd onder toezicht van den Rechter-Commissaris (artikel 64), in artikel 68 wordt gegeven, vindt, voor zooverre zij mocht schijnen te ver te gaan, haar correctief in artikel 69. (...) Men mag aannemen dat de grief, thans zoo dikwijls geuit, dat de schuldeischers te weinig invloed kunnen uitoefenen op den gang van zaken, door dit artikel grootendeels weggenomen zal worden."* Vgl. HR 10 mei 1985, NJ 1985, 793 waarin de Hoge Raad in r.o.3.2.2 met een beroep op deze wetsgeschiedenis vooropstelt dat *"het de taak is van de R-C, beslissend op de voet van artikel 69, en van de Rb. in hoger beroep om het beleid van de curator in volle omvang te toetsen."*

41. INSOLAD juicht beide pilots toe en zou betrokkenen bij een faillissement willen stimuleren om van beide opties meer gebruik te maken en deze ook landelijk in te voeren. Op dit moment verschilt het per arrondissement of overleg met de rechter-commissaris, laat staan mediation, mogelijk is. INSOLAD acht het in het belang van de efficiënte afwikkeling van faillissementen dat betrokkenen steeds zoeken naar oplossingen in plaats van conflict en meent ook dat rechters-commissaris daar een actievere rol in kunnen vervullen. Bovendien acht INSOLAD beide opties ook nuttig voor andere geschillen dan bestuurdersaansprakelijkheid.
42. Meer in het bijzonder meent INSOLAD dat het horen van belanghebbenden voordat de rechter-commissaris een beslissing neemt over – bijvoorbeeld – een te verstrekken procesmachtiging een belangrijke bijdrage kan leveren aan de geloofwaardigheid (en het draagvlak) van het toezicht. Het is niet meer van deze tijd dat een curator toestemming verkrijgt voor bijvoorbeeld een transactie of een schikking zonder dat de belanghebbenden daarover hun zienswijze hebben kunnen geven. Mogelijk dat in veel gevallen schuldeisers van de mogelijkheid geen gebruik zullen willen maken: het gaat er echter omdat die mogelijkheid wordt geboden en dat de rechter-commissaris bij zijn/haar beslissing ook andere perspectieven dan dat van de curator mee kan nemen.

Akkoordprocedures

43. In het Consultatiedocument wordt – naar de mening van INSOLAD terecht – ruimschoots aandacht besteed aan het reorganiserend vermogen van ondernemingen.
44. De drie 'hoofdprocedures' – de WHOA, de surseance en het faillissement – bieden de mogelijkheid om schulden te herstructureren door middel van een dwangakkoord, ook indien de schuldenaar wenst te liquideren. De procedures hebben evenwel hun eigen kenmerken, mogelijkheden en een eigen ingangstoets. Verschillen zijn er onder meer met betrekking tot de fase waarin en door wie toelating tot de procedure kan worden verzocht, de betrokkenheid van een rechter-commissaris en een insolventiefunctionaris, de mate waarin de beschikkingsbevoegdheid van de schuldenaar wordt ingeperkt en de mogelijkheid om personeel af te vloeien.
45. De procedures hebben dus elk een eigen functie en eigen 'spelregels'. INSOLAD meent om die reden dat de procedures zelfstandig naast elkaar moeten blijven bestaan. Tezamen met de hiervoor in paragraaf 8 genoemde drie aanvullende mogelijkheden – de stille bewindvoering, de 'turboliquidatie' en de gedwongen schuldregeling ex artikel 287 Fw. – maken zij het pallet compleet: *'it's a tool in the box'*. De WHOA voorziet in de behoefte om buiten faillissement of surseance in een *debtor in possession* procedure op relatief snelle wijze een dwangakkoord te homologeren. De WHOA is naar zijn aard een

procedure die (vooral) gebruikt wordt om een ondershands akkoord aan te bieden, veelal aan maar een deel van de schuldeisers en vaak ook in beslotenheid. Dat proces geschiedt onder leiding van de schuldenaar of een herstructureringsdeskundige en zou relatief weinig gerechtelijke inmenging moeten kennen. De surseance kent gelijkenissen met het WHOA-akkoord, maar is in feite een wezenlijk andere procedure die naar zijn aard meer althans ander toezicht kent en bovendien een functie heeft naast de WHOA. Het faillissement tot slot maakt het mogelijk om niet levensvatbare (delen van) ondernemingen door een curator af te laten wikkelen, maar ook om schulden te herstructureren door een akkoord aan te bieden in een stadium, waarin de schuldenaar al voorbij de WHOA- of surseancetoestand is. Anders dan bij de andere procedures, kan een natuurlijke persoon (al dan niet met een gestaakte onderneming) in faillissement ook een dwangakkoord aanbieden.

46. De vraag hoe effectief een reorganisatieprocedure is, hangt in belangrijke mate af van de vraag welke partijen de schuldenaar kan binden aan een dwangakkoord, in hoeverre dwarsliggende schuldeisers kunnen worden gebonden, hoe kostbaar de procedure is en of het mogelijk is om lopende overeenkomsten te beëindigen. Op die punten verschillen de regelingen van elkaar. De regelingen omtrent het faillissements- en surseanceakkoord stammen uit 1896 respectievelijk 1935. INSOLAD ziet een functie voor deze regelingen naast de WHOA, maar meent dat de regelingen op enkele punten modernisering behoeven. De belangrijkste reden dat een faillissements- of surseanceakkoord in de huidige regelingen vaak niet slaagt of geen toegevoegde waarde heeft, is dat uitsluitend concurrente schuldeisers kunnen worden gebonden en dat een regeling voor het beëindigen van overeenkomsten op initiatief van de schuldenaar ontbreekt. Specifieke punten die verbetering behoeven komen hierna aan de orde.
47. In dit verband komt de vraag op of het wenselijk is om de drie naast elkaar bestaande akkoordregelingen te uniformeren, bijvoorbeeld door het surseance- en faillissementsakkoord aan te passen naar het voorbeeld van de WHOA. Volgens INSOLAD zou het mogelijk nuttig kunnen zijn om op termijn (delen van) de akkoordregelingen te uniformeren, waarbij overigens de 'spelregels' en eigen kenmerken van de procedures zoveel mogelijk behouden moeten blijven. Het lijkt evenwel aangewezen om eerst nog enige tijd de ontwikkelingen in praktijk en rechtspraak ten aanzien van de pas net ingevoerde WHOA af te wachten.
48. De mogelijkheid van afvloeiing van werknemers in geval van overgang van onderneming is een separaat wetgevingstraject. Dit valt buiten het bestek van deze consultatie. INSOLAD volstaat er ten aanzien van dit onderwerp mee te signaleren dat de regelingen omtrent overgang van onderneming en afvloeiing van personeel regelmatig in de weg staan aan een geslaagde herstructurering en daarmee een faillissement alsnog

onvermijdelijk maken. Dat maakt niet dat de belangen van de werknemers moeten wijken ten gunste van de (andere) crediteuren of schuldenaren, maar INSOLAD meent dat een regeling waarin een juiste balans wordt gevonden tussen de belangen van het personeel en de schuldenaar en haar crediteuren, in het belang van alle betrokkenen is, en óók in het belang van werkgelegenheid.

Meerwaarde voor de surseanceregeling naast de WHOA akkoordprocedure

Zoals hiervoor is toegelicht, heeft de surseanceregeling volgens INSOLAD een eigen functie en een meerwaarde naast de WHOA en het faillissementsakkoord. Ten opzichte van de WHOA kunnen de volgende kenmerken worden genoemd, die INSOLAD ziet als een meerwaarde:

- i. de schuldenaar krijgt direct bij de voorlopige verlening uitstel van betaling met ook vrij eenvoudig een afkoelingsperiode, en hoeft dus niet eerst – zoals bij de WHOA – een afkoelingsperiode te verzoeken (welke procedure veelal op tegenspraak zal zijn);
- ii. een bewindvoerder kan sturing, controle en 'legitimiteit' bieden en heeft verdergaande bevoegdheden en een ander takenpakket dan de observator en herstructureringsdeskundige in de WHOA, een *debtor in possession* procedure;
- iii. betrokkenheid en toezicht van een rechter-commissaris;²²
- iv. de schuldenaar en de crediteuren krijgen duidelijkheid over toelating van crediteuren tot de stemming vóóordat de stemming plaatsvindt in plaats van achteraf, doordat stemming op de crediteurenvergadering plaatsvindt onder voorzitterschap van een rechter-commissaris;
- v. hoewel de surseance onderworpen is aan verdergaand toezicht, heeft de schuldenaar – binnen de grenzen van de homologatieweigeringsgronden (artikel 272 Fw.) en de intrekingsgronden voor een surseance (artikel 242 Fw.) – alle ruimte en tijd (in beginsel 1,5 jaar) om tot een akkoord te komen,
- vi. de rechtbank kan het akkoord onder omstandigheden aannemen als de voorgeschreven gewone meerderheid niet is behaald (artikel 268a Fw.);
- vii. de surseanceregeling biedt voor de beëindiging van huurovereenkomsten op voorhand duidelijkheid, anders dan bij de WHOA-regeling waarbij pas bij de homologatie op een beëindigingsverzoek wordt beslist;
- viii. ook het verschil voor de quora voor aanneme van een akkoord, maakt de surseance een procedure die aantrekkingskracht kan hebben.

²² Hoewel de huidige surseanceregeling benoeming van een rechter-commissaris slechts facultatief voorschrijft, worden in de praktijk altijd één of meer rechters-commissaris benoemd. Het Ontwerp wetsvoorstel Implementatiewet voorziet in standaard benoeming van een rechter-commissaris en breidt het takenpakket van advisering naar toezicht op de bewindvoerder(s).

49. Ten opzichte van het faillissement kunnen nog de volgende kenmerken worden genoemd:
- i. de schuldenaar raakt niet volledig beschikkingsonbevoegd;
 - ii. de surseance kan worden aangevraagd zonder voorafgaande goedkeuring van aandeelhouders;
 - iii. het ontwerpakkoord kan direct bij het surseanceverzoek worden gedeponereerd. Anders dan in faillissement hoeft niet te worden afgewacht totdat de curator om een verificatievergadering vraagt.
50. Hoewel de surseanceregeling minder vaak gebruikt wordt dan het faillissement, wijst INSOLAD erop dat er jaarlijks een aantal succesvolle surseances is. Ook in 2021, het jaar waarin de WHOA is ingevoerd, zijn er succesvolle surseances geweest.

Mogelijkheden tot verbetering effectiviteit van de surseanceregeling

51. De huidige surseanceregeling is op bepaalde punten minder effectief als reorganisatieprocedure. In de literatuur²³ en binnen INSOLAD is hier al geruime tijd aandacht voor, hetgeen ook de aanleiding is geweest voor het Concept Wetsontwerp voor een nieuwe surseanceregeling dat INSOLAD in 2015 voorstelde. De volgende aandachtspunten kunnen worden genoemd:
- i. de surseanceregeling is oorspronkelijk niet bedoeld als herstructureringsprocedure, maar enkel om tijdelijk uitstel van betaling te bieden. De mogelijkheid om een akkoord aan te bieden is in 1935 aan de regeling toegevoegd. Daarmee werd de surseance ook een reorganisatieprocedure, zonder dat de regeling hierop fundamenteel werd aangepast door ondersteunende maatregelen in te voeren, zoals de mogelijkheid om overeenkomsten (anders dan huurovereenkomsten) te beëindigen;
 - ii. het surseanceakkoord is niet bindend voor preferente schuldeisers en separatisten. Dat zijn vaak de enige crediteuren die bij een liquidatie iets zouden krijgen. Doordat een gedwongen *haircut* voor deze schuldeisers niet mogelijk is, volgt vaak alsnog een faillissement. Zij hoeven het uitstel van betaling ook niet tegen zich te laten werken;
 - iii. een verleende surseance vormt vaak een trigger voor preferente crediteuren om hun rechten veilig te stellen door tot uitwinning en executie over te gaan. Het afkondigen van een afkoelingsperiode vormt maar een gedeeltelijke oplossing voor dit probleem;
 - iv. de rechten van aandeelhouders kunnen niet worden geherstructureerd onder het surseanceakkoord;

²³ Zie bijvoorbeeld B. Wessels, Insolventierecht VIII, 2021/8013.

v. de regeling is minder aantrekkelijk voor schuldenaren omdat er geen afwijking mogelijk is van het uitgangspunt van gezamenlijke beschikkingsbevoegdheid. Doordat de bewindvoerder overal bij moet worden betrokken verliest de schuldenaar controle. Bovendien kunnen daardoor de kosten van de bewindvoering substantieel zijn.

52. INSOLAD pleit daarom voor een aanpassing van de huidige regeling. Speerpunten daarbij zouden wat haar betreft in elk geval moeten zijn het invoeren van de mogelijkheid om 1) ook aandeelhouders en andere dan alleen concurrente crediteuren te binden aan het dwangakkoord, 2) een klassenindeling conform de WHOA te hanteren²⁴, 3) overeenkomsten tussentijds te beëindigen, en 4) te variëren met de bevoegdheidsverdeling tussen de bewindvoerder en de schuldenaar. In dit laatste verband wijst INSOLAD op de voorgestelde bepalingen in het Concept Wetsontwerp, dat de rechtbank bij de surseanceverlening de verdeling van de bevoegdheden tussen de schuldenaar en de bewindvoerders bepaalt en die verdeling tussentijds kan wijzigen.²⁵ INSOLAD ziet dit nog steeds als een nuttige aanvulling op de huidige regeling. Het voorstel uit 2015 gaat verder dan de genoemde speerpunten en geeft voorstellen voor een algehele modernisering van de surseanceregeling. Volgens INSOLAD zou het voorstel kunnen dienen als uitgangspunt voor een wetgevingstraject ter aanpassing van de surseanceregeling. INSOLAD wordt graag betrokken bij een dergelijk traject. Bij een wetgevingstraject ter aanpassing van de surseanceregeling zal ook de vraag opkomen in hoeverre de bepalingen over het akkoord moeten worden aangepast en moeten worden geüniformeerd met de WHOA-procedure. Zoals hiervoor is toegelicht, zou het volgens INSOLAD mogelijk nuttig kunnen zijn om op termijn (delen van) de akkoordregelingen te uniformeren, waarbij wel de 'spelregels' en eigen kenmerken van de procedures zoveel mogelijk behouden moeten blijven. Het lijkt evenwel aangewezen om eerst nog enige tijd de ontwikkelingen in praktijk en rechtspraak ten aanzien van de pas net ingevoerde WHOA af te wachten.

Meerwaarde voor de regeling betreffende het faillissementsakkoord

53. Hoewel in de praktijk relatief weinig faillissementsakkoorden worden aangeboden, is er volgens INSOLAD geen goede reden te bedenken om de route van een akkoordaanbieding af te snijden voor schuldenaren in faillissement. Voorshands is niet duidelijk wat er te winnen is met het afschaffen van het akkoord. Het feit dat een regeling weinig gebruikt wordt, betekent niet dat de regeling geen nut heeft.

²⁴ Als crediteuren met verschillende rangen en rechten kunnen worden gebonden aan het akkoord, is het nodig om te voorzien in een mechanisme om dat verschil in positie tot uitdrukking te brengen bij de stemming over dat akkoord.

²⁵ Het voorgestelde artikel 215 lid Fw. en artikel 228 Fw.

54. Er kunnen verschillende redenen zijn waarom een schuldenaar (pas) in faillissement een akkoord wil of kan aanbieden. Het is bijvoorbeeld mogelijk dat de wens pas opkomt tijdens het faillissement, dat financiering niet eerder kon worden gevonden of dat de schuldenaar is overdonderd door een faillissementsverzoek van een derde. Ook kan het zijn dat de schuldenaar niet bekend was met de andere regelingen of dat hij al voorbij het stadium van een WHOA of surseance is. Bovendien kan een faillissementsakkoord in bepaalde situaties juist dienstbaar zijn aan de belangen van de schuldeisers. Het kan bijvoorbeeld gebruikt worden om relatief snel duidelijkheid te creëren over de wijze van vereffening van de boedel en daarmee een duidelijk vooruitzicht bieden aan schuldeisers.²⁶ Ook kan het worden gebruikt om het passief van de gefailleerde te herstructureren, zeker indien dat passief bestaat uit talrijke schuldeisers. Om die reden zou het een nuttige aanvulling op de bestaande regeling zijn als ook de curator in faillissement de mogelijkheid krijgt een akkoord aan te bieden.
55. Voor één groep crediteuren heeft de akkoordregeling een bijzondere meerwaarde, te weten de natuurlijke personen met financiële problemen. Vanwege de strenge toelatingseisen voor de WSNP (al dan niet door omzetting vanuit faillissement) en het feit dat het faillissement hen niet bevrijdt van hun schulden, zijn het faillissementsakkoord en de gedwongen schuldregeling van artikel 287a Fw. vaak de enige mogelijkheid om schulden te saneren. Natuurlijke personen zonder (lopende) onderneming hebben immers geen toegang tot de WHOA- of surseanceregeling.²⁷ In de praktijk is gebleken dat de laatstgenoemde mogelijkheid van de gedwongen schuldregeling maar beperkt toegankelijk is voor ondernemers. Hiervoor is namelijk nodig dat de natuurlijk persoon eerst met hulp van (gemeentelijke) schuldhulpinstanties een poging doet om tot een buitengerechtelijke schuldregeling te komen. Uit recent onderzoek blijkt dat schuldhulp voor ondernemers in de praktijk slecht is geregeld.²⁸ Het is voor deze groep dus essentieel dat zij wel nog de mogelijkheid van het faillissementsakkoord kunnen benutten. In aanvulling hierop geeft INSOLAD de wetgever in overweging om te onderzoeken of de schone lei-regeling uit de WSNP onder voorwaarden ook niet van toepassing zou kunnen zijn op natuurlijke personen die in faillissement verkeren.
56. Voor de regeling van het faillissementsakkoord gelden *grosso modo* dezelfde kanttekeningen als bij de huidige surseanceregeling. Ook het faillissementsakkoord is

²⁶ Zie bijvoorbeeld in recentere jaren het Slotervaart akkoord, het Oi akkoord en het Lehman Brothers akkoord.

²⁷ Artikel 369 lid 1 Fw. respectievelijk artikel 214 lid 4 Fw.

²⁸ Zie ook: <https://pointer.kro-ncrv.nl/schuldhulpverlening-ondernemers-slecht-geregeld-in-tweederde-van-nederlandse-gemeenten-heb-je>

wat INSOLAD betreft aan modernisering toe, een en ander in lijn met de opmerkingen hiervoor over de modernisering van het surseanceakkoord. Daarnaast verdient het volgens INSOLAD aanbeveling om ook in de faillissementsprocedure de mogelijkheid te openen dat de rechtbank voorzieningen treft, zoals voor de WHOA en de surseance in artikel 379 Fw. en artikel 225 Fw. mogelijk is gemaakt. Helaas heeft de wetgever bij de Wet Modernisering Faillissementsprocedure geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid om een dergelijke maatwerkbepaling in te voeren. INSOLAD zou er voorstander van zijn dat dit alsnog gebeurt.

Boedelschulden

Wettelijke regeling

57. Een algemene wettelijke regeling voor boedelschulden zou volgens INSOLAD een wenselijke aanvulling zijn voor de huidige insolventiepraktijk. De huidige situatie is dat de Hoge Raad in het arrest Koot Beheer/Tideman q.q. het boedelschuldencriterium wel heeft ingeperkt, maar dat de hoeveelheid verplichtingen die als boedelschuld kwalificeren nog steeds groot blijft en zelfs lijkt toe te nemen. Naast de vereffeningskosten en de wettelijke boedelschulden ingevolge artikel 39 Fw. en artikel 40 Fw. zijn er bijvoorbeeld de verplichting tot afrekening van niet-genoten vakantiedagen, de ontruimingsschuld, de verplichtingen uit hoofde van aan de curator in zijn hoedanigheid opgelegde bestuursrechtelijke lasten en de rente op boedelschulden.²⁹ Boedelschulden kunnen zowel in aantal als in omvang substantieel zijn. Desalniettemin bevat de Faillissementswet geen regeling voor de uitbetaling ervan. Voor de verdeling van actief bij een boedel die ontoereikend is om alle boedelschulden te betalen biedt (uitsluitend) het arrest De Ranitz q.q./Ontvanger handvatten.³⁰ Nadat uit de boedel de kosten van executie – onder andere het salaris van de curator – zijn voldaan, moeten de resterende boedelschuldeisers naar evenredigheid van hun vordering worden voldaan, behoudens de wettelijke redenen van voorrang.
58. Het ontbreken van een regeling heeft nadelen voor de curator en de boedelschuldeisers. Deze nadelen kunnen zich zowel voordoen in faillissementen met een negatieve boedel (waarin het actief ontoereikend is om alle boedelschulden te voldoen) als in faillissementen met een positieve boedel (als wel alle boedelverplichtingen kunnen worden voldaan).

²⁹ Laatstelijk in HR 17 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2907 (UWV/Aukema q.q.), HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:563 (Curatoren Aluminium Delfzijl), HR 4 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:187 (Gemeente Ridderkerk/Heijnen q.q.) respectievelijk HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1994.

³⁰ HR 28 september 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1243.

59. Voor boedelschuldeisers leidt het ontbreken van een regeling ertoe dat zij doorgaans lang moeten wachten op betaling. Zij hebben weliswaar een onmiddellijke en rechtstreekse aanspraak jegens de boedel, maar kunnen die aanspraak pas realiseren als voldoende vaststaat dat sprake is van een positieve boedel. Beslissend is wat de toestand van de boedel is op het tijdstip van de slotuitdeling, zodat zij hun aanspraak in de praktijk meestal pas bij de afwikkeling van het faillissement kunnen realiseren.³¹ Dat is te meer bezwaarlijk, omdat boedelschuldeisers geen of nauwelijks informatie ontvangen, in de huidige situatie geen of nauwelijks inspraak hebben in het betaalproces, en evenmin invloed kunnen uitoefenen op het beheer door de curator. Zij kunnen dus geen betaling afdwingen, maar ook niet opkomen tegen de erkenning en betaling van andere boedelschulden. De procedure van artikel 69 Fw. staat in beginsel niet voor hen open (zie ook onze aanbeveling in §21).
60. Voor de curator betekent het ontbreken van een verificatieprocedure met een uiterste indieningsdatum onzekerheid over de boedelschuldenlast. Hij loopt hierdoor het risico dat hij alvast tot betaling van boedelschulden overgaat, maar dat later blijkt dat er nog een boedelcrediteur is wiens vordering hoger in rang is of die door de eerdere betalingen niet meer (volledig) kan worden voldaan. Dat werkt discussies in de hand over de vraag of de curator op een dergelijke schuld bedacht had moeten zijn of dat de betreffende schuldeisers zelf initiatief had moeten nemen. Vaak zal de curator er bovendien behoefte aan hebben dat op voorhand duidelijk is of een betwisting van een boedelvordering door de curator stand houdt. Als de boedelcrediteur in geval van een betwisting zelf geen actie onderneemt, zal de curator onder de huidige regels niet veel anders kunnen dan zelf een procedure beginnen als hij geen onzekerheid wil laten bestaan over de niet-betaling van de gestelde vordering.
61. Door de genoemde onzekerheden zal de curator soms (niet anders kunnen dan) wachten met de betaling van boedelschulden. Dat leidt tot afname van het boedelactief. Nu de Hoge Raad recent duidelijk heeft gemaakt dat de rente over boedelschulden ook een boedelaanspraak is, leidt het enkele verstrijken van de tijd er dus toe dat er minder actief te verdelen overblijft. Momenteel vormt ook het verschijnsel van negatieve rente over het positieve boedelsaldo een substantiële kostenpost die ten laste komt van het boedelactief. Het wachten met betaling is tot slot ook niet in lijn met de oorspronkelijke gedachte van de Faillissementswet. Artikel 179 Fw. schrijft immers uitkering aan de faillissementsschuldeisers voor '*zo dikwijls voldoende gereede penningen gereed zijn*'.³²

³¹ HR 31 oktober 2014, NJ 2014/484 (CZ/Scholtes q.q.).

³² T.T. van Zanten, *De verplichting tot betaling van boedelschulden en de verschuldigdheid van rente in geval van een boedelfaillissement*, Tvl 2020/30.

62. INSOLAD is daarom voorstander van het invoeren van een wettelijke regeling die aan bovenstaande bezwaren tegemoet komt. INSOLAD denkt hierbij in de eerste plaats aan procedurele verdelingsregels. Bij voorkeur worden die regels toegesneden op alle faillissementen, ongeacht of sprake is van een positieve of negatieve boedel. Onderwerpen die hierbij zouden kunnen worden betrokken zijn een uiterste indieningsdatum (bar date), de mogelijkheid van betwisting en renvooi voor curator en schuldeisers en de mogelijkheid om tussentijdse (gedeeltelijke) uitkeringen te doen. Het huidige verificatieproces voor faillissementsschulden, dat redelijk recent nog is gemoderniseerd, kan hierbij als voorbeeld dienen.
63. Tegelijkertijd merkt INSOLAD op dat bij het opstellen van een wettelijke regeling niet zal kunnen worden volstaan met het simpelweg overnemen van de procedureregels voor faillissementsschulden. Dit punt is al sinds de jaren negentig onderwerp van discussie in de literatuur.³³ Sommige boedelschulden lenen zich bijvoorbeeld niet goed voor een uiterste indieningsdatum. Het gaat dan hoofdzakelijk om de kosten van de curator en door hem ingeschakelde derden, die immers doorlopend van aard zijn. Ook lijkt het niet wenselijk dat andere boedelcrediteuren dergelijke kosten kunnen betwisten. Hiervoor zijn reeds procedures in de Faillissementswet opgenomen. Het lijkt dus voor de hand te liggen dergelijke boedelschulden van een regeling uit te zonderen.
64. Een aandachtspunt bij het ontwerpen van een wettelijke regeling zal verder kunnen zijn in hoeverre ook de faillissementsschuldeisers inspraak moeten krijgen in het uitkeringsproces. Bij positieve boedels is het wenselijk om op enig moment tot betaling over te kunnen gaan. Een onderwerp in dit verband is vanaf welk moment het redelijk is om een uiterste indieningsdatum vast te stellen, met verlies van rechten in het betreffende faillissement tot gevolg, zeker wanneer de inhoudelijke behandeling van het faillissement nog niet is afgerond.
65. De vraag is in hoeverre in een dergelijke regeling ook de in de rechtspraak ontwikkelde uitgangspunten omtrent de rangorde van boedelschulden zouden moeten worden heroverwogen. In de in het consultatiedocument geciteerde literatuur³⁴ wordt in dit verband bijvoorbeeld gewezen op de rechtspraak over 'superboedelschulden', zoals de onverschuldigde betaling die op een onmiskenbare vergissing berust. Ook wordt gewezen naar het algemeen geaccepteerde uitgangspunt dat kosten van door de curator ingeschakelde derden bij voorrang worden voldaan, waarvoor evenwel een dogmatische

³³ Zie onder meer F.M.J. Verstijlen, *Van verrijking en verhaal binnen (boedel)faillissement*, NTBR 1995, 93 en R.J. van Galen, *De rangorde onder boedelschulden in faillissement (I)*, WPNR 1997/6266 en R.J. van Galen, *De rangorde van boedelschulden in faillissement (II, slot)*, WPNR 1997, 6267.

³⁴ O.a. het artikel waarnaar het consultatiedocument ook verwijst: G.A.J. Boekraad, *Kwart eeuw faillissementsafwikkeling en boedelschulden*, Tvl 2020/38.

en wettelijke basis ontbreekt, en op de keuze van de wetgever om de huur- en salarisverplichtingen na het faillissement als boedelschuld te kwalificeren. INSOLAD stelt voor om deze meer dogmatische discussie los te koppelen van de vermoedelijk minder complexe discussie over procedurele regels. Een dergelijke regeling zou dan mogelijk op korte(re) termijn kunnen worden ingevoerd.

Internationale aspecten

66. Zoals opgemerkt in §7 meent INSOLAD dat in het Consultatiedocument meer aandacht had mogen worden besteed aan de visie op internationale aspecten van het insolventierecht nu daar al vaak toe is opgeroepen³⁵. Slechts in het hoofdstuk over lopende en toekomstige wetgeving worden een aantal internationale aspecten genoemd. Zo wordt in §5.7 van het Consultatiedocument verwezen naar het wetgevingstraject met betrekking tot de Wet Internationaal Insolventierecht en in §5.8 naar een aantal Europese ontwikkelingen.

Wet Internationaal Insolventierecht

67. INSOLAD doet hierbij de aanbeveling om voor de Wet Internationaal Insolventierecht aansluiting te zoeken bij titel 10 Voorontwerp en de suggesties die nadien daarop zijn verschenen.
68. Voor zover het gaat om regelgeving voor insolventies die buiten het bereik van de Europese Insolventieverordening (**IVO**) vallen, adviseert INSOLAD de wetgever om aansluiting te zoeken bij de UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency (**Model Law**) zoals deze zich in de afgelopen 25 jaar heeft ontwikkeld met verschillende instrumenten.³⁶
69. Invoering van de Model Law zal ertoe leiden dat andere jurisdicties die de Model Law hebben geïmplementeerd (inmiddels ongeveer 50 staten en 54 jurisdicties)³⁷ op basis van reciprociteit Nederlandse procedures beter zullen herkennen en dus sneller erkennen. Dat vergroot de reikwijdte van Nederlandse procedures, en daarmee de bruikbaarheid in het internationale insolventie- en herstructureringsverkeer, aanzienlijk. Het bevordert de voorspelbaarheid van het effect van Nederlandse procedures in het buitenland, wat de Nederlandse rechtsvorm en Nederland als vestigingsplaats voor ondernemingen zou moeten stimuleren. Tegelijkertijd bevat de Model Law waarborgen

³⁵ O.a. met een afzonderlijke titel 10 in het Voorontwerp Insolventiewet en nadien met het oog op ontwikkelingen in de (inter)nationale rechtspraak regelmatig herhaald.

³⁶ Zie https://uncitral.un.org/en/texts/insolvency/modellaw/cross-border_insolvency.

³⁷ Zie <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/overview-status-table.pdf>

voor de erkenning en tenuitvoerlegging van insolventieprocedures (artikel 15 e.v. Model Law) die zorgen dat gevolgen die binnen de Nederlandse rechtsstaat als onwenselijk worden beschouwd kunnen worden tegengehouden, zonder dat de belanghebbenden (inclusief de schuldenaar) met juridisch of financieel onoverkomelijke drempels worden geconfronteerd.

Europese ontwikkelingen

70. Voor onderdeel 5.8 ziet INSOLAD de volgende aandachtspunten:

Formeel insolventierecht: De besloten WHOA-procedure

71. Wat ontbreekt in het Consultatiedocument, zoals het ook ontbreekt in de wetsgeschiedenis van de WHOA, is de bedoeling van de wetgever met de besloten procedure in grensoverschrijdende situaties. Het zou de bruikbaarheid van de besloten procedure bevorderen als de wetgever zich zou uitlaten over zijn visie op de gronden voor rechtsmacht in grensoverschrijdende herstructureringen, en op erkenning en tenuitvoerlegging van de besloten WHOA-procedure buiten Nederland.

Harmonisatie materieel insolventierecht

72. De onderhavige consultatie helpt de Nederlandse regering met het vastleggen van een visiedocument waarin, onder meer, de kernpunten zijn opgenomen die deel uit zouden moeten maken van het materiële (nationale) insolventierecht. Het komt INSOLAD voor dat ook voor EU-brede harmonisatie diezelfde kernpunten deel zouden moeten uitmaken van het Europeesrechtelijke materiële insolventierecht en dat voor bepalingen of regelingen die afwijken van die kernpunten Nederland de mogelijkheid zou moeten hebben om niet of anders te implementeren. Daar is ook alle aanleiding voor, nu het insolventierecht bij uitstek een rechtsstelsel is waar een balans wordt gevonden tussen conflicterende belangen. Met andere woorden: draaien aan het ene knopje heeft (soms verstrekkende) gevolgen voor het andere – en dit uitgangspunt zou derhalve in de Nederlandse benadering van EU-brede harmonisatie op de voorgrond moeten staan.

Verdelingsvraagstuk

73. In de afgelopen jaren heeft INSOLAD meerdere stakeholders-overleggen bijgewoond die gingen over het verdelingsvraagstuk. Het Consultatiedocument bestrijkt een breder onderwerp maar her en der zijn er onderdelen uit die overleggen terug te vinden. Op dit moment meent INSOLAD dat het debat over het verdelingsvraagstuk nog niet is voltooid. INSOLAD spoort de wetgever aan om in samenspraak met het Ministerie van Financiën (i.v.m. het bodem(voor)recht) te komen tot een voorstel waarin de input uit de stakeholdersoverleggen wordt verwerkt. Dit mede gezien de signalen vanuit Europa dat bij de harmonisering van het materiele insolventierecht ook aandacht zal zijn voor

rangorde vraagstukken en preferenties. In dit kader wijst INSOLAD op haar jaarbundel 2022 die binnen afzienbare tijd zal worden gepubliceerd. De bundel is volledig gewijd aan het verdelingsvraagstuk en bevat interessante bijdragen vanuit diverse invalshoeken.

Rente over de periode van faillissement

74. In de afgelopen jaren is de categorie van verifieerbare schulden nader bepaald en opgerekt tot vorderingen ontstaan na datum faillissement maar voortvloeiende uit een voor faillissement reeds bestaande rechtsverhouding (zie in dat verband de arresten inzake Koot Beheer/Tideman³⁸ en Credit Suisse/Jongepier³⁹). Hierdoor is artikel 128 Fw. een vreemde eend in de bijt geworden. Daar waar 128 Fw. voorheen bedoeld was als uitzondering op de regel dat schulden ontstaan na datum faillissement niet verifieerbaar waren (rente was als uitzondering daarop wel verifieerbaar als gedekt door pand of hypotheek), is het nu geworden tot uitzondering op de regel dat schulden ontstaan na faillissement maar voortvloeien uit een reeds bestaande rechtsverhouding, wel verifieerbaar zijn. Er bestaat in de ogen van INSOLAD geen goede reden om rente die na datum faillissement ontstaat maar voortvloeit uit een reeds bestaande rechtsverhouding anders te behandelen dan andere vorderingen die na datum faillissement ontstaan maar voortvloeien uit een reeds bestaande rechtsverhouding. Dat is ook niet de gedachte of rechtvaardiging achter artikel 128 Fw. geweest. In toekomstige wetgevingstrajecten zou wat INSOLAD betreft artikel 128 Fw. kunnen worden geschrapt. Dit zou bovendien tot voordeel hebben dat rente ontstaan na faillissement ook in dat faillissement zou kunnen worden meegenomen in een eventuele uitkering of akkoord. Hierdoor zijn opvolgende faillissementen waarin dan de niet-verifieerbare rente moet worden afgewikkeld, niet langer nodig.

Tenslotte

INSOLAD verzoekt hierbij vriendelijk uw aandacht voor bovenstaande reactie.

Hoogachtend,
namens INSOLAD,

Bart Louwerier (bestuurslid INSOLAD)
Esther Oppedijk van Veen (bestuurslid INSOLAD)
Hanneke De Coninck-Smulders
Floris Dix
Wies van Kesteren

³⁸ Hoge Raad 19 april 2013, *JOR* 2013/224, Koot Beheer/Tideman

³⁹ Hoge Raad 23 maart 2018, *JOR* 2018/254, Credit Suisse/Jongepier

Barbara Rumora-Scheltema
Reinout Vriesendorp (fellow INSOLAD)
Juliette van de Wiel
Christiaan Zijderveld