

# Consultatie betreffende het insolventierecht

Reactie NautaDutilh N.V.

---

15 maart 2022

## 1 INLEIDING

NautaDutilh maakt graag gebruik van de gelegenheid om te reageren op het consultatiedocument betreffende het insolventierecht. Ons kantoor heeft een lange historie op het gebied van insolventierecht en huisvest ook heden ten dage het grootste team in insolventierecht gespecialiseerde advocaten van Nederland.

De schets van de bredere context van het insolventierecht die is opgenomen in hoofdstuk 2 van het consultatiedocument is in grote lijnen herkenbaar. Wel achten wij het nuttig nog enige opmerkingen te maken over het (vormgeven van) insolventierecht in algemene zin.

De rol en inhoud van het insolventierecht zijn geen normatief gegeven, maar zijn de resultante van keuzes die worden gemaakt. Materieelrechtelijk speelt vooral de weging tussen het strikt economische belang van de gezamenlijke schuldeisers en maatschappelijke belangen. Vragen die daar in het bijzonder spelen zijn 'Welke specifieke maatschappelijke belangen (bv. behoud van werkgelegenheid, fraudebestrijding, bescherming van het milieu etc.) moeten meewegen?' en 'Hoe zwaar moeten de onderscheiden maatschappelijke belangen meewegen?'. Daarnaast zijn bij het vormgeven van het insolventierecht ook procedurele belangen (bv. snelheid, kosten, voorspelbaarheid, indringendheid van rechterlijke toetsing etc.) relevant. Ook op dit punt dient een weging plaats te vinden.

De bij het vormgeven van insolventierecht te maken weging kan op verscheidene manieren plaatsvinden. Wij achten van groot belang dat de wetgever zich bij toekomstige wijzigingen van het insolventierecht rekenschap geeft van de verschillende belangen die spelen en telkens expliciet maakt welke weging heeft plaatsgevonden bij het formuleren van de voorgestelde wijziging. Hierna gaan wij voor een aantal concrete punten in op hoe wij die weging zien.

## 2 PREVENTIE

Ondernemers hebben in de meeste gevallen een beeld van de historische financiële positie van de onderneming. Dat is ook logisch vanwege de verplichting om (jaarlijks) terug te kijken op de financiële positie (o.a. de administratieplicht (art. 2:10 BW) en publicatieplicht (art. 2:394 e.v. BW)). Preventie vereist echter een blik op de toekomst, zowel voor de lange termijn als de korte termijn. Dat laatste is in het bijzonder van belang, omdat een staat van insolventie zich kan voordoen door gebrek aan liquiditeit terwijl de vooruitzichten voor de lange termijn positief zijn. Het succesvol voorkomen van liquiditeitsproblemen vereist van ondernemers een pro-actieve houding.

Op dit moment zijn er geen concrete regels die ondernemers verplichten pro-actief te zijn. Het initiatief wordt gelaten aan de ondernemers. Bij goed ondernemerschap past – ook als het financieel goed gaat – het periodiek in kaart brengen van de actuele liquiditeitspositie, door weergave van de kaspositie, ruimte onder kredietfaciliteiten en (mogelijke) andere bronnen van liquiditeit, en een liquiditeitsprognose over een voorzienbare periode, zodat voor ondernemers duidelijk is wat 'er in en uit' gaat. Een dergelijke prognose wordt thans in bepaalde situaties al

voorgeschreven (zie bijvoorbeeld artikel 2:216 lid 3 BW).

Als de problemen al zijn ontstaan, dan geldt voor het verhelpen van die problemen en daarmee het voorkomen van een deconfiture hetzelfde. Er zijn geen regels die ondernemers in dat soort situaties verplichten bepaalde handelingen te verrichten. Hoogstens zijn er uitgangspunten wat ondernemers niet mogen doen, maar dat is voornamelijk vanuit het oogpunt van hun eigen persoonlijke aansprakelijkheid als bestuurder in plaats van als ondernemer.

Leidt deze constatering ten aanzien van het juridische framework voor de preventie van een faillissement tot de conclusie dat er *hard and fast rules* nodig zijn voor ondernemers? Naar onze mening zeer zeker niet.

Ondernemers in Nederland hebben over het algemeen een grote mate van vrijheid om naar eigen inzicht te handelen, hetgeen een waardevol uitgangspunt is onder andere bij het vinden van een oplossing voor een onderneming met financiële problemen. Ook de hoge drempel om uiteindelijk te komen tot persoonlijke aansprakelijkheid van een bestuurder is daarbij behulpzaam.

Striktere regels over hoe ondernemers zouden moeten handelen in een situatie van financiële moeilijkheden, werkt naar onze mening averechts. In plaats van dat de focus ligt op het voorkomen van een faillissement, komt deze dan te liggen op het nauwkeurig volgen van de regels om zo te voorkomen dat men uiteindelijk persoonlijk aansprakelijk wordt gesteld. Dat is op geen enkele manier bevorderlijk voor de onderneming en voor de daarbij betrokken stakeholders. Het huidige systeem met veel vrijheid om naar eigen inzicht in het belang van die onderneming en stakeholders te handelen is een groot goed en moet voorop staan (zeker in verhouding tot de mogelijkheid om bestuurder persoonlijk aansprakelijk te stellen).

Denkbaar is echter wel een *nudge*; het stimuleren van gewenst gedrag zonder gebruik te maken van strikte regels en sancties. Zo zou aan de administratieplicht van art. 2:10 BW kunnen worden toegevoegd een beschrijving van de actuele en toekomstige liquiditeitspositie van de onderneming. En in het verlengde daarvan het opstellen van een plan als die positie niet positief lijkt te zijn. Dit stimuleert ondernemers periodiek na te denken over de toekomst en te handelen als er iets mis dreigt te gaan. Niettemin kan de ondernemer dit op eigen wijze invullen. Immers, de toekomst ziet er voor iedere onderneming anders uit en een *'one size fits all'* aanpak past hier niet bij. Deze *nudge* is echter niet geheel vrijblijvend. Het niet voldoen aan de administratieplicht zou een aanwijzing kunnen zijn voor kennelijk onbehoorlijk bestuur zonder dat daarbij de hoge drempel voor het daadwerkelijk aansprakelijk stellen van bestuurders wordt aangepast.

Voor het implementeren van een *turnaround* plan is geen aanvullende regelgeving nodig. Indien de ondernemer kan onderbouwen dat sprake is van een 'incident', of van een duurzaam tekort, en het plan voorziet in een oplossing daarvoor met inachtneming van de belangen van de belangrijkste stakeholders, dan zou het implementeren daarvan, alsmede de benodigde financiering geen probleem hoeven zijn. Dit geldt dan ook voor het uiteindelijk voldoen aan de voorwaarden van zo'n extra financiering (bijv. extra zekerheden), omdat alle betrokkenen op dat moment hetzelfde belang zouden moeten hebben. De WHOA biedt vervolgens mogelijkheden

indien enkele betrokkenen (een duidelijke minderheid) geen medewerking wensen te verlenen aan een goed plan. Het ingrijpen in de commerciële verhoudingen van marktpartijen door regels te stellen of door te tornen aan de 'waterval' (de overeengekomen volgorde waarin opbrengsten onder financiers worden verdeeld) (bijv. door een 'priming lien' zoals in de Verenigde Staten) is onnodig. En zou ook weer averechts kunnen werken. Immers, als een ondernemer wordt geholpen ten koste van de bestaande financiers financiering aan te trekken die op grond van de wet hoogste in rang is ten opzichte van andere financiers, dan neemt dit de *incentive* weg voor de ondernemer om die bestaande financiers te overtuigen diezelfde financiering te verstrekken op basis van een goed plan. Overigens zou zo'n regel uitermate onvriendelijk zijn ten opzichte van zekerheidsgerechtigden, hetgeen haaks staat op het huidige financieringsklimaat in Nederland.

Wij zien ook geen aanleiding een verhoogde zorgplicht te leggen op financiers of andere stakeholders in een onderneming of op andere wijze in te grijpen in het huidige stelsel. Het bestuur is verantwoordelijk voor de financiële gang van zaken. Dat vergt onder meer dat het bestuur op basis van een pro-actieve houding de financiële situatie van de onderneming in de gaten houdt en waar nodig stappen neemt om financiële problemen op te lossen, eventueel onder begeleiding van financiële en/of juridische adviseurs. Het tornen aan dit uitgangspunt – anders dan wellicht door middel van de hierboven genoemde *nudge* - lijkt ons onwenselijk en onnodig, en werkt juist averechts.

### 3 INSOLVENTIEPROCEDURES

#### 3.1 Optimalisering van insolventieprocedures

Met de invoering van de WHOA bestaan er in Nederland drie insolventieprocedures voor ondernemingen (die ook op bijlage A van de Insolventieverordening staan)<sup>1</sup>, te weten: het faillissement, surseance van betaling en de WHOA-procedure.

De WHOA en de surseance van betaling hebben (voornamelijk) een preventief en herstructurerend karakter en het faillissement heeft dat in beginsel niet. De WHOA kan evenwel ook worden ingezet om een liquidatieakkoord tot stand te brengen. Voor het faillissement geldt ook dat dit ook in het kader van herstructureringen pleegt te worden ingezet. Voor de surseance van betaling geldt dat wordt onderkend dat daarvan geen optimaal gebruik wordt gemaakt, omdat surseance van betaling vaak te laat wordt aangevraagd en het bereik van de regeling van surseance van betaling (te) beperkt is (zie ook hierna). Daarmee valt op dat de verschillende insolventieprocedures voor verschillende doelen en door elkaar worden gebruikt en de praktijk zich op die manier probeert te redden om een zo optimaal mogelijk resultaat te bereiken.

Wat opvalt is dat de ingangstoets voor de WHOA (art. 370 lid 1 Fw) anders is geformuleerd dan de ingangstoets voor de voorlopige surseance van betaling (art. 214 jo. 215 Fw). Het lijkt zo dat de ingangstoets voor de WHOA strenger is dan voor de surseance van betaling, hetgeen de toegankelijkheid van de WHOA-procedure niet ten goede komt en mogelijk, ten onrechte en niet

---

<sup>1</sup> Bij de WHOA betreft dit de openbare procedure.

beoogd, beperkend werkt. Volgens ons zou de ingangstoets voor de voorlopige surseance van betaling en de WHOA gelijk moeten zijn. Een belangrijk verschil tussen de WHOA en de surseance van betaling is dat de surseance van betaling en een surseanceakkoord alleen bindend is/geldt voor concurrente schuldeisers. De WHOA kent deze beperking niet en een WHOA-akkoord kan ook gelden voor preferente schuldeisers, schuldeisers met zekerheidsrechten en zelfs aandeelhouders. Wil de surseance van betaling nog zelfstandige meerwaarde hebben buiten de WHOA dan dient naar onze mening het bereik van het surseanceakkoord te worden uitgebreid naar alle schuldeisers en aandeelhouders. Een belangrijke beperking die de WHOA kent in vergelijking met de surseance van betaling is dat arbeidsovereenkomsten niet kunnen worden beëindigd en aangepast (art. 369 lid 4 Fw), daar waar dit onder de surseance van betaling wel kan, met inachtneming van hetgeen is bepaald in art. 239 Fw. De WHOA kent een regeling die de beëindiging van duurovereenkomsten regelt (art. 373 Fw) die de surseance van betaling niet kent. Wij zien dat de verschillende insolventieprocedures verdeeld over de verschillende regelingen goede elementen kennen die op dit moment niet optimaal kunnen worden toegepast.

Naar onze mening moeten de drie insolventieprocedures worden aangepast zodat daarvan op de meest optimale wijze gebruik kan worden gemaakt. Hierna bespreken wij in hoofdlijnen de contouren van deze procedures. Voor de akkoorden binnen deze procedures geldt dat die in beginsel (kunnen) gelden voor alle soorten schuldeisers en verschaffers van vermogen (zoals aandeelhouders).

1. De op herstructurering gerichte procedure waarbij werknemers geen rol spelen: deze (lichte) herstructureringsprocedure is vergelijkbaar met de huidige WHOA waarbij alleen de ingangstoets gelijk zou moeten zijn aan die van de tweede insolventieprocedure hieronder beschreven. Bij de op herstructurering gerichte procedure kunnen de rechten van werknemers niet worden aangepast/aangetast. Overeenkomsten van de schuldenaar, anders dan arbeids- en evt. pensioenovereenkomsten, kunnen onder deze procedure tussentijds worden opgezegd als de contractant niet met een wijziging akkoord gaat, zoals dat nu ook mogelijk is (art. 373 Fw). De rechten van werknemers kunnen niet worden aangepast en aangetast. Deze beperking kan eventueel ook voor pensioenovereenkomsten gelden zoals de Hoge Raad recent heeft geoordeeld.<sup>2</sup>
2. De op herstructurering of liquidatie gerichte procedure waarbij werknemers wel een rol spelen: deze procedure is vergelijkbaar met de surseance van betaling, met dien verstande dat het akkoord binnen deze procedure (zoals in de aanhef beschreven) voor alle bij de schuldenaar betrokken verschaffers van vermogen geldt en ook gericht kan zijn op liquidatie. In aanvulling op de onder 1. hiervoor beschreven procedure, kunnen de rechten van werknemers worden aangepast en aangetast. Omdat sprake is van aanpassing en/of aantasting van rechten van werknemers dient er meer en duidelijker toezicht te zijn van de toezichthouder binnen de procedure (zie ook par. 0 hierna) en ruimere bevoegdheden van een door de rechter benoemde functionaris, zoals de bewindvoerder bij surseance van betaling. Deze procedure is er ook nadrukkelijk voor om een doorstart te bewerkstelligen

---

<sup>2</sup> HR 25 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:328.

waarbij een reductie van het personeelbestand noodzakelijk is. Wanneer het doel van de procedure liquidatie van de schuldenaar is en bepaalde activiteiten in een andere entiteit kunnen worden voortgezet, zouden de regels omtrent overgang van onderneming niet moeten gelden, mits de werknemers aanvullende bescherming genieten zoals voorgesteld in het wetsvoorstel Wet overgang van onderneming in faillissement.

3. De faillissementsprocedure: met de aanpassing/introductie van de onder 1. en 2. beschreven procedures wordt de derde procedure de faillissementsprocedure in de meest basale vorm. Deze procedure is in beginsel uitsluitend gericht op liquidatie van het vermogen van de schuldenaar door de curator onder toezicht van een toezichthouder. In het kader van het vormgeven van een nieuwe regeling kan ook de rechtspraak over misbruik van een eigen faillissementsaanvraag worden gecodificeerd.<sup>3</sup> Ook kan worden overwogen om het (nog steeds) strikt gehanteerde pluraliteitsvereiste te herzien en meer in lijn te brengen met de ingangscriteria van de procedures onder 1. en 2., zeker daar waar het pluraliteitsvereiste een obstakel is voor een schuldeiser voor wie het onmogelijk is om individueel verhaal te nemen op het actief van de schuldenaar.

---

<sup>3</sup> vgl. HR 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3636 (*Hoeksma q.q./Trade*).

Zie hieronder een schematische weergave van de belangrijkste kenmerken van de drie (voorgestelde) procedures:

	1. Financiële herstructurering	2. Financiële en operationele herstructurering/ liquidatie	3. Liquidatie
<b>Ingangstoets</b>	aannemelijk dat zal worden opgehouden met betalen	aannemelijk dat zal worden opgehouden met betalen	opgehouden met betalen (evt. zonder pluraliteit van schuldeisers)
<b>Beschikkingsbevoegdheid vermogen schuldenaar</b>	schuldenaar	schuldenaar en bewindvoerder gezamenlijk	curator
<b>Akkoord</b>	alle schuldeisers en vermogensverschaffers (m.u.v. werknemers), cross class cram down	alle schuldeisers en vermogensverschaffers (m.u.v. werknemers), cross class cram down	alle schuldeisers en vermogensverschaffers (m.u.v. werknemers), cross class cram down
<b>Tussentijdse beëindiging duurovereenkomsten</b>	Na homologatie en afwijzing van wijzigingsverzoek	Onder toezicht	Onder toezicht
<b>Tussentijdse beëindiging arbeidsovereenkomsten</b>	n.v.t.	Onder toezicht	Onder toezicht
<b>Overgang van onderneming</b>	Ja	Nee, met aanvullende bescherming (WOVO)	Nee, met aanvullende bescherming (WOVO)
<b>Afkoelingsperiode</b>	maximaal 4 maanden met mogelijk 4 maanden verlenging	maximaal 4 maanden met mogelijk 4 maanden verlenging mits gericht op herstructurering en niet liquidatie	maximaal 2 maanden met mogelijk 2 maanden verlenging

## 3.2 Het toezicht van de rechter-commissaris

De invloed van de schuldeisers en het toezicht van de rechter-commissaris zijn twee belangrijke onderwerpen ten aanzien waarvan wij menen dat structurele wijzigingen geboden zijn. Beide aspecten hangen nauw met elkaar samen, maar kennen ook hun eigen specifieke elementen. Hierna wordt eerst ingegaan op het toezicht van de rechter-commissaris en daarna op de invloed van de schuldeisers; beide onderdelen dienen echter nadrukkelijk in samenhang te worden beschouwd.

### *Huidige systeem kent ernstige bezwaren*

Aan de huidige inrichting van het toezicht door de rechter-commissaris zijn ernstige bezwaren verbonden. De rechter-commissaris is betrokken bij het vaststellen van het beleid in het faillissement en de daarmee gepaard gaande doelmatigheidsafwegingen. Hij heeft bovendien een intensieve en vertrouwelijke werkrelatie met de curator, niet alleen uit het betreffende faillissement, maar ook uit de gelijktijdig of eerder behandelde andere faillissementen, en/of uit hoofde van kantoor gesprekken. De toezichts- en adviestaken die de rechter-commissaris vervult en zijn verhouding tot de curator hebben meer gemeen met de rol van een commissaris bij een vennootschap dan van een rechter.

Dit maakt de rechter-commissaris ongeschikt om als onpartijdige en onafhankelijke rechter op te treden in geschillen rond het faillissement. Dit is des te ernstiger omdat de schuldeisers en andere belanghebbenden geen wezenlijke andere middelen hebben om invloed uit te oefenen op de gang van zaken in het faillissement. Schuldeisers en de schuldeiserscommissie hebben geen enkele zeggenschap over het te voeren beleid en zijn voor het bevorderen van hun belangen in het geval van een meningsverschil met de curator aangewezen op een rechtsgang die via de rechter-commissaris loopt.

De beslissingen van een rechter-commissaris worden in hogere instantie ten onrechte gepercipieerd als rechterlijke beslissingen, waarbij uit het oog wordt verloren dat zij niet voldoen aan de daarvoor geldende standaard.

### *Oplossingen*

De kern van de oplossing ligt wat ons betreft in een frisse blik op de vraag wie het toezicht op de *doelmatigheid* van het beleid van de curator zou moeten uitoefenen. Wij menen dat het niet meer van deze tijd is dat hiervoor een rechter wordt vrijgemaakt, en dat rechterlijke inmenging beperkt zou moeten blijven tot een toetsing van de *rechtmatigheid* (zoals ook in Duitsland het geval is, zij het dat daar een lacune bestaat voor de doelmatigheidstoetsing, waarvoor wij de hierna te bespreken oplossing voorstaan).

De toetsing van het handelen van de curator zou in zijn geheel kunnen worden ondergebracht bij de schuldeiserscommissie. Dat vereist dan wel een (forse) uitbreiding van de bevoegdheden van de schuldeiserscommissie, en bovendien dient gewaarborgd te worden dat schuldeisers eenvoudig kunnen bewerkstelligen dat een dergelijke commissie wordt ingesteld.



Bij het onderbrengen van de doelmatigheidstoetsing bij de schuldeiserscommissie spelen echter twee mogelijke problemen: (i) de belangen van diverse groepen schuldeisers zijn vaak tegengesteld en ook maatschappelijke belangen dienen in de besluitvorming te worden betrokken en (ii) er zijn veel kleine faillissementen waarin de schuldeisers geen behoefte hebben om een toezichthoudende rol te vervullen, terwijl ook in die faillissementen de governance op orde dient te zijn.

Een andere optie zou daarom kunnen zijn om het toezicht onder te brengen bij een (nieuw op te richten) bestuursorgaan; de Autoriteit Faillissement. Toetsing van de besluiten van dat bestuursorgaan zou vervolgens kunnen plaatsvinden door de rechter in een procedure waarin partijen op gelijke voet tegenover elkaar staan. Voor de rechter-commissaris is dan geen rol meer weggelegd; het toezichthoudende bestuursorgaan zou ook de curatoren kunnen benoemen, zodat toezicht en aanstellingsbevoegdheid in één hand blijven.

Denkbaar is ook een combinatie tussen de twee bovengenoemde opties, waarbij de toezichthoudende taak primair bij de schuldeiserscommissie is belegd, maar deze taak verschuift naar het bestuursorgaan indien schuldeisers afzien van het instellen van een schuldeiserscommissie. In deze constructie dient ingrijpen van de Autoriteit Faillissement op grond van doelmatigheidsoverwegingen met terughoudendheid plaats te vinden (omdat ervan uitgegaan mag worden dat indien schuldeisers onvoldoende belangstelling tonen om tot instelling van een schuldeiserscommissie over te gaan, de doelmatigheidsbeoordeling primair aan de curator overgelaten kan worden).

Bij verschil van mening dient hoger beroep op de rechtbank open te staan. Deze toetst doelmatigheidsbeslissingen van de schuldeiserscommissie respectievelijk de Autoriteit Faillissement slechts door middel van een rechtmatigheidscontrole (waaronder controle op belangenconflicten resp. algemene beginsel van behoorlijk bestuur). Het beroep van andere belanghebbenden (zoals individuele schuldeisers) op de rechtbank blijft ongewijzigd, met dien verstande dat hier dezelfde beperkingen gelden ten aanzien van de omvang van de toetsing.

### **3.3 Invloed van schuldeisers**

Voor zover hetgeen hiervoor in par. 0 met betrekking tot de positie van de schuldeisers in een faillissement naar voren is gebracht een te ingrijpende wijziging wordt geacht, dient met betrekking tot deze positie in onze ogen in ieder geval het navolgende te gelden.

#### *Achtergrond en uitgangspunt*

Zoals in het consultatiedocument voorop wordt gesteld, treedt de curator op als belangenbehartiger van de gezamenlijke schuldeisers. Zijn hoofdtaak is het beheren en vereffenen van het vermogen van de schuldenaar en het verdelen van de opbrengst onder de schuldeisers conform de wettelijke rangorde.

Tegen die achtergrond ligt het voor de hand dat die uiteindelijk belanghebbenden – de

schuldeisers – ook de nodige invloed kunnen uitoefenen op de gang van zaken in het faillissement en, waar nodig, de curator kunnen terugfluiten. De huidige Faillissementswet biedt weliswaar op papier de mogelijkheid voor schuldeisers om een dergelijke invloed uit te oefenen, maar in de praktijk werken deze regels onvoldoende.

Het komt zeker voor dat de curator zelf het initiatief neemt om contact te leggen met de schuldeisers en na te gaan hoe hun belangen het best geadresseerd worden. Er bestaat daartoe echter geen verplichting. Het komt echter ook voor dat een curator niet of nauwelijks open staat voor overleg met of beïnvloeding door de schuldeisers. Wanneer schuldeisers, ongeacht de bereidheid van de curator tot overleg, hun invloed willen doen gelden moeten zij daartoe de mogelijkheid hebben. Er zijn ook genoeg situaties waarin de schuldeisers evident belang hebben zelf nauw(er) betrokken te worden bij de afwikkeling van het faillissement, bijvoorbeeld om de afwikkeling efficiënter te laten verlopen of bij te dragen aan een hogere opbrengst. Zo kunnen schuldeisers over specifieke kennis over de branche beschikken, die de curator niet heeft. Ook is denkbaar dat de schuldeisers het handelen van de curator willen bijsturen, bijvoorbeeld om onnodige kosten (denk aan procedures of uitgebreide onderzoeken) te voorkomen.

### *Huidige situatie*

De Faillissementswet bepaalt dat ieder der schuldeisers bij de rechter-commissaris kan opkomen tegen elke handeling van de curator (art. 69 Fw). Ondanks de ruime aanduiding van 'ieder der schuldeisers', vallen boedelschuldeisers hier niet onder. De gedachte hierachter is dat zij hun eigen belangen kunnen en moeten behartigen, omdat ze een directe aanspraak tegen de boedel hebben. In de praktijk is dit echter niet zo eenvoudig. Bovendien valt niet in te zien waarom boedelschuldeisers via een andere route invloed zouden moeten uitoefenen op het faillissement dan de prefaillissementsschuldeisers.

Tegen de beschikking van de rechter-commissaris is gedurende vijf dagen hoger beroep bij de rechtbank mogelijk (art. 67 Fw). Uit een in 2020 uitgevoerd onderzoek naar jurisprudentie in de periode 2009 t/m 2019 en uit navraag bij spelers in de markt, komt echter het beeld naar voren dat de kans op een succesvol artikel 67 Fw-beroep bijzonder klein is.<sup>4</sup>

Verder kan, zolang de verificatievergadering nog niet heeft plaatsgevonden, de rechtbank een voorlopige schuldeiserscommissie instellen die de curator van advies voorziet (art. 74 Fw). De rechtbank kan hiertoe overgaan, indien naar haar mening de omvang of de aard van het faillissement daartoe aanleiding geeft. In de praktijk lijken de verzoeken tot instelling van een voorlopige schuldeiserscommissie niet vaak te worden gehonoreerd, zeker als de curator zich daartegen verzet.<sup>5</sup> Juist in dergelijke situaties, namelijk bij een 'tegenwerkende' curator, is de mogelijkheid tot actieve betrokkenheid van de schuldeisers des te belangrijker. Het gaat immers bij de afwikkeling van de boedel primair om *hun* belang.

---

<sup>4</sup> Mr. R.J. van Galen en T.B. de Clerck, 'Artikel 67 F: een kansloze exercitie?', bijdrage in het Insolad Jaarboek 2020 De Curator en het Faillissementsproces(recht).

<sup>5</sup> Zie bijvoorbeeld HR 6 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1338 (JOR 2014/280), waarin het verzoek om de instelling van een crediteurencommissie in het faillissement van Ger Visser, de bestuurder van Eurocommerce, werd afgewezen. Prof. mr. F.M.J. Verstijlen constateert ook in de Groene Serie Faillissementswet dat, afgaand op de gepubliceerde jurisprudentie, de verzoeken tot instelling van een voorlopige commissie vaak niet worden gehonoreerd (GS Faillissementswet, art. 74 Fw, aant. 2).

De mogelijkheid van art. 84 Fw ten slotte biedt ook weinig soelaas. Op grond van dit artikel wordt een vergadering van schuldeisers zo dikwijls gehouden als de rechter-commissaris dit nodig oordeelt of als daartoe een verzoek wordt gedaan door de schuldeiserscommissie – die zoals zojuist geconstateerd zelden wordt ingesteld – of door 1/5<sup>e</sup> van de erkende en voorwaardelijk toegelaten schuldvorderingen. Dit laatste vereist dat de verificatievergadering al heeft plaatsgevonden, hetgeen in de praktijk vaak niet of pas nadat de meeste handelingen zijn verricht gebeurt.

### *Suggesties voor verbetering positie schuldeisers*

Tegen de hiervoor geschetste achtergrond geven wij de wetgever in overweging de positie van schuldeisers significant te verstevigen gedurende de gehele looptijd van het faillissement, zodat de uiteindelijk belanghebbenden daadwerkelijk de mogelijkheid hebben invloed uit te oefenen op het beheer en de afwikkeling van de boedel.<sup>6</sup>

Dat begint ermee dat geen onderscheid meer wordt gemaakt tussen boedelschuldeisers en prefaillissementsschuldeisers voor de wijze waarop zij invloed kunnen uitoefenen.

Boedelschuldeisers kunnen evenzeer belang hebben bij bijvoorbeeld het aanzoeken van de rechter-commissaris of deelname aan een schuldeiserscommissie.

Daarnaast zou de wijze waarop schuldeisers invloed kunnen uitoefenen, eenvoudiger moeten worden. Als uitgangspunt zou moeten gelden dat als een of meerdere schuldeisers kenbaar maken dat zij nauwer betrokken willen worden bij de afwikkeling van het faillissement, een dergelijk verzoek wordt ingewilligd, tenzij zwaarwegende belangen zich daartegen verzetten. Een dergelijk belang kan overigens niet zijn dat de curator er eenvoudigweg niet op zit te wachten.

Tot slot menen wij dat de bevoegdheden van de schuldeisers moeten worden uitgebreid. Zo bestaat op dit moment de voornaamste taak van een schuldeiserscommissie uit het geven van advies, maar de curator is hier niet aan gebonden (art. 79 Fw). Overwogen kan worden het adviesrecht ten aanzien van diverse onderwerpen uit te breiden naar een instemmingsrecht (vergelijk de bevoegdheden van een ondernemingsraad). Ook zouden schuldeisers nader betrokken kunnen worden bij het door de rechter-commissaris uit te oefenen toezicht. De rechter-commissaris wordt momenteel in zijn besluitvorming in belangrijke mate of zelfs uitsluitend door de curator van informatie voorzien. Een dergelijke eenzijdige informatievoorziening is onvoldoende basis voor effectief toezicht.

## **4 LOPENDE EN TOEKOMSTIGE WETGEVINGSTRAJECTEN**

### **4.1 Regulering van de duur van insolventieprocedures**

De lange duur van de meeste faillissementsprocedures wordt in het consultatiedocument niet

---

<sup>6</sup> Niet elke schuldeiser in elk faillissement heeft behoefte aan het kunnen uitoefenen van invloed. De schrijvers van deze consultatiereactie sluiten hier een zekere kip-en-ei situatie niet uit (een schuldeiser die verwacht toch geen daadwerkelijke invloed te kunnen uitoefenen wil er wellicht niet eens aan beginnen), maar het cruciale punt is dat schuldeisers die invloed willen kunnen uitoefenen daartoe op een zinvolle en effectieve wijze de mogelijkheid dienen te hebben.

vermeld. Een faillissementsprocedure duurt in veel gevallen vele jaren. Ook in vergelijking met andere landen duurt een faillissementsprocedure in Nederland gemiddeld lang. Voor zover de Faillissementswet termijnen stelt, worden deze in de praktijk niet gerespecteerd.

Problematisch zijn de volgende aspecten:

- Het duurt in veel gevallen lang voordat een (eerste en voorlopige) uitdeling aan schuldeisers plaats vindt.
- Sommige betrokkenen partijen verkeren lang in onzekerheid over hun rechtspositie. In het bijzonder:
  - Bestuurders voor wie een aansprakelijkheidsclaim dreigt.
  - Gesecureerde schuldeisers wier zekerheden worden betwist.
  - De bank die zich door verrekening heeft verhaald op bedragen die rond de faillissementsdatum zijn gecrediteerd.
  - Partijen met wie de gefailleerde aan de vooravond van de faillietverklaring transacties is aangegaan.
  - Concurrente schuldeisers wier vorderingen worden betwist.
- De lange duur van procedures resulteert in veel gevallen ook in extra kosten voor de boedel.

In de praktijk gaan er vaak vele jaren overheen alvorens een curator overgaat tot het uitbrengen van een dagvaarding. Waar de vordering van de curator kan resulteren in een terugbetaling of een afdracht aan de boedel, leidt de verschuldigdheid van wettelijke rente over dat bedrag tot disproportionele risico's voor de wederpartij. Voor oud-bestuurders is heel problematisch dat curatoren eerst een aantal jaren lang onderzoek naar wanbeleid plegen te doen, en al die tijd de mogelijkheid van een aansprakelijkstelling open houden; de mogelijke claims hangt als een zwaard van Damocles gedurende vele jaren boven hun hoofd, wat zeer belastend kan zijn voor hen persoonlijk en voor hun mogelijkheden elders als bestuurder of toezichthouder actief te worden.

Het is wenselijk dat richtlijnen worden ontwikkeld en gehandhaafd, die het handelen van curatoren in de tijd beogen te reguleren. Die richtlijnen kunnen de vorm krijgen van wettelijke vervaltermijnen, maar ook de vorm van soft law, zoals Recofa-richtlijnen.

Een curator behoeft machtiging van de rechter-commissaris alvorens in rechte op te treden (art. 68 lid 3 Fw). Goed denkbaar is dat landelijk termijnen worden gehanteerd waarbinnen de curator over moet gaan tot het uitbrengen en het aanbrengen van een dagvaarding, behoudens bijzondere omstandigheden. De volgende termijnen lijken redelijk:

Rechtsvordering	Termijn (in maanden)
aansprakelijkstelling van bestuurders	12 of 18
vernietiging in rechte van (mogelijk) Paulianeuze transacties	12
vaststelling van de rechtsgeldigheid van verstrekte zekerheden betreft, alsmede van verrekening in rekening-courant	6 of 12

Een bijzondere omstandigheid die een langere termijn voor het uitbrengen van een dagvaarding door de curator kan rechtvaardigen, zou actieve tegenwerking van de wederpartij kunnen zijn.

Waar de curator door tijdsverloop wordt beperkt in het instellen van een rechtsvordering, zou de curator ook belet moeten worden zich bij wijze van verweer op het standpunt te stellen dat een transactie paulianeus was, een verrekening niet rechtsgeldig, of zekerheid nietig.

De richtlijnen zouden eveneens voor een surseance van betaling moeten gelden. Voor een WHOA-traject gelden reeds diverse wettelijke termijnen.

NautaDutilh N.V.  
Restructuring & Insolvency Team

Robert van Galen  
Teun Struycken  
Barbara Rumora-Scheltema  
Marc Orval  
Catrien Rozeman  
Tom de Clerck  
Saskia Heumakers  
Jochem Hummelen  
Boudewijn Smit  
Linda Tomassen  
Bart Wijnstekers  
Robert Woudenberg