

Het wetsvoorstel in het kader van de Wet modernisering faillissementsprocedure biedt interessante wijzigingen. Ik heb, als curator in de standaard-curatorenpraktijk, wel een aantal kanttekeningen, maar vooral vragen.

NULLEN EN ENEN

Allereerst valt op dat de wetgever met de tijd mee wil. Nieuwe media (websites, chat, Skype!) krijgen een plek in de faillissementsafwikkeling, hetgeen te prijzen valt. Ik heb zelf enige ervaring met het KEI-project insolventies, en die ervaring is overwegend positief, al verwacht ik dat het nog een hele toer wordt om het hele spectrum van curatoren en r-c's in het keurslijf van dit systeem te persen.

Het KEI-project ziet (voor insolventies althans) op de communicatie tussen rechter-commissaris en curator, in de voorliggende wetswijziging gaat de aandacht uit naar communicatie met crediteuren. Communicatie met crediteuren draagt bij aan verbetering van draagvlak bij crediteuren en het grote publiek. En daar is zeker nog veel winst te behalen, curatoren hebben een slechte naam en dat komt voor een groot deel omdat zij vaak niet lijken te zien dat de communicatie met schuldeisers veel van de pijn verlicht.

In het wetsvoorstel wordt het mogelijk gemaakt om die communicatie met ict-platforms te laten verlopen. Volgens mij is het na deze wetswijziging aan de beroepsgroep van curatoren om hier invulling aan te geven en een dergelijk platform te ontwikkelen. De kosten zijn relatief beperkt: kleine moeite, groot plezier. M.i. is daar overigens zelfs niet een wetswijziging voor nodig, maar hebben de curatoren deze kans tot op heden laten liggen. Het geeft bovendien een schat aan informatie (big data) die op allerlei manieren (gecontroleerd) kan worden aangewend. De rechtspraak bouwt met het KEI-project een enorme databank op: de curatoren kunnen niet achterblijven.

In hoeverre is de mogelijkheid van digitale communicatie afgestemd op de regelgeving omtrent ict-communicatie? Mag een curator (ongevraagd) crediteuren per mail benaderen met de kennisgeving van het faillissement? En moet de curator dan een opt-out mogelijkheid meegeven? Hoe moeten de privacy-regels door de curator worden ingevuld? Mag je crediteurenlijsten met naam en toenaam publiceren op internet? Heb je als curator een privacyfunctionaris nodig? Deze vragen spelen overigens ook nu al, zonder de beoogde wetswijziging. Maar als je het wettelijk regelt, moet je ook deze zaken regelen.

GROTE FAILLISSEMENTEN, KLEINE PROCENTEN

En dan de aandacht die wordt besteed aan de afwikkeling van grote faillissementen. DSB en zo. Wat is eigenlijk een groot faillissement? Wordt het niet eens tijd om te onderkennen dat de faillissementspraktijk in Nederland vele malen groter is dan die enkele grote vis? Vraag het aan elke rechter-commissaris: de werkbelasting ligt juist bij die kleine en middelgrote faillissementen.

Ook in de middelgrote faillissementspraktijk heb je te maken met veel crediteuren, maar ook met een veelvoud aan afwikkelprocedures.

CREDITEUREN

Er verandert veel met betrekking tot crediteuren in een faillissement. Om te beginnen wordt er een verplichting ingevoerd voor de curator om de bekende schuldeisers in kennis te stellen van het faillissement.

Het is staande praktijk dat de curator de bekende crediteuren aanschrijft en een meer genuanceerde regeling staat in de praktijkregels voor curatoren van Insolad. Als van die praktijk een wettelijke verplichting wordt gemaakt, dan wint niemand daar iets mee, maar zadel je de curator met een verplichting (en risico!) op. Op dit moment is glashelder waar de verantwoordelijkheid voor het indienen ligt en met deze nieuwe regels ontstaat onduidelijkheid over risico en verantwoordelijkheid van niet-indiening.

In de praktijkregels van Insolad 1.6.1. staat voorts: wanneer de kosten van het aanschrijven van de crediteuren in geen enkele verhouding staat tot het beschikbare boedelactief, kan de curator besluiten niet over te gaan tot het aanschrijven van alle crediteuren. Is die keuzemogelijkheid er straks niet meer? Zo spoedig mogelijk nog wel, alsof een curator bij aanvang van het faillissement niets anders te doen heeft. Nog een verplichting erbij voor de curator. Hoe moet die kennisgeving plaatsvinden? Per mail? Of mag dat alleen in grote faillissementen zoals lijkt te volgen uit de MvT (en uit het aangehaalde arrest, maar is dit niet juist de gelegenheid om meer flexibele regels te formuleren omtrent de wijze van communicatie)?

Wat is een “bekende crediteur”? Geldt de verplichting ook ten aanzien van te betwisten vorderingen? De vooruitbetalende klant wiens naam misschien wel te achterhalen is, maar wiens (e-mail)adres niet bekend is? Geldt de verplichting ook als aanstonds duidelijk is dat er een lege boedel is en nooit een verificatievergadering zal worden gehouden? Wie draagt de kosten van deze kennisgevingen? Wat gebeurt er als de kennisgeving niet heeft plaatsgevonden of de crediteur niet heeft bereikt en de crediteur niet binnen de termijn zijn vordering indient? Heeft de curator dan verwijtbaar gehandeld? Wat als de kennisgeving als onbestelbaar retour komt vanwege een onjuist/oud adres in de administratie van de gefailleerde? Moet de curator in een lege boedel op zoek naar crediteuren om aan zijn verplichting te voldoen? Ik zie niet goed in waarom het gerechtvaardigd is om de curator een extra verplichting op te leggen omdat de termijn van indiening van een vordering voor crediteuren wordt beperkt. Het is de verantwoordelijkheid van de crediteur en niet van de curator dat hij zijn rechten kenbaar maakt bij de curator.

De bevoegdheid van de curator om crediteuren op de lijst te plaatsen volg ik niet. Het komt een enkele keer wel eens voor dat een crediteur abusievelijk geen vordering indient. Vaak heeft die crediteur al wel een kennisgeving ontvangen. Maar wat als de crediteur niet op de lijst wil komen te staan?

Uit de MvT volgt een extra zorgvuldigheidsplicht voor de curator. Nog een verplichting voor de curator jegens de crediteuren.

Crediteuren worden vaak al als pm-post genoteerd door de curator op de crediteurenlijsten. Dan worden ze niet “vergeten” bij de afwikkeling. Een curator kan dan nog een rappel sturen en de crediteur wijzen op zijn bevoegdheid. Met dit systeem wordt het onduidelijk wie wat van wie mag verwachten. Ik signaleer een grijs gebied waar de praktijk juist zo gebaat is bij duidelijkheid over de status (van indiening) van vorderingen.

En helemaal ingewikkeld wordt het als de curator eigener beweging een vordering op de lijst plaatst als erkende crediteur, om die vervolgens weer te verwijderen (mag dat?) of te betwisten. Waar mag de crediteur dan op rekenen?

Een maximering van de termijn voor indiening lijkt mij op zichzelf niet onwenselijk, maar de vraag is wat het de praktijk helpt. Ik vind eerlijk gezegd de wens van rechtszekerheid niet zo overtuigend. Die rechtszekerheid is er net zo goed als de rechter-commissaris een termijn voor indiening vaststelt (hetgeen slechts gebeurt als er ook een verificatievergadering wordt bepaald en dan op de voet van artikel 108 Fw). Waarom op een eventuele verificatievergadering vooruitlopen met allerlei verplichtingen als die verificatievergadering in meer dan 95% van de gevallen nooit plaatsvindt?

ARTIKEL 69 FW. VOOR BOEDELcrediteuren

De mogelijkheid van de rechter-commissaris om artikel 69 Fw open te stellen voor de boedelschuldeiser is een interessante. Een rechter-commissaris wil dat de curator doelmatig en kostenbewust afwikkelt. Als een geschil ontstaat, dan kan de rechter-commissaris daarin sturen en bemiddelen. Maar dat alles met de belangenbehartiging van de gezamenlijke crediteuren voor ogen, niet de behartiging van de belangen van één individuele crediteur. Bij boedelschuldeisers ligt dat anders, zij zijn eerder “in the money”, zodat met een openstelling van artikel 69 Fw voor deze crediteuren een (forse) toename van deze verzoeken valt te verwachten. Vraag eens naar de huidige werkdruk van r-c's.

En de vraag is wat de dogmatische rechtvaardiging is. Versnelling van de procedure vind ik niet overtuigend, laat dan de gehele rechtspraak in eerste instantie over aan r-c's. Voor spoedprocedures biedt het kort geding toch afdoende waarborgen? Keerzijde van de afdoening van een klacht ex artikel 69 Fw door de r-c's is bovendien dat schuldeiser deze vaak als niet-transparant ervaart omdat er geen duidelijke met waarborgen omkleed hoor en wederhoor lijkt plaats te vinden.

Faillissementscrediteuren moeten de faillissementsprocedure afwachten, boedelcrediteuren hebben een onmiddellijke aanspraak op de boedel. Die aanspraak wordt vaak betwist. Is het dan de rechter-commissaris die gaat vaststellen of een curator een crediteur als boedelcrediteur moet aanmerken of erger nog, moet betalen?

Al met al eigenlijk best wel veel kritische opmerkingen. Misschien moet de slotsom zijn dat de voortvarendheid en efficiency bij de afwikkeling van faillissementen nog wat beter kan, maar ik betwijfel of de wetgever daar veel aan kan bijdragen. De wettelijke mogelijkheid van digitale communicatie juig ik zeer toe evenals de wens om de communicatie met de crediteuren te verbeteren. Maar volgens mij is het dan echt aan de curatoren om daar eenheid en efficiency in te realiseren door een standaard te ontwikkelen voor crediteurenadministratie en –afwikkeling. Mag dit een aansporing zijn voor de vereniging van insolventierechtadvocaten (vereniging Insolad) om dat project eens op te pakken?

Januari 2016,

Raimond Dufour

Spirit Advocaten te Amersfoort

www.spiritadvocaten.nl