

## **Reactie op Wetsvoorstel Modernisering Faillissementsprocedure**

Hierna treft u de reactie aan van de specialisatie Insolventierecht en Herstructurering van Boels Zanders NV<sup>1</sup> op het Wetsvoorstel Modernisering Faillissementswet ("het Wetsvoorstel").

Wij zijn voorstander van modernisering van de faillissementsprocedure. De 4 doelstellingen die het Wetsvoorstel beoogt te realiseren voldoen aan een behoefte die in onze praktijk wordt ervaren.

Wij beperken ons in onze reactie tot de navolgende (deel)onderwerpen uit het Wetsvoorstel die onze speciale aandacht trokken. De genoemde artikelnummers verwijzen naar het betreffende artikel uit het Wetsvoorstel. De toelichting op het Wetsvoorstel wordt verder aangeduid als "de Toelichting".

### **Verkoop goederen onder EUR 5.000**

Het vragen om toestemming aan de rechter-commissaris voor dit soort kleine transacties wordt in de praktijk niet als een last ervaren. Via de webportal van KEI is vragen om toestemming door de curator en het verlenen van toestemming door de rechter-commissaris inmiddels zodanig efficiënt geregeld dat er nauwelijks sprake is van een werklast.

Het "vrijstellen" van transacties tot EUR 5.000 kan bovendien aanleiding geven voor discussies achteraf. Waarop is deze waarde gebaseerd? Heeft de curator wellicht geredeneerd naar het grensbedrag om geen toestemming te hoeven vragen? Ieder discussiegeval, ook als is het maar incidenteel aan de orde, leidt tot tijdsintensieve verantwoording, die de beoogde "lastenverlichting" al snel teniet zal doen.

Bij de voorgestelde wijziging van artikel 176 plaatsen wij bovendien de volgende kanttekeningen:

1. Artikel 176 hanteert de term "goederen" terwijl in de Toelichting wordt gesproken over "kleine inventarissen". Wij nemen aan dat artikel 176 ziet op kleine verkooptransacties van roerende zaken, zoals (kantoor- en bedrijfs)inventaris, voorraad, auto's en dergelijke tot een bedrag van EUR 5.000 en dat de verkoop van vorderingsrechten niet zijn inbegrepen<sup>2</sup>. Wij

---

<sup>1</sup> Boels Zanders NV is gevestigd te Eindhoven, Venlo en Maastricht. De specialisatie Insolventierecht en Herstructurering bestaat uit 21 advocaten, waarvan 10 advocaten lid zijn van Insolad en waarvan 8 advocaten op de curatorenlijst staan van de Rechtbank Oost Brabant c.q. de Rechtbank Limburg.

<sup>2</sup> De waarde van vorderingsrechten is bovendien over het algemeen moeilijker te bepalen door een curator dan de waarde van roerende zaken en om die reden zou wat ons betreft de verkoop van vorderingsrechten niet "vrijgesteld" dienen te worden.

stellen dan ook voor dat (bij handhaving) in artikel 176 de term "goederen" wordt vervangen door "roerende zaken".

2. Wij nemen aan dat het bedrag van EUR 5.000 exclusief BTW luidt. De tekst van het Wetsvoorstel dient (bij handhaving) daarop te worden aangevuld.

### **Mogelijkheid van beroep tegen goedkeuring door rechter-commissaris van verkoop van boedelactiva waaronder bedrijfsonderdelen**

Het Wetsvoorstel stelt voor om artikel 67 in tweeërlei opzichten te wijzigen, namelijk (1) het onverwijld inschrijven van beschikkingen in het centraal insolventieregister en (2) het aanpassen van de lijst van beschikkingen waartegen geen beroep openstaat. Welke categorieën van beschikkingen in aanmerking komen en op welke wijze zal bij algemene maatregel van bestuur worden bepaald.

In de Toelichting wordt als voorbeeld van een beschikking die voor beroep kan worden opengesteld genoemd *"een op basis van artikel 101 jo. 176 door de rechter-commissaris goedgekeurde onderhandse verkoop van boedelactiva, waaronder bijvoorbeeld bedrijfsonderdelen."*

Ofschoon wij de door wijziging van artikel 67 beoogde transparantie jegens de crediteuren en de uitbreiding van de mogelijkheden van crediteuren om te kunnen ageren tegen bepaalde beslissingen van de rechter-commissaris ondersteunen, achten wij een door de rechter-commissaris op basis van artikel 101 jo 176 goedgekeurde onderhandse verkoop van boedelactiva een beschikking die niet opengesteld zou moeten worden voor beroep. Zulks zou ertoe leiden dat voortaan iedere doorstart c.q. verkoop van een belangrijk bedrijfsonderdeel onderhevig zal worden aan de uitkomst van een onzekere beroepsprocedure. Ervan uitgaande dat de beschikking conform de bedoeling van het Wetsvoorstel de dag volgend op het wijzen ervan wordt ingeschreven in het centraal insolventieregister, rekening houdend met een beroepstermijn van vijf dagen en in aanmerking nemend dat de rechtbank binnen, bijvoorbeeld drie dagen alle belanghebbenden oproept en hoort, en, uitspraak doet op het ingestelde beroep, betekent zulks dat op zijn vroegst negen dagen na de verleende goedkeuring duidelijkheid wordt verkregen of de beoogde doorstart of verkooptransactie doorgang kan vinden.

Teleurgestelde kandidaat-kopers zullen schuldeisers mogelijk weten te bewegen om gebruik te maken van deze beroepsmogelijkheid. Kandidaat-kopers zullen bovendien in het kader van het biedingsproces op deze onzekere fase anticiperen. Naar onze inschatting zal zulks een waardedrukkend effect op biedingen met zich meebrengen. De curator zal zich bovendien geconfronteerd zien met de noodzaak om een financiering te regelen gedurende deze fase, waarin de transactie nog niet definitief is.

In menig faillissement leidt tijdsverloop snel tot een grote desintegratieschade. Wetsvoorstel WCOI is er net op gericht om de desintegratieschade van een faillissement te beperken door benoeming van een stille curator in een korte periode voorafgaand aan het faillissement teneinde – waar mogelijk – een herstructurering via een faillissement op een efficiënte, snelle doch rechtvaardige wijze voor te bereiden. De verworvenheden van de huidige doorstartpraktijk en de doelstellingen van de stille voorbereidingsfase zouden naar onze mening door deze wijziging (minstens: ten dele) tenietgedaan worden.

Hier botsen enerzijds het belang van het zoveel mogelijk beperken van desintegratieschade en behoud van werkgelegenheid en anderzijds het belang van transparantie jegens de crediteuren. Wij menen dat het belang van beperken van desintegratieschade en behoud van werkgelegenheid dient te prevaleren.

Indien ondanks het voormelde het voornemen gehandhaafd blijft om onderhavige beschikking voor beroep open te stellen dan zou wat ons betreft in elk geval – in het kader van level playing field - in het Wetsvoorstel dan wel de Toelichting tot uitdrukking dienen te worden gebracht dat de rechtbank in de beroepsprocedure ex tunc dient te toetsen teneinde te voorkomen dat de beroepstermijn door een teleurgestelde kandidaat-koper wordt gebruikt om de biedingsprocedure over te doen.<sup>3</sup>

### **Benoeming deskundige door de rechter-commissaris**

Wij zijn geen voorstander van de mogelijkheid tot benoeming van een deskundige door de rechter-commissaris, waarin het Wetsvoorstel voorziet.

In complexe faillissementen waarin zulks wenselijk is kan de rechter-commissaris de curator – zo deze daartoe niet reeds eigener beweging toe is overgegaan (en de rechter-commissaris daartoe om toestemming heeft verzocht) – verzoeken om een extern deskundige in te schakelen teneinde advies uit te brengen. Indien het wenselijk is kan voorts worden verzocht om een second opinion mocht sprake zijn van een complexe problematiek die een tweede (externe) opinie rechtvaardigt. Aangezien de rechter-commissaris de curator toestemming dient te verlenen voor het aangaan van een bepaalde transactie of het voeren van een procedure heeft de rechter-commissaris alle ruimte om de curator in voorkomend geval extern advies te laten inwinnen. De ervaring leert dat dit ook al regelmatig gebeurt.

Wij zien naast deze reeds bestaande mogelijkheden geen toegevoegde waarde in het benoemen van een "eigen" deskundige door de rechter-commissaris. Afgezien van het feit dat het voor de boedel kostenverhogend werkt indien het werk van een curator of een door de curator ingeschakelde deskundige getoetst wordt door een

---

<sup>3</sup> Zie in dit verband o.m. Prof. Mr. F.M.J. Verstijlen, "De rol van de curator en de rechter-commissaris bij biedingsprocedures", TVI 2014/32.

door de rechter-commissaris ingeschakelde "eigen" deskundige, ontstaat naar onze mening in dit opzicht een diffuus beeld in de taakverdeling tussen curator en rechter-commissaris. De curator is verantwoordelijk voor het beheer en de vereffening van de boedel en de rechter-commissaris houdt toezicht op die taakuitoefening door de curator. Het komt ons voor dat met de inschakeling van een "eigen" deskundige de taakuitoefening door de rechter-commissaris opschuift richting de taak die primair de verantwoordelijkheid is van de curator en waarvoor de curator ook aansprakelijkheid draagt indien hij dat niet naar behoren doet.

### **Uitbreiding artikel 225 Fw**

Wat in het Wetsvoorstel nog ontbreekt en eenvoudig geregeld kan worden is een uitbreiding van de toepassing van art. 225 Fw over de gehele Faillissementswet. Deze vangnetbepaling, op grond waarvan de rechtbank zodanige bepalingen kan maken *"als zij ter beveiliging van de belangen der schuldeisers nodig oordeelt"*, ziet thans alleen op de surseance.

Wij gaan hier niet in op de beschikkingen waar deze bepaling het meest voor is toegepast, namelijk voor de benoeming van een rechter-commissaris vóórdat artikel 223a Fw werd ingevoerd<sup>4</sup>, voor het instellen van een crediteurencommissie<sup>5</sup> en voor het treffen van bijzondere maatregelen in het kader van een akkoord<sup>6</sup>. Die toepassing is tamelijk onomstreden. Het artikel zou echter vaker en breder moeten worden toegepast.

Zo is denkbaar dat een bewindvoerder aanloopt tegen een situatie die zich moeilijk laat beheersen zonder bijzondere maatregel. Bij wijze van voorbeeld wijzen wij op Rb Den Haag 24 februari 2005<sup>7</sup>. Daarin moest de bewindvoerder in een surseance samenwerken met twee bestuurders die alsmaar bleven conflicteren, terwijl een enquêteprocedure de betrokkenen nog de nodige tijd zou kosten. De rechtbank, met instemming de in noot 6 bedoelde UPC-uitspraak citerend, stelde vast dat *'uit oogpunt van rechtvaardigheid en doelmatigheid een op artikel 225 Fw gebaseerde afwijking kan worden gerechtvaardigd. (...) Veronderstellenderwijs uitgaande van een situatie waarbij een bewindvoerder moet samenwerken met twee bestuurders die (alsmaar) conflicteren, is het heel wel denkbaar dat hangende een beslissing ter*

---

<sup>4</sup> Hoge Raad 4 november 1966, NJ 1966/445.

<sup>5</sup> Eveneens Hoge Raad 4 november 1966, NJ 1966/445. Zie ook Rb Amsterdam 25 maart 2003, JOR 2003/154.

<sup>6</sup> Zie o.m. Rb Amsterdam 21 februari 2002, JOR 2003/211 (UPC); Hoge Raad 1 maart 2013, RvdW 2013/332; Rb Amsterdam 9 mei 2014, JOR 2014/306 en Hoge Raad 28 november 2014, JOR 2015/58.

<sup>7</sup> JOR 2005/129.

*zake door de Ondernemingskamer, door de rechtbank ex artikel 225 Fw een tijdelijke voorziening wordt getroffen*<sup>8</sup>.

Met Wessels<sup>9</sup> zijn wij het eens dat de Hoge Raad via artikel 225 *diepgaand* rechterlijk ingrijpen toestaat, zelfs afwijkend van regels van *dwingend* recht. De grens ligt daar dat het niettemin slechts een ordemaatregel is die uitsluitend gelding heeft tijdens de surseance. Over de wenselijkheid daarvan wordt echter verschillend gedacht.

Insolad heeft in een wetsvoorstel dat zij op 13 december 2012 aan de Minister van Justitie zond<sup>10</sup>, voorgesteld artikel 225 Fw te vervangen door twee bepalingen die ruimere bevoegdheden scheppen. Deze voorstellen waren geïnspireerd door de artikelen 2.2.10 en 2.13.3 van het Voorontwerp van de Commissie Kortmann. Die Commissie bepleitte beperkte mogelijkheden vanwege de rechtszekerheid. Er zou 'slechts' van de Faillissementswet (en dus niet van andere wetten) mogen worden afgeweken.

Ook in het Insolad Ontwerp voor een nieuwe Surseanceregeling<sup>11</sup> is een dergelijke bepaling opgenomen. Artikel 232 van het Insolad Ontwerp bepaalt dat de rechtbank ter bescherming van de belangen van de schuldeisers en op grond van zwaarwegende redenen bepalingen kan maken met het oog op een doelmatig verloop van de surseance. Ons inziens is het minder gewenst dat deze bepaling 'slechts' een afwijking van de Faillissementswet zou kunnen behelzen. Uit doelmatigheidsoverwegingen bepleiten wij de mogelijkheid dat elke vorm van dwingend recht terzijde moet kunnen worden gesteld indien zulks *ter bescherming van de belangen van de schuldeisers en op grond van zwaarwegende redenen* vereist is. In adequate rechtsbescherming kan en moet dan uiteraard wel worden voorzien. In het Insolad Ontwerp is daarin in ruime mate voorzien door de beroepsmogelijkheden in artikel 233.

Een vangnetbepaling als de onderhavige zou juist diepe ingrepen (in de vennootschapsrechtelijke regels, maar bijvoorbeeld ook in contractuele verhoudingen) mogelijk moeten kunnen maken. De bepaling moet immers kunnen worden ingezet waar andere middelen falen en de belangen van de schuldeisers daardoor in het gedrang komen. Rb Maastricht 14 maart 2008<sup>12</sup> kan gevolgd worden met de stelling dat het daar voorgelegde verzoek te ver ging, mede *'omdat tegen een beschikking op de voet van art. 225 Fw geen hogere voorziening*

---

<sup>8</sup> Dat het verzoek desondanks vooralsnog werd afgewezen was omdat de rechtbank (met de bewindvoerder) de situatie nog niet ernstig genoeg vond.

<sup>9</sup> Prof. B. Wessels, *Wessels Insolventierecht VIII* 2014, 8113.

<sup>10</sup> Te vinden op [http://static.basenet.nl/cms/105928/website/voorstellen-wijziging-fw\\_12-2012.pdf](http://static.basenet.nl/cms/105928/website/voorstellen-wijziging-fw_12-2012.pdf)

<sup>11</sup> Te raadplegen via [www.insolad.nl](http://www.insolad.nl)

<sup>12</sup> JOR 2008/142. Zie hiervoor ook in noot 71.

*openstaat*'. Indien voorzien zou zijn in een met waarborgen omklede beroepsprocedure zou deze beperking kunnen vervallen en beschikt de Faillissementswet over een eigensoortige, gespecialiseerde spoedvoorziening.

Ook in de met het wetsvoorstel WCO I voorziene stille voorbereidingsfase is in een dergelijke bepaling voorzien. In art. 363, lid 4 is bepaald dat de rechtbank aan de aanwijzing zodanige voorwaarden kan verbinden als zij nodig oordeelt ter verwezenlijking van het met de aanwijzing beoogde doel, ter versterking van de positie van de beoogd curator of ter behartiging van de belangen van de werknemers. Het eerste (verwezenlijking doel) betekent dat nagenoeg elke voorwaarde, mits goed gemotiveerd, verzocht en gesteld kan worden. De MvT-WCO I maakt duidelijk dat het om een breed palet aan mogelijkheden kan gaan, nu zelfs voorwaarden die zien op de gang van zaken na afloop van de aanwijzing daaronder kunnen vallen<sup>13</sup>.

Eindhoven/Venlo, 15 februari 2016

Peter Brouns en Flip Schreurs

---

<sup>13</sup> Stalking-horse-bepalingen worden eronder mogelijk volgens *MvT-WCO I* p. 15-16. Dat zijn contractuele bepalingen die worden opgenomen in de doorstart-overeenkomst om gedurende een korte periode nadien hogere biedingen van derden mogelijk te maken.