



Raad voor de
rechtspraak

De minister voor Rechtsbescherming
F.M. Weerwind
Postbus 20301
2500 EH Den Haag

Afdeling Strategie

bezoekadres
Kneuterdijk 1
2514 EM Den Haag

correspondentieadres
Postbus 90613
2509 LP Den Haag

datum 19 mei 2022
e-mail wetgeving.rvdr@rechtspraak.nl
onderwerp Advies Consultatie van de notitie insolventierecht

t (088) 3610000
f (088) 3610022
www.rechtspraak.nl

Geachte heer Weerwind,

Bij brief van 5 november 2021, verzocht u de Raad voor de rechtspraak (hierna: de ‘Raad’) advies uit te brengen inzake het consultatiedocument betreffende het insolventierecht (hierna ook: de ‘consultatienotitie’)

DE CONSULTATIENOTITIE

De consultatienotitie is een discussienota die ertoe strekt de insolventiepraktijk bij de verdere ontwikkeling van het insolventierecht te betrekken en zienswijzen te verzamelen aan de hand van een aantal specifieke vragen. Daarbij gaat de consultatienotitie met name in op de toekomst van de surseanceregeling, de efficiency van de faillissementsprocedure, het takenpakket van de curator en in dit verband de lege boedelproblematiek, het toezicht van de rechter-commissaris in faillissement, en de positie van pand- en hypotheekhouders en concurrente schuldeisers in relatie tot de mate waarin zij als verschillende categorieën schuldeisers nog enige uitkering op hun vordering kunnen verwachten. Het is de bedoeling om de uitkomsten van de consultatie mee te nemen bij de verdere uitwerking van de lopende en toekomstige beleids- en wetgevingstrajecten.

Na overleg met de gerechten, adviseert de Raad als volgt.¹

ADVIES

Context van het insolventierecht

De Raad stelt voorop dat de Rechtspraak zich in algemene zin herkent in de bredere context van het insolventierecht die in de consultatienotitie wordt geschetst. Wel vindt de Raad het opvallend dat de natuurlijke persoon (al dan niet met onderneming) in de consultatienotitie nauwelijks (feitelijk: niet) aan

¹ De Raad voor de rechtspraak heeft op grond van artikel 95 van de Wet op de rechterlijke organisatie een wettelijke adviestaak met betrekking tot nieuwe wets- en beleidsvoorstellen die gevolgen hebben voor de rechtspraak. De adviezen worden vastgesteld na overleg met de gerechten. De Raad voor de rechtspraak is een adviescollege in de zin van artikel 79 en 80 van de Grondwet. Bij het opstellen van zijn adviezen beoordeelt de Raad de voorgenomen wet- en regelgeving in het bijzonder op de gevolgen voor de organisatie en de werklast van de gerechten en op de (praktische) toepasbaarheid en uitvoerbaarheid. Rechteren zijn bij de behandeling van individuele zaken niet gebonden aan de inhoud van de wetgevingsadviezen van de Raad voor de rechtspraak.



Raad voor de
rechtspraak

datum 19 mei 2022
pagina 2 van 18

bod komt, terwijl op dit terrein (ook in de nabije toekomst) de noodzaak bestaat voor de verdere ontwikkeling van het insolventierecht (dwangakkoord, schuldsaneringsregeling) en die categorie nu en in de toekomst een belangrijk deel van het aantal insolventiedossiers betreft.

Preventie

Ziet u mogelijkheden om ondernemers te helpen om hun financiële positie nog beter in het oog te kunnen houden?

De Raad heeft vanuit diens positie maar zeer beperkt zicht op dit aspect en zal daarom niet op deze vraag ingaan.

Ziet u mogelijkheden om ondernemers nog beter in staat te stellen om hun incassorisico te beperken?

Zoals ook bij de vorige vraag is aangegeven, heeft de Raad vanuit diens positie maar zeer beperkt zicht op dit aspect. Desalniettemin kan de Raad hierover het volgende opmerken. Een incassorisico is vooral een commerciële afweging die zich moeilijk door het recht laat vangen. De aanvaardbaarheid van dat risico ligt grotendeels bij de crediteur. Crediteuren kunnen daaraan zelf grenzen stellen, bijvoorbeeld door het stoppen met leveren of het verrichten van werkzaamheden als niet tijdig wordt betaald, en/of door een beroep op het opschortingsrecht te doen. Versterking van de positie van crediteuren zou mogelijk kunnen worden bereikt door bijvoorbeeld een verruiming van het recht van reclame of een sterker in de wet vastgelegd eigendomsvoorbehoud. Het is echter aan de wetgever om te bepalen of een dergelijke verruiming wenselijk is. Dienstverlenende crediteuren zijn hiermee overigens niet geholpen.

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

De geluiden worden herkend. Voorstellen voor verbetering van de zekerheden zijn hierboven genoemd. Leveranciers zijn doorgaans in de gelegenheid dergelijke zekerheden te bedingen. Voor dienstverleners bestaan dergelijke opties niet.

Wel ziet de Raad aanleiding om in dit verband te wijzen op de gevolgen en positie van aandeelhoudersleningen. In de consultatienotitie wordt op verschillende punten ingegaan op door aandeelhouders verstrekte leningen met daaraan verbonden zekerheden. De aandeelhouder (als hij de meerderheid houdt) heeft een doorslaggevende stem in de vennootschap (als hij geen bestuurder is zou hij het bestuur kunnen ontslaan) en heeft (als hij geen bestuurder is via de algemene vergadering van aandeelhouders) zicht op de toestand van de vennootschap. De aandeelhouder heeft om die reden, wanneer hij ook schuldeiser van de vennootschap is, een ander uitgangspunt dan de externe (reguliere) schuldeisers.

Traditioneel wordt de aandeelhouder gezien als verstrekker van risicodragend kapitaal. De aandeelhouder krijgt pas dividend (een vergoeding voor het verschaft kapitaal) als de reserves dat toelaten. Er moet dus eerst winst worden gemaakt. De aandeelhouder krijgt het door hem gestorte



Raad voor de
rechtspraak

datum 19 mei 2022
pagina 3 van 18

kapitaal pas terug als er na vereffening een batig saldo is (hetgeen in een faillissement hoogst uitzonderlijk is).

Inmiddels (met de invoering van de flex B.V.) is het verplicht te verstrekken risicodragend kapitaal voor een B.V. beperkt tot € 1,00. Als een aandeelhouder met een meerderheidsbelang een lening verstrekt aan de vennootschap is er geen sprake van traditioneel risicodragend kapitaal. Zonder zekerheden is de aandeelhouder in rang gelijk aan de concurrente schuldeisers, maar met een belangrijke kennisvoorsprong en met zeggenschap. Wanneer er aan de lening van de aandeelhouder zekerheden zijn verbonden, is de aandeelhouder als leningsverstrekker eerste in rang als zekerheidsrechtigde (met onder andere het daaraan verbonden recht van parate executie), met kennisvoorsprong en met zeggenschap. Die positie als aandeelhouder is ten opzichte van de overige schuldeisers (met of zonder zekerheden en concurrent of preferent) onevenredig sterk.

In de wet zijn voorzieningen opgenomen, mede ingegeven voor bescherming van de schuldeisers, zoals de bestuurdersaansprakelijkheid, de pauliana en de voorwaarden waaraan moet worden voldaan om een uitkering aan aandeelhouders te kunnen doen, maar die voorzieningen treffen de onevenredig sterke positie van de aandeelhouder die leningen verstrekt aan de vennootschap (al dan niet met zekerheden) in beginsel niet. Daarnaast bestaat er in het geval dat de aandeelhouder ook zekerheidsrechtigde geldverstrekker is per definitie een tegenstrijdig belang: de belangen als schuldeiser en de belangen van de vennootschap, haar onderneming en haar schuldeisers. Dat tegenstrijdig belang is aanwezig bij de totstandkoming van de kredietrelatie, gedurende de kredietrelatie en in geval van uitwinning al dan niet in faillissement. In geval van (dreigende) insolventie staan bij uitwinning de curator en daarmee de schuldeisers met lege handen. Wanneer de onderneming van de vennootschap een doorstart zou kunnen maken, is de aandeelhouder (naast de curator) een noodzakelijke onderhandelaar aan tafel en, als de aandeelhouder zelf interesse heeft, de meest voor de hand liggende kandidaat: de aandeelhouder heeft de kennis en zekerheden op het actief. Met die zekerheden kan hij een transactie van de curator die hij niet wenst, frustreren.

De Raad zou zich kunnen voorstellen dat de positie van de aandeelhouder die leningen verstrekt aan de vennootschap (al dan niet met zekerheden) wettelijk wordt geregeld. Denkbaar is dat een dergelijke vordering op grond van de wet achtergesteld is en of dat er een verbod komt op zekerheden ten behoeve van aandeelhouders.

Ziet u mogelijkheden om ondernemers nog beter in staat te stellen (tijdelijke) liquiditeitskrapte tegen te gaan?

Met een gewijzigde regeling voor de surseance van betaling kan tijdelijke liquiditeitskrapte worden opgevangen. De huidige regeling voldoet niet (meer) voldoende voor alle voorkomende gevallen. In het bijzonder valt te denken aan de omstandigheid dat de surseance niet werkt tegenover preferente crediteuren. Dat brengt met zich dat ondernemen in de surseance vanwege de daarmee samenhangende risico's zeer wordt bemoeilijkt. Daarmee heeft het instrument van de surseance niet het potentieel dat in dit verband mogelijk zou kunnen zijn. De Raad zou zich kunnen voorstellen dat met een wijziging van de huidige regeling op dit punt tijdelijke liquiditeitskrapte kan worden opgevangen.



Raad voor de
rechtspraak

datum 19 mei 2022
pagina 4 van 18

Een met de Wet homologatie onderhands akkoord (WHOA) vergelijkbare afkoelingsperiode (maar in dat geval niet gevolgd door een akkoord) zou overigens ook kunnen helpen in geval van liquiditeitskrapte.

Daarnaast kan liquiditeitskrapte worden voorkomen of verholpen indien het voor ondernemers in zwaar weer eenvoudiger wordt om (commerciële) contracten (makkelijker) te kunnen beëindigen. Ook een vereenvoudiging van de reorganisatieregels zou het voor ondernemers makkelijker maken (snel) in de kosten te snijden. Te overwegen valt dat, voor de gevallen waarin voldoende is komen vast te staan dat de liquiditeitskrapte tijdelijk is, er een (wettelijke) regeling komt die er in voorziet dat banken voor die korte periode extra mogen of onder omstandigheden moeten financieren om de ondernemer door de krapte heen te helpen.

Welke andere methoden en instrumenten zijn beschikbaar of zouden geïntroduceerd kunnen worden om ondernemers beter in staat te stellen problematische schulden voor te blijven?

Verwezen wordt naar het voorgaande onder op pagina 2.

In dit verband valt verder te wijzen op de eerste ervaringen die met de WHOA zijn opgedaan. De WHOA is ingevoerd per 1 januari 2021 en de Raad constateert dat in het eerste jaar relatief veel gebruik is gemaakt van de mogelijkheden die de WHOA biedt. In de consultatienotitie wordt gesproken over 40 gepubliceerde zaken. In totaal heeft de landelijke WHOA-kamer inmiddels ruim 130 beslissingen genomen op diverse verzoeken op basis van de WHOA. Over 2021 zijn 180 startverklaringen voor een WHOA-traject gedeponerd bij de rechtbanken. Volgens de Raad biedt de WHOA een passend instrument om een situatie van problematische schulden voor een onderneming te lijf te gaan. De WHOA zal volgend jaar worden geëvalueerd. In het kader van die evaluatie is het volgens de Raad nuttig om niet slechts naar WHOA-zaken bij de rechtbanken te kijken, maar de blik ook te richten op de effectiviteit van de WHOA als extra gereedschap in het kader van onderhandelingen tussen partijen. Zaken die niet bij de rechter terecht komen, omdat partijen tot een akkoord buiten rechte komen, kunnen wellicht ook bij die evaluatie worden betrokken.

datum 19 mei 2022
pagina 5 van 18

De bestaande insolventieprocedures

In hoeverre ziet u een meerwaarde voor de surseanceregeling naast de door de WHOA geïntroduceerde besloten en openbare akkoordprocedures?

Zoals hierboven eerder aan de orde kwam, kan het instrument van de surseance worden gemoderniseerd en aangepast aan de wensen van de huidige tijd. Volgens de Raad is het instrument als zodanig zonder meer van meerwaarde naast de door de WHOA geïntroduceerde akkoordprocedures.

De surseance heeft tot doel om tijdelijke liquiditeitskrapte op te vangen en tijdelijk uitstel van betaling af te dwingen, terwijl de belangen van de schuldeisers worden gewaarborgd door een onafhankelijke en onpartijdige bewindvoerder. Dat doel kan beter worden bereikt. Anders dan de door de WHOA geïntroduceerde besloten en openbare akkoordprocedures is de surseance niet automatisch bedoeld om tot een akkoord te komen. Ook kan in dit verband worden gewezen op de situatie waarin een faillissement niet kan worden aangevraagd wanneer er sprake is van een niet meewerkende aandeelhouder. Ook dan biedt het instrument van de surseance passende mogelijkheden.

Welke mogelijkheden ziet u om de effectiviteit van de surseanceregeling te verbeteren en hoe kijkt u in dit verband aan tegen de voorstellen die Insolad eerder heeft gedaan?

De in het consultatiedocument genoemde voorstellen van Insolad zijn een belangrijke verbetering ten opzichte van de huidige regeling. De Raad zou zich kunnen voorstellen dat er een verruiming komt op het gebied van het beëindigen van duurovereenkomsten. Het duale model (ondernemer en bewindvoerder gezamenlijk) van de huidige surseance biedt de nodige waarborgen voor de crediteuren: er kijkt immers een onpartijdige belangbehartiger mee voor de schuldeisers.

In hoeverre ziet u naast de door de WHOA geïntroduceerde besloten en openbare akkoordprocedure nog een meerwaarde voor de regeling betreffende het faillissementsakkoord?

Ook deze meerwaarde is aanwezig. Niet in alle gevallen kan buiten faillissement tot een akkoord worden gekomen. Dat is bijvoorbeeld het geval vanwege de geldende aanspraken van werknemers. De Hoge Raad heeft in een prejudiciële beslissing uitgelegd dat vorderingen van een pensioenfonds voor achterstallige pensioenpremies niet onder de reikwijdte van de WHOA vallen.² Verder valt te denken aan de omstandigheid dat het voorafgaand aan het faillissement nog niet mogelijk bleek om met een groot deel van de schuldeisers tot een akkoord te komen. Ook als bijvoorbeeld de schuldenlast nog niet vast staat, is een akkoord buiten faillissement niet mogelijk.

Een akkoord in het kader van de WHOA dient ook een ander doel dan het faillissementsakkoord. Het WHOA-akkoord zal vaak tot doel hebben om de onderneming te kunnen continueren, iets wat met een faillissementsakkoord in een grote meerderheid van de gevallen een gepasseerd station is.

De meerwaarde voor het behoud van de mogelijkheid van een faillissementsakkoord naast de mogelijkheid van een pre-faillissementsakkoord, is er daarnaast vooral voor natuurlijke personen (al dan

² Hoge Raad, 25 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:328.



Raad voor de
rechtspraak

datum 19 mei 2022
pagina 6 van 18

niet ondernemers). Na een faillissement blijven de schulden voor deze mensen bestaan, waardoor het inzetten van het faillissementsakkoord een belangrijk instrument is om te komen tot een schuldenvrije toekomst. De WHOA is niet bedoeld voor het saneren van privéschulden, waardoor natuurlijke personen zonder onderneming, of (oud) ondernemers met een substantiële private schuldenlast geen gebruik kunnen maken van de WHOA. Voor hen kan het faillissementsakkoord een belangrijk middel zijn om alsnog vanuit de faillissementssituatie te komen tot kwijtschelding van de schulden.

Ziet u een meerwaarde in een algemene regeling rond boedelschulden?

De Raad ziet daarin zeker een meerwaarde. Het valt op dat de Hoge Raad de afgelopen jaren meermalen heeft beslist dat er sprake is van een boedelschuld, terwijl de curator bij de afwikkeling van het faillissement weinig mogelijkheden had om deze schulden te vermijden.³ Hierdoor wordt het actief dat overblijft voor de concurrente schuldeisers steeds minder. Meer dan voorheen vissen de concurrente schuldeisers achter het net. De Raad mist in het consultatiedocument een principiële discussie over de vraag waarom sommige schulden worden beschouwd als een boedelschuld, waarbij de consequenties van het hebben van meer boedelschulden (minder uitkering aan de concurrente schuldeisers) niet worden meegenomen bij het beantwoorden van die vraag.

Wat de Raad betreft moet die principiële discussie door de wetgever worden gevoerd: waarom is een schuld een boedelschuld? Wat wil Nederland met de gevolgen van een faillissement? Hoe belangrijk is het dat concurrente schuldeisers een uitkering krijgen in faillissement? Wat zijn de gevolgen van de beslissingen op dit punt voor de concurrentiepositie van Nederland in de wereldmarkt? Overigens geldt deze noodzakelijke principiële discussie niet alleen voor boedelschulden, maar ook voor onderwerpen als zekerheden, de positie van de aandeelhouders en de voldoening van de kosten van de curator voor werkzaamheden van bredere maatschappelijke aard. De Raad heeft geen uitgesproken mening over dit onderwerp, maar roept de wetgever op hier principiële beslissingen in te nemen, waarbij de consequenties van die beslissingen met een brede blik worden onderzocht en waarbij wordt onderbouwd waarom wordt gekozen voor het een en niet voor het ander.

Hoe kijkt u – mede naar aanleiding van de hiervoor aangestipte recente rechtspraak en discussie – aan tegen de taak van de curator en de bekostiging van diens werkzaamheden?

Ook wat betreft de taak en rol van de curator en de bekostiging van diens werkzaamheden zou een brede maatschappelijke discussie op zijn plaats zijn. Principiële vraag in dit verband is wie de kosten van de curator betaalt. Hierbij valt een onderscheid te maken wat betreft zijn werkzaamheden bij de afwikkeling van de boedel en zijn werkzaamheden voor het algemeen belang.

³ Zie bijvoorbeeld recent: ECLI:NL:HR:2021:833 en ECLI:NL:HR:NL:2021:1994.



Raad voor de
rechtspraak

datum 19 mei 2022
pagina 7 van 18

Werkzaamheden van de curator en belangen van maatschappelijke aard

In de jurisprudentie van de afgelopen jaren is duidelijk de tendens te zien dat de curator meer op zijn bord krijgt dan alleen het vereffenen van de failliete boedel ten bate van de schuldeisers.⁴ Ook de Insolad-praktijkregels verwijzen expliciet naar de belangen van maatschappelijke aard waar de curator rekening mee dient te houden.

Ook valt te wijzen op wetgeving die aan de curator werkzaamheden voor het algemeen belang opdraagt.

- *Derde antimisbruikwet*

Het onderzoek van de curator naar handelen van de bestuurder valt sinds de invoering van de derde antimisbruikwet in 1987 expliciet onder de verantwoordelijkheid van de curator. Er kan over worden gediscussieerd of de gevolgen van deze derde antimisbruikwet ten goede komen aan de gezamenlijke schuldeisers. Dat is het geval als sprake is van bestuurdersaansprakelijkheid, de bestuurder aansprakelijk is voor het tekort in de failliete boedel én i) er een bijdrage aan de boedel volgt in dat kader en ii) deze bijdrage tot een uitkering leidt. Dat is evenwel niet het geval wanneer het rechtmatigheidsonderzoek leidt tot de conclusie dat de bestuurder rechtmatig heeft gehandeld of wanneer een aansprakelijkstelling niet leidt tot een bijdrage aan de boedel, die tot een uitkering aan de gezamenlijke schuldeisers leidt.

Op grond van het voorgaande meent de Raad dat een principieel antwoord wenselijk is op de vraag of de door de curator in deze gemaakte kosten dienen te komen voor rekening van de gezamenlijke schuldeisers of dat deze kosten voor rekening van 'de gemeenschap' dienen te zijn.

- *Wet civielrechtelijk bestuursverbod (artikel 106a Faillissementswet (Fw))*

Op 1 juli 2016 is de Wet civielrechtelijk bestuursverbod in werking getreden. Daarmee is het mogelijk om bestuurders die zich bezig houden met faillissementsfraude of die zich schuldig hebben gemaakt aan wanbestuur in de aanloop naar een faillissement langs civielrechtelijke weg een bestuursverbod op te leggen. De curator (of het openbaar ministerie) kan een civielrechtelijk bestuursverbod vorderen. Wanneer de curator een verzoek bestuursverbod indient, komen zijn kosten ten laste van de boedel, waardoor er minder geld in de boedel overblijft voor de gezamenlijke schuldeisers. In de consultatiefase van deze wet is door verschillende stakeholders kritisch gereageerd op het feit dat de curator extra kosten moet maken ten laste van de boedel, hetgeen leidt tot het benadelen van de crediteuren. De wetgever zag dit anders omdat de gronden voor een bestuursverbod veelal direct betrekking hebben op de positie van schuldeisers in het faillissement.⁵ De meerwaarde van het instellen van een bestuursverbod in een individueel faillissement is evenwel beperkt voor de gezamenlijke schuldeisers; het leed is immers al geschied. Zij zijn hun geld kwijt. Door een bestuursverbod krijgen schuldeisers hun geld niet terug. Integendeel: ze krijgen in de huidige situatie alleen maar minder omdat de curator kosten heeft moeten maken voor de procedure om te komen tot het bestuursverbod. Weliswaar is de opschonende en preventieve werking van een bestuursverbod in het belang van schuldeisers in het

⁴ HR 24 februari 1995, NJ 1996/472, HR 19 april 1996, NJ 1996/727, HR 19 december 2003, NJ 2004/293.

⁵ Bestuurdersaansprakelijkheid, paulianeus handelen, manifeste tegenwerking van de curator: *Kamerstukken II 2013/14* 34 011, nr. 3 Memorie van Toelichting, onder 8.g.



Raad voor de
rechtspraak

datum 19 mei 2022
pagina 8 van 18

algemeen, maar dan blijft het de vraag wat de schuldeisers in het specifieke faillissement daaraan hebben.

In recent onderzoek werd geconcludeerd dat 73,5% van de schuldeisers in tien geselecteerde faillissementen MKB-ondernemer is.⁶ Deze schuldeisers zullen waarschijnlijk maar in beperkte mate 'repeat-players' zijn, en hebben dus ook nauwelijks belang bij een bestuursverbod omdat de kans dat zij de betreffende bestuurder in een volgende mogelijke deconfiture weer tegen zouden komen, zeer beperkt is. Of wordt van de MKB-ondernemer verwacht dat hij rekening houdt met het grote plaatje omdat hij met een bestuursverbod van de bestuurder van 'zijn schuldenaar' zijn collega-MKB-ondernemers in de toekomst helpt?

Ook de Afdeling advisering van de Raad van State heeft opmerkingen gemaakt bij het gegeven dat de curator met deze publieke taak werd belast, terwijl de faillissementsboedel daar niet bij gebaat zou zijn:

'Daarbij merkt de Afdeling op dat de curator thans met een taak wordt belast die het belang van de schuldeisers in het faillissement waarom het gaat niet dient; sterker nog die met dat belang kan conflicteren. Bijvoorbeeld in de situatie waarin een curator met een gewezen bestuurder een gunstige schikking overeen kan komen waaraan de gewezen bestuurder de voorwaarde verbindt dat dient te worden afgezien van een eventueel verzoek of vordering van een bestuursverbod.'⁷

Voorts stelt de minister in de Memorie van Toelichting:

'Ten slotte zal de rechter-commissaris bij zijn beslissing over de al dan niet toestemming om een actie ex art. 106a Fw in te stellen meewegen of de curator een juiste afweging heeft gemaakt tussen, enerzijds, de kosten en de belangen die met de vordering van een bestuursverbod zijn gemoeid en, anderzijds, het belang van boedelmaximalisatie ten bate van de gezamenlijke schuldeisers (art. 68 Fw).'⁸

De Rechtspraak heeft de ervaring dat curatoren slechts zelden een verzoek bestuursverbod indienen. Niet alleen zou de afweging van de minister in de hiervoor geciteerde Memorie van Toelichting over het algemeen doorslaan in het afwijzen van een door de curator ingediend verzoek bestuursverbod – waarbij de Rechtspraak overigens aangeeft dat haar niet bekend is dat deze verzoeken wel eens zijn afgewezen. Maar bovenal geldt volgens de Rechtspraak dat de verzoeken bestuursverbod niet worden ingediend omdat er geen geld in de boedel is en van de curator niet kan worden verwacht dat hij een procedure entameert op eigen kosten (de Garantstellingsregeling vergoedt de kosten voor deze procedure niet), terwijl de schuldeisers in het faillissement er bovendien niet van profiteren.

Daarnaast is het van belang dat uitgesproken bestuursverboden openbaar worden gemaakt in het Handelsregister van de Kamer van Koophandel. Dat geldt voor de door de handelsrechter uitgesproken civiele bestuursverboden ex artikel 106a Fw, maar zou wellicht ook kunnen worden overwogen voor de

⁶ 'De positie van concurrente schuldeisers in faillissement', Rapport aan het WODC uitgebracht door Rijksuniversiteit Groningen, 2021, p. 16.

⁷ Kamerstukken II 2013/14, 34011, nr. 4.

⁸ Kamerstukken II 2013/14, 34011, nr. 3.

datum 19 mei 2022
pagina 9 van 18

door de strafrechter uitgesproken beroepsverboden ex artikel 28 lid 1 ah sub 5 van het Wetboek van Strafrecht. Het strafrechtelijk beroepsverbod voor bestuurders van rechtspersonen wordt in fraudezaken wel eens ingezet. Die uitspraak wordt niet opgenomen in het Handelsregister van de Kamer van Koophandel. Voor openbaarheid is dan vereist dat het strafvonnis niet anoniem wordt gepubliceerd. Vanwege de vele andere aspecten die in een dergelijk vonnis aan de orde komen, wordt die mogelijkheid veelal niet wenselijk geacht.

- *Wet Versterking Positie Curator (artikel 68 lid 2 Fw)*

Sinds 1 juli 2017 heeft de curator een fraudesignalerende taak gekregen: de curator moet bezien of onregelmatigheden het faillissement (mede) hebben veroorzaakt, de vereffening bemoeilijken of het tekort in het faillissement hebben vergroot. En als dat zo is, dan moet hij in overleg gaan met de rechter-commissaris en mogelijk melding of aangifte van de onregelmatigheden doen bij de bevoegde instanties. Bovendien dient de curator op grond van artikel 73a lid 3 Fw in zijn verslag aan te geven hoe hij zich van deze taak heeft gekweten.

De wetgever stelt dat het doen van melding of aangifte ‘gewoon’ onder de kerntaak van de curator valt, waar immers in de Memorie van Toelichting wordt aangegeven:

‘Kortom, de taak van de curator om onregelmatigheden rondom een faillissement te traceren en redresseren is in wezen inherent aan en ligt in het logische verlengde van zijn primaire taak om de belangen van de gezamenlijke crediteuren te behartigen. De curator heeft een fraudesignalerende rol die een bredere maatschappelijke verantwoordelijkheid reflecteert.’⁹

De fraudesignalerende rol van de curator is er dus een ‘*die een bredere maatschappelijke verantwoordelijkheid reflecteert*’. Ook hier komt weer de vraag op: zijn de schuldeisers in een specifiek faillissement gebaat bij deze bredere maatschappelijke verantwoordelijkheid van de curator? Wat de Raad betreft, geldt hier hetzelfde als met betrekking tot de taken rondom het hiervoor genoemde civielrechtelijke bestuursverbod.

Te overwegen valt om de kosten van de curator met betrekking tot voornoemde werkzaamheden die vallen onder de noemer ‘belangen van maatschappelijke aard’ niet te laten dragen door de schuldeisers in een specifiek faillissement (of, in het geval er in het geheel geen boedel is: door de curator en zijn kantoor zelf), maar door de overheid. Ook dit is een principiële beslissing waarover naar de mening van de Raad zou moeten worden gediscussieerd en waar, met inachtneming van alle consequenties, een besluit op moet worden genomen.

⁹ Kamerstukken II 2014/2015, nr. 3.



Raad voor de
rechtspraak

datum 19 mei 2022
pagina 10 van 18

Werkzaamheden van de curator en de afwikkeling van de boedel

De Raad wijst erop dat het moeilijk is om iets over dit onderwerp te zeggen zonder dat er kwantitatieve gegevens beschikbaar zijn die aantonen in welke mate de curator geen bekostiging krijgt voor zijn werkzaamheden. Recofa heeft meermaals aangegeven dat het Toezicht-systeem van de Rechtspraak hier op termijn een rol in kan spelen. Daarbij zij opgemerkt dat het systeem nog te kort wordt gebruikt, en er nog onvoldoende afgewikkelde faillissementen in zijn opgenomen om nu reeds conclusies hier uit te trekken.

Zijn er naar uw mening nog meer mogelijkheden om de positie van de rechter-commissaris en zijn toezichtrol in het faillissement verder te versterken?

De rechter-commissaris anno 2022

De rechter-commissaris speelt al decennialang een wezenlijke rol in het insolventierecht. Nadat de rechtbank het faillissement, de (voorlopige) surseance van betaling of de toepassing van de wettelijke schuldsanering natuurlijke personen heeft uitgesproken, worden één of meer leden¹⁰ van de rechtbank tot rechter-commissaris benoemd. De rechter-commissaris houdt toezicht op de curator of bewindvoerder. De rechter-commissaris toetst het beheer van de failliete boedel door de curator (of bewindvoerder in surseance of Wet schuldsanering natuurlijke personen (hierna: wsnp) in volle omvang. Dat betekent dat met de verbreding van het takenpakket van de curator in de afgelopen jaren, ook de toezichthoudende rol van de rechter-commissaris breder is geworden. Zo dient de rechter-commissaris er ook op toe te zien dat de curator oog houdt voor de maatschappelijke belangen en werk maakt van zijn taken in het kader van de bestrijding van faillissementsfraude. Daar komt bij dat het formele en materiële insolventierecht momenteel en in de nabije toekomst sterk Europeaniseert en (steeds) complexere vraagstukken met zich brengt.

De rechter-commissaris als onafhankelijk, onpartijdig en belangeloos toezichthouder

De Rechtspraak is een plek waar al het recht samenkomt. Rechters worden breed opgeleid en werken in een organisatie waar rechtvaardigheid en kennis van het recht hoog in het vaandel staan. Daarnaast heeft de Rechtspraak de afgelopen jaren durven investeren in modernisering van werkprocessen, door digitalisering en (slimme) delegatie. De eerste stappen op deze gebieden hebben er toe geleid dat de rechters samen met de ondersteuning op een efficiënte wijze en op kwalitatief hoog niveau hun toezichthoudende taak kunnen uitvoeren. Verdere digitalisering, onder meer in de verzoekenfase insolventies en op het gebied van *key performance indicators*, zullen het toezicht van de rechter-commissaris de komende jaren naar een nog hoger niveau kunnen brengen.

De onafhankelijke positie van de Rechtspraak maakt dat de rechters bij uitstek geschikt zijn om toezicht te houden op curatoren en bewindvoerders.

¹⁰ De Wet modernisering faillissementsprocedure maakt het sinds 1 januari 2019 mogelijk om meerdere leden van de rechtbank aan te wijzen als rechter-commissaris in faillissementszaken.



Raad voor de
rechtspraak

datum 19 mei 2022
pagina 11 van 18

De overheid of schuldeiser als toezichthouder?

Er wordt weleens betoogd dat er een Autoriteit Faillissementen zou moeten worden opgericht of dat de schuldeiserscommissie een centralere plek in het Nederlandse insolventierecht zou moeten krijgen. De Raad volgt dit betoog niet.

In de visie van de Raad zijn overheidsorganen - niet zijnde de Rechtspraak - daartoe minder geschikt; de ervaring leert namelijk dat de overheid in tal van faillissementen de grootste schuldeiser is en ook banken of financiële instellingen een belangrijke – en vaak tegengestelde – positie ten opzichte van curatoren en bewindvoerders aannemen. De toezichthoudende taak dient in dat speelveld te berusten bij een partij die geen enkel belang heeft bij de afwikkeling van de insolventiezaak, zoals de Rechtspraak. De toezichthouder moet immers kritisch kunnen zijn op het handelen en nalaten van de curator, waarbij de curator niet alleen het belang van de schuldeisers, maar ook maatschappelijke belangen moet dienen. Die belangen kunnen met elkaar botsen en de toezichthouder dient onder die omstandigheden in ieder geval belangeloos te zijn.

De schuldeiser is evenmin geschikt als toezichthouder. Immers, iedere schuldeiser heeft zijn eigen belangen. Deze belangen kunnen tegenstrijdig zijn aan elkaar en botsen met de belangen van de boedel. Het is bijvoorbeeld mogelijk dat de vorderingen of rechten van de schuldeiser (deels) betwist worden. Hoewel uiteraard een schuldeiser zich in een schuldeiserscommissie nimmer bezig zal houden met zijn eigen vorderingen, kan hij wel het beleid van de curatoren frustreren door als schuldeiser in een schuldeiserscommissie (indirect) voor eigen belangen op te komen. Voorts zal in het gemiddelde faillissement de schuldeiser niet geïnteresseerd zijn in de afwikkeling van het faillissement, nu er naar waarschijnlijkheid immers geen uitkering aan schuldeisers plaats zal vinden.

Landelijke specialisatie voor specifieke insolventiezaken

Bij specialisatie moet worden gedacht aan het ontwikkelen en vaker benutten van landelijke expertise op specifieke deelgebieden van het insolventierecht. Een goed voorbeeld hiervan is de opzet van een landelijke WHOA-kamer. WHOA zaken worden behandeld door een daarvoor opgeleide groep rechters, die is samengesteld vanuit de gerechten. Deze werkwijze kan de komende jaren vaker worden ingezet om specifieke expertise landelijk verder te ontwikkelen en te bundelen.

De Rechtspraak zou verder kunnen verkennen in hoeverre er, naast de WHOA, meer kan worden samengewerkt op ressort- of landelijk niveau. Dit zal alleen gelden voor de zeer grote of zeer gespecialiseerde faillissementen.¹¹

Toegankelijkheid van de Rechtspraak blijft hierbij evenwel een eerste vereiste. Kennis van en ervaring met de lokale situatie is in het merendeel van de faillissementen noodzakelijk. Niet uit het oog mag worden verloren dat het merendeel van de faillissementen zonder enig probleem door een (ervaren) rechter-commissaris en een (ervaren) curator kan worden behandeld, en dat slechts in een beperkt aantal faillissementen landelijk specialistische expertise noodzakelijk is.

Toezicht en stuurinformatie

¹¹ Zoals bijvoorbeeld faillissementen in de zorg, offshore of energie.



Raad voor de
rechtspraak

datum 19 mei 2022
pagina 12 van 18

De Rechtspraak werkt sinds enkele jaren met het systeem Toezicht. Uit dat systeem kunnen KPI's (*key performance* indicatoren) worden afgeleid, aan de hand waarvan op niveau van individueel-, kantoor- en groepsniveau toezicht kan worden gehouden op de afwikkeling van faillissementen.¹² Op deze wijze kan de rechter-commissaris objectieve meetfactoren gebruiken bij het houden van toezicht op curatoren in faillissementen en bewindvoerders wspan.

Toegang tot de rechter-commissaris

Een ander belangrijk aandachtspunt voor de toekomst is dat de rechter-commissaris insolventiezaken de meeste informatie ontvangt van de curator of bewindvoerder. Hoewel er mogelijkheden zijn voor andere belanghebbenden om in contact te komen met de rechter-commissaris, wordt daar nog weinig gebruik van gemaakt. Het zou de rechter bij zijn toezichthoudende taak helpen als ook andere belanghebbenden informatie zouden delen met de rechter-commissaris. Momenteel is daarvoor artikel 69 Fw de te bewandelen weg, of de belanghebbende moet een klacht bij de rechter-commissaris indienen over de curator of bewindvoerder. Beide wegen zijn tamelijk formeel. De Raad ziet een meerwaarde in het vaker horen van belanghebbenden bij de beoordeling van machtigings- of toestemmingsverzoeken van de curator of bewindvoerder. De Rechtspraak is hier mee aan het experimenteren. Hierna zal daar nader op worden ingegaan.

Ook kan in dit kader worden gedacht aan het uitbreiden van het toepassingsbereik van artikel 69 Fw, zodat bijvoorbeeld ook boedelschuldeisers via die weg kunnen opkomen bij de rechter-commissaris.

Op een aantal punten ziet de Rechtspraak kansen om het insolventierecht naar een nog hoger niveau te brengen. De volgende onderdelen zullen op die specifieke onderwerpen ingaan.

Aansprakelijkstelling bestuurder toestemmingsplichtig

De Rechtspraak heeft de ervaring dat het aansprakelijk stellen van een bestuurder voor het tekort in het faillissement door de bestuurder als zeer belastend wordt ervaren, terwijl de curator in de huidige situatie zulks kan doen zonder toestemming van de rechter-commissaris. Het komt voor dat een bestuurder aansprakelijk wordt gesteld door een curator terwijl daar, naar mening van de rechter-commissaris, nog onvoldoende onderzoek naar is verricht en het nog maar de vraag is of er aan die aansprakelijkstelling wel consequenties worden verbonden.

De Raad meent dat de beslissing om iemand aansprakelijk te stellen niet lichtzinnig genomen mag worden en pleit er daarom voor dat de curator (onderbouwd) toestemming dient te vragen aan de rechter-commissaris om iemand aansprakelijk te stellen.

Aanstelling van meer dan één rechter-commissaris

Van de mogelijkheid om meer dan één rechter-commissaris aan te stellen in een faillissement wordt landelijk mondjesmaat gebruik gemaakt. Dit heeft uitsluitend een meerwaarde in het kader van opleiden en in de zeer grote faillissementen en daarvan zijn er de afgelopen jaren maar weinig. Ook kan worden gedacht aan het aanstellen van een tweede rechter-commissaris voor een korte periode, bijvoorbeeld

¹² Zie ook: J.C.A.T. Frima, 'Meten is weten, spreken is goud: KPI's en het kantoorgesprek van de rechter-commissaris' FIP 2021, 94.

datum 19 mei 2022
pagina 13 van 18

gedurende alleen de eerste maanden van een faillissement. Ook dat heeft alleen een meerwaarde in zeer grote faillissementen. Hetzelfde geldt overigens voor de aanstelling van curatoren.

Faillissementsfraude

De afgelopen jaren zijn in het kader van het programma ‘herijking faillissementsrecht’ verschillende stappen gezet in de bestrijding van faillissementsfraude. In de consultatienotitie worden genoemd: de Wet civielrechtelijk bestuursverbod, de Wet herziening strafbaarstelling faillissementsfraude, de Wet versterking positie curator en de Wet modernisering faillissementsprocedure.

Ondanks de totstandkoming van deze wettelijke mogelijkheden, constateert de Rechtspraak dat faillissementsfraude nog steeds vaak voorkomt. Relatief gezien (afgezet tegen het totaal aantal faillissementen) kan zelfs worden gesteld dat sprake is van een stijging van het aantal faillissementen waarin vermoedens zijn van faillissementsfraude. Ook ziet de Rechtspraak dat de georganiseerde criminaliteit de weg naar de faillissementsfraude lijkt te hebben gevonden.

De indruk bestaat dat faillissementsfraude vooral door FIOD en het Functioneel Parket wordt aangepakt en in mindere mate door politie en arrondissementsparket. De Rechtspraak is benieuwd naar de uitkomst van het evaluatieonderzoek naar de Wet versterking positie curator en de Wet civielrechtelijk bestuursverbod door het WODC dat binnenkort van start zal gaan en geeft in overweging om de effectiviteit van de fraudebestrijding hier ook bij te betrekken.

Een vraag die in dat verband interessant kan zijn is of ter bestrijding van faillissementsfraude organisatie van specialisatie en concentratie voor alle vormen van faillissementsfraudezaken behulpzaam kan zijn bij de bestrijding en aanpak van faillissementsfraude.

Op het gebied van samenwerking in de bestrijding van faillissementsfraude, ziet de Rechtspraak dat in veel arrondissementen gebruik wordt gemaakt van een Fraudespreekuur (FSU), waar curatoren, belastingdienst, politie, OM en andere instanties elkaar weten te vinden. Voor een verbetering van de samenwerking op dit vlak zou het bevorderlijk kunnen zijn om een wettelijke basis te creëren voor deze brede samenwerking. Een dergelijke basis zou behulpzaam kunnen zijn voor curatoren bij de uitoefening van de hen extra toebedeelde taken op het gebied van fraudebestrijding.

De Raad geeft in overweging om de volgende mogelijkheden te betrekken bij besluitvorming om tot een effectievere bestrijding van faillissementsfraude te kunnen komen in de toekomst:

- verkenning van mogelijke specialisatie en – daarmee mogelijke prioritering – in de strafrechtketen op het gebied van opsporing en vervolging van (faillissements)fraude;
- mogelijke uitbreiding van de mogelijkheden van de inzet van het bestuursverbod, zoals in de vorm van een schorsing en openbaarmaking van bestuursverboden en strafrechtelijke beroepsverboden voor bestuurders van rechtspersonen in het Handelsregister;
- bevordering van de samenwerking tussen de diverse instanties die betrokken zijn bij faillissementsfraudebestrijding, door vastlegging van het fraudespreekuur (FSU) in een wettelijk kader;
- financiering door de overheid om de curator in de gelegenheid te stellen een procedure bestuursverbod te entameren.

Zou vaker mediation moeten worden ingezet om geschillen tussen de curator en derden in het kader van een faillissement te beslechten?

datum 19 mei 2022
pagina 14 van 18

Mediation in insolventies

Mediation zou een grotere rol kunnen spelen bij (potentiële) procedures in faillissementen. Mediation heeft zich ook in het Nederlandse rechtsbestel bewezen als een succesvolle vorm van het treffen van een minnelijke regeling, die doorgaans leidt tot grote tevredenheid van partijen. Bij alle rechtbanken zijn mediationbureaus aanwezig, die bijvoorbeeld tijdens een zitting voor doorverwijzing naar een ter zake kundige mediator kunnen zorgdragen. De mediationbureaus doen hun werk op diverse rechtsgebieden. Ook is daar aandacht voor mediation in insolventiezaken. Zo zijn er lijsten met mediators die gespecialiseerd zijn in zakelijke/insolventiegerelateerde geschillen. Een aantal rechtbanken heeft hiermee inmiddels geëxperimenteerd en enkele rechtbanken hebben dit tot hun vaste werkwijze gemaakt.¹³

Omdat psychosociale factoren en/of bejegeningaspecten onderdeel kunnen uitmaken van geschillen tussen curatoren en derden kan mediation soms een meer adequate vorm van conflictoplossing opleveren dan de juridische uitspraak van een rechter.

Daarbij komt dat mediation in insolventiezaken ook van belang is in het kader van een vlotte afwikkeling van faillissementen. Vaak is een procedure het enige dat een faillissement nog open houdt en een succesvolle mediation kan soms betekenen dat een faillissement jaren en jaren eerder kan worden afgewikkeld dan een faillissement waarin in één of meer instanties moet worden geprocedureerd. Buiten alle andere voordelen die vlotte afwikkeling van een faillissement heeft past dit streven ook uitstekend in het programma Tijdsige rechtspraak dat binnen alle rechtbanken wordt uit- en ingevoerd. Ook door ontwikkelingen in – zeer recente – rechtspraak is een vlotte afwikkeling van het grootste belang voor (pre-faillissements)schuldeisers, die nu vaak hun uitkering zien verdampen doordat de vorderingen van de boedelcrediteuren steeds hoger worden.¹⁴

Het verdient dus aanbeveling om mediation in insolventiezaken te bevorderen. Wel past hierbij de belangrijke kanttekening dat het uitgangspunt bij mediation tussen partijen voor een procedure en ook bij mediation tijdens een procedure (bijvoorbeeld via Mediation naast rechtspraak) vrijwilligheid is. Dit is een belangrijk en niet te verlaten uitgangspunt.

Hierna worden drie onderdelen van het faillissementsrecht besproken waar mediation een rol zou kunnen spelen: (1) bij verzoeken ex artikel 68 lid 3 Fw, (2) bij artikel 69 Fw-verzoeken en (3) bij artikel 66 lid 1 Fw.

1. Artikel 68 lid 3 Fw

Een verzoek in het kader van artikel 68 lid 3 Fw zou pas door de rechter-commissaris in behandeling kunnen worden genomen als voldoende duidelijk is wat er in het minnelijk traject is gebeurd en of er in dat kader is gesproken over mediation. Verder zou van de curator een kosten-batenanalyse kunnen

¹³ Een voorbeeld hiervan is de Rechtbank Rotterdam, die tot op de dag van vandaag een pilot heeft op dit terrein. Van de 77 zaken die in de pilot zijn meegenomen is uiteindelijk 69% doorverwezen naar een mediator. Maar liefst 75% hiervan is succesvol geëindigd. Zie ook E.J. van Gruijthuijsen en A.J. van Spengen, 'Mediation in de Rotterdamse insolventiepraktijk: gewoon doen!', FIP 2018, 122.

¹⁴ Een sprekend voorbeeld in dit kader is HR 24-12-2021, ECLI:NL:HR:2021:1994, waarin de Hoge Raad heeft geoordeeld dat ook wettelijke of contractuele vertragingsrente over de als boedelschuld verschuldigde huurprijzen een boedelschuld is.



Raad voor de
rechtspraak

datum 19 mei 2022
pagina 15 van 18

worden verlangd waarin diverse scenario's (procederen of een minnelijke regeling?) worden meegenomen.

Echter, enerzijds is er de wens dat partijen inzetten op mediation/ADR, anderzijds dienen partijen niet de mogelijkheid te krijgen om de wederpartij aan het lijntje te houden door een bij voorbaat te mislukken mediation-traject in te gaan. Overleg over een mogelijke mediation zou, als het goed is, al plaats moeten hebben gevonden voordat er een verzoek procesmachtiging ex artikel 68 lid 3 Fw bij de rechter-commissaris voorligt. Wanneer een verzoek tot procederen wordt ingediend, zou bij dat verzoek een goede kosten-batenanalyse moeten zijn gevoegd, waarbij ook een analyse is gemaakt van de winstkansen, en de mogelijkheden van ADR moeten zijn besproken.¹⁵

Ook zou het horen door de rechter-commissaris een oplossing kunnen bieden. In de consultatienotitie wordt al over de Rotterdamse en Amsterdamse pilot gesproken 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. Landelijke navolging van deze pilot zou kunnen worden overwogen en artikel 68 lid 3 Fw zou ook op dit vlak kunnen worden aangepast¹⁶. Let wel: een verplichting om te horen is ongewenst. Er moet een discretionaire bevoegdheid blijven van de rechter-commissaris om bijvoorbeeld in evidente of spoedeisende gevallen niet te horen.

2. Artikel 69 Fw

De vraag hoe om te gaan met artikel 69 Fw-verzoeken staat grotendeels los van mediation. De ervaring leert dat het merendeel van de 69 Fw-verzoeken niet alleen niet-ontvankelijk moet worden verklaard, maar ook vaak *fishing expeditions* betreft. Het is de vraag of het in het belang van de afwikkeling van het faillissement is wanneer de curator (en de rechter-commissaris) veel tijd en geld besteedt aan het afwikkelen van deze verzoeken. Het percentage 69 Fw-verzoeken waarin mediation een rol zou kunnen spelen, acht de Raad beperkt. Het is evenwel wel een mogelijkheid die de curator en de rechter-commissaris bij ieder verzoek zouden moeten overwegen. Mogelijk zou de mogelijkheid van mediation/ADR in de gedragsregels voor de curatoren kunnen worden opgenomen.

¹⁵ Zie voor een lijst met vragen die bij een verzoek tot machtiging procederen zouden moeten worden ingevuld: J.C.A.T. Frima en A.E. de Vos, 'Het machtigingsverzoek: de bestuurder gehoord?!', FIP 2019 / 258.

¹⁶ Artikel 68 lid 3 Fw zou dan ook kunnen worden aangevuld met de gecursiveerde delen: 'Alvorens in rechte op te treden, behalve waar het verificatiegeschillen betreft, alsmede in de gevallen van de artikelen 37, 39, 40, 58, tweede lid, 60, tweede en derde lid, en 60a, eerste lid, *beproeft de curator de mogelijkheden van een minnelijke regeling* en behoeft de curator machtiging van de rechter-commissaris, *die in zijn beoordeling van de machtiging de mogelijkheid van horen van de curator en de wederpartij betreft, en in dat verband mede de mogelijkheid van een minnelijke regeling of mediation.*'



Raad voor de
rechtspraak

datum 19 mei 2022
pagina 16 van 18

3. Artikel 66 lid 1 Fw

Ook buiten een mogelijke procedure om zou de rechter-commissaris partijen op de voet van (een aangepaste versie van) artikel 66 lid 1 Fw kunnen horen om daarbij te bezien of mediation tot de mogelijkheden behoort.

Zouden belanghebbenden gehoord moeten worden voordat de RC een beslissing neemt over een verzoek tot machtiging, goedkeuring of toestemming van de curator ten behoeve van bijvoorbeeld het starten van een juridische procedure. Zo ja, wie zouden dan bij voorkeur gehoord moeten worden?

Naast hetgeen hiervoor is opgemerkt is in dit verband van belang dat wanneer de rechter-commissaris betrokkenen hoort alvorens te beslissen op het verzoek van de curator om een machtiging, goedkeuring of toestemming ten behoeve van bijvoorbeeld het starten van een juridische procedure, het primaire doel van dat horen is dat de rechter-commissaris daardoor beter wordt geïnformeerd, en daardoor beter in staat is om een beslissing te nemen op het verzoek. In beginsel zouden de (potentieel) betrokken partijen moeten worden gehoord.

De Raad onderkent dat het in het belang van de boedel kan zijn wanneer partijen worden gehoord nadat de curator bij de rechter-commissaris een verzoek ex artikel 68 lid 3 Fw heeft ingediend. Het gaat dan in beginsel om alle soorten van procedures. De ervaringen van rechtbanken die tot nu toe zijn opgedaan met het horen van de bestuurder en de curator zijn over het algemeen positief.¹⁷

Echter, niet in alle gevallen is horen voor het beslissen op een machtiging in het belang van de boedel. Wat de Raad betreft zou het in dit verband dus geen ‘moeten’ hoeven zijn, maar een ‘kunnen’. Bijvoorbeeld wanneer er al ruim en goed is overlegd tussen de curator en de wederpartij, het grote of evidente fraude betreft, de potentiële wederpartij onbereikbaar is, of de curator of de potentiële wederpartij goed onderbouwd heeft aangegeven waarom horen door de rechter-commissaris niet geëigend is, heeft horen door de rechter-commissaris alvorens te beslissen op een machtigingsverzoek geen meerwaarde.

De curator zou in beginsel bij het indienen van het machtigingsverzoek aan de rechter-commissaris te kennen moeten geven wat het standpunt van de grootste schuldeisers is met betrekking tot het machtigingsverzoek. De Raad ziet geen meerwaarde in het (standaard) horen van schuldeisers alvorens te beslissen op een machtigingsverzoek.

Het is wel van groot belang dat er financiering komt voor de Rechtspraak voor deze werkwijze. Deze werkwijze kost de rechter-commissaris substantieel meer toezicht-tijd. Gezien het feit dat door het horen procedures kunnen worden vermeden, de looptijd van faillissementen kan worden verkort en de kosten van faillissementen kunnen worden verlaagd, slaat een kosten-batenanalyse (de extra kosten van de Rechtspraak tegenover de besparing in tijd en geld in de afwikkeling van het faillissement en de maatschappelijke kosten voor de betrokken partijen) uit in het voordeel van vaker horen alvorens te beslissen op een machtigingsverzoek van een curator om een procedure te entameren. Denkbaar is om

¹⁷ Zie ook: J.C.A.T. Frima en A.E. de Vos, ‘Het machtigingsverzoek: de bestuurder gehoord?!’, FIP 2019 / 258.



Raad voor de
rechtspraak

datum 19 mei 2022
pagina 17 van 18

na de invoering van de Tijdelijke Experimentenwet Rechtspleging in het kader van die wet hier mee te gaan experimenteren.

Kunt u zich er – gelet op de resultaten van het WODC-onderzoek¹⁸ – in vinden dat concurrente schuldeisers meer gebaat zijn bij een verbetering van de preventieve maatregelen, zoals beschreven in paragraaf 3, dan bij een herverdeling van de faillissementsopbrengst (in afwijking van de wettelijke rangorde)? Zo nee, kunt u dit dan toelichten?

Dit zijn principiële keuzes die zeer verstrekkende gevolgen hebben voor de schuldeisers. De Raad meent dat er sprake zou moeten zijn van ‘én én’. (Concurrente) schuldeisers zijn gebaat met een verbetering van preventieve maatregelen, maar daarnaast moet ook een principiële beslissing worden genomen over de verdeling van de faillissementsopbrengst. Daarbij speelt dan met name de rol van de boedelschuldeisers én de vraag voor wiens rekening de kosten komen die de curator moet maken bij het verrichten van werkzaamheden die vallen onder de noemer ‘belangen van maatschappelijke aard’. Deze elementen zijn al hierboven in dit advies aan de orde gekomen.

Kunt u zich vinden in een regeling - ten behoeve van de bestrijding van de lege boedelproblematiek - waarbij zekerheidsgerechtigde schuldeisers bij de uitwinning van verpande activa een vooraf vastgesteld percentage van de opbrengst aan de boedel moeten afdragen? Zo nee, kunt u dit dan toelichten?

Wat de Raad betreft zou er nader onderzoek moeten worden gedaan of een procentueel vaststaand bedrag redelijk is in alle opzichten. Op zich staat de Raad er positief tegenover. Onderzoek kan inzicht geven in de daadwerkelijk door de curator gemaakte kosten in een faillissement en, in het verlengde daarvan, de gestelde lege boedelproblematiek. Daarbij moet, als eerder opgemerkt, de principiële beslissing worden genomen voor wiens rekening de werkzaamheden van de curator komen die betrekking hebben op ‘de belangen van maatschappelijke aard’. Wanneer er zou worden besloten dat deze werkzaamheden niet voor rekening komen van de boedel, plaatst dat wellicht de discussie omtrent de lege boedelproblematiek in een heel ander daglicht. In dit verband moet er wel voor worden gewaakt dat de betrokken schuldeisers zich niet bemoeien met het beleid van de onafhankelijke curator. Schuldeisers kunnen er onder omstandigheden belang bij hebben dat de curator geen onderzoek doet naar hun positie, terwijl daar wel reden toe is. Dat moet de curator dan wel (gefinancierd) kunnen doen onder toezicht van de onafhankelijke rechter-commissaris.

Kunt u zich vinden in een regeling - ten behoeve van de bestrijding van de lege boedelproblematiek - waarbij alle bedrijven worden verplicht om, als zij nog gezond zijn, een bepaald bedrag te reserveren of af te dragen dat exclusief bestemd is voor de afwikkeling van een eventueel faillissement? Zo nee, kunt u dit toelichten?

Een zodanige regeling zou kunnen helpen bij de gestelde lege boedelproblematiek, waarbij de Raad wijst op hetgeen hierboven bij de vorige vraag wordt vermeld.

¹⁸ WODC, De positie van concurrente schuldeisers in faillissement - Een verkennend onderzoek naar de positie van concurrente (mkb-)schuldeisers in faillissement en de mogelijkheden deze te verbeteren, 2021.



Raad voor de
rechtspraak

datum 19 mei 2022
pagina 18 van 18

Zijn er andere mogelijkheden om tegemoet te komen aan de lege boedelproblematiek?

Gedacht zou kunnen worden aan:

- vergoeding van de werkzaamheden van de curator van overheidswege (in ieder geval voor zijn werkzaamheden die zien op: ‘de belangen van maatschappelijke aard’);
- meer nadruk op mediationtrajecten;
- principiële keuzes als hiervoor genoemd.

IT-GEVOLGEN

Aan de uitvoering van de suggesties die worden gedaan naar aanleiding van de consultatienotitie zullen ongetwijfeld gevolgen voor de Rechtspraak op het terrein van IT zijn verbonden. De omvang van de IT-gevolgen zal in belangrijke mate afhangen van de keuzes die door de wetgever naar aanleiding van deze consultatieronde zullen worden gemaakt in toekomstige wet- en regelgeving. De IT-gevolgen voor de Rechtspraak kunnen op dit moment daarom nog niet worden ingeschat. De Raad zal de IT-gevolgen voor de Rechtspraak in kaart brengen ter gelegenheid van zijn advisering over toekomstige uit deze consultatie voortvloeiende wet- en regelgeving.

WERKLAST

Aanpassingen van wet- en regelgeving naar aanleiding van deze consultatieronde zullen gevolgen hebben voor de werklast van de Rechtspraak. De omvang van deze werklastgevolgen kan op dit moment nog niet worden geschat omdat nog niet duidelijk is welke mogelijke aanpassingen van wet- en regelgeving er zullen volgen. De Raad adviseert hier te zijner tijd graag over ter gelegenheid van zijn advisering over eventueel uit deze consultatienotitie voortvloeiende wet- en regelgeving.

CONCLUSIE

De Raad heeft waardering voor het betrekken van de insolventiepraktijk bij de verdere ontwikkeling van het insolventierecht en onderkent hiervan het belang. De Raad geeft in overweging de bovenstaande opmerkingen bij die verdere ontwikkeling te betrekken, en adviseert te zijner tijd graag over eventuele uit deze consultatieronde voortvloeiende aanpassingen van wet- en regelgeving.

Hoogachtend,

mr. H. Rappa-Velt
Lid Raad voor de rechtspraak