

Ministerie van Veiligheid en Justitie
t.a.v. de heer mr. G.A. van der Steur
Postbus 20301
2500 EH DEN HAAG

Den Haag, 7 maart 2016
dossiernummer: 4.3.5
uw kenmerk:
telefoonnummer: +31 (0)70 335 35 97
e-mail: r.post@advocatenorde.nl

Betreft: consultatie wetsvoorstel modernisering faillissementsprocedure

Geachte heer Van der Steur,

Bij brief van 4 december 2015 heeft u de Nederlandse orde van advocaten (NOvA) ter consultatie voorgelegd het concept wetsvoorstel modernisering faillissementsprocedure. De NOvA voldoet graag aan uw verzoek en heeft zijn adviescommissie insolventierecht gevraagd te adviseren.

Bijgaand stuur ik u het advies van de adviescommissie. De algemene raad sluit zich aan bij de overwegingen van de adviescommissie en verzoekt u deze bij de verdere uitwerking te betrekken.

Met de meeste hoogachting,
namens de algemene raad,



mw. mr. R.G. van den Berg
algemeen secretaris

bijlage: advies van de adviescommissie insolventierecht

Bezoekadres
Neuhuyskade 94
2596 XM Den Haag
Tel. 070 - 335 35 35
Fax 070 - 335 35 31

Postadres
Postbus 30851
2500 GW Den Haag

ADVIES

Van:	adviescommissie insolventierecht
Datum:	3 maart 2016
Betreft:	voorontwerp wijziging van de Faillissementswet en enige andere wetten in verband met het moderniseren van de faillissementsprocedure (Wet modernisering faillissementswet)

De commissie heeft met belangstelling kennisgenomen van het voorontwerp en juicht toe dat de minister voornemens is de Faillissementswet op een aantal punten te moderniseren. Een aantal van de voorgestelde wijzigingen spreekt voor zich en de commissie zal die dan ook onbesproken laten. Hierna worden artikelsgewijs de wijzigingen besproken waarop de commissie wel commentaar heeft. Voorts zal de commissie op enkele plaatsen wijzigingen bespreken die geen deel uitmaken van het voorontwerp, maar die naar het oordeel van de commissie wel wenselijk zijn.

In dit advies zijn op verzoek van de algemene raad de opmerkingen uit het advies van de gecombineerde commissie vennootschapsrecht van de Nederlandse orde van advocaten en de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie verwerkt.

Artikelen 14 en 19 FW

Real time faillissementsregister

De huidige procedure is dat een uittreksel van het faillissementsvonnis wordt ingeschreven in het faillissementsregister en in de Staatscourant wordt gepubliceerd. De publicatie in de Staatscourant is doorgaans enkele dagen na de uitspraak. Praktijk is dat (a) het centraal insolventieregister via www.rechtspraak.nl kan worden geraadpleegd (maar zonder zekerheid dat het helemaal actueel is) en (b) dat daarnaast wordt gebeld met de griffie van de (voor aanvraag van de faillietverklaring bevoegde) rechtbank om te horen of een bepaalde (rechts-)persoon failliet is verklaard. Terecht wordt in de toelichting geconstateerd dat dit niet een erg geavanceerd systeem is. Inderdaad lijkt er op dit punt ruimte te zijn voor modernisering.

In de huidige tijd is dit echter anders. Het streven is om een *real time* faillissementsregister bij te houden. De stappen die worden voorgesteld zijn echter beperkt. In het voorstel van wet wordt voorgeschreven dat het vonnis tot faillietverklaring 'onverwijld' wordt ingeschreven in het centraal faillissementsregister van artikel 19 Fw. Dit register kan dan vervolgens ook worden gebruikt voor andere punten waarover schuldeisers/derden informatie zouden behoeven.¹ Kort gezegd: er komt meer informatie, iets sneller, elektronisch beschikbaar. In het bijzonder voor de faillietverklaring zelf is dan de bedoeling dat deze informatie 'al binnen enkele minuten' na de uitspraak raadpleegbaar zou zijn. Dat is het beoogde *real time* faillissementsregister. Zie de volgende passage uit de MvT (pagina 14/15) de toelichting: "*Het handelsverkeer heeft behoefte aan actuele en eenvoudig raadpleegbare informatie over een het faillissement van een rechtspersoon of, in voorkomende gevallen, een natuurlijk persoon. Op grond van artikel 20 Fw is immers het gehele vermogen, alsmede hetgeen tijdens faillissement wordt verworven, onderdeel van het faillissement. Daarbij werkt het faillissement terug tot 0.00 uur van de dag van uitspraak van het faillissement. In de bestaande situatie zitten er meerdere dagen tussen de uitspraak van faillietverklaring en de publicatie ervan in de (digitale) Staatscourant. Zoals aangegeven in het algemene gedeelte van de*

¹ Zie de artikelen 67 lid 1, art. 127 lid 5, 137d lid 3, 137g lid 2, 161 en 183 Fw.

toelichting, kan dat nadelig zijn voor consumenten en ondernemers, omdat ze in de tijd tussen uitspraak en publicatie bijvoorbeeld geld vooruit hebben betaald aan het failliete bedrijf en aldus ongewild concurrente schuldeiser worden. Om dit nadeel tegen te gaan, bellen sommige ondernemingen die vermoeden dat hun handelspartner in financiële problemen zit naar rechtbanken om te vernemen of deze niet inmiddels failliet is verklaard. Deze werkwijze is omslachtig en past niet meer bij de huidige tijd. Daarom is het wenselijk dat informatie zo snel mogelijk na faillietverklaring voor een ieder via het centraal insolventieregister raadpleegbaar is. Het uiteindelijke doel is om de meest essentiële informatie, namelijk 'is het bedrijf failliet' al enkele minuten na de uitspraak raadpleegbaar te hebben. Deze 'real-time' informatie zal na afronding van het digitaliseringsproject KEI-toezicht te realiseren zijn."

In de wet zal een termijn van publicatie 'op de dag zelf' worden neergelegd, in ieder geval wat betreft de gegevens van het bedrijf en het feit dat het bedrijf failliet is. De voorgestelde wijziging voorziet daarom in een verplichting voor de griffier om een faillissement onverwijld in het centrale insolventieregister in te schrijven – waarbij naam en woonplaats respectievelijk kantoor van de gefailleerde in ieder geval op de dag van de uitspraak worden ingeschreven – en andere informatie zo spoedig mogelijk daarna in te voeren.

Dit kan echter geen *real time* register worden genoemd. Naar de letter van de wet is het voldoende dat de griffier een om 10.00 uur uitgesproken faillissement 's middags om 16.00 uur inschrijft (dit is wellicht niet 'onverwijld' naar ieders maatstaf, maar wel in ieder geval 'op de dag van de uitspraak'). Gevolg hiervan zal zijn dat partijen nog steeds, om zekerheid te hebben dat een partij niet al eerder die dag failliet is verklaard, telefonisch de griffie zouden moeten raadplegen, zodat dit niet leidt tot een verbetering voor de praktijk.

Terugwerkende kracht

Uit artikel 23 Fw vloeit voort dat het faillissement terugwerkt tot 0.00 uur van de dag van faillietverklaring. Uit Van der Feltz I, pagina 360, kan worden afgeleid dat de wetgever destijds bewust heeft gekozen om het vonnis terug te laten werken tot 0.00 uur, zodat het moment van publicatie van het faillissementsvonnis niet relevant is: "*De dag van de uitspraak is gemakkelijk te constateren; het uur en de minuut daarentegen niet. Daarom verdient het de voorkeur, [...] alleen met de dag, niet met het ogenblik van de uitspraak rekening te houden ().*"

Zeker nu wordt beoogd een *real time* faillissementsregister bij te houden, ligt terugwerkende kracht tot 0.00 uur niet langer voor de hand. Bovendien is het uitgangspunt om het faillissement te laten terugwerken ongerijmd indien kan worden vastgesteld dat een rechtshandeling plaatsvond op de dag van faillietverklaring, maar vóór het uitspreken van het faillissement. De derde die met de latere failliet een rechtshandeling verrichtte, kon op dat moment nog niet weten van het faillissement – het is immers nog niet uitgesproken – en het gaat naar het oordeel van de commissie niet aan om in dat geval toch die rechtshandeling te treffen door met terugwerkende kracht uit te gaan van beschikkingsonbevoegdheid van de latere failliet. Mocht de rechtshandeling in de verdachte sfeer liggen, dan bieden de artikelen 42, 47 en/of 54 Fw de boedel afdoende bescherming. Daarnaast geldt nog dat de terugwerkende kracht in de Faillissementswet ook in vergelijking tot de wetgeving in andere Europese landen niet een gebruikelijk systeem is.

In het wetsvoorstel is geen beoogde wijziging van artikel 23 Fw opgenomen. Zeker nu er sprake is van een streven naar een *real time* faillissementsregister, zou het voor de hand liggen ook artikel 23 Fw daaraan te passen en dus de terugwerkende kracht af te schaffen.

De commissie stelt dan ook voor dat in het voorontwerp wordt opgenomen dat het faillissement jegens derden werkt zodra het faillissement is ingeschreven in het register – de commissie gaat er vanuit dat dat op de dag van faillietverklaring zal gebeuren – of dat ten minste van de huidige terugwerkende kracht worden uitgezonderd rechtshandelingen waarvan kan worden aangetoond dat deze vóór de faillietverklaring hebben plaatsgevonden. Dit sluit ook beter aan bij het Europese uitgangspunt dat financiële zekerheidsovereenkomsten en girale leveringen en betalingen moeten kunnen rekenen op finaliteit na uitvoering (artikel 63e en artikel 212a Fw).

Artikel 66 Fw

In het huidige eerste lid van deze bepaling wordt nu reeds aan de rechter-commissaris de bevoegdheid gegeven om een onderzoek van deskundigen te bevelen. Van deze bevoegdheid wordt nauwelijks of geen gebruik gemaakt. Als de rechter-commissaris behoefte heeft aan deskundige voorlichting zal hij in de regel de curator verzoeken om een deskundige advies te laten uitbrengen. Toch kan het onder omstandigheden goed zijn dat ook de rechter-commissaris zelf, in zijn taak als toezichthouder, de mogelijkheid heeft deskundigen te benoemen. In dit opzicht is de voorgestelde toevoeging een welkome aanvulling van deze bepaling.

Het valt de commissie op dat in de toelichting niet altijd scherp onderscheid wordt gemaakt tussen beheer van de boedel (de taak van de curator) en toezicht op dat beheer (de taak van de rechter-commissaris). Op pagina 12 MvT wordt als voorbeeld gegeven voor de toepassing van de onderhavige bepaling dat de rechter-commissaris een financieel expert benoemt om hem te adviseren over de boekhouding van het bedrijf of om een 'second opinion' te geven over de jaarrekening.² Dergelijke advisering is niet gericht op het houden van toezicht op het beheer van de curator en valt naar de mening van de commissie daarom buiten het bereik van de onderhavige bepaling.

De commissie geeft verder nog in overweging om in het artikel expliciet op te nemen dat de kosten van de door de rechter-commissaris benoemde deskundige ten laste van de boedel komen en, in geval van onvoldoende actief, ten laste van de staat. Het lijkt onwenselijk om in gevallen waarin de rechter-commissaris in het kader van zijn toezichthoudende taak de benoeming van een deskundige wenselijk oordeelt en daartoe overgaat, onzekerheid te laten bestaan over de vraag of de kosten daarvan wel zullen kunnen worden voldaan.

Artikel 67 Fw

Het is inderdaad wenselijk dat beschikkingen van de rechter-commissaris en van de rechtbank uiterlijk de werkdag volgend op de dag van de uitspraak langs elektronische weg worden gepubliceerd dan wel ingeschreven in het centraal openbaar register, bedoeld in artikel 19 Fw. Maar de commissie zou nog een stap verder willen gaan. Het is een feit van algemene bekendheid dat belanghebbenden niet dagelijks of wekelijks dat soort publicaties c.q. het genoemde register checken. Daardoor dreigt dat zij door de zeer korte beroepstermijn alsnog achter het net vissen. Voor zover die belanghebbenden bekend zijn, is het een kleine moeite om hen van het wijzen van de beschikking op de hoogte te stellen. In Hoge Raad 1 maart 2013, JOR 2013/190 inzake Lehman werd overwogen dat in verband met het feit dat de beroepstermijn zeer kort is, het *wenselijk* is dat de beschikking onverwijld ter kennis wordt gebracht van de (bekende) belanghebbenden. Wenselijk dus, maar niet verplicht. De commissie is van oordeel dat bepaald dient te worden dat de rechter-commissaris c.q. de rechtbank, of in diens c.q. haar opdracht de curator, de beschikking verplicht onverwijld ter kennis brengt van (bekende) belanghebbenden.

² Zie ook pagina 18 MvT.

Artikelen 74 en 75 Fw

De commissie is van oordeel dat een ingrijpende wijziging van de artikelen 74 en 75 Fw wenselijk is.

De tijdgeest is dat meer invloed van crediteuren op de afwikkeling van een faillissement wenselijk is. In die zin ook reeds de Commissie Kortmann in haar toelichting op het Voorontwerp Insolventiewet van 2007 (pagina 144): *“Gezien de aard van de taak van de bewindvoerder – hij vervult deze primair ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers – ligt in de rede dat in de eerste plaats de schuldeisers zelf in de gaten houden of de bewindvoerder hun belangen op de juiste wijze dient. (...) Hiervoor is nodig dat door de bewindvoerder aan de schuldeisers meer en beter inzicht wordt gegeven in de aanpak en de afwikkeling van de insolventie.”* Zie in dit verband ook A-G Huydecoper in zijn conclusie bij Jomed I (HR 21 januari 2005, JOR 2005/105 m.nt. Abendroth): *“Crediteuren zijn weliswaar niet de enigen met wier belangen in het kader van (de afwikkeling van) een faillissement rekening wordt gehouden, maar hun belangen staan daarbij wel op de voorgrond. Bij wege van beeldspraak kan men met evenveel recht zeggen dat de faillissementsboedel voor de crediteuren “hun” boedel is, als men van aandeelhouders kan zeggen dat de aandelen “hun” vennootschap betreffen.*

In afwijking van deze tijdgeest leidt het instituut van de (voorlopige) commissie uit de schuldeisers in de praktijk echter een zieltogend bestaan. Dat houdt verband met het feit dat enerzijds het bepaalde in artikel 108 Fw – de verificatievergadering wordt binnen twee weken na het faillissement vastgesteld – een dode letter is geworden, terwijl anderzijds aan het bepaalde artikel 74 Fw onverkort de hand gehouden wordt. Zie recent nog HR 6 juni 2014, JOR 2014/280 m.nt. J.J. van Hees inzake Visser. Dat zit als volgt. Het systeem van de faillissementswet gaat ervan uit dat de periode voorafgaande aan de verificatievergadering slechts enkele weken beslaat, dat in die periode in beginsel geen vereffeningshandelingen worden verricht – de uitzondering is vastgelegd in artikel 101 Fw – en dat het “echte werk” dus pas plaatsvindt na de verificatievergadering. Als de vergadering van schuldeisers dat op de verificatievergadering wenselijk acht, gaat de rechter-commissaris dadelijk tot de benoeming van een commissie uit de schuldeisers over, aldus artikel 75 lid 1 Fw. In de korte tijd voorafgaande aan de verificatie zou aan zo'n commissie meestal geen behoefte bestaan, zo was de gedachte van de wetgever. Het betreft immers een relatief korte periode en er wordt in beginsel toch nog niet vereffend. Maar voor het geval de belangrijkheid dan wel de aard van de boedel daartoe aanleiding geeft, kan de rechtbank in die periode toch alvast een voorlopige commissie uit de schuldeisers benoemen, aldus artikel 74 Fw.

Dit is een evenwichtig systeem zolang het ook daadwerkelijk wordt nageleefd. Indien echter één pijler (de verificatievergadering vindt na korte tijd plaats en voordien wordt er in beginsel niet vereffend) onder het systeem wordt uitgehaald terwijl de andere pijler (het bepaalde in artikel 74 Fw) nog fier overeind staat, ontstaat een onevenwichtig bouwwerk waarbij de mogelijkheid van schuldeisers om invloed uit te oefenen op de afwikkeling van het faillissement in het gedrang komt – tegen het systeem van de wet en de tijdgeest in. Als er in een faillissement al een verificatievergadering plaatsvindt, dan zal dat veelal pas in een stadium zijn waarin de afwikkeling van het faillissement voor een deel reeds voltooid is. Een commissie uit de schuldeisers, die door de rechter-commissaris benoemd moet worden als de schuldeisersvergadering dat wenselijk acht, kan dan nauwelijks nog invloed uitoefenen op de afwikkeling van het faillissement. In de periode dat het er echt toe doet – voorafgaande aan de verificatievergadering of, als die niet plaatsvindt, gedurende het gehele faillissement – bestaat niet de mogelijkheid voor (de vergadering van) schuldeisers om af te dwingen dat een (voorlopige) commissie uit de schuldeisers wordt benoemd.

Schuldeisers kunnen slechts een verzoek aan de rechtbank doen om een commissie in te stellen en zelfs als de belangrijkheid of de aard van de boedel daartoe aanleiding geeft, *kan* de rechtbank nog steeds weigeren zo'n commissie te benoemen. En als schuldeisers in de enkele gevallen waarin zij dat verzoek doen, dan ook nog op fel verweer van curatoren kunnen rekenen (zie bijvoorbeeld recent rechtbank Rotterdam 18 december 2015 inzake Imtech) kan men met recht spreken van een *uphill battle* voor schuldeisers om adequaat invloed te kunnen uitoefenen op de afwikkeling van het faillissement in de – cruciale – fase voorafgaande aan de verificatievergadering. Dat is onwenselijk. Nu de Hoge Raad blijkens de Visser-beschikking niet aan de letter van artikel 74 Fw wil tornen, ondanks dat in de toelichting op het cassatiemiddel uitvoerig was ingegaan op de onevenwichtigheid van de huidige praktijk, waarmee wij uit de pas lopen met de rechtsontwikkeling in landen als Duitsland, Engeland en de Verenigde Staten, is het thans aan de wetgever om in te grijpen. De Wet modernisering faillissementsprocedure biedt bij uitstek de gelegenheid om de mogelijkheid van crediteuren om reële invloed uit te oefenen op de afwikkeling van een faillissement, weer de wettelijke plaats te geven die zij verdient.

De commissie zal op deze plaats geen voorstel formuleren voor een concrete wijziging van de artikelen 74 en 75 Fw op dit punt – dat heeft pas zin als de Minister de hiervoor verwoorde visie deelt – maar zij is daar desverzocht graag toe bereid.

De commissie vraagt overigens aandacht voor de opmerking in de MvT (pagina 24) dat een belangrijke rol in de schuldeiserscommissie kan worden vervuld door een vertegenwoordiger van de werknemers, "aangezien deze een bijzonder belang hebben bij het behoud van werkgelegenheid in een faillissement, met name wanneer er perspectief is op een doorstart of wanneer onderdelen van het bedrijf worden verkocht." De vraag rijst daarbij wat de rol is van de schuldeiserscommissie en, meer in den brede, wat de belangen zijn waarop het beheer en de vereffening van de boedel moeten zijn gericht. De geciteerde zinsnede suggereert dat van die belangen in ieder geval (ook) het werkgelegenheidsbelang deel uitmaakt. Omdat in de faillissementspraktijk daarover zeker geen overeenstemming bestaat, zou het wenselijk zijn wanneer de wetgever zich daarover in het kader van deze nieuwe wet zou uitspreken. De vraag betreft overigens niet alleen het werkgelegenheidsbelang maar ook andere maatschappelijke belangen die in het kader van faillissementen vaak een belangrijke rol spelen, zoals het milieubelang, de continuïteit van de onderneming en, wat nu actueel is, het belang van voortgezette dienstverlening in de thuiszorg. Deze duidelijkheid is des te meer gewenst nu verderop in de MvT (pagina 28) wordt gesteld: "Dit sluit aan bij de gedachte binnen de Faillissementswet dat de curator handelt in het belang van de gezamenlijke schuldeisers. Dit betekent dat indien de curator een onderneming wil verkopen en het duidelijk is dat verkoop in de toekomst meer zal opleveren, de curator niet bevoegd is tot verkoop. (...)"

Artikel 80a Fw

De toelichting op dit artikel op pagina 25 MvT vangt aan met een opsomming van drie situaties waarin een vergadering van schuldeisers kan worden belegd. De eerste is wanneer "de Faillissementswet dit voorschrijft, zoals het geval is bij een vergadering over de voortzetting van het bedrijf". Daarbij wordt verwezen naar artikel 173c Fw. Het is de vraag of het logisch is om een voorbeeld te geven van een situatie waarin de Faillissementswet een vergadering van schuldeisers voorschrijft, omdat hiervan de suggestie uitgaat dat dit de belangrijkste is dan wel dat er een andere reden is om deze expliciet te noemen, zonder dat dit wordt toegelicht. Voorstel is dan ook om het deel "zoals ... bedrijf" hier te laten vervallen. Wanneer dit zinsdeel wel blijft staan, zou in de voetnoot moeten worden verwezen naar zowel artikel 173c Fw als naar artikel 173a Fw.

In de toelichting op pagina 25 MvT staat verder vermeld: Deze voorschriften (die van de artikelen 80 tot en met 84 Fw) gelden in beginsel ook voor de verificatievergaderingen, de akkoordvergaderingen en de vergaderingen van de commissie van schuldeisers". Daarbij wordt verwezen naar respectievelijk de artikelen 115 e.v., 139 e.v. en 77 Fw. In deze artikelen staat echter niet dat de voorschriften van de artikelen 80-84 Fw ook op deze vergaderingen van toepassing zijn. Het is ook niet duidelijk waarom in de toelichting staat dat de voorschriften van artikel 80-84 Fw "in beginsel" van toepassing zijn. Onduidelijk is wat de uitzonderingen dan zijn en die zijn ook niet terug te vinden in de artikelen waarnaar in de noot wordt verwezen. Het zou goed zijn om ergens in de artikelen 80-84 Fw op te nemen dat deze bepalingen ook gelden voor de verificatievergadering, de vergadering over een aangeboden akkoord en vergaderingen van de commissie van schuldeisers.

De flexibiliteit die het voorgestelde artikel 80a Fw biedt aan de rechter-commissaris (in overleg met de curator) voldoet aan de eisen van deze tijd en wordt dan ook onderschreven.

Artikel 84 Fw

In de toelichting op pagina 27 MvT staat vermeld dat dit een technische wijziging betreft, welke verduidelijkt dat een oproep ook op andere wijze dan 'op papier' kan plaatsvinden, "bijvoorbeeld per e-mail bijvoorbeeld wanneer de ontvanger een professionele partij is of wanneer de ontvanger heeft aangegeven dat hij dit wenst". Hoewel in deze toelichting met voorbeelden wordt gewerkt, wordt de suggestie gewekt dat bij niet-professionele crediteuren, die (nog) niet hebben aangegeven per e-mail te willen communiceren met de curator, de communicatie nog steeds per brief dient plaats te vinden. Wanneer een dergelijk onderscheid tussen professionele en niet-professionele crediteuren is beoogd, ligt het voor de hand dit expliciet te vermelden in de toelichting. Betekent de voorgestelde wijziging dat een enkele oproeping in diverse landelijke dagbladen ook voldoende is, of is het wel de bedoeling de stemgerechtigde schuldeisers als bedoeld in artikel 84 lid 2 Fw in persoon schriftelijk worden opgeroepen?

Artikel 101 Fw

Terecht wordt in de toelichting op pagina 27 MvT opgemerkt dat deze voorgestelde wijziging een codificatie van de huidige praktijk is, waarbij de curator al direct na zijn aanstelling overgaat tot vervreemding van goederen (na inventarisatie) en de staat van insolventie – mogelijk – pas (veel) later intreedt, als er een verificatievergadering wordt gehouden.

In de toelichting op pagina 28 MvT staat "[D]e curator is, in navolging van de jurisprudentie, voortaan bevoegd om te vervreemden wanneer dit in het belang is van de gezamenlijke schuldeisers. Dit sluit aan bij de algemene gedachte binnen de Faillissementswet dat de curator handelt in het belang van de gezamenlijke schuldeisers".

De commissie verwijst naar haar opmerking bij artikel 74 Fw, te weten dat het wenselijk is dat de wetgever duidelijkheid verschaft over de vraag met welke belangen de curator bij zijn taakuitoefening rekening dient te houden.

Uit jurisprudentie van de Hoge Raad volgt dat de curator bij zijn taakuitoefening ook maatschappelijke belangen, zoals continuïteit van de onderneming en werkgelegenheid voor de medewerkers heeft te betrekken (zie Sigmacon II)³, maar zoals gezegd bestaat hierover in de

³ Hoge Raad 24 februari 1995, NJ 1996, 472, m.n. Kleijn (Sigmacon II), r.o. 3.5: (...) Met de 'andere belangen' waarmee de curator hier ook rekening heeft te houden, heeft het Hof kennelijk het oog op belangen van maatschappelijke aard, zoals de

faillissementspraktijk geen overeenstemming. Het ligt voor de hand hierover in de MvT duidelijkheid te verschaffen.

Mocht de Hoge Raad jurisprudentie in dezen worden gevolgd, dan is het overigens de vraag of het vervolg van de toelichting op pagina 28 MvT ("Dit betekent dat indien de curator een onderneming wil verkopen en het duidelijk is dat de verkoop in de toekomst meer zal opleveren, de curator niet bevoegd is tot verkoop. Een snelle verkoop met een lage opbrengst is immers niet in het belang van de gezamenlijke schuldeisers.") niet te ongenueanceerd is geformuleerd.

Artikel 108 Fw

De woorden "zo nodig" in de voorgestelde gewijzigde tekst van artikel 108 Fw zouden op een andere plaats in de zin moeten komen te staan, namelijk na het woord "faillietverklaring", zodat het artikel als volgt komt te luiden: "De rechter-commissaris bepaalt na het in kracht van gewijsde gaan van het vonnis van faillietverklaring *zo nodig* dag, uur en plaats van een of meer verificatievergaderingen, alsmede de wijze waarop wordt vergaderd overeenkomstig artikel 80a."

Verder is deze wijziging logisch gezien de bestaande praktijk waarbij de verificatievergadering niet meer binnen veertien dagen na het in kracht van gewijsde gaan van het vonnis van faillietverklaring wordt bepaald maar alleen zodra duidelijk is dat de staat van de boedel het houden van een verificatievergadering noodzakelijk maakt.

Artikel 109 Fw

Het instellen van een zogenoemde *bar date*, de datum waarna verificatie van vorderingen niet meer mogelijk is, is nuttig voor het versnellen van de afwikkeling van het faillissement. De *bar date* zou moeten gelden voor alle concurrente en preferente crediteuren, dus ook voor de belastingdienst en de bedrijfsvereniging. In de huidige redactie van artikel 109 Fw is dit niet uitgesloten maar het ligt voor de hand dit in de toelichting expliciet te vermelden om misverstanden hierover te voorkomen.

Artikel 110 Fw

Artikel 110 Fw voorziet in de mogelijkheid dat de curator eigenhandig vorderingen van schuldeisers op de lijst plaatst. Het betreft hier – zo blijkt uit de MvT – een discretionaire bevoegdheid die niet door de schuldeisers kan worden afdwongen.

Naar de mening van de commissie voorziet het voorgesteld artikel 110 Fw in een praktische oplossing, zeker in die gevallen waarin de omvang van de vordering vaststaat (bijvoorbeeld omdat de aard en omvang hiervan onomstotelijk blijkt uit de administratie van de failliet). Vraag is nog of de curator ook gebruik mag maken van de bevoegdheid vorderingen eigenhandig op de lijst te plaatsen, wanneer weliswaar het bestaan, de aard en de omvang van de vordering bekend zijn, maar de naam van de schuldeiser niet. Die situatie doet zich bijvoorbeeld voor bij vorderingen voortvloeiend uit obligaties (toonderstukken) die worden verhandeld via diverse tussenschakels (paying agents, clearinginstellingen, banken etc.). Indien de partij die dergelijke obligaties uitgeeft failliet gaat, zal uit de administratie doorgaans de aard en de omvang van de vordering onomstotelijk blijken: de desbetreffende uitgevende instelling zal echter niet altijd weten wie de

continuïteit van de onderneming en de werkgelegenheid voor de werknemers die in het bedrijf van de gefailleerde Sigmacon werkzaam waren en van wie 200 in het kader van de voormelde overeenkomsten tezamen met het bedrijf van de gefailleerde door AaBe zijn overgenomen. Het oordeel dat de curator ook dit belang in zijn beleidsafweging heeft te betrekken, geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting.

uiteindelijke houders zijn van dergelijke obligaties.⁴ Naar de mening van de commissie zou de curator ook (of: juist) in dat geval de schuldvorderingen eigenhandig op de lijst moeten kunnen plaatsen. Het zou goed zijn dit in de MvT nog te verduidelijken.

Verder lijkt het de commissie raadzaam aan de MvT toe te voegen dat de curator schuldeisers op de hoogte stelt indien hij een vordering eigenhandig op de lijst zet en deze – om welke reden dan ook – vervolgens weer van de lijst verwijdt.

Tot slot merkt de commissie op dat in het laatste deel van de toelichting op artikel 110 Fw een of meerdere zinnen lijken te ontbreken. De MvT stelt dat de bevoegdheid van de curator om vorderingen eigenhandig op de lijst te plaatsen gebonden is aan een tweetal beperkingen, maar noemt vervolgens slechts één van die beperkingen.⁵

Artikel 116 Fw

Artikel 116 Fw (oud) geeft regels over de verificatievergadering en verplicht onder meer de gefailleerde de verificatievergadering in persoon bij te wonen.

Het voorgestelde artikel 116 Fw verduidelijkt – aldus de MvT - dat de verificatievergadering ook schriftelijk of met gebruikmaking van een elektronisch communicatiemiddel kan plaatsvinden: de verplichting voor de gefailleerde om bij elke verificatievergadering aanwezig te zijn vervalt.

De voorgestelde wijziging is naar het oordeel van de commissie praktisch en biedt de nodige flexibiliteit ten aanzien van de wijze waarop de verificatievergadering wordt gehouden. De commissie heeft ten aanzien van het voorgestelde artikel 116 Fw dan ook geen verdere opmerkingen.

Wel valt op dat op pagina 31 MvT als voorbeeld van een geval waarin de gefailleerde niet aan de vergadering deelneemt wordt genoemd "wanneer (...) wordt gesproken over de mogelijkheden om de failliet persoonlijk aansprakelijk te stellen." Bedoeld zal vermoedelijk zijn het geval waarin gesproken wordt over de mogelijkheden de *bestuurder* van de failliet persoonlijk aansprakelijk te stellen.

Artikel 119 Fw

Artikel 119 Fw (oud) bepaalt op welke wijze vorderingen schuldvorderingen tijdens de verificatievergadering worden behandeld.

Het voorgestelde artikel 119 Fw kent een tweetal wijzigingen ten opzichte van de bestaande regeling.

Ten eerste is de rechter-commissaris niet langer verplicht om de lijsten van voorlopig erkende en betwiste vorderingen voor te lezen. In plaats hiervan moeten schuldeisers 'behoorlijk' worden geïnformeerd. Wat behoorlijk is hangt af van wat voor de verificatievergadering is gepubliceerd en op welke wijze de vergadering wordt gehouden.

De voorgestelde wijziging is naar het oordeel van de commissie praktisch en passend binnen de huidige praktijk.

⁴ Die situatie deed zich onder meer voor in het faillissement van Fokker en meer recent Lehman Brothers Treasury.

⁵ Zie pagina 31 MvT.

Een belangrijker wijziging is dat de huidige beperking dat slechts één verificatievergadering kan worden gehouden, met eventueel een voortzetting hiervan op een andere datum, wordt afgeschaft. Volgens de MvT kan de mogelijkheid tot het houden van meerdere verificatievergaderingen vooral van pas komen bij "*complexe faillissementen, waarbij het de belangen van de gezamenlijke schuldeisers ten goede komt om per klasse of type schuldeisers ten goede komt om per klasse of per type schuldeiser een vergadering te houden*".⁶ Tot op heden werd in gevallen waarin behoefte was aan een nadere verificatievergadering gebruik gemaakt van de gekunstelde techniek van het 'voortzetten' van de oorspronkelijke verificatievergadering. De commissie juicht toe dat deze gekunstelde techniek nu niet langer hoeft te worden gebruikt.

Nadere verificatievergadering versus termijn voor indienen vorderingen

De commissie vraagt zich wel af hoe de mogelijkheid van het houden van meerdere verificatievergaderingen zich verhoudt tot het voorgestelde art. 127 Fw. Dit artikel voorziet in de introductie van een fatale termijn voor het indienen van vorderingen. Mag uit het feit dat meerdere verificatievergaderingen kunnen worden gehouden worden afgeleid dat de rechter-commissaris meerdere termijnen kan stellen voor verschillende groepen schuldeisers? Dit lijkt de commissie in verband met de beoogde flexibiliteit in ieder geval wel gewenst. De commissie adviseert op dit punt duidelijkheid te verschaffen.

Nadere verificatievergadering versus mogelijkheid aanbieden akkoord

Het voorstel brengt bovendien als voordeel met zich dat een eventueel faillissementsakkoord ook na de (eerste) verificatievergadering kan worden aangeboden. Ziet de commissie het goed, dan bestaat deze mogelijkheid echter slechts indien op de eerste verificatievergadering al een nadere vergadering is bepaald.⁷ Wordt op de eerste verificatievergadering *geén* nadere vergadering bepaald (en geen akkoord aangeboden), dan treedt automatisch de staat van insolventie in en is de mogelijkheid om alsnog een akkoord aan te bieden voorgoed een gepasseerd station (zie in dit kader eveneens het voorgestelde artikel 173 Fw).

De commissie vraagt zich af wat het nut is van deze beperking. Waarom niet de mogelijkheid van het aanbieden van een akkoord loskoppelen van de staat van insolventie?

Een akkoord kan immers ook tijdens de vereffeningfase een nuttige functie hebben. Zo is het bijvoorbeeld zeer wel denkbaar dat schuldeisers in een langlopend faillissement op een bepaald moment bereid zijn genoeg te nemen met een relatief lage uitdeling die zij op korte termijn ontvangen, in plaats van een hogere uitdeling die verspreid over een periode van vele jaren wordt betaald. Met een akkoord zou dit kunnen worden bewerkstelligd – ongeacht of een dergelijk akkoord wordt aangeboden voorafgaand of tijdens de vereffeningfase.

Een ander voordeel is dat de schuldenaar na afloop van de (nadere) verificatievergadering een aanzienlijk beter inzicht heeft in de populatie schuldeisers (wie zijn de schuldeisers, voor welk bedrag is hun vordering erkend etc.) en hoeveel geld er beschikbaar is voor verdeling onder deze groep schuldeisers. Dit maakt dat na afloop van de (nadere) verificatievergadering een akkoord kan worden aangeboden waarvan op voorhand enerzijds beter kan worden geschat of het wordt aangenomen en waarvan anderzijds op voorhand met meer zekerheid kan worden vastgesteld dat de schuldenaar het kan nakomen.

⁶ Zie pagina 32 MvT.

⁷ Zie pagina 33 MvT.

Het voorgaande geldt eens te meer nu het intreden van de 'staat van insolventie' bij de praktische afwikkeling van faillissement in de praktijk eigenlijk geen rol van betekenis speelt.

Artikel 127 Fw en artikel 186 Fw

Het huidige artikel 127 Fw bepaalt dat de rechter-commissaris een termijn vaststelt waarbinnen schuldeisers hun vordering bij de curator moeten indienen. De door de rechter-commissaris vast te stellen termijn is niet fataal. Schuldeisers konden immers altijd nog verzet aantekenen tegen de uitdelingslijst (vergelijk het huidige artikel 186 Fw).

Het voorgestelde artikel 127 Fw voorziet echter *wel* in een fatale termijn (althans: in beginsel), met als sanctie dat de vordering niet voor verificatie in behandeling wordt genomen (zie artikel 127 lid 3 Fw (nieuw)). Indien het faillissement eindigt met een akkoord, vervalt zelfs de afdwingbaarheid van de vordering (aldus artikel. 161a Fw (nieuw)).

Verzet tegen de uitdelingslijst is onder het nieuwe wetsvoorstel niet langer mogelijk.

Doel van de voorgestelde regeling is – aldus de MvT – een passende prikkel te creëren voor schuldeisers om hun vordering tijdig in te dienen.

De commissie meent dat het introduceren van een fatale termijn de vlotte afwikkeling van het faillissement bevordert. De voorgestelde regeling maakt een einde aan de situatie waarin schuldeisers aan het einde van de rit nog een vordering kunnen indienen, met alle nodige vertraging van dien.

Vraag is wel hoe de introductie van de fatale termijn zich verhoudt tot de mogelijkheid van het houden van meerdere verificatievergaderingen. Verder is het de commissie niet duidelijk waarom in het eerste lid een termijn van 13 maanden is opgenomen. Het komt geregeld voor dat een verificatievergadering veel later plaatsvindt. De commissie ziet niet in waarom de mogelijkheid tot indienen van een vordering reeds (ruim) voor de verificatievergadering zou moeten kunnen verstrijken. Het ligt naar de mening van de commissie daarom voor de hand de in het eerste lid bedoelde termijn te stellen op kort (bijvoorbeeld: 10 dagen) voor de verificatievergadering. In bijzondere gevallen kan de rechter-commissaris deze termijn dan op grond van het 2^e lid verlengen of verkorten.

Artikel 161a Fw

Artikel 161a Fw (nieuw) bepaalt dat na beëindiging van het faillissement verifieerbare vorderingen die niet binnen de termijn van artikel 127 Fw zijn ingediend ter verificatie, niet langer afdwingbaar zijn, tenzij de schuldeiser redelijkerwijs niet in staat was de vordering binnen de bedoelde termijn voor verificatie in te dienen. Deze beperking geldt slechts indien het faillissement in een akkoord is geëindigd.⁸ De afdwingbaarheid herleeft indien het akkoord wordt ontbonden. Volgens de MvT wordt in zo'n geval het faillissement heropend en kunnen deze vorderingen alsnog worden ingediend ter verificatie. Deze mogelijkheid bestaat zowel voor 'oude' als voor 'nieuwe' schuldeisers. Schuldeisers die hun vordering niet tijdig hebben ingediend hebben in dat geval dus geluk, want zij krijgen een tweede kans om alsnog hun vordering in te dienen. Die kans zouden zij niet gehad hebben als het faillissement niet zou zijn geëindigd met een akkoord en dit akkoord vervolgens niet zou zijn ontbonden.

⁸ Zie de tekst van art. 161a Fw en de MvT, onderdeel AA (artikel 161a Fw), pagina 37.

Dan tot slot: in de MvT staat de zin "*Indien het faillissement wordt opgeheven zonder akkoord – en er schulden open blijven staan – verkrijgen de schuldeisers van wie de vorderingen waren geverifieerd na de opheffing van het faillissement het recht op executie*". De woorden "van wie de vorderingen waren geverifieerd" dienen te worden verwijderd (zie artikel 195 Fw).

Artikel 176 Fw

Aan artikel 176, eerste lid, wordt een zin toegevoegd, luidende: Voor zover blijkt de boedelbeschrijving de waarde van de te verkopen goederen gezamenlijk niet meer bedraagt dan € 5.000, is geen toestemming van de rechter-commissaris vereist."

Het invoeren van een drempelwaarde is praktisch. Uit de toelichting wordt alleen niet helemaal duidelijk of het gaat om een totale boedel met een waarde beneden de drempel van € 5.000, welke de curator geheel of in delen wenst te verkopen of dat het gaat om de waarde van de concreet door de curator te verkopen goederen, wat mogelijk slechts een deel van de totale boedel is. Uit de toelichting lijkt te volgen dat het gaat om de concreet door de curator te verkopen goederen, ongeacht de totale waarde van de boedel. Wanneer dit inderdaad zo is, betekent dit dat bij een totale waarde van de boedel van € 24.000 (volgens de boedelbeschrijving), de curator geen toestemming hoeft te vragen wanneer hij de boedelbestanddelen in zes delen van elk € 4.000 verkoopt maar wel wanneer hij dit in vier delen van elk € 6.000 verkoopt. Het verdient aanbeveling om hetgeen de wetgever hier voor ogen heeft, duidelijk te beschrijven.